TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

ANO XXIV - N. 118 - JULHO/SETEMBRO DE 2013 - ISSN 1982-1506

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Tráfico Internacional de Drogas. Dosimetria da pena.

APELAÇÃO CRIMINAL
0005627-53.2011.4.03.6119
(2011.61.19.005627-6)

Comentários:

Cristiane Farias Rodrigues dos Santos
Juíza Federal
Leonardo Safi de Melo
Juiz Federal
Roberto da Silva Oliveira
Juiz Federal

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Contra um processo penal ideológico

Paulo Bueno de Azevedo
Juiz Federal

Aquisição de sentido - questões de hermenêutica

Márcio Pugliesi
Professor Livre-Docente e Advogado

A prescrição em perspectiva como falta de interesse de agir na ação penal

Ana Lya Ferraz da Gama Ferreira
Juíza Federal

Férias judiciais - análise crítica no Brasil e no mundo

Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva
Juiz Federal

ESPECIAL

A criação de TRF's

Com a palavra: REIS FRIEDE e NINO OLIVEIRA TOLDO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Antonio Cedenho

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXIV	n. 118	p. 1-554	jul./set. 2013

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Antonio Cedenho

ASSESSOR: Wladimir Rodrigues

EQUIPE:

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

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.
Trimestral a partir de julho de 2012.
Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.
Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.
Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - .

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96 - Presidente[2]
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Vice-Presidente[3]
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98 - Corregedor-Regional[4]
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95[5]
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
VESNA KOLMAR - 16/12/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 15/08/2013.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA TURMA

VESNA KOLMAR
JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
NINO TOLDO
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA

PEIXOTO JUNIOR
NELTON DOS SANTOS - Presidente
COTRIM GUIMARÃES
CECILIA MELLO

TERCEIRA TURMA

MÁRCIO MORAES
CECÍLIA MARCONDES
CARLOS MUTA - Presidente
NERY JÚNIOR

QUARTA TURMA

ANDRÉ NABARRETE - Presidente
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO
LEONEL FERREIRA - Juiz Federal

QUINTA TURMA

ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI
ANTONIO CEDENHO - Presidente
PAULO FONTES

SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO- Presidente
REGINA COSTA

SÉTIMA TURMA

DIVA MALERBI
ROBERTO HADDAD - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
MÔNICA NOBRE

OITAVA TURMA

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
VERA JUCOVSKY
CIRO BRANDANI - Juiz Federal
RAQUEL PERRINI - Juíza Federal

NONA TURMA

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

DÉCIMA TURMA

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
WALTER DO AMARAL
LUCIA URSAIA

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

A CRIAÇÃO DE TRF'S

Os Tribunais do Século XXI
Reis Friede 15

A necessidade de ampliação da Justiça Federal de 2º Grau
Nino Oliveira Toldo 17

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Contra um processo penal ideológico
Paulo Bueno de Azevedo 21

Aquisição do sentido - questões de hermenêutica
Márcio Pugliesi 45

A prescrição em perspectiva como falta de interesse de agir na ação penal
Ana Lya Ferraz da Gama Ferreira 67

Férias judiciais - análise crítica no Brasil e no mundo
Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva 81

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Tráfico transnacional de drogas. Dosimetria da pena: primariedade, bons antecedentes, ausência de provas de má conduta social e personalidade voltada à prática de crimes. Causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06: inaplicabilidade: "mula": provas de envolvimento com organização criminosa.
ACr 0005627-53.2011.4.03.6119
Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho 99

COMENTÁRIOS
Cristiane Farias Rodrigues dos Santos 127
Leonardo Safi de Melo 139
Roberto da Silva Oliveira 145

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Concurso público. Professor de educação infantil. Ambiguidade do edital e respectiva retificação. Exigência de nível superior não prevista em lei. Impossibilidade.
AMS 0000331-11.2005.4.03.6103
Desembargadora Federal Regina Costa.....153

Anistiado político. Pretensão de majoração da prestação mensal reparatória. Consideração de possíveis projeções profissionais no cálculo da indenização. Ausência de comprovação de situações paradigmas a ensejarem o atendimento à postulação.
Ag AC 0000984-85.2006.4.03.6100
Desembargador Federal Márcio Moraes.....157

Concurso público. Carteiro. Paralisação no membro superior do braço esquerdo. Sujeição ao exame de barra fixa. Violação do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.
AMS 0000610-38.2008.4.03.6120
Desembargador Federal Nery Júnior.....163

Ação de responsabilização por ato de improbidade. Omissão de declaração em documento público em benefício de empresa. Documento necessário para participação em licitação. Atos devidamente comprovados. Elemento subjetivo caracterizado.
AC 0002904-20.2008.4.03.6102
Desembargadora Federal Cecília Marcondes.....167

Ação Civil Pública. Pedidos do Estado de São Paulo de compra de medicamentos por força de determinação judicial recusados pelas empresas fornecedoras. Abuso de poder econômico não demonstrado. Relação de consumo entre as fornecedoras de fármacos e o ente estatal configurada.
AI 0037364-98.2011.4.03.0000
Desembargador Federal André Nabarrete.....178

Responsabilização do Estado por danos morais. Recusa administrativa de benefício previdenciário posteriormente concedido em ação judicial.
AC 0001030-16.2012.4.03.6116
Desembargadora Federal Alda Basto.....192

Pedido de antecipação de tutela. Programa "Melhor em casa". Fornecimento de tratamento domiciliar ("home care"), bem como custeio e fornecimento de medicamentos e insumos nutricionais a idosa que sofreu aneurisma cerebral.
AI 0006641-28.2013.4.03.0000
Desembargador Federal Johonsom di Salvo.....196

Processo Administrativo. Juiz Federal. Substituto. Vitaliciamento.
PA 0009081-94.2013.4.03.0000
Desembargador Federal Fábio Prieto 207

Suspensão de Liminar. Suspensão de execução de contrato firmado decorrente de pregão presencial. Descontinuidade da produção de radiofármacos pela CNEN detentora do monopólio nuclear da União.
SLAT 0011866-29.2013.4.03.0000
Desembargador Federal Newton De Lucca 212

DIREITO CIVIL

SFH. Seguro habitacional. Vícios de construção. Desmoronamento. Cobertura caracterizada. Indenização destinada a amortização do saldo devedor.
AC 0013623-08.2006.4.03.6110
Desembargador Federal André Nekatschalow 217

DIREITO PENAL

Delitos dos artigos 184, § 2º e 334, do Código Penal. Suspensão do processo e do prazo prescricional.
ACr 0003274-08.1999.4.03.6104
Desembargador Federal Peixoto Junior 235

Crime de corrupção passiva imputado a policiais rodoviários federais. Reconhecimento de circunstância agravante genérica de abuso de poder.
ACr 0003895-65.1999.4.03.6181
Desembargador Federal Paulo Fontes 240

Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Suspensão do processo até conclusão da discussão na esfera cível. Impossibilidade. Suspensão dos direitos políticos.
ACr 0009930-31.2005.4.03.6181
Desembargador Federal Nelton dos Santos 253

Pedido de direito de resposta. Não recepção da Lei nº 5.250/67. Vigência do instituto por previsão constitucional. Conteúdo calunioso da matéria publicada em periódico.
ACr 0003737-63.2006.4.03.6181
Desembargador Federal Cotrim Guimarães 258

Furto qualificado. Custódia cautelar mantida. Prova papiloscópica categórica. Dosimetria da pena. Ressarcimento da vítima.
ACr 0011862-49.2008.4.03.6181
Desembargadora Federal Vesna Kolmar 264

Roubo qualificado. Concurso de pessoas. Desclassificação para o delito de receptação.
ACr 0007693-77.2012.4.03.6181
Desembargador Federal José Lunardelli 270

Crime de falsidade ideológica. Declaração de pobreza para obtenção do benefício da justiça gratuita. Advogado. Trancamento do inquérito policial. Constrangimento ilegal evidenciado.
HC 0009631-89.2013.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 281

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Situação de desemprego. Qualidade de segurado comprovada.
Ag AC 0010792-88.2008.4.03.6183
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 289

Benefício assistencial. Rediscussão da matéria. Fato constitutivo. Decisão monocrática: ausência de ilegalidade ou abuso de poder.
Ag AC 0052082-81.2008.4.03.9999
Desembargadora Federal Daldice Santana.....292

Aposentadoria por invalidez. Auxílio-doença. Requisitos não comprovados. Ausente incapacidade total e permanente ou temporária. Portador de distimia, somatizações e depressão psíquica leve.
Ag AC 0001407-83.2009.4.03.6118
Desembargadora Federal Mônica Nobre 295

Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Regime de economia familiar. Produção em larga escala.
EDcl AC 0002577-87.2009.4.03.9999
Desembargador Federal Baptista Pereira 302

Conversão de aposentadoria por tempo de contribuição integral em especial. Operador de pregão. Atividade especial.
Ag AC 0011446-41.2009.4.03.6183
Desembargador Federal Nelson Bernardes 308

Pensão por morte. Contribuinte individual. Ausência de contribuições. Contribuição "post mortem". Impossibilidade.
Ag AC 0040054-47.2009.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia.....321

Aposentadoria por idade rural. Reconhecimento de atividade rural em regime de economia familiar. Ação Rescisória. Cônjuge aposentado por invalidez e residência em área urbana.
AR 0006110-10.2011.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Ciro Brandani 324

Auxílio-reclusão. Último salário do segurado superior ao limite legal. Posterior situação de desemprego. Requisitos preenchidos.
Ag ApelReex 0006568-66.2012.4.03.9999
Juíza Federal Convocada Raquel Perrini.....328

Ação civil pública. Assistência social. Ausência de Vara Federal na comarca do domicílio do beneficiário. Competência da Justiça Estadual. Ministério Público Estadual. Legitimidade ativa para atuar na Justiça Federal. Defesa de direitos individuais homogêneos. Interesse social.
AgRg AC 0012330-63.2012.4.03.9999
Desembargador Federal Walter do Amaral 336

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação Civil Pública. Plano de Assistência Social aos trabalhadores do setor sucroalcooleiro. Contabilidade específica.
EDcl AC 0000496-14.2008.4.03.6116
Desembargadora Federal Marisa Santos 347

Embargos à Execução. Flexibilização da coisa julgada. Julgado que determinou a revisão de aposentadoria e contrariou o entendimento do STF quanto ao cálculo do teto legal.
AC 0008171-19.2008.4.03.9999
Desembargadora Federal Vera Jucovsky 352

Mandado de Segurança contra ato de juiz de direito de Vara da Infância e Juventude. Ordem para que o INSS continuasse arcando com pensão por morte a menor emancipada.
MS 0000250-96.2009.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 376

Prosseguimento da Execução para recebimento tão somente de valores atinentes à parte do pedido não albergada pela coisa julgada operada em momento anterior nos feitos que tramitaram perante o JEF.
Ag AI 0035806-28.2010.4.03.0000
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 395

Ação Civil Pública. Dano ambiental. Impossibilidade jurídica do pedido. Litispendência. Competência. Prevenção. Carência da ação. Prescrição.
AI 0032976-21.2012.4.03.0000
Desembargadora Federal Marli Ferreira 398

Suspensão da inscrição do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. REsp nº 113.749-7/CE. Garantia idônea e suficiente.
Ag AI 0001931-62.2013.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira 404

Conflito de Competência. Ação versando sobre benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez cumulado com pedido de indenização por dano moral. Competência delegada da Justiça Estadual.
CC 0016118-75.2013.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro 410

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Recurso Especial. Obrigatoriedade da aplicação da atenuante genérica de confissão.
REsp ACr 0003530-93.2000.4.03.6100
Desembargadora Federal Salette Nascimento 415

Prisão domiciliar. Revogação. Apenado com condições de saúde atualmente favoráveis ao cumprimento da pena em estabelecimento penal ou hospitalar. Cometimento, ainda, de falta grave durante o cumprimento da pena.
AgExPe 0010249-86.2011.4.03.6181
Desembargador Federal Luiz Stefanini 418

Inquérito Policial. Denúncia por crimes contra o sistema financeiro. Início de mandato de prefeito durante a instrução processual. Foro por prerrogativa de função. Réu não reeleito.
IP 0008695-82.2012.4.03.6181
Desembargador Federal Roberto Haddad 434

"Habeas Corpus". Verificação da capitulação legal no início do inquérito policial: possibilidade. Prisão preventiva. Significativa dúvida quanto à real identidade do paciente. Prisão cautelar: necessidade. Descabimento de outras medidas cautelares menos severas.
HC 0010482-31.2013.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita 438

"Habeas Corpus". Intimação do advogado constituído sobre a sentença condenatória pela imprensa oficial. Ausência de notificação pessoal do condenado que respondeu solto ao processo. Inércia do advogado. Prejuízo manifesto.
HC 0013146-35.2013.4.03.0000
Desembargadora Federal Cecilia Mello 445

DIREITO TRIBUTÁRIO

Matriz e filiais. Ilegitimidade ativa das filiais reconhecida de ofício. PIS. COFINS. Inclusão do ICMS na base de cálculo.
AMS 0003300-70.2008.4.03.6110
Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn 451

Imposto de renda. Valores recebidos de forma acumulada. Reclamação Trabalhista. Cálculo com base no montante global. Impossibilidade.
ApelReex 0006901-34.2010.4.03.6104
Desembargadora Federal Diva Malerbi 469

Imposto de renda. Pessoa física. Valores recebidos acumuladamente. Incidência conforme tabela progressiva. Juros moratórios. Contexto da perda do emprego. Isenção.
Ag ApelReex 0001614-34.2012.4.03.6100
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 475

Débitos inscritos em DAU. Principal, multa, encargos e juros de mora. Pagamento à vista com anistia parcial dos acessórios. Depósitos judiciais. Conversão em renda do principal depositado.
Ag AI 0028268-25.2012.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta 482

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Demolição e remoção de píer localizado na Praia da Feiticeira – Ilhabela. Condenação ao pagamento de indenização pelo dano ambiental. Invalidação do alvará de construção emitido pela Municipalidade.
0005461-06.2010.4.03.6103
Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 501

Responsabilidade objetiva da INFRAERO. Ato ilegal e abusivo. Procedimento de inspeção mais gravoso adotado pelos agentes para acesso à área de embarque de aeroporto. Usuário pessoa com deficiência. Danos morais.
0009851-64.2011.4.03.6303
Juíza Federal Marilaine Almeida Santos 507

Pensão por morte. Dependente. Filha emancipada.
0001996-85.2012.4.03.6307
Juiz Federal Claudio Roberto Canata 523

Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Danos morais. CEF a negar a existência da conta, posteriormente apurando a ocorrência de fraude no levantamento de valores.
0007376-07.2012.4.03.6108
Juiz Federal José Francisco da Silva Neto 529

Desembargador integrante do TRT. Direito a licença-prêmio por assiduidade em razão do exercício das atividades de auxiliar judiciário e oficial de justiça antes do ingresso na magistratura. Direito adquirido do autor aos períodos remanescentes da licença-prêmio averbados em seu prontuário, para gozo oportuno ou cômputo para fins de aposentadoria.
0014921-55.2012.4.03.6100
Juiz Federal Djalma Moreira Gomes 532

Mandado de Segurança. Garantia do direito líquido e certo à matrícula no curso técnico de automação industrial sob o regime de cotas instituído pela Lei nº 12.711/2012.
0000589-43.2013.4.03.6103
Juiz Federal David Diniz Dantas 537

Antecipação de tutela. Determinação para que o Senado Federal se abstenha de utilizar colunas e matérias veiculadas pelo jornal Folha de São Paulo em seus "clippings" digital e impresso, devendo retirar de seu "site" as matérias reproduzidas indevidamente.
0010829-97.2013.4.03.6100
Juíza Federal Marcelle Ragazoni Carvalho 545

SÚMULAS 551

A criação de TRF's

Os Tribunais do Século XXI

Reis Friede*

Continuamos a discutir, com notável persistência, – e agora sob a égide da eminente aprovação de projeto de lei que amplia a composição dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's) em 137 juízes (mais do que dobrando, portanto, o quantitativo nacional de julgadores), além da recente aprovação de uma PEC que cria quatro TRF's com o consequente aumento (inclusive redundante) de juízes –, a premente questão relativa à notória *ineficiência* da Justiça Federal. Sem, no entanto, mais uma vez, *data maxima venia*, adentrar nas verdadeiras razões da inconteste morosidade da prestação jurisdicional, apontando, como causa fundamental, em evidente e persistente equívoco, o excessivo número de processos em tramitação *vis-à-vis* com a presumível carência de magistrados.

Não há, todavia, em efetiva contrariedade à irrefletida tese reinante, um quantitativo verdadeiramente exagerado de processos em tramitação. Muito pelo contrário, o número de *temas* julgados é relativamente pequeno em comparação com a agigantada dimensão da estrutura da Justiça Federal, sendo certo que o que há, em última análise, é um absurdo e inconcebível número de *processos absolutamente idênticos* que, por mais espantoso que pareça, tem de ser julgados, por imperativo legal, caso a caso. A guisa de exemplo, deve ser consignado que a Justiça Federal julgou, nos últimos 10 anos, mais de 3 milhões de ações, versando sobre FGTS, exatamente iguais, o que obrigou a um dispêndio de recursos humanos e materiais de enorme monta para, após pacificada a questão no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, estabelecer, finalmente, uma uniformidade decisória que, – apesar de tudo –, ainda é, por mais inacreditável que pareça, contestada, em parte, não só pelos jurisdicionados, mas também por alguns juízes que insistem em julgar as mesmas questões já pacificadas de forma diversa.

Portanto, ampliar constantemente o quantitativo de juízes de 1º Grau (como vem sendo feito, sistematicamente, sem qualquer resultado prático há mais de vinte anos), – ou mesmo de desembargadores federais –, não irá certamente resolver o problema, pois acaba por atacar os seus *efeitos* e não propriamente as *causas motivacionais* da morosidade da prestação jurisdicional que somente pode ser combatida, neste especial, através de novos instrumentos processuais que impeçam, de forma sinérgica, o constante

* Mestre e Doutor em Direito. Desembargador Federal no TRF da 2ª Região. Ex-Membro do Ministério Público.

rejulgamento de questões idênticas.

No que concerne, em particular, à ampliação do quantitativo de Tribunais a proposta, não obstante aprovada, desconsidera, por absurdo, que os *Tribunais do Século XXI* não se constituem mais de simples *instalações físicas*, posto que *as novas tecnologias* (*processo eletrônico, videoconferência*, etc.) tornam completamente ultrapassados os antigos (e repetidos) argumentos *geográficos* e *dimensionais* em favor da construção de novos, suntuosos e caríssimos prédios (e, consequentemente ampliação da estrutura de juízes e funcionários) para prover a reclamada eficiência da prestação jurisdicional. Muito pelo contrário, os Tribunais do novo século, vale consignar, se caracterizam muito mais pela *eficiência operacional* através, sobretudo, da *virtualidade instrumental*, ou, em outras palavras, pela absoluta ausência de volumosos *processos de papel* (que, desta feita, dispensam o correspondente espaço de construção civil), bem como dispensam a *presença física* das partes e advogados, substituída por modernas tecnologias de imagem de alta definição em tempo real.

Por efeito consequente, precisamos, com a máxima urgência, estabelecer uma necessária e profunda *reflexão*, buscando, em última análise, uma solução derradeira que resolva definitivamente a *ineficiência da Justiça Federal*, atacando as *causas* da morosidade da prestação jurisdicional e não apenas seus visíveis e condenáveis *efeitos*.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

A necessidade de ampliação da Justiça Federal de 2º Grau

Nino Oliveira Toldo*

A ampliação da Justiça Federal de 2º Grau, seja pelo aumento do número de seus membros, seja pela criação de novos Tribunais Regionais Federais, representa a possibilidade de se dar uma resposta aos anseios da sociedade por uma Justiça mais acessível, célere e eficiente. O grito popular contra a corrupção e a impunidade, que, infelizmente, têm caminhado juntas, precisa de uma resposta efetiva por parte dos poderes constituídos.

Os números oficiais mostram que a Justiça Federal precisa ser redimensionada. A expansão do 2º grau da Justiça Federal não acompanhou, nos últimos 20 anos, o crescimento do 1º grau. Enquanto o número de juízes federais cresceu 668% entre 1987 e 2013, passando de 277 para 2.129, o número de desembargadores cresceu somente 89% entre 1989 e 2012, passando de 74 para 139.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), veiculados no "Justiça em Números", edição 2012, a Justiça Federal é o ramo do Poder Judiciário com a mais elevada relação entre o número de magistrados de 1º e 2º graus. São 14,4 juízes federais por desembargador, contra 7,4 na Justiça Estadual e 5,9 na Justiça do Trabalho. Diante da reduzida quantidade de tribunais e do número de desembargadores, aliada à elevada demanda processual, o 2º grau da Justiça Federal é o mais sobrecarregado dos ramos do Judiciário. O seu estoque supera 1 milhão de processos.

Considerando-se a carga individual de trabalho, os desembargadores da Justiça Federal são responsáveis, em média, por acervos processuais cinco vezes superiores aos dos seus colegas das Justiças do Trabalho e Estadual. A quantidade de processos em tramitação por desembargador da Justiça Federal foi de 13.605 em 2011.

A ampliação do número de desembargadores federais vem sendo discutida há vários anos, estando o Tribunal Regional Federal da 3ª Região na situação mais grave, ou seja, de maior defasagem, eis que conta com apenas 43 cargos de desembargador para mais de 100.000 processos distribuídos anualmente.

A criação de novos tribunais, autorizada pela Emenda Constitucional nº 73, de 2013, por sua vez, além de dividir a enorme carga de trabalho hoje existente, tem o efeito de facilitar o acesso à Justiça por parte dos cidadãos residentes nas regiões afetadas.

É inegável que o redimensionamento da Justiça Federal de 2º grau exigirá investimen-

* Mestre e doutor em Direito. Desembargador Federal no TRF da 3ª Região. Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE).

tos públicos, mas em volume muito menor do que o estimado pelas autoridades contrárias a essa medida. Isso ocorrerá porque os novos tribunais nascerão com quadros enxutos e plenamente informatizados.

Cabe ao Conselho da Justiça Federal e ao Superior Tribunal de Justiça estabelecer esse redimensionamento no projeto de lei que preparam para encaminhar ao Congresso Nacional.

A atuação eficiente da Justiça Federal, é bom que se diga, não se esgota na criação e na ampliação de tribunais. Depende também de alterações nos Códigos de Processo Civil e Penal que permitam, por exemplo, a redução do excessivo número de recursos e facilitem o julgamento de questões idênticas. São medidas, envolvendo questões processuais e estruturais, que devem ser devidamente enfrentadas.

Artigos Doutrinários

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Contra um processo penal ideológico

Paulo Bueno de Azevedo
Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Doutorando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra e em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: Neste artigo, estuda-se a necessidade de se evitar a contaminação do processo penal por preconceitos ideológicos. Destacam-se três temas: preconceito ideológico contra policiais, promotores e juízes; o direito penal do inimigo; e a ideologia do combate à impunidade no processo penal internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Ideologia. Preconceito. Processo penal.

ABSTRACT: In this article, it's studied the necessity to avoid the contamination of the criminal procedure by ideological biases. Three themes are detached: ideological bias against policemen, prosecutors and judges; enemy criminal law; and the ideology of overcoming impunity in the international criminal procedure.

KEYWORDS: Ideology. Bias. Criminal procedure.

SUMÁRIO: 1. Introito. 2. Ideologias na fase pré-judicial: o tradicional preconceito contra policiais supostamente indignos de confiança e os novos preconceitos contra promotores e juízes (também indignos de confiança?). 2.1. Uma visão politicamente incorreta do "juiz das garantias". A iniciativa probatória do juiz criminal. 3. Direito Penal e Processual Penal do Inimigo. 4. A interpretação possível da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a observância de princípios constitucionais penais e processuais penais. Os riscos da ideologia do combate à impunidade no processo penal internacional. 5. Palavra final: a importância da motivação judicial. Referências bibliográficas.

1. Introito.

O filme norte-americano "12 homens e uma sentença", dirigido por Sidney Lumet, em 1957, traz excelentes lições sobre como não deve se comportar um juiz criminal. Aliás, antes de tudo, existe ali uma bela obra acerca da natureza humana e da falibilidade de seus julgamentos.

O jurado preconceituoso ou racista, o jurado que apenas segue a maioria sem refletir sobre o caso e o jurado amargurado, que condena previamente alguém com base em suas angústias pessoais, são alguns exemplos de como ideias preconcebidas podem trazer efeitos deletérios para o resultado do processo penal. Contra todos, porém, levanta-se a voz do jurado, corajoso de apresentar sua discordância, a princípio isolada, e consciente por

não fazer um julgamento preconceituoso ou ideológico do caso, exigindo apenas um exame acurado das provas por parte de seus colegas. Não se trata de ser pessoalmente favorável ou desfavorável ao réu por conta de sua etnia ou classe social, tendo, em vez disso, consciência da responsabilidade do julgamento, daquilo que está em jogo no caso de uma condenação ou de uma absolvição.

No processo penal, não podem prevalecer preconceitos ideológicos, pois nele julgam-se indivíduos, e não categorias abstratas de pessoas em função de sua etnia, classe social, filiação partidária etc.

Nesse sentido, o juiz não pode assumir uma posição de combate ao crime, eis que, nesse caso, estaria, no mínimo, se colocando como um potencial adversário do réu, papel que deve ser, quando muito, do Ministério Público ou, em alguns casos, do querelante. Da mesma forma, no entanto, o juiz não deve se portar como um aliado do réu na luta contra os poderes opressivos do Estado, atribuindo-lhe o *status* de vítima da sociedade. Parece até o óbvio ululante dizer tudo isso, porém, não são poucos os casos em que se ouvem juristas com opiniões alheias ao exame dos autos, dando pareceres favoráveis ou desfavoráveis a acusados em processos de grande repercussão, amiúde aplaudindo inconscientemente condenações sem provas ou ignorando provas cabais para defender absolvições com base no mero corporativismo ou por partilhar a mesma ideologia dos réus.

Evidentemente, é impensável um julgador completamente neutro e sem quaisquer opiniões políticas. Contudo, é necessário que, no momento do processo, o juiz penal afaste quaisquer eventuais desejos de ajudar ou prejudicar o réu, oriundos de possível simpatia ou antipatia pelo acusado. O juiz, enfim, não combate o crime nem é aliado de supostas vítimas da sociedade.

Diante desse cenário, o presente trabalho visa à análise de algumas controversas teses doutrinárias, criticando as posturas que preconizam, talvez até inconscientemente, um processo penal ideológico. Serão tratados três temas distintos: o preconceito ideológico contra policiais, promotores e até juízes; o Direito Penal e Processual Penal do Inimigo; e a ideologia de combate à impunidade em nome dos direitos humanos, também presente no processo penal internacional.

Vale ressaltar que o termo "ideologia" será aqui utilizado no sentido forte preconizado por Mario Stoppino no "Dicionário de política" coordenado por Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino:

> (...) No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política.[1]

Nesse sentido, a ideologia funciona como uma espécie de pré-conceito ou, noutras palavras, como um sistema de ideias preconcebidas sem necessária vinculação com a realidade. Nesse diapasão, a ideologia já não admite a contraposição da experiência ou da realidade e, muitas vezes, aproveita-se do que se convenciona chamar de "politicamente correto", sem direito ao debate. Quem ousa debater ou contestar determinada ideologia já é tachado com as mais diversas qualificações negativas. Nas palavras de Hannah Arendt:

> (...) A argumentação ideológica, sempre uma espécie de dedução lógica, corresponde aos dois elementos da ideologia (...) – o elemento do movimento e o elemento da emancipação da realidade e da experiência –, primeiro, porque o movimento do pensamento não emana da experiência, mas gera-se a si próprio, e,

1 STOPPINO, Mario. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Coordenação de Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, v. 1, p. 585.

> depois, porque transforma em premissa axiomática o único ponto que é tomado e aceito da realidade verificada, deixando, daí em diante, o subseqüente processo de argumentação inteiramente a salvo de qualquer experiência ulterior. *Uma vez que tenha estabelecido a sua premissa, o seu ponto de partida, a experiência não interfere com o pensamento ideológico, nem este pode aprender com a realidade. (...) Parece ser esta a origem da força coerciva da lógica: emana do nosso pavor à contradição.* (destaques meus)[2]

Esse pavor à contradição, hodiernamente, pode ser vislumbrado no receio de contradizer teses tidas por "politicamente corretas". Isso é pernicioso especialmente no âmbito do processo penal, em que os valores fundamentais da liberdade e da justiça são perseguidos. Assim, os acusados não podem ser prejudicados nem beneficiados com base em ideologias. É o que se tentará demonstrar a seguir.

2. Ideologias na fase pré-judicial: o tradicional preconceito contra policiais supostamente indignos de confiança e os novos preconceitos contra promotores e juízes (também indignos de confiança?).

Tratar-se-á, em primeiro lugar, do tradicional preconceito ideológico contra os agentes públicos envolvidos no processo penal.

Determinada corrente doutrinária nega qualquer validade aos testemunhos de policiais que participaram da prisão ou da investigação do acusado na fase pré-processual. Mais recente é a polêmica envolvendo a capacidade investigatória dos promotores de justiça. E, por último, em fase de projeto de lei, o próprio juiz torna-se alvo de desconfiança, quando se postula a criação da figura do juiz das garantias como forma de assegurar a imparcialidade do magistrado. Ver-se-á que tais desconfianças representam preconceitos ideológicos usualmente etiquetados como "garantismo",[3] como se as respectivas posições contrárias representassem automaticamente violação de direitos fundamentais. A generalização ideológica, como se exemplificará a seguir, pode ocasionar erros de julgamento às vezes em prejuízo do próprio réu do processo criminal.

Sobre os policiais, o preconceito é até lamentável, pois, amiúde, são profissionais mal remunerados, frequentemente submetidos a situações de risco em sua nobre missão de garantir a segurança pública de forma preventiva ou repressiva. O risco de vida certamente eleva o estresse dos policiais, que, em alguns casos, agem com excesso, mesmo em situações de legítima defesa.

Contudo, a existência de maus policiais, que praticam crimes como corrupção, extorsão ou tortura, ou de policiais pressionados, que acabam cometendo excessos ilícitos, não pode significar que todo e qualquer depoimento em juízo de um policial seja indigno de crédito.

Nessa linha de raciocínio, discordo do entendimento de Amilton Bueno de Carvalho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assevera, de seu ponto de vista, que "sequer se pode dar valor ao 'testemunho' dos policiais que participaram das investigações – repete-se: marcadamente interessados no pleito".[4]

---

2 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 523-525.

3 Deve-se deixar claro que, aqui, não se critica propriamente o que se convencionou chamar de garantismo, que abrange o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a *par conditio* e outros princípios limitadores do direito penal. Contudo, critica-se o preconceito ideológico que descamba na violação da paridade de armas, praticamente tratando todas as autoridades do sistema penal como sádicos inquisidores. Daí surge o preconceito contra o depoimento dos policiais e o poder de investigação do Ministério Público, bem como a desconfiança em relação ao juiz que não poderia atuar no inquérito sob pena de ficar contaminado para o julgamento.

4 CARVALHO, Amilton Bueno. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58.

Pergunta-se: qual seria o interesse dos policiais no pleito? Teriam eles criado inimizade ou antipatia pelos réus? Seriam eles justiceiros convictos sempre desejosos de contribuir para a imposição da sanção penal o mais grave possível, dispostos a inventar ou aumentar os fatos? Evidentemente, reconheço que as respostas a tais perguntas podem ser positivas em alguns casos. Porém, nem sempre. E dizer que os policiais sempre são interessados, ou até mesmo que existe uma regra ou tendência de interesse, significa uma mera suposição impossível de ser comprovada. Suposição, com a devida vênia, baseada em preconceito ideológico contra o policial, amiúde um servidor honesto, desinteressado na sorte do réu, que dará o seu depoimento tentando lembrar daquilo que viu e ouviu, e que, ao sair da audiência, por inúmeras vezes, se desinteressará completamente pelo resultado da sentença, se haverá ou não recursos do Ministério Público ou da defesa etc. Olvida-se, também, que o policial pode ser tão oprimido quanto o réu, tão pobre quanto o réu e tão menosprezado pela sociedade quanto o réu.

Que não venham os preconceituosos tachar de ingênuos os argumentos do parágrafo anterior. Ali não existe nenhuma generalização positiva, apenas o reconhecimento de que os bons policiais também existem, ao contrário dos que parecem crer apenas em maus agentes de Polícia. Cabe ao juiz valorar o depoimento do policial no contexto dos demais elementos dos autos. Havendo dúvida, militará a favor do acusado. Porém, rechaçar as testemunhas pelo simples fato de serem policiais e ignorar outros elementos em consonância com tais depoimentos configura um inaceitável preconceito ideológico contra as autoridades policiais.

Por sinal, a negação apriorística de validade do depoimento policial pode, às vezes, ser prejudicial ao próprio réu, eis que o agente policial pode dar uma versão mais favorável ao acusado do que a de outras testemunhas.

A propósito, também considero incorreto o seguinte entendimento de Amilton Bueno de Carvalho:

> Em verdade, como o inquérito serve unicamente de instrumental para oferecimento da inicial de acusação, não deveria sequer ser juntado aos autos após o recebimento da peça ovo. Todavia, como ainda o sistema não disciplina isso expressamente (o art. 12 do Código apenas ordena que o inquérito acompanhe a denúncia ou queixa, cuja razão de ser é a verificação da presença da justa causa à propositura da ação penal) – o que não impede ao juiz que assim o faça – *entendemos que o julgador deve simplesmente recusar a leitura das peças do inquérito no momento decisional para que tais não invadam seu imaginário e a prova "sadia" reste contaminada, ainda que inconscientemente, por aquela que repudia as garantias de um processo penal minimamente democrático.* (destaque meu)[5]

Uma vez mais, existe aqui o risco da generalização ideológica, desta vez colocando

5 *Ibidem*, p. 61.

o inquérito policial como contrário às garantias de um "processo penal minimamente democrático", de modo que não deveria nem ser lido pelo juiz. A sugestão causa particular arrepio quando se lembra que algumas absolvições resultam de um exame acurado de diligências efetuadas unicamente no inquérito policial (e aqui não se está fazendo referência unicamente às provas periciais, as quais são ressalvadas pelo ilustre Desembargador, autor do texto acima comentado). Exemplificativamente, podem ocorrer contradições insuperáveis em depoimentos de policiais no inquérito e em juízo, criando dúvida razoável em favor do réu.

De outro lado, o inquérito não pode ser visto como um instrumento exclusivamente opressivo e violador de direitos fundamentais. Mais uma vez, é preciso esclarecer, para evitar possíveis críticas ideológicas de ingenuidade, que não se está aqui a dizer que inocorrem abusos nos inquéritos policiais. Apenas se esclarece que a função do inquérito é investigar fatos delituosos e os possíveis autores, e não oprimir pessoas inocentes. Nesse sentido, a equilibrada posição de Miguel Reale Júnior:

> É engano imaginar ser destino do inquérito policial promover a colheita de provas acusatórias, pois diversas vezes a prova da fase inquisitiva é importante para a defesa do indiciado, a ponto de permitir o arquivamento, a rejeição da denúncia e mesmo a absolvição final.[6]

Assim, a generalização de recusa ao inquérito policial por uma questão ideológica poderá trazer prejuízos irreparáveis aos próprios acusados.

É importante notar, também, que, ainda na fase pré-processual, existe uma atual controvérsia acerca da possibilidade de investigação pelo Ministério Público. A resistência a tal atribuição do *parquet* geralmente é sustentada por uma suposta exclusividade de investigação pelas autoridades policiais e, de outra parte, pelo risco de abusos e violações de direitos e garantias fundamentais, consistindo, a última justificativa, um preconceito ideológico, uma desconfiança contra os promotores de justiça. Também se procura sustentar a impossibilidade de investigar com base numa alegada imparcialidade do Ministério Público. A discussão muito tem de ideológica, especialmente quando baseada nos supostos riscos aos direitos fundamentais pelos promotores de justiça.

Em primeiro lugar, no tocante às apurações de infrações penais, a Constituição não atribuiu exclusividade à Polícia (art. 144, § 1º, inciso I, e § 4º, da CF). Aliás, não poderia ser diferente. Em tese, a apuração de infração penal pode ser exercida, nos limites legais, até mesmo pela própria vítima, como o exemplo de família que contrata detetive particular para apurar o paradeiro de parente sequestrado. Da mesma forma, e sempre dentro dos limites da lei, o próprio acusado tem direito a apurar a autoria ou a materialidade do delito para comprovar a sua inocência.[7]

Enfim, como a apuração de infrações penais é de interesse de toda a coletividade, não há sentido em atribuir a sua exclusividade a um só órgão. Considere-se a hipótese do detetive particular que, sem violar quaisquer leis, descobre o paradeiro do sequestrado e propicia a prisão dos sequestradores pela Polícia. Por um acaso, haveria nulidade no fato de a investigação ter sido levada a cabo por um particular? Isso seria um absurdo kafkiano e até ilógico diante da legislação que permite até que a prisão em flagrante seja efetuada por qualquer um do povo.

Desse modo, não há exclusividade na apuração de infrações penais, o que não impede, é claro, a existência de funções exclusivas

6 REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 101-111, set. 2011, p. 109.

7 Nesse sentido, ver FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 243.

da Polícia Judiciária, tais como a revista pessoal, a efetivação de interceptações telefônicas com autorização judicial etc.

Quanto ao argumento do possível arbítrio, trata-se de mais uma questão ideológica. Nenhum promotor está acima da lei e da Constituição, e defender a sua capacidade investigatória não significa dar-lhe poderes para violar direitos e garantias fundamentais, tais como quebrar sigilos sem autorização judicial. Portanto, eventuais abusos de promotores serão coibidos da mesma forma que eventuais abusos cometidos pelas próprias autoridades policiais. Não há porque se desconfiar genericamente do promotor, aduzindo a nulidade de suas investigações feitas dentro da lei e da Constituição. Nota-se, ainda, que, ao se falar em lei, não se quer dizer que deva existir uma norma específica regulando a investigação, pois isso já decorre do artigo 129, incisos VIII e IX, da Constituição.

Ademais, diz-se que a investigação macularia a suposta imparcialidade do Ministério Público no processo penal. Tal imparcialidade é bem desconstruída por Hugo Nigro Mazzilli:

> (...) A expressão "o Ministério Público é parte imparcial", posto muito utilizada, só pode, pois, ser compreendida, se tomarmos "parte" e "imparcial" em sentidos diferentes. Assim, consideremos a palavra "parte" em seu conceito técnico processual: ao me perguntar se o Ministério Público é titular de ônus e faculdades na relação processual, minha resposta obrigatoriamente será a de que ele é parte, sem dúvida alguma. Seja órgão agente ou órgão interveniente, no processo civil ou no processo penal, pessoa alguma duvida de que ele seja titular de ônus e faculdades na relação processual. O Ministério Público sempre é parte nos processos em que atue, seja órgão agente, seja interveniente. Assim, se é parte, não pode ser imparcial (no sentido de não parte), tomadas estas expressões no mesmo sentido processual. (...) Se, porém, eu conferir a "imparcial" apenas um sentido moral, então poderei dizer que o Ministério Público é "imparcial".[8]

Contudo, divirjo parcialmente do nobre doutrinador, professor emérito da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, no que tange à imparcialidade dita moral do promotor no processo penal. É certo que o Ministério Público não é um acusador implacável que deve sempre buscar a condenação, ainda que reconheça que todas as provas levam à absolvição. O promotor, tal como o juiz, é independente, e pode reconhecer que as provas produzidas em juízo não corroboraram as da investigação, pedindo, tranquilamente, a absolvição.

Todavia, ainda que no âmbito moral, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, é, sem dúvida alguma, um sujeito parcial. O membro do *parquet* oferece a denúncia porque acredita na culpa do denunciado, eis que já formou a *opinio delicti*. Nem se venha invocar o princípio do *in dubio pro societate* para o *oferecimento* da denúncia. Esse é um princípio que vale apenas para o *recebimento* da denúncia pelo juiz. Se o promotor tem dúvidas sobre a culpa do indiciado, deve investigar mais ou, na ausência de quaisquer outras possíveis diligências, deve propor o arquivamento do feito. O juiz, pelo contrário, não pode se converter num investigador da fase pré-processual, inexistindo a figura do juízo de instrução em nosso sistema.

Se o promotor tem dúvida e não vislumbra outras diligências que possam aclarar a questão, deve arquivar o feito, sob pena de propor uma ação penal sabendo de antemão que a dúvida persistirá e militará em favor do réu. É responsabilidade do promotor o oferecimento da denúncia apenas quando formar a *opinio delicti*, tendo certeza subjetiva ou

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 913, p. 289-297, nov. 2011, p. 292-293.

moral da materialidade e da autoria delitiva. Nada impede que eventuais depoimentos se alterem na fase judicial, e, com isso, o promotor mude de ideia e peça a absolvição. Porém, se no momento da denúncia, o promotor não tem certeza subjetiva da culpabilidade e a oferece assim mesmo, sem quaisquer perspectivas de mudança da situação, tratar-se-á de ação penal temerária.

Por exemplo, se o promotor entender como crucial para a formação da *opinio delicti* a oitiva de determinada testemunha, deve realizar tal diligência na fase pré-processual, não sendo o caso de arriscar-se a ouvi-la apenas no processo penal, jogando com a sorte do acusado.

Se não houver *opinio delicti*, enfim, deve o Ministério Público continuar investigando o caso, e, não havendo mais nada a ser feito, a dúvida deve ensejar o arquivamento.

Nesses termos, o Ministério Público é parte tanto no sentido processual quanto no sentido moral, porquanto deve denunciar apenas quando tiver a certeza subjetiva da culpa do réu, não podendo se arriscar a dar início a um processo penal temerário. Isso seria jogar com a sorte alheia. Evidentemente, é cediço que as provas produzidas em juízo podem mudar o quadro probatório da fase inquisitorial, razão pela qual o membro do *parquet*, independente, pode pleitear a absolvição.

Assim, a suposta imparcialidade, inexistente a meu ver, não serve como argumento para impedir a investigação pelo Ministério Público.

Portanto, ao Ministério Público deve ser reconhecida a capacidade investigatória, dentro dos limites constitucionais e legais, com fulcro no artigo 129, incisos VIII e IX, da Constituição. O argumento segundo o qual o promotor violará direitos e garantias fundamentais representa mera desconfiança ideológica contra os promotores, esquecendo-se de que todo operador do Direito, policial, promotor, juiz, e até mesmo o advogado, pode cometer abusos, os quais devem ser coibidos na forma da lei.

2.1 Uma visão politicamente incorreta do "juiz das garantias". A iniciativa probatória do juiz criminal.

É interessante verificar, em muitas análises apressadas do Projeto de Código de Processo Penal, as afirmações generalizadas do "grande avanço" que representa a criação do "juiz das garantias", colocando a legislação brasileira como uma das melhores do mundo.

Também vislumbro como tímidas (em quantidade, não em qualidade)[9] as vozes que se levantam contra o juiz das garantias. Quase como se fosse politicamente incorreto posicionar-se contra o juiz das garantias, alguns lembram apenas das evidentes dificuldades práticas decorrentes da instalação

9 Existem, a meu ver, excelentes e irrefutáveis argumentações contrárias à criação do juiz das garantias, as quais serão mencionadas no decorrer deste texto.

dessa figura no Brasil afora, o que representa um prato cheio para os que transformam a discussão num debate ideológico, rebatendo que dificuldades orçamentárias não podem justificar a "violação de direitos fundamentais". Creio que muitos podem até ter certo receio de se posicionarem contra o juiz das garantias, temendo serem tachados de antidemocráticos, antiquados, conservadores, defensores de juízes inquisidores etc.

Enfim, a defesa politicamente correta do juiz das garantias parece munir-se de uma série de argumentos utópicos sobre o "grande avanço" e sobre as conquistas para o Estado Democrático de Direito, transformando a oposição, ainda que inconscientemente, em antidemocrática e despreocupada com os direitos e garantias fundamentais.

Posiciono-me de forma contrária ao juiz das garantias, não porque sou antidemocrático, um juiz inquisidor ou defensor de violações de direitos fundamentais, nem porque me restrinjo a argumentos de dificuldades orçamentárias. Posiciono-me contrariamente ao juiz das garantias por tratar-se de criação puramente ideológica e preconceituosa contra os juízes, que não representa, por si só, qualquer avanço na defesa dos direitos fundamentais, sendo, por isso, uma mudança rigorosamente inócua e que apenas servirá, invariavelmente, para atravancar o processo penal, podendo, até mesmo, dependendo da forma de sua implantação, deixar um juiz trabalhar muito menos do que o outro.

Começo a argumentação pela descrição dos dispositivos do juiz das garantias do Projeto de Código de Processo Penal:

> Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:
> I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
> II - receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
> III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença;
> IV - ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
> V - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
> VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
> VII - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
> VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
> IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
> X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
> XI - decidir sobre os pedidos de:
> a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
> b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
> c) busca e apreensão domiciliar;
> d) acesso a informações sigilosas;
> e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
> XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;
> XIII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;
> XIV - arquivar o inquérito policial;
> XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
> XVI - deferir pedido de admissão de

assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
XVII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.
Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.
Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.
§ 1º. Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.
§ 2º. As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.
§ 3º. Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.
Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.
Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Pois bem, iniciei a crítica ao juiz das garantias, aduzindo tratar-se de um preconceito ideológico contra os juízes. Assim, indago: existe algum juiz, no sistema atual, que não tenha por dever a preservação das garantias dos acusados? A resposta é evidentemente negativa, porquanto todo juiz tem o dever de respeitar a Constituição e, por conseguinte, de preservar os direitos e garantias fundamentais. Nesse diapasão, reproduzo a excelente crítica feita pelo Desembargador Federal Abel Fernandes Gomes, num dos melhores artigos escritos sobre o tema:

Comecemos por examinar a própria denominação do instituto: "juiz das garantias". A nosso ver, ela configura verdadeira tautologia, do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade, na medida em que se trata da investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo, tudo dentro de uma concepção tradicionalmente consagrada por Montesquieu sobre a divisão harmônica dos poderes. (...) *Mas se garantir direitos aos que figuram na relação processual já é a própria função filosófica e histórico-jurídica do juiz, a denominação "juiz das garantias" perde o sentido, e somente na sua conjugação com a unilateralidade do objeto da responsabilidade que o Projeto parece reservar para esse juiz* – a qual segundo a literalidade do art. 14 do texto do PLS nº 156/09 é a salvaguarda de direitos individuais do investigado – *passa a ser compreendida, mas já agora como apenas uma ideologia: a de que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, independentemente do que orienta a Constituição na sua compreensão garantista integral.* (...) a impressão que se colhe é que se pretende arrancar desse juiz o compromisso

> de garantir com preferência o interesse individual do investigado em qualquer circunstância. (destaques meus)[10]

Em suma, conforme bem exposto pelo eminente Desembargador, depreende-se a possibilidade de uma visão ideológica do processo penal, tornando-se o juiz um aliado do réu, com o propósito de defendê-lo a todo custo, o que certamente não tem qualquer sentido na visão séria e equilibrada que deve ter o juiz consciente. Digo mais, se a ideologia em questão tem a função de tornar o juiz mais consciente, apresentando menos descaso para com os direitos do acusado, não existe a mínima garantia de que a mudança legislativa produzirá qualquer resultado. E se o cargo de "juiz das garantias" for ocupado pelo mau juiz, acostumado aos descasos? Se a ideia é evitar maus juízes, certamente isso não ocorrerá com um passe de mágica numa mudança legislativa. Se a intenção é criar um juiz ideológico, isso afetará a independência do juiz consciente, que não se coloca nem como aliado nem como adversário do réu.

E se a ideia for simplesmente ter um juiz imparcial para o julgamento do processo, ter-se-á, preliminarmente, um imenso desconhecimento da atividade judicial. Considerar que o juiz que determina uma busca e apreensão, uma interceptação telefônica e até mesmo uma prisão cautelar está irremediavelmente compromissado com uma condenação representa uma arrogante e preconceituosa pretensão de se conhecer o comportamento e a psique dos juízes, tratando-os como ratos de laboratório ou animais amestrados. A absoluta ausência de base empírica ou científica para tal assertiva é muito bem observada por Abel Fernandes Gomes:

> Outro fundamento da criação do juiz das garantias, não tão expresso no texto do PLS nº 156/09, mas incisivamente apontado pelas opiniões de alguns autores, é que o atual sistema, em que o mesmo juiz decide sobre a admissibilidade, prorrogação e incidentes de medidas investigatórias; meios de coleta de elementos de convicção para oferecimento de denúncia e até mesmo cautelares, em momento anterior àquele em que decidirá o mérito da ação penal à luz das provas carreadas aos autos, acaba por contaminar o julgador, que, segundo opinam tais autores, se veria irremediavelmente envolto no compromisso de julgar o mérito da ação segundo a mesma valoração feita quando decidiu sobre aquelas medidas. Contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. (...) Como se observa, de logo há certa carga de preconceito no primeiro argumento, porquanto se acredita difícil ou impossível que o juiz assuma uma postura imparcial já quando tenha que apreciar algum requerimento na fase pré-processual segundo o que lhe relata a autoridade. *E, por que seria difícil ou impossível se manter alheio aos elementos unilaterais? Supõe-se isso ou parte-se de dados científicos a respeito? E mais, se tal suposição fosse empiricamente demonstrável, seria a figura de mais um juiz no processo de primeiro grau, o juiz das garantias, que impediria a indesejada propensão humana de se deixar influenciar apenas pelo que diz uma das partes? E ainda, se tal indesejada propensão humana é possível, ela também não poderia estar presente no juiz do mérito, sempre propenso a dar crédito somente à acusação? E o que dizer das também humanas propensões a favorecer o acusado não obstante elementos a ele contrários?* (destaque meu)[11]

10 GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das garantias": inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010, p. 100-101.

11 *Ibidem*, p. 102-103.

A excelência da argumentação do nobre Desembargador levou a essa longa transcrição. Quem diz que um juiz que, por exemplo, determinou uma interceptação telefônica está determinado a condenar, com toda a devida vênia, não sabe, minimamente, o que é ser juiz criminal. Quando determina uma interceptação telefônica, à luz dos requisitos legais, o juiz consciente não sabe o que aquela prova irá produzir, se terá ou não algum resultado frutífero. E mesmo algumas conversas aparentemente suspeitas poderão revelar-se perfeitamente lícitas ou explicáveis no processo, podendo acarretar a absolvição. Até mesmo a prisão cautelar, julgada necessária no momento pré-processual, pode ceder a provas em contrário produzidas no decorrer do feito. Nada vinculará o juiz consciente. Já o mau juiz continuará o sendo, independentemente de qualquer mudança legislativa.

Enfim, a mudança que se pretende como um grande avanço é inócua. O suposto e pretensioso conhecimento de como o juiz irá julgar, mesmo quando a assertiva é feita por um magistrado, desconsidera a individualidade de cada julgador, partindo de um determinismo sem qualquer base empírica ou científica. E a suposta melhoria do julgamento por intermédio de mudança legislativa desconsidera o juiz como ser humano, com suas particulares imperfeições.

Já é dever de todo juiz a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Se isso não é feito agora, não será a alteração legislativa que produzirá a mudança comportamental dos juízes. Também no mesmo sentido, o jurista Miguel Reale Júnior:

> O Projeto parte da suspeita de que o Juiz, ao conceder medidas cautelares, estará, por isso, comprometido com o seu ato de autorizar ou não autorizar escuta telefônica ou uma busca e apreensão. Com maior ênfase, surge a desconfiança de suspeita de um veredicto condenatório futuro em face da decretação da prisão preventiva a ser devidamente fundamentada com base no reconhecimento de indícios de autoria e de materialidade do crime. Não entendo, todavia, que o Juiz se vincule às suas decisões, precárias quanto ao exame da prova, de forma a estar comprometido com o que decidiu a ponto de se tornar *parcial*. Se assim for, o Juiz que concede o pedido de interceptação telefônica estará predisposto a condenar independentemente do conteúdo das conversas que virão a ser captadas; e o que negou o pedido de interceptação tendente a rejeitar a denúncia ou absolver no processo a ser instaurado. (destaque original)[12]

A ideologia preconceituosa que defende o juiz das garantias como única forma de assegurar a imparcialidade ou, até mesmo, como uma maneira de supostamente aperfeiçoar a imparcialidade é extremamente simplificadora da natureza humana, reduzindo o juiz a um autômato com decisões totalmente previsíveis, hipótese totalmente afastada com um mínimo de contato com a realidade judicial.

Alguns defensores do juiz das garantias, de fato, estão imbuídos de boas intenções, muito embora suas reflexões careçam de maior profundidade sobre a individualidade humana, sendo mera fantasia supor que o juiz que não atua no inquérito é mais imparcial do que os outros. Contudo, não descarto, por trás dessa ideia, a existência de um preconceito contra determinados juízes, especialmente em casos de grande repercussão e que, talvez por coincidência, usualmente envolvem réus poderosos ou abastados. O fato é mencionado pelo jurista Miguel Reale Júnior:

> Mas, se é verdade que Juízes, especialmente de varas especializadas federais, passaram a realizar um ativismo judicial, mais justiceiros sociais do que Juízes, nem por isso se deve concluir que todo Juiz, por ter decretado a prisão preventiva, estará "suspeito" de

12 REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 101-111, set. 2011, p. 109-110.

> parcialidade, pois tentado a dar razão a si mesmo para condenar aquele cuja custódia cautelar decretara.[13]

Nota-se, pois, que o preconceito parece até ter alvo certo: juízes federais de varas especializadas em crimes financeiros. Aqui, é normal que interpretações diferentes estejam surgindo diante do recrudescimento do combate aos crimes do colarinho branco pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal. É certo que eventuais abusos devem ser coibidos em relação a qualquer magistrado. Porém, isso ocorrerá no bojo do processo judicial. Não será a criação do juiz das garantias um remédio miraculoso que evitará ou diminuirá abusos. Tornar-se um juiz das garantias não mudará a mentalidade do magistrado, o qual continuará agindo da mesma forma. Se a sua atuação era passível de críticas antes, continuará a ser depois do instituto. Possível e provavelmente, a mudança será uma só: o juiz das garantias, se atuar exclusivamente como tal, terá menos serviço do que o juiz dos processos.

Imagine-se uma subseção ou comarca pequena, com lides penais razoavelmente simples de se investigar. Na maioria dos casos, o juiz das garantias se limitará a dar simples despachos no inquérito. Já o juiz do processo decidirá desde o recebimento da denúncia (o que também é criticado pela doutrina) até a sentença, passando pelos pedidos incidentes do processo, como o de absolvição sumária, e realizando todos os atos da audiência. O artigo 16 do referido Projeto garante situações até esdrúxulas, como no exemplo trazido por Miguel Reale Júnior:

> Assim, se um Juiz requisitar informações sobre o andamento do inquérito policial, cujo prazo para sua ultimação estiver vencido, não poderá ao depois participar do processo a ser eventualmente instaurado.[14]

Curioso, outrossim, que a exposição de motivos do Projeto aduz que o juiz das garantias não será um mero gestor de inquéritos. Ora, da forma como está previsto, na maioria dos casos, o juiz das garantias será sim um mero gestor de inquéritos, tal como no exemplo supratranscrito do ilustre penalista.

Outro dispositivo do Projeto que denota a inocuidade do juiz das garantias é o § 2º do artigo 15, o qual determina que o juiz do processo poderá reexaminar toda e qualquer questão apresentada ao juiz das garantias. Assim, se o juiz das garantias indeferir uma busca e apreensão ou uma prisão cautelar, essas questões poderão ser reexaminadas pelo juiz do processo, que poderá deferir tais medidas. Enfim, toda utopia de maior imparcialidade, pretendida com o "juiz das garantias", desmorona, torna-se inócua diante do reexame previsto no Projeto, o que, diga-se de passagem, não poderia ser diferente. Por acaso o juiz do processo que reexaminou as questões antes levadas ao conhecimento do juiz das garantias tornou-se mais imparcial? Seria demasiado tortuoso e frágil o raciocínio que levaria a tal conclusão. A solução ao paradoxo seria pior: tornar imutáveis as decisões do juiz das garantias, declarando-o, em tese, superior ao juiz do processo, que teria jurisdição limitada, e, temerariamente, supor que determinadas situações do processo tornam-se imutáveis.

Daí vem a questão pragmática: por que correr sérios riscos de desestruturar o sistema processual penal, especialmente em pequenas comarcas e subseções de uma vara só e, pior, com apenas um juiz, em nome de um instituto ideológico que, tudo leva a crer, será totalmente inócuo? Com efeito, por vezes, o pensamento politicamente correto não resiste a uma reflexão aprofundada. Certamente, a solução para a desconfiança de certos setores em relação aos magistrados não virá com o juiz das garantias.

De outro prisma, também está em voga a desconfiança contra a iniciativa probatória do juiz.

13 *Ibidem*, p. 110.
14 *Ibidem*, p. 104.

Aqui, existe a ideia de que a instrução de ofício afeta a imparcialidade do magistrado. Novamente, pergunto se isso não é uma mera afirmação baseada num suposto conhecimento prévio de como o juiz decide uma lide penal.

Noutra ocasião, já tive a oportunidade de analisar o entendimento segundo o qual um juiz com iniciativa probatória torna-se necessariamente parcial:

> Analisando a assertiva em questão: se o juiz determina uma prova não buscada por uma das partes, ele necessariamente torna-se parcial, já que "obviamente" inclina-se para um dos lados. Com o devido respeito, a referida obviedade levaria a uma conclusão absurda: o juiz sempre saberia de antemão o resultado da prova por ele determinada. Teria praticamente o dom da onisciência. Afinal, se ao determinar uma prova, o magistrado já se inclina para uma das partes, obviamente ele já sabe o que a diligência, ao final, irá comprovar. Isso, evidentemente, é um absurdo que, pior ainda, criaria outro paradoxal absurdo: o fato de o juiz onisciente não determinar a produção de uma prova que poderia prejudicar o lado para o qual se inclina também o tornaria parcial. Enfim, se o juiz sabe de antemão o resultado da diligência probatória, ele será parcial quer se mantenha inerte quer tenha a iniciativa probatória.[15]

No mesmo sentido, o elegante raciocínio de José Carlos Barbosa Moreira, citado em artigo do Procurador da República Rodrigo de Grandis:

> Daí a conclusão que o uso dos poderes instrutórios não é incompatível com a imparcialidade do juiz criminal. Como pontua, com extrema correção, José Carlos Barbosa Moreira: "no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade lógica beneficiaria o outro. *Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes.*"[16]

Rodrigo de Grandis, no mesmo artigo, aduz que "a imparcialidade não se confunde com a neutralidade".[17] Enfim, a imparcialidade não significa que o juiz brasileiro tenha de ser um mero expectador das provas apresentadas em juízo. Se assim for, em rigor, o juiz não deveria produzir nem participar de prova alguma, incluindo-se, aqui, o interrogatório do réu, que passaria a ser feito exclusivamente pelas partes. Só assim existe coerência naqueles que dizem que o juiz não pode ter iniciativa probatória alguma. Só o fato de realizar o interrogatório já torna possível a realização de uma pergunta pelo juiz que o promotor não faria.

Em verdade, conforme explicitado acima, o juiz, a menos que se lhe reconheça o dom da onisciência, não sabe qual será o resultado da prova por ele determinada, ou seja, a quem tal prova beneficiará.

Contudo, poder-se-ia dizer que a obscuridade causa a dúvida e a dúvida sempre militaria em favor do réu, razão pela qual deveria ser vedada a iniciativa probatória do juiz, que sempre atuaria como substituto do órgão da acusação. Tal generalização é incorreta. Amiúde, o contexto probatório dos autos

15 AZEVEDO, Paulo Bueno. Procedimento judicial em caso de ausência do representante do Ministério Público Federal na audiência de instrução (ainda existe o princípio da verdade real?). *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 111, p. 4-11, jan./fev. 2012, p. 7.

16 GRANDIS, Rodrigo. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 250-265, mar./abr. 2008, p. 261.

17 *Ibidem*, p. 260.

conduz à condenação do réu. É o que chamo de presunção de veracidade das provas. Não se confunde com presunção contra ou a favor do réu. Trata-se da análise das provas pelo juiz que o leva a concluir pela condenação ou pela absolvição. O juiz pode condenar ou absolver baseado nas provas. Só que, apesar de as provas indicarem um ou outro resultado, é possível que a verdade real seja diversa daquela indicada pelas provas.

Certa vez, determinado réu era acusado de tentativa de estelionato previdenciário, por falsificar um atestado médico de incapacidade temporária, alterando sempre a sua data, visando a induzir a percepção de que seriam atestados diferentes. A perícia administrativa do INSS atestou a capacidade do réu. Em alegações finais, o Ministério Público Federal sustentou a materialidade do delito, consistente na fraude das datas dos atestados (meio fraudulento) e na tentativa de induzir o INSS a erro (consistente em tentar receber benefício previdenciário por incapacidade, quando seria, em verdade, capaz). A defesa aduziu a falta de dolo, eis que o réu, com muitas dores, realmente pensava estar doente. Nenhuma prova foi requerida pelas partes. O contexto probatório indicava a culpa do réu. Todavia, este magistrado teve a seguinte dúvida: e se o réu fosse realmente incapaz, a despeito da conclusão administrativa do INSS? Afinal, o mínimo de vivência do juiz federal em causas previdenciárias o leva a suspeitar das conclusões administrativas de peritos do INSS, muitas vezes derrubadas pela perícia judicial. A despeito da ausência de qualquer requerimento das partes, converti o julgamento em diligência para a realização da prova pericial. Observo que, se a prova pericial indicasse a capacidade e a existência de queixas fantasiosas do réu, a tese defensiva seria praticamente fulminada. Contudo, a perícia judicial revelou a incapacidade total e permanente do réu em período anterior à própria data dos fatos descrita na denúncia. Instado a se manifestar sobre a prova produzida de ofício pelo juízo, o ilustre Procurador da República voltou atrás e requereu a absolvição. E assim foi decidido num caso em que o contexto probatório anterior induzia a responsabilidade penal do réu.

Nem se venha alegar que, anteriormente, havendo dúvida sobre a conclusão administrativa, o réu já deveria ser de antemão absolvido. Isso somente poderia ser feito por uma presunção de que a perícia administrativa estivesse errada, o que seria absurdo e tornaria o juiz, aí sim, parcial, um verdadeiro aliado do réu no processo. Nem se poderia ignorar a existência da perícia administrativa, como se não tivesse qualquer validade no âmbito judicial, eis que desnecessária a repetição em juízo, não pairando dúvidas sobre a sua consistência.

O caso genérica e resumidamente relatado acima é verídico e a absolvição já transitou em julgado. Pode-se dizer que se trata de situação excepcional. Porém, excepcional geralmente é a iniciativa instrutória do magistrado.

O juiz é o destinatário da prova e não pode recusar o julgamento se tiver dúvidas. Como a decisão do juiz deve ser motivada e não pode ser por ele recusada, não pode lhe ser negada a iniciativa probatória, quando julgar obscuro algum ponto do processo. A motivação seria prejudicada se o juiz considerasse necessária a produção de outras provas para aclarar determinada questão e estivesse impedido de fazê-lo. E, como ilustrou o caso acima, nem sempre a dúvida do magistrado leva à absolvição do réu, tal como nem sempre a iniciativa probatória do juiz prejudica o réu.

Como se nota, a criação do juiz das garantias e a negação da iniciativa probatória do juiz são dois aspectos do mesmo preconceito contra os juízes, no sentido de supostamente saber como ele julgará, como se fosse um previsível autômato.

Se a participação do juiz na atividade probatória o torna parcial, como querem alguns, então a solução não seria a criação do juiz do inquérito, mas sim a do juiz da

sentença. Somente aí estaria definitivamente assegurada a sua distância em relação às provas produzidas no feito. Contudo, aí se alegaria a violação do princípio da identidade física do juiz, que deve ter um contato maior com as provas para julgar melhor. Enfim, mais um paradoxo quase esquizofrênico sobre a participação ou não do juiz na atividade probatória: quanto mais afastado das provas, mais imparcial; quanto mais próximo das provas, julga melhor.

Esse ideal de magistrado perfeito não será alcançado pela criação do juiz das garantias ou pelo tolhimento de sua iniciativa probatória. Ambas as propostas tendem apenas a limitar a atuação dos bons juízes determinados na busca da verdade processual mais aproximada da verdade substancial.

3. Direito Penal e Processual Penal do Inimigo.

Com o crescimento das preocupações com o terrorismo, especialmente desde as atrocidades do dia 11 de setembro de 2001, aumentou o interesse doutrinário pelo chamado Direito Penal do Inimigo, teoria preconizada por Günther Jakobs.

No entender de Jakobs, quem age, por princípio, contra o ordenamento jurídico, não pode ser tratado como pessoa, sob pena de se ofender os direitos da própria coletividade:

> Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está *autorizado* a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança. Assim, pois, seria totalmente incorreto condenar o que se está chamando aqui de Direito Penal do Inimigo (...).[18]

18 JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Organização e introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

Em nosso cotidiano, é comum ver notícias de atrocidades cometidas por criminosos. Por dinheiro ou por outros motivos de somenos importância, matam-se crianças, mulheres grávidas, pais em frente aos filhos... Membros de organizações criminosas enfrentam-se com a Polícia diariamente. Muitos fazem do crime um estilo de vida e mostram pouca ou nenhuma consideração pela vida humana alheia. Esses são os "inimigos"? E não tratá-los como "inimigos" seria colocar em risco a segurança pública? Assim, tratá-los como "inimigos" equivaleria a salvaguardar a segurança pública?

O suposto dever do Estado de não tratar como pessoas os "inimigos" consistiria exatamente em quê? Justificar-se-ia a tortura ou a pena de morte contra os "inimigos"? Como identificar tais "inimigos"? A violência estatal contra os "inimigos" eliminaria a violência deles contra a sociedade? Violência elimina ou gera violência?

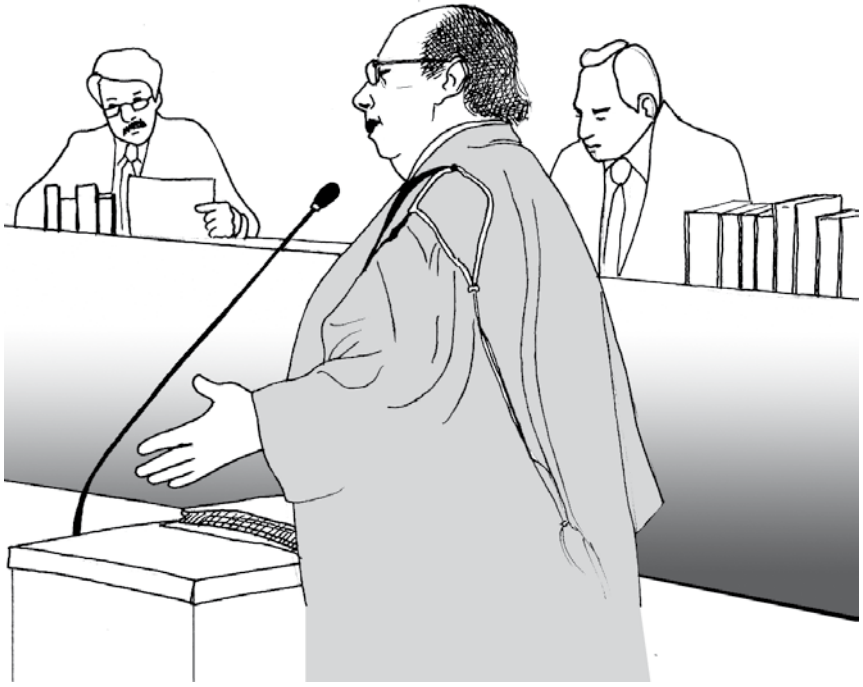
O Direito Penal do Inimigo é mais um exemplo de direito penal ideológico. Inimigos não devem ser tratados como pessoas, sob pena de se colocar em risco a sociedade. É a argumentação *ad terrorem*. Porém, a ideologia não resiste aos fatos nem à observação atenta da natureza humana. Por mais atroz que tenha sido o crime, o réu sempre deve ser tratado como pessoa. O tratamento como inimigo não provocará maior temor nos criminosos habituais. Num ou noutro caso específico, pode até ser verdade. Contudo, na prática, os inimigos irão se comportar como animais acuados. Atacarão mais.

Como identificar os inimigos? Quem identificaria o inimigo? A Polícia, o Ministério Público, o Judiciário? O Poder Legislativo? O Poder Executivo? Inimigos poderiam ser considerados aqueles que se opõem ao governo? Como se percebe, o risco de um Direito Penal do Inimigo criar um regime totalitário é grande. Fatalmente, os inimigos seriam aqueles que se opõem ao Estado, considerados terroristas em potencial.

Argumento interessante é o de que o Direito Penal do Inimigo já existe em diversas leis penais e processuais penais. Portanto, para se evitar o risco de aplicá-lo a quem não mereça, deve-se delineá-lo de modo a reservá-lo apenas a quem realmente faça jus à sua aplicação. Mencione-se, aqui, a conclusão de Jakobs:

> Um Direito Penal do Inimigo claramente delineado é menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito, do que misturar *todo* o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo.[19]

O Direito Penal do Inimigo esparso seria ilegítimo, porém o delineado para determinados grupos de pessoas, ou melhor, "inimigos" seria legítimo? Ou talvez menos perigoso? Seria realmente menos perigoso classificar determinados indivíduos como inimigos? As perguntas se repetem: quem faria a classificação dos inimigos: o legislador, o promotor, o juiz? A classificação como inimigo ocorreria em qual momento do processo penal? No momento da denúncia ou da sentença?



A alusão a normas esparsas de Direito Penal do Inimigo não parece, com toda a devida vênia, uma boa justificativa para se instituir um Direito Penal do Inimigo. Aliás, é paradoxal alegar um mal para institucionalizar o mesmo mal que se tornaria um bem. A conhecida lição de Jesus Cristo na Bíblia sobre dar a outra face quando sofrer um mal costuma ser mal interpretada e até ironizada como uma lição de masoquismo. A interpretação é incorreta. O dar a outra face significa que um erro não justifica outro. Um mal não justifica outro mal. Um suposto Direito Penal do Inimigo esparso não justifica a institucionalização de um Direito Penal do Inimigo.

Se normas de "Direito Penal do Inimigo" foram instituídas pelo legislador, há de se aferir a sua constitucionalidade. Se constitucionais, não são normas destinadas a inimigos. Se inconstitucionais, devem ser eliminadas. E ao Judiciário compete fazê-lo por meio do controle de constitucionalidade.

O uso do direito penal internacional também é invocado por Jakobs para justificar o Direito Penal do Inimigo:

> A punição internacional ou nacional de violações dos direitos humanos após uma revolução política tem feições típicas de Direito Penal do Inimigo, mas nem por isso é ilegítima.[20]

19 *Ibidem*, p. 23.

20 *Ibidem*, p. 23.

O argumento é sofismático, eis que concebe o direito penal internacional como Direito Penal do Inimigo. Em verdade, é justamente o contrário: mais legítimo o direito penal internacional se torna quanto mais se afasta da feição de um Direito Penal do Inimigo. Existem diferentes processos e punições internacionais. O assassinato de Muammar Gaddafi por revolucionários é considerado legítimo pela sociedade internacional? E as prisões americanas de Abu Ghraib e as torturas que lá ocorrem ou ocorreram, são elas consideradas legítimas? Parece que, ao contrário do argumentado por Jakobs, mais ilegítimo o direito penal internacional se torna quanto mais se aproxima de um "Direito Penal do Inimigo".

Nenhum réu deve ser considerado inimigo. A justificativa filosófica do Direito Penal do Inimigo é frágil e, pior, oferece o imenso perigo de formação de um processo penal ideológico. Por isso, tal visão deve ser combatida.

4. A interpretação possível da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a observância de princípios constitucionais penais e processuais penais. Os riscos da ideologia do combate à impunidade no processo penal internacional.

A expressão "direitos humanos dos bandidos" é relativamente comum no povo, seja pela influência da própria mídia, especialmente por conta de programas televisivos que exploram a violência e seus apresentadores-pregadores (supostos campeões da moral), seja pela própria atuação ideológico-partidária de alguns ditos defensores de direitos humanos. Em verdade, a defesa dos direitos humanos deve compreender não só o amparo às vítimas da violência, como também a proteção contra o arbítrio do Estado no processo penal. Assim, mesmo os criminosos merecem o direito a um julgamento justo, devendo ser protegidos contra tortura, linchamento etc. Qualquer cerceamento de defesa também deve ser combatido. Até porque, enquanto réus, ainda não podem ser considerados culpados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Se a mera acusação já significar culpa, ter-se-á o autoritarismo estatal e o processo penal se tornará uma farsa com um resultado previamente conhecido.

A mídia costuma apontar como um dos problemas brasileiros a impunidade, seja de modo geral seja em relação a setores específicos, como os crimes de colarinho branco, delitos cometidos por políticos etc. Trata-se de um justo anseio da sociedade, o combate à impunidade.

Todavia, esse combate precisa ser encarado como uma pretensão moral ou social, e nunca como uma obrigação jurídica do Estado-Juiz, encarnado pelo Poder Judiciário. Se existe a obrigação de punir, o resultado do processo é previamente conhecido. Assim, novamente o processo penal torna-se uma farsa.

Muitas das grandes conquistas do indivíduo contra o Estado, sem dúvida, ocorreram no âmbito penal. Vale lembrar os princípios da reserva legal, da irretroatividade das leis penais, da humanização das penas, além dos princípios processuais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Há, também, outras garantias, como o estabelecimento de prazos prescricionais, a proibição de provas ilícitas etc. Recorde-se que os princípios e garantias beneficiam a todos os réus e, porventura, podem impedir a condenação de culpados. Exatamente por isso, não há falar-se numa obrigação estatal de punir, porém tão-somente na obrigação de propiciar um julgamento justo. Para todo e qualquer réu.

Nessa ordem de ideias, é errônea uma determinada interpretação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, a qual determinou a impossibilidade de aplicação da Lei de Anistia e de institutos como a prescrição ou a coisa julgada.

Alguns doutrinadores, que costumam apontar como autoritários, conservadores e arcaicos todos aqueles que assumem posições contrárias às suas, consideram que o Supremo Tribunal Federal foi autoritário ao considerar válida a Lei de Anistia.[21] Curioso que o STF é considerado autoritário por ter limitado o direito penal. E, da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é considerada "progressista", por ter estipulado de forma clara e simples o cerceamento de defesa, ao vedar a utilização de possíveis teses defensivas dos réus. Novamente, ressalto a ironia do caso. E observo que muitos dos defensores da punição de militares brasileiros pelos crimes de tortura na época do regime militar são árduos defensores da ditadura cubana, por eles encarada como uma democracia. Uma democracia em que o "Presidente" Fidel Castro ficou no poder por 49 anos e, ao ficar doente, repassou o poder "democrático" a seu irmão, Raul Castro.

Enfim, aqui se está diante de um caso claro de um confronto ideológico entre direita e esquerda a pretender contaminar o processo penal.

Os cegos pela ideologia, de esquerda ou de direita, praticamente dividem o mundo entre o Bem e o Mal. Tudo o que os de direita fazem é mal, segundo um esquerdista. Se a mesma coisa é feita por esquerdistas, aí tudo é justificado. E vice-versa. É lamentável, porém, que essa cegueira, para não dizer infantilidade ideológica, atinja muitos políticos, autoridades judiciais e agentes públicos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Pergunto-me até quando persistirá esse verdadeiro atraso mental que faz alguém pensar ser superior a outrem em razão de sua ideologia. Se o ser humano não se der conta de que erra tanto quanto o próximo, que é tão responsável por ilícitos quanto o próximo, que carrega sempre um mal dentro de si tanto quanto o próximo, haverá sempre o risco de processos penais ideológicos, com a alternância no tempo de diferentes correntes ideológicas, ora vencedoras ora perdedoras.

Porém, volto à problemática da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos –CIDH. Observo, a propósito, que, no caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, a CIDH decidiu que a sentença condenatória proferida pela Suprema Corte da Venezuela teria violado o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 8.2, "h", da Convenção Americana de Direitos Humanos). Tal caso foi recentemente lembrado como precedente a ser utilizado por réus da Ação Penal 470, popularmente conhecida como "Julgamento do Mensalão".

Faço um paralelo entre esse julgamento e o *decisum* do caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil. Ora, poderia uma Corte Internacional excluir *a priori* possíveis matérias de defesa a serem aplicadas em julgamentos que ainda nem se iniciaram aqui no Brasil? Na visão de alguns, os juízes brasileiros deveriam cumprir à risca a decisão da CIDH e rejeitar de plano tais matérias de defesa.

Enfim, paradoxalmente, caso isso literalmente aconteça, os réus desses processos sofrerão não apenas com a violação do duplo grau de jurisdição, como também do próprio acesso à Justiça em qualquer grau de jurisdição, já que não poderão discutir a decisão da CIDH que seria supostamente vinculante.

Como se pode defender existir ampla defesa num processo em que juízes rejeitam *a priori* matérias de defesa, como se estivessem "cumprindo" decisões de uma Corte Internacional da qual nenhum dos réus participou como parte ou como interessado?

Assim, há algo de muito errado em quem interpreta a decisão da CIDH como uma obrigação a ser cumprida por juízes brasileiros, que estariam vinculados àquilo que foi decidido, excluindo *a priori* determi-

21 Nesse sentido, ver GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio (Org.). Crimes da ditadura militar e o "Caso Araguaia": aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. *In*: _____; _____. *Crimes da ditadura militar*: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

nadas matérias de defesa. Digo mais, estaria ocorrendo flagrante cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição, eis que réus seriam prejudicados por decisão da CIDH, em processo internacional do qual não fizeram parte. Noutras palavras, cumprir *ipsis litteris* a decisão da CIDH, rejeitando, de plano, teses defensivas, representa uma clara violação de direitos humanos do acusado no Brasil, por ofensa aos princípios penais e processuais penais dantes mencionados.

Acerca da suposta imprescritibilidade, por exemplo, é certo que se trata de hipótese não prevista na Constituição brasileira. Poderia a imprescritibilidade de crimes, instituto que restringe direitos e garantias do réu, ser admitida com base numa convenção internacional de direitos humanos não ratificada pelo Brasil à época dos fatos? E em nome da tutela dos direitos humanos, os direitos e garantias do réu seriam esquecidos ou considerados inexistentes? E para quê? Para se impor uma pena tardia que teria exatamente qual função? Preventiva? Repressiva? Vingativa? Pode-se invocar o direito internacional para pisotear as garantias penais e processuais, com o único objetivo de se aplicar o suposto remédio da pena? Essa pseudodefesa dos direitos humanos paradoxalmente viola os próprios direitos humanos. Cito, a propósito, o sábio tirocínio de Nilo Batista:

> (...) Como os internacionalistas se apropriaram da pena pelos caminhos teóricos legitimantes (retribucionismo ou preventivismo), e não têm que interessar-se pela realidade das criminalizações e execuções penais e seus resultados sociais, frequentemente tendem a recorrer a ela como superação simbólica da crise de eficácia dos direitos humanos, como uma espécie de emplastro Braz Cubas contra a hipocondria do desamparo jurídico, à maneira dos funcionalistas sistêmicos, que esperam do encarceramento do condenado a reafirmação da vigência da norma como os inquisidores anelavam das fogueiras a constância na fé. Outorgada uma função positiva, ainda que um pouco mística à pena, inicia-se paradoxalmente a corrosão dos próprios direitos humanos.[22]

Sobre a imprescritibilidade, Nilo Batista também se manifesta com propriedade:

> Olhemos por um instante para a questão da imprescritibilidade. Sua internalização não conheceria maiores objeções se estivéssemos falando da imprescritibilidade de direitos fundamentais, tal qual os representantes do povo francês quando proclamavam em 1789 a existência de "direitos naturais e *imprescritíveis*" como a liberdade e, naturalmente, a propriedade (art. 2º). Mas a imprescritibilidade imposta a determinados delitos representa, pelo contrário, uma exceção gravosa aberta na disciplina geral que, por habilitar ampliativamente a persecução e a execução penal, de um lado não pode também ingressar na ordem jurídica interna pela porta dos fundos, e de outro deve submeter-se ao princípio da legalidade. (destaque original)[23]

Também é digno de menção o entendimento de Dimitri Dimoulis:

> Primeiro, as soluções repressivas, em particular a criminalização, não resolvem problemas políticos. A eventual punição de responsáveis por crimes de motivação política satisfaz instintos de vingança de seus adversários, contribuindo para manter animosidades e dando à sociedade o perigoso sinal de que à violência se responde com violência. No caso brasileiro, temos o problema adicional do tempo já transcorrido. Logo após o fim da ditadura poderia ser sustentado com plausibilidade que

22 BATISTA, Nilo. Nota introdutória. *In*: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil*: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13-14.

23 *Ibidem*, p. 15.

> a punição neutralizaria criminosos, teria efeito intimidatório-preventivo e permitiria consolidar a democracia. *Mas a tentativa de iniciar processos quase meio século após o início da ditadura de 1964 contra pessoas de idade avançada não permite atingir as finalidades da pena usualmente aceitas, a prevenção geral e especial. Permanece mero ato de vingança.* (destaque meu)[24]

Nesse ponto, também cumpriria indagar a diferença de tratamento entre os crimes cometidos por militares e os crimes cometidos por guerrilheiros no período do regime militar. Sem dúvida, é ingenuidade ou pura cegueira ideológica negar que guerrilheiros também praticaram assassinatos, inclusive de próprios companheiros acusados de traição. Alguns dizem que apenas os crimes do Estado seriam imprescritíveis. Ora, mas o réu não é o Estado brasileiro. Os réus são pessoas desvinculadas do governo. E, paradoxalmente, ex-guerrilheiros estão hoje exercendo o Poder do Estado. Será por isso que apenas hoje estão sendo ajuizadas ações penais contra os acusados? Pode ser mera coincidência, porém, mais uma vez, existe a sensação de uma justiça de vencedores contra vencidos.

Os crimes foram cometidos por pessoas, independentemente de serem agentes públicos ou não. Assassinato é assassinato. Uma vida tirada por um militar vale tanto quanto uma vida tirada por um guerrilheiro. Se não, volta-se à ingenuidade ou cegueira ideológica.

Os guerrilheiros lutavam pela democracia ou pela instalação de outro regime autoritário? Com a devida vênia, isso independe completamente de ideologia. Não é uma questão de direita ou esquerda. É quase infantil pensar assim. Essa é a natureza humana. Quem conquista o poder pelas armas, em regra, não deixa o poder pacificamente. Mantém o poder pelas armas. E a justificativa é evitar que o inimigo derrotado volte ao poder. E como identificar o inimigo? Um bom indício é qualquer tipo de crítica ao novo governo "revolucionário". A História confirma. Qual a democracia na Cuba de Fidel Castro? Qual a democracia do finado regime stalinista?

Não se trata aqui de defender crimes da direita ou da esquerda. Contudo, se é crime de um lado, é crime também do outro. Não existe causa de exclusão da ilicitude com base na ideologia do agente.

Logo, se a Lei da Anistia é realmente inválida e os crimes são imprescritíveis, isso tem de ser aplicado aos dois lados do conflito. Assim, guerrilheiros que cometeram crimes também deveriam ser julgados. Mas lutavam por um ideal? E os militares também não poderiam ter o ideal de afastar a ameaça do comunismo, lembrando-se que se vivia em plena Guerra Fria? A punição apenas dos militares justifica-se porque os guerrilheiros eram mais fracos? Mas não eram mais fracos justamente por conta da falta de apoio popular à luta armada? A sociedade não era também composta pelos contrários ao comunismo, possivelmente preocupados, com razões de sobra, com um possível regime comunista similar ao de Stalin? Ou haveria razões para se descartar no Brasil a implantação de substituição de um regime totalitário por outro pior, como ocorreu alhures? Nessa ordem de ideias, o mesmo raciocínio poderia ser utilizado hoje para se defender, por exemplo, a isenção de culpa dos guerrilheiros das Forças Armadas Revolucionárias Colombianas?

O fato de ser idealista absolve o autor do crime? Interessante lembrar que o nazista Adolf Eichmann definia-se como idealista, conforme o relato de Hannah Arendt:

> (...) Um "idealista", segundo as noções de Eichmann, não era simplesmente um homem que acreditava numa "ideia" ou alguém que não roubava nem aceitava subornos, embora essas qualificações

24 DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiante no Brasil: hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. *In*: _____; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil*: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

> fossem indispensáveis. Um "idealista" era um homem que *vivia* para a sua ideia – portanto não podia ser um homem de negócios – e que por essa ideia estaria disposto a sacrificar tudo e, principalmente, todos. Quando ele disse no interrogatório da polícia que teria mandado seu próprio pai para a morte se isso tivesse sido exigido, não queria simplesmente frisar até que ponto se achava cumprindo ordens e pronto para executá-las; queria também mostrar o "idealista" que sempre fora. (destaque original)[25]

O trecho acima demonstra, por si só, o perigo de considerar inocentes os "idealistas". E distinguir idealistas de direita e de esquerda, tratando diferentemente os seus crimes, é mais um preconceito ideológico a ser combatido no processo penal.

Qual a interpretação possível, pois, da decisão de Corte Internacional de Direitos Humanos, a fim de garantir a integridade dos direitos dos acusados no processo penal brasileiro?

Em primeiro lugar, a opinião da CIDH sobre Lei de Anistia, imprescritibilidade de crimes e inexistência de coisa julgada não pode vincular o juiz brasileiro. Em isso ocorrendo, estariam sendo violados três princípios fundamentais:

1) Independência judicial: criar-se-ia uma espécie de súmula vinculante imprevista na Constituição e em qualquer lei brasileira, ofendendo-se, outrossim, o princípio da legalidade;

2) Ampla defesa: estariam excluídas, de antemão, teses de defesa dos acusados;

3) Contraditório: os réus perderiam o direito de alegar teses com base numa decisão de corte internacional em processo do qual não participaram.

Aliás, violação do contraditório, nesta situação, implica o próprio desrespeito ao duplo grau de jurisdição, que a CIDH entende violado em decisões tomadas em única instância pela corte suprema de cada país.

Lembre-se que a falta de ampla defesa e de contraditório prejudica a própria concepção garantista do processo penal. Cabe recordar a lição de Luigi Ferrajoli, referida por Sylvia Helena de Figueiredo Steiner:

> O sistema garantista, tão bem analisado pelo autor, é por ele resumido em dez axiomas, os quais chama "princípios: Nulla poena sine crimine. Nullum crimen sine lege. Nulla lex poenalis sine necessitate. Nulla necessitas sine iniuria. Nulla iniuria sine actione. Nulla actio sine culpa. Nulla culpa sine iudicio. Nullum iudicium sine accusatione. Nulla accusatio sine probatione. *Nulla probatio sine defensione*. Chamo a esses princípios, além das garantias penais e processuais penais por eles expressados, respectivamente: 1) princípio de retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, em sentido lato ou estrito; 3) princípio da necessidade ou de economia em direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também em sentido lato ou estrito; 8) princípio acusatório ou de separação

25 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 11. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 54.

> entre juiz e acusação; 9) princípio da carga probatória ou de verificação; 10) *princípio do contraditório, ou de defesa, ou de refutação*. (...)" (destaque meu)[26]

Assim, teses que invocam uma suposta superioridade da CIDH e a vinculação de seus entendimentos a juízes brasileiros em processos penais chocam-se, paradoxalmente, com a concepção garantista do processo e com a própria jurisprudência da CIDH em casos como o já citado Barreto Leiva *vs.* Venezuela.

A única interpretação possível, portanto, é considerar cumprida a decisão da CIDH com o próprio ajuizamento das ações penais, o que já vem ocorrendo. Agora, que o juiz esteja vinculado aos entendimentos da CIDH em matéria criminal, todos em prejuízo dos réus, ou que o juiz deva condenar para salvaguardar os direitos humanos, são conclusões em franco desrespeito ao devido processo legal e que transformariam o processo penal numa farsa, num teatro em que o resultado da condenação já seria ideologicamente preconcebido.

Interessante que alguns utilizam o argumento ideológico do avanço da posição da superioridade do direito internacional sobre o direito interno. Já se disse até absurdamente que a decisão do Supremo Tribunal Federal em considerar válida a Lei de Anistia representaria o tradicional viés autoritário do Judiciário brasileiro. Contudo, desrespeitar garantias penais e processuais penais dos acusados não parece avanço, porém retrocesso. Ofender a ampla defesa e o contraditório é o que parece autoritário.

O juiz, desse modo, precisa ter independência para julgar as referidas teses de defesa, podendo ou não acatá-las, sem encontrar-se vinculado ao entendimento da CIDH.

Cabe notar que essa ideologia de combate à impunidade também aparece de forma temerária na concepção do Tribunal Penal Internacional – TPI. O preâmbulo do Estatuto de Roma aduz a decisão de colocar fim à impunidade, contribuindo para a prevenção dos crimes previstos no Estatuto.

Se o objetivo do TPI é o fim da impunidade, haveria então a obrigação de punir? Evidentemente, a finalidade do TPI não é punir a qualquer custo, muito embora tenha de se ter cautela na sua utilização político-ideológica.

Um dos problemas do TPI, especificamente quanto aos Estados que não assinaram o Tratado de Roma, é a possibilidade de terem os seus nacionais julgados, independentemente da vontade soberana estatal, por vontade do Conselho de Segurança da ONU (art. 13, alínea "b", do Estatuto de Roma).

Hodiernamente, a comunidade internacional critica casos em que crimes contra a humanidade deixam de ser investigados pelo TPI, pelo motivo de que os Estados envolvidos são aliados diretos ou indiretos dos membros do Conselho Permanente de Segurança da ONU.

Daí a preocupação mais do que pertinente de Francisco Rezek:

> Não sei qual desses males é o mais insuportável: a impunidade generalizada de crimes, como os que o Tratado de Roma tipifica, ou a sensação de que esses crimes estão sendo punidos por amostragem. Não uma amostragem por sorteio, mas determinada pela conjugação de interesses estatais, ou seja, é possível que a impunidade generalizada nos vexe menos – porque pesa menos sobre a nossa consciência – que a sensação de estarmos participando de uma grande farsa. E, a sensação, receio, poderia ser esta: a de que um dia déssemos conta de que a jurisdição penal internacional não faz mais do que dar sequência ao que até agora vem sendo o processo do plano internacional de criminosos de grande coturno; algo determinado por um jogo de acasos, de circunstâncias,

26 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96-97.

> contaminado muitas vezes por interesses políticos, facilmente identificáveis na cena internacional.[27]

Esse jogo ideológico-político a que se refere o grande internacionalista foi percebido em reportagem da jornalista Lydia Polgreen, do *The New York Times*:

> E, em fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança pediu ao Tribunal Penal Internacional que investigasse o governo líbio, então dirigido por Muamar Gaddafi. O tribunal indiciou Gaddafi e várias autoridades de alto escalão, mas ele foi morto na Líbia antes que pudesse ser julgado. Por outro lado, o tribunal não agiu em nenhuma outra rebelião árabe, em grande parte por causa dos laços entre os países envolvidos e os donos do poder de veto no Conselho de Segurança. O Bahrein e o Iêmen são aliados dos Estados Unidos, enquanto a China e a Rússia são próximas do governo sírio.[28]

Os limites do TPI expostos na matéria jornalística acima são os ideológico-políticos, impostos pelos países detentores do poder de veto no Conselho de Segurança. Enfim, uma ameaça à ideia de jurisdição penal universal do TPI.

É preciso lembrar, porém, que se trata de um tribunal muito jovem ainda. Evidentemente, algumas das normas do Estatuto de Roma devem ser aprimoradas. Por enquanto, ainda existe muita esperança no TPI. Todavia, é preciso ter cuidado para que esse combate à impunidade feito seletivo não ameace a legitimidade do Tribunal perante a sociedade internacional. Nesse sentido, aguardam-se reformas quanto ao próprio Conselho de Segurança ou quanto à sua participação na jurisdição do TPI.

5. Palavra final: a importância da motivação judicial.

No presente trabalho, foram abordados três temas distintos, sob a perspectiva da má influência da ideologia no processo penal. Não se constrói um processo penal justo mediante o preconceito contra autoridades policiais, ministeriais ou judiciais. Não se protege a cidade, tratando-se réus como inimigos. Por fim, a ideologia do combate à impunidade não pode criar uma justiça predisposta e seletiva contra determinados réus.

Uma das melhores maneiras de se afastar o risco ideológico é a motivação judicial, plena e eficiente. Plena para se atentar a todas as provas e teses dos autos. Eficiente para se tornar o escudo do magistrado e livrá-lo de eventuais acusações de atuação ideológica ou política, ainda que decida num sentido considerado equivocado pela maioria das pessoas.

Críticas contra sentenças judiciais sempre existirão. Faz parte da natureza humana criticar (invariavelmente, sempre o outro). O juiz não pode decidir temendo a crítica da mídia ou de doutrinadores autodenominados progressistas. Sua maior garantia, seu maior escudo contra críticas descabidas será sempre a sua fundamentação. Trata-se, também, de garantia para as partes e para a própria sociedade (ainda que a maioria se desinteresse pela fundamentação judicial e siga unilateralmente as opiniões de terceiros desvinculados do processo). Da mesma forma, a motivação deficiente ou ideológica propiciará o recurso dos prejudicados.

Enfim, o magistrado deverá julgar com imparcialidade e isenção, por vezes se opondo ao entendimento da maioria, assim como o fez o jurado do filme citado no início deste artigo. Especialmente nas mãos do juiz está a responsabilidade de evitar um processo penal ideológico.

---

27 REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: princípio da complementaridade e soberania. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 490.

28 A matéria foi traduzida e publicada no jornal Folha de São Paulo. Ver POLGREEN, Lydia. Primavera árabe expõe limites do TPI. *Folha de São Paulo*, ano 92, n. 30.420, 16 jul. 2012, p. 3.

Referências bibliográficas.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 11. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____ . *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

AZEVEDO, Paulo Bueno de. Procedimento judicial em caso de ausência do representante do Ministério Público Federal na audiência de instrução (ainda existe o princípio da verdade real?). *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 111, p. 4-11, jan./fev. 2012.

BATISTA, Nilo. Nota introdutória. *In*: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil*: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coord.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiante no Brasil: hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. *In*: _____ ; MARTINS, Antonio; SWENSSON, Lauro Joppert Junior (Org.). *Justiça de transição no Brasil*: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91-127.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das garantias": inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio (Org.). Crimes da ditadura militar e o "Caso Araguaia": aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. *In*: _____ ; _____ . *Crimes da ditadura militar*: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49-72.

GRANDIS, Rodrigo. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 250-265, mar./abr. 2008.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Organização e introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 913, p. 289-297, nov. 2011.

REALE JUNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 113, p. 101-111, set. 2011.

PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional*: uma aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma. Barcelona: Atelier, 2006.

POLGREEN, Lydia. Primavera árabe expõe limites do TPI. *Folha de São Paulo*, ano 92, n. 30.420, 16 jul. 2012, p. 3.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: princípio da complementaridade e soberania. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 485-490.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STOPPINO, Mario. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Coordenação de Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, v. 1.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Aquisição do sentido – questões de hermenêutica

Márcio Pugliesi

Doutor e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Filosofia e em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no Programa de Estudos Pós Graduados *Stricto Sensu* em Direito. Coordenador do GEDAIS - Grupo de Estudos de Direito, Análise, Informação e Sistemas da PUC/SP.

RESUMO: Apresenta-se uma leitura da questão metodológica fundamental para as ciências humanas, aquela da aquisição do sentido.[1] Depois da chamada reviravolta linguístico-pragmática, os problemas da filosofia da consciência se tornaram mais agudos e as respostas da filosofia analítica e da linguagem pareceram se impor como panaceia. Mas, novos problemas surgiram e foram enfrentados pelo pragmatismo (em particular: Rorty) sem que se possa dizer de soluções efetivas. As consequências desse embate sobre os reclamos de uma teoria da interpretação em Direito foram agudizar a percepção de que problemas pragmáticos interferem sobre as decisões relevantes e conduzem à reelaboração de normas gerais. Nos limites de um artigo, procurar-se-á explanar, numa diagnose, os principais núcleos argumentativos e, ao fim, propor-se o encaminhamento de uma nova conjectura.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação. Compreensão. Hermenêutica. Ação. Pragmática. Argumentação.

ABSTRACT: The aim of this paper is to present a reading of the methodological issue central to the humanities, that is the acquisition of meaning. After the so-called pragmatic-linguistic turn, the problems of the philosophy of consciousness became more acute and the responses of analytical philosophy and the philosophy of language seemed to impose itself as a panacea. But new problems arose and were addressed by pragmatism (in particular: Rorty) without being able to present effective solutions. The consequences of this clash on claims of a theory of interpretation in law were exacerbating the perception that pragmatic issues interfere with the relevant decisions and lead to the reworking of general norms. Within the limits of an article, an attempt will explain in a diagnosis, the main argumentative core and, finally, to propose a new conjecture.

KEYWORDS: Interpretation. Comprehension. Hermeneutics. Action. Pragmatics. Argumentation.

1 Trava-se, de fato, um diálogo com ideias presentes em artigos anteriores e, em particular, com posições apresentadas em PUGLIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Interpretação e Compreensão

A interpretação, vinculada historicamente à hermenêutica, no sentido de análise de textos sagrados, sempre foi um estudo dos problemas associados ao significado, à intenção do autor, à fuga dos anacronismos e, ademais, à possibilidade de se encerrar, em algum momento, o próprio processo interpretativo.

Como bem observa Bauman,[2] tanto o relativismo quanto o absolutismo coexistem como tendências no discurso contemporâneo, tendo a primeira posição – aquela relativista – predominado, visto que toda busca acendrada de fundamentos, seja da verdade, seja do belo, tem-se mostrado insatisfatória, senão – nos termos de Bauman – fútil.

Alexy,[3] afirmando que a expressão "interpretação" é ambígua e carente de sentido unívoco, intenta explaná-la em três níveis *largissimo sensu*; *sensu largo* e *sensu stricto*. No primeiro sentido designaria o entendimento do sentido de todos os objetos produzidos por sujeitos no quadro de sua capacidade, incluindo obras de arte, textos religiosos, jurídicos e científicos e, mesmo, manifestações e atuações cotidianas. No sentido largo, incluem-se, sob o ponto de vista daquele autor, apenas o entendimento das expressões vazadas em algum idioma. Tal entendimento pode ser mediato ou imediato. O mediato tem como exemplo aquele da compreensão dos juízes frente aos textos normativos, quando se deixam convencer pela argumentação por alguma das possíveis compreensões do texto. O imediato dar-se-ia quando não surgissem variedades possíveis. A interpretação em sentido restrito corresponde, em larga medida, ao que se designa como "explicação" (*Auslegung*), iniciando com uma pergunta e terminando com a escolha de uma entre as possíveis explicações.

Não é preciso prosseguir por muito tempo nessa via para perceber a fragilidade da argumentação de Alexy que visa, na verdade, conduzir à ideia de uma "interpretação correta",[4] o alcance de uma pretensão de correção. Essa leitura de origem kantiana supõe uma transcendentalização inexistente. O intérprete não é um sujeito transcendental e, portanto, equivalente a qualquer outro. Trata-se de um leitor entre outros, mas não deixa de transportar sua própria poluição semântica ao texto. Não há a solução correta, mas a solução correta deste determinado e individualizado intérprete[5] que, incluso, poderá não ser compreendido pelo destinatário do texto que produzirá para efeito de apresentar sua "interpretação correta", que de resto, jamais o será, tendo apenas característica de adequada ou conveniente para o caso.

Muito tempo antes, Dilthey,[6] na esteira de Schlegel e Schleiermacher (com sua Hermenêutica Universal) e indo além desses, concebeu a hermenêutica como um elemento basilar do método filosófico a suportar a consciência histórica e a própria historicidade do Homem: uma perspectiva de natureza filosófica sob a consciência histórica e a historicidade do Homem. O projeto heideggeriano, sucessor, por outras vias, daquele de Dilthey, tomou a hermenêutica ou o "compreender" como uma estrutura constitutiva da existência (*Dasein*), como dimensão intrínseca do Homem, que se reelabora a cada nova experiência que nasce sobre o conjunto de experiências precedentes e as reinterpreta:

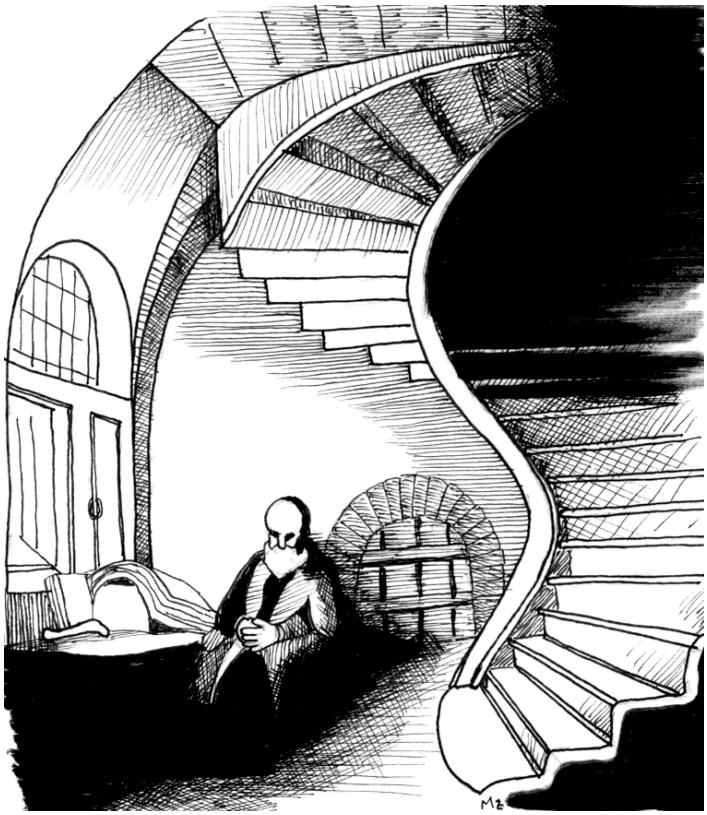
2 BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes* – sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 177-178.

3 ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso* – estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

4 *Ibidem*, p. 65.

5 *Ibidem*, p. 76 – *locus* em que o autor acaba por admitir, na esfera possível em seu texto, que "A solução da colisão depende do direito constitucional, cada vez, vigente e da filosofia do direito sustentada pelo intérprete".

6 DILTHEY, Wilhelm. *Weltanschauungslehre*: abhandlungen zur philosophie der philosophie. Leipzig: B. G. Teubner, 1931.



> O círculo (hermenêutico) não deve degradar-se à condição de círculo vicioso e, tampouco, deve ser considerado um inconveniente insuperável. Nele se oculta uma possibilidade positiva do conhecer mais originário, possibilidade que só se realiza de modo genuíno se a interpretação compreende que sua tarefa primeira, permanente e última consiste em não deixar que se imponham, nunca, previsões, preconceitos ou pré-disponibilidades por parte do acaso ou das opiniões comuns, mas em fazer com que exsurjam das próprias coisas, garantindo dessarte a cientificidade do tema específico.[7]

Aqui se pode notar um importante contributo de Heidegger, ou seja, o reconhecimento de que o círculo hermenêutico possui um significado ontológico positivo.

Manifestando-se sobre esse ponto, Alexy[8] entrevê, na ciência do Direito, a existência de três círculos hermenêuticos: o existente entre pré-compreensão e texto; entre a parte e o todo e, enfim, aquele entre norma e fato. A pré-compreensão (*Vorverständnis*) representa uma hipótese pela qual o intérprete se aproxima do texto, expressando, segundo esse autor, uma presunção ou esperança dele, intérprete, sobre a solução correta do problema jurídico pendente de decisão.

Há de se notar alguns problemas nessa pressuposição alexyana: em primeiro lugar, a pré-compreensão relaciona-se mais com o horizonte do intérprete do que com o problema a resolver. A expectativa de solução correta adviria, se fosse o caso, depois de se posicionar o problema no interior das expectativas comportadas pelo horizonte, cada texto será confrontado de modo diverso segundo diferentes intérpretes. Não se busca, como já se insistiu em outros textos,[9] a solução correta, mas aquela que convém, a adequada – mais uma questão de prudência, que de epistemologia.

O segundo círculo hermenêutico que invoca concerne ao problema da coerência sistêmica, ou seja, à questão de se identificar uma norma como pertinente ao sistema e, na via inversa, o sistema a que pertence a norma. Liga-se, assim, à questão da interpretação sistemática e que o juspositivismo designa por validade da norma.[10]

O terceiro encaminha-se na direção da

7 HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 155, tradução livre.

8 ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso* – estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64-65.

9 Confronte-se PUGLIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 4. Conflitos, estratégias, negociação, decisão.

10 Confronte-se FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, dominação, decisão. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 193.

relação entre norma e fato ou da correlação universal-abstrato e individual-concreto. Esse círculo hermenêutico trataria, assim, da completitude e consistiria na busca da norma a aplicar ao caso e isso só se resolveria "quando todas as características do fato e todas as características nas normas possivelmente correspondentes são consideradas".[11] Temos aqui, o antigo problema juspositivista da colmatação das lacunas entrevisto e posto, bem assim aquele da subsunção.

A postura perfilada por Alexy e seus consectários só pode conduzir a um neojuspositivismo (e não, como pretendem, a um pós-positivismo) que não consegue esfugir aos problemas do antigo. Sua matriz kantiana e, quando muito, neokantiana leva às aporias dessa postura, em particular pela hipostasiação de um sujeito transcendental foco e matriz da produção normativa individualizada. O etnocentrismo latente e abscondido nessa concepção leva a pensar na possibilidade de uma solução correta e, ainda, naquela de inventariar todos os fatores atuantes no caso a compreender e a decidir. Como já se disse em outra conjectura,[12] os fatores atuantes incluem as propensões e a identidade construída de quem julga ou interpreta – excluindo esse caráter universalista pretendido pelas correntes burguesas de pensamento.[13]

Gadamer,[14] discípulo de Heidegger, embora dele se diferencie, servirá, até por isso mesmo, de guia na sequência imediata, para se buscar o sentido.

Segundo esse autor, toda interpretação deve fugir à arbitrariedade e às limitações decorrentes de hábitos mentais inconscientes, aproximando-se das coisas (num sentido quase husserliano) e submetendo-se a elas, como sua tarefa permanente. Quem interpreta um texto, atualiza um projeto e, a partir do significado mais imediato do texto, lido com determinadas expectativas particulares, esboça, preliminarmente, um significado do todo. A compreensão do que deve ser interpretado consiste na elaboração desse projeto preliminar que se recoloca continuamente em decorrência de uma ulterior penetração do texto ou da coisa.

Há textos dotados de sentido que falam de coisas. O intérprete se aproxima dos textos com uma pré-compreensão (*Vorverständnis*), com seus preconceitos (*Vorurteile*), suas pressuposições e suas expectativas. Dados o texto e a pré-compreensão do intérprete, estabelece-se um esboço desse texto, revisto continuamente por efeito de uma ulterior penetração do mesmo tecido, que, entretanto, torna-se, a cada vez, outro.

Afirmou Gadamer:

> O processo descrito por Heidegger é o de que toda revisão do esboço é capaz de transformar-se em nova projeção de significado e de que projetos rivais podem levar a uma compreensão mais clara da unidade de significado: a interpretação começa com preconceitos que são substituídos por outros mais adequados. Esse processo constante de projetar constitui o movimento do compreender

11 ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso* – estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65.

12 PUGLIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

13 Apenas para referir: a tratativa das questões indígenas, com tantas etnias e culturas específicas, como se representassem uma questão de índios, entendidos como uma generalidade sem qualquer distinção cultural, por muitos próceres dos direitos humanos individuais representa uma cama de Procusto – aplica-se a medida de quem tem o poder de decidir, sem a ponderação dos efetivos interesses dos administrados e, não mais, cidadãos. Essa própria postura (admite-se: melhor com ela, do que sem nenhuma) repousa na transcendentalização do sujeito, admitindo que todos desejam os mesmos direitos e querem as mesmas finalidades para si – numa clara assunção do programa kantiano. A apreciação dos direitos humanos ditos fundamentais deveria levar em conta as expectativas dos endereçados pelas normas, aquelas individuais, de fato, e não as derivadas das concepções do julgador, tornado um Hércules, capaz de todos os trabalhos e, por isso mesmo, alheio às questões cotidianas, alcançado por uma *hybris* que o torna sobre-humano e, assim, desumano.

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999, p. 265 *et passim*.

> e do interpretar. Quem busca compreender expõe-se aos erros derivados das pressuposições não decorrentes das próprias coisas. A tarefa permanente da compreensão é a elaboração e a articulação das projeções apropriadas, antecipatórias por natureza, a serem confirmadas pelas próprias "coisas". Aqui a única "objetividade" consiste na confirmação que um pressuposto pode receber da elaboração. Que caracteriza as pressuposições inadequadas senão transformarem-se em nada ao serem trabalhadas? O compreender apenas realiza todo seu potencial se não parte de pressuposições arbitrárias. Dessarte, há um sentido positivo dizer que o intérprete não defronta o texto limitando-se a permanecer no marco das pressuposições presentes em si, mas que, frente ao texto, explicitamente, ponha à prova a legitimidade de tais pressuposições, isto é, sua origem e validade.
> Esse requisito básico pode ser visto com a radicalização de um procedimento que exercemos, de fato, sempre que compreendemos alguma coisa. (...) A compreensão metodologicamente consciente não buscará meramente ideias antecipatórias, mas torná-las conscientes, submetê-las a experiência e, então, adquirir a correta compreensão das coisas.[15]

Tem-se, assim, que a compreensão se constitui numa tarefa possível e infinita. Possível porque – segundo a época histórica em que vive o hermeneuta ou de acordo com o que ele, intérprete individual, sabe – não se pode excluir o surgimento de compreensões melhores ou mais adequadas que as demais existentes, relativamente àquela época e o que nela se sabe. Infinita porque uma compreensão aparentemente adequada pode mostrar-se incorreta e porque, sempre, podem-se, sempre (segundo parece) encontrar novas e melhores. Ademais, uma consciência hermeneuticamente adequada deve mostrar-se, preliminarmente, sensível à alteridade do texto. Deve ser consciente de suas próprias prevenções, para que o texto apareça em sua alteridade e para que possa, de fato, fazer valer seu conteúdo de verdade diante dos pressupostos do leitor.[16] Acrescentem-se a essas ponderações aquelas de Umberto Eco[17] que, incluso, justificam a necessidade de citar o texto do autor, em lugar de transliterá-lo:

> É claro que estou tentando manter um elo dialético entre a *intentio operis* e a *intentio lectoris*. O problema é que, embora talvez se saiba qual deve ser a "intenção do leitor", parece mais difícil definir abstratamente a "intenção do texto". A intenção do texto não é revelada pela superfície textual. Ou, se for revelada, ela o é apenas no sentido da letra sonegada. É preciso querer "vê-la". Assim é possível falar da intenção do

15 *Ibidem*, p. 267-269.

16 Aqui cobra sentido a estatuição de Lévinas: "Não matarás", isto é, não se dará ao texto um significado imposto pelo ouvinte/leitor, mas buscar-se-á compreender o texto em sua alteridade.

17 ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. MF. Rev. e texto final Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 74-76.

texto apenas em decorrência de uma leitura por parte do leitor. A iniciativa do leitor consiste basicamente em fazer uma conjetura sobre a intenção do texto. Um texto é um dispositivo concebido para produzir seu leitor-modelo. Repito que esse leitor não é o que faz a "única" conjetura "certa". Um texto pode prever um leitor-modelo com o direito de fazer infinitas conjeturas. O leitor empírico é apenas um agente que faz conjeturas sobre o tipo de leitor-modelo postulado pelo texto. Como a intenção do texto é basicamente a de produzir um leitor-modelo capaz de fazer conjeturas sobre ele, a iniciativa do leitor-modelo consiste em imaginar um autor-modelo que não é o empírico e que, no fim, coincide com a intenção do texto. Desse modo, mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado. Não tenho vergonha de admitir que estou definindo assim o antigo e ainda válido "círculo hermenêutico".

Reconhecer a *intentio operis* é reconhecer uma estratégia semiótica. Às vezes a estratégia semiótica é detectável com base em convicções estilísticas estabelecidas. (...)

Como provar uma conjetura sobre a *intentio operis*? A única forma é checá-la com o texto enquanto um todo coerente. Essa ideia também é antiga e vem de Agostinho (*De doctrina christiana*): qualquer interpretação feita de uma certa parte de um texto poderá ser aceita se for confirmada por outra parte do mesmo texto, e deverá ser rejeitada se o contradisser. Neste sentido, a coerência interna do texto domina os impulsos do leitor, de outro modo incontroláveis. (...) Entendo que, nessa dialética entre a intenção do leitor e a intenção do texto, a intenção do autor empírico foi totalmente desconsiderada. (...) Minha ideia de interpretação textual como a descoberta da estratégia com intenção de produzir um leitor-modelo, concebido como a contrapartida ideal de um autor-modelo (que aparece apenas como uma estratégia textual), torna a ideia da intenção do autor empírico radicalmente inútil. Temos de respeitar o texto, não o autor enquanto pessoa assim-e-assim. [18]

Estendendo os limites argumentativos

Relendo a *Teoria Pura do Direito* como texto ligado à corrente do positivismo lógico,[19] Bobbio a entendeu como possuindo três características autônomas entre si: a) um método jurídico; b) uma teoria do direito; e, c) uma ideologia do juspositivismo, com duas vertentes: uma moderada e outra extremista, pois:

> Para o positivismo ético, o direito, portanto, tem sempre um valor mas, enquanto para sua versão extremista trata-se de um valor final, para a mo-

18 De resto, uma intervenção que instaura uma nova e desautorizada autoria.

19 Sempre se questiona a relação de Kelsen com o Viena Kreiss, parece acertado admitir que havia, na efervescência da Viena do início do século XX, toda uma discussão conceitual comum decorrente dos problemas postos por Kant e continuados pelos neokantianos, tanto de Marburgo, quanto de Baden. Nuclear foi a problemática do conhecimento e, entre muitos outros, os problemas de delimitação, em particular entre metafísica e ciência, bem assim, a estruturação de uma linguagem científica, preferencialmente formalizada. Dessarte, o primeiro ponto de contato entre o texto da *Teoria Pura do Direito* e o neopositivismo resulta do corte epistêmico do objeto da pesquisa e, o segundo, a busca pelo rigor na linguagem. Sendo a ciência o discurso sobre o real deve, como tal, possuir instrumentos lógicos para realizar a verificação entre o expresso e a "realidade". Kelsen, ao excluir o poder como referente da validade lógica (afastando assim a falácia do naturalismo), intentou, também, obter o fechamento de sua teoria – tomando em consideração o Teorema de Gödel e hipostasiando a existência de uma norma fundamental exterior ao sistema, a fim de garantir seu fechamento. Ao se referir a proposições jurídicas, Kelsen elabora discurso baseado no padrão da veritação ou verificabilidade dos enunciados, numa linha muito próxima daquela dos próceres do neopositivismo em ciência, mantendo, outrossim, a radical dicotomia entre ser e dever-ser e a diferenciação radical entre eficácia e validade. Essa última, por sua vez, causa inequívoca do principal problema de consistência de sua teoria.

> derada trata-se de um valor instrumental.[20]

Aqui se implanta uma questão fundamental, a que não pode escapar o tratamento juspositivista do Direito: ao separar método, teoria e ideologia – impõem-se ingentes problemas ao teórico dessa orientação. Figueroa assim resumiu a questão:

> Na filosofia jurídica anglo-americana, Herbert L. A. Hart se opôs não só à doutrina do Direito natural, como também ao imperativismo de John Austin, ao transcendentalismo de Hans Kelsen e ao empirismo de Alf Ross, ao nos revelar a importância do ponto de vista interno na hora de estudar o Direito. com sua distinção entre "ver-se obrigado" a fazer algo e "ter a obrigação" de fazê-lo ou com a importância conferida à aceitação no Direito, Hart estava abrindo uma caixa de Pandora que como tal certamente não volte a fechar-se jamais. Acertadamente afirmou-se que Hart é o autor que separa a filosofia jurídica de ontem da filosofia jurídica de hoje. A Hart deve-se um verdadeiro "giro hermenêutico" na Filosofia do Direito.[21]

E, de fato, a reintrodução dos problemas ético-morais na formulação de qualquer ato compreensivo no Direito, extingue as pretensões do antigo positivismo e fundamenta aquelas do neopositivismo (auto designado pós-positivismo). Os problemas a enfrentar são realmente críticos: em primeiro lugar aquele kantiano referido por Hart, ou seja, aquele da autonomia e da heteronomia é aporético. Não há, como na conhecida fábula de Esopo, como apartar as águas da chuva e dos rios, daquelas do mar: os comandos heterônomos acabam por constituir parcela das convicções de base de quem pretende se autonomizar porque compõem o conjunto das representações sociais comuns sócio-historicamente construídas.

Hart entreviu todas essas questões ao escrever sobre a vaguidade decorrente da linguagem jurídica nos casos difíceis devido ao fato de:

> (...) em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada individuo, sendo que se tem usado dois expedientes principais, à primeira vista muito diferentes um do outro, para a comunicação de tais padrões gerais de conduta, com antecipação das ocasiões sucessivas em que devem ser aplicados. Um deles faz um uso máximo o outro faz um uso mínimo de palavras gerais a estabelecer classificações. O primeiro é exemplificado por aquilo a que chamamos legislação e o segundo pelo precedente.[22]

E prosseguiu, bem mais adiante:

> Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade.[23]

Apresentando, assim, desde logo uma textura aberta e dependente de muita interpretação, por força de estruturas sociais ínsitas a toda possibilidade de normatizar a conduta. Sem esquecer, entretanto, as ponde-

20 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Carlos E. Rodrigues e Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1999, p. 227

21 FIGUEROA, Alfonso García. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 294

22 HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 137.

23 *Ibidem*, p. 149.

rações de Eros Roberto Grau em seu prefácio a Aguillar:

> Ademais, parece-me inegável o fato de o *político* interpenetrar, sempre, a interpretação, *subvertendo* o "jurídico" (entendido o "jurídico", aqui, como *atividade técnica*, de quem deve estar inteiramente alheio à realidade, ao homem, à sociedade, absolutamente estranho ao sentimento do político-neutro). Sucede que uma ordem jurídica sem o político resulta carente de impulso, morta. Ordem jurídica como tal apenas existe enquanto objeto de uma ciência do direito cujo objeto de indagação é reduzido à norma jurídica, verdadeira ciência da norma jurídica, esterilizadora da vida social. O objeto dessa ciência está dissociado da realidade social, sujeito exclusivamente a ponderações estéticas, algo inteiramente diverso do que efetiva e realmente *o direito* – instância da realidade social – é.
> Assim, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros, nos discursos jurídicos (=discursos que falam do direito). Nos discursos do direito ela se dissolve, sempre. Todas as decisões jurídicas, porque *jurídicas*, são *políticas*. Negá-lo equivaleria à entronização do lema "fiat justitia pereat mundus", o que dispensa qualquer comentário.
> Não obstante, embora seja assim, o elenco possível de decisões corretas, relacionadas à interpretação de cada texto de direito, é sempre limitado. Sua abertura não é absoluta, embora suficiente para permitir permaneça, o direito, a serviço da realidade – ainda que, sempre, esteja, o juiz, vinculado pelos textos de direito. Aqui, o tema da discricionariedade judicial, que também nego. E a nego porque, no meu sentir, ao intérprete autêntico (o juiz) não está atribuída a formulação de *juízos de oportunidade*, porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja, o juiz, meramente a "boca que pronuncia as palavras da lei", sua função – dever/poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*; já a discricionariedade é exercitada em campo onde se formula *juízos de oportunidade* (exclusivamente porém quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação). (...) o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido pelo texto.[24]

No mesmo diapasão e anteriormente, Viehweg, com sua insistência na *ars inveniendi*, ultrapassou a exigência da racionalidade científica utilizada tradicionalmente pelos juspositivistas, ao adicionar preocupações não cognoscitivas e valores como influências na interpretação do Direito:

> (...) o formalismo puro (...) não desenvolve progressivamente a formalização de um território real, (...) mas projeta, *ab ovo*, como a matemática, uma série de cálculos formais, que são logo aplicáveis a este ou àquele campo, dotando-os de um ou outro preceito de interpretação.[25]

Invoca, ainda, a necessidade de nortear-se por problemas, posto que o sistema é apenas um conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere a resposta a tais problemas, aparentemente dotados de mais de uma resposta.[26] Esta distinção decorre daquela entre pensamento sistemático (*Systemdenken*) e pensamento zetético (*Problemdenken*). Este último parte dos problemas para erigir um sistema, enquanto o sistemático prioriza as condições do sistema ao se defrontar com o problema. De toda forma, em um ou outro caso, ficaria o intérprete vinculado ao problema e às condições do sistema para buscar solução para o caso.

---

24 AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 16-17.
25 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979, p. 79.
26 Confronte-se, *ibidem*, p. 34.

Também negando o espaço da discricionariedade judicial, Dworkin afirma que o juiz deve ter a resposta certa, mesmo para os casos difíceis, vez que pode se valer dos princípios, mesmo não possuindo esses uma hierarquia preestabelecida e, em consequência podendo conduzir a decisões distintas. Sustenta, ainda esse autor, que os princípios são dinâmicos e se modificam com rapidez fadando toda tentativa de organizá-los ao fracasso. Por isso sua aplicação não é automática e exige a argumentação judicial e a integração da argumentação em uma teoria. Diante de um caso difícil (*hard case*) deve o juiz efetivar a ponderação (*balancing*) dos princípios envolvidos e decidir-se pelo que tem mais peso nessa circunstância. Reconhece, ainda, ser a questão da interpretação muito importante para a teoria do Direito e tem sido grande seu esforço para fundamentar uma teoria da igualdade em termos de Filosofia Política [questão, de resto, muito frequente na Filosofia do Direito Americana (bastando lembrar os estudos de John Rawls e John Roemer, entre outros)], bem assim uma teoria da competência judicial a fim de unir esses assuntos com o devido processo legal.

Em geral, tanto Alexy como Dworkin, ao analisarem as decisões judiciais nos casos difíceis, concordam que nesses envolvem-se princípios. Alexy afirma que, ao ocorrer a antinomia, resolve-se a mesma pela regra do tudo ou nada (*an all or nothing*); o que Dworkin implementou por meio da seguinte assertiva:

> (...) a decisão sobre qual é válida e qual deve ser abandonada ou reformada deve ser tomada recorrendo a considerações que transcendem às próprias normas. [27]

Além das normas estariam juízos morais a suportar a aplicação dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade em combinação com os institutos do "procedural and substantive *due process of Law*" do sistema da *common law*. A separação entre os dois princípios é difícil, para alguns sendo a razoabilidade espécie da proporcionalidade, para outros o inverso. Em Hart,[28] a razoabilidade consiste

27 DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 78, tradução livre.

28 HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 137.

em um princípio geral de aceitabilidade razoável das decisões. O de proporcionalidade relaciona-se com a proibição do excesso, presente no direito romano-germânico, muito embora, como bem aponta Barroso,[29] a razoabilidade também seria presente nesse direito.

Entendendo-se os princípios como marcos delimitadores da juridicidade, isto é, como referentes para o domínio[30] da juridicidade de determinada ordem estatal, admite-se, ao mesmo tempo, que representam valores dessa sociedade e que são materializados política e juridicamente, para efeito de preservação das estruturas mais relevantes dessa forma de civilização, mediante a regulação política dos poderes do Estado. Assim, não há como negar a possibilidade da ponderação, pelo judiciário, política dos casos difíceis, a fim de tornar as decisões aplicadas a eles conformes aos desígnios dos ideais das classes dominantes dessa sociedade.

Para efeito de dar respostas aos reclamos sociais, a atividade judicial necessita justificar suas decisões e para tanto lança mão, sistematicamente, da argumentação e da hermenêutica. Embora se possa afirmar que a primeira permanece no contexto da justificação e a segunda naquele da descoberta, entende-se que ambas podem favorecer o tecer das respostas que, se não são as corretas, serão as convenientes.

Por essa razão, prefere-se ver essas vertentes mais como neojuspositivistas do que efetivamente pós-modernas, vez que neste último âmbito, prefere-se pensar num Direito capaz da transformação social, mais do que prodigalizador de benesses individuadas capazes de manter o estado de coisas e o modelo de Estado adequado aos controladores do sistema produtivo.

29 BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *In*: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

30 Em sentido político e, também, matemático.

Retomando o tema: a ação

Na leitura, a predisposição interpretativa/compreensiva faz "ver" mais do que no texto se encontra. O jurista ao ler o texto de Eco citado anteriormente acabará encontrando uma referência à distância entre *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, por mais que se pretenda manter distanciado – esse leitor-modelo – diante daquele texto. E, assim, essa polissemia textual permite a extensão das possibilidades de leitura até um certo limite que se admite, em geral, ser o da coerência interna ou aquele do tempo lógico do texto.[31]

Se a hermenêutica mais não fosse senão a descoberta da existência de distintas perspectivas sobre o mundo, confirmaria a concepção da verdade como um espelhamento objetivo do estado de coisas; o que, em verdade, rejeita. Uma teoria da compreensão deve ousar mais e, ao mesmo tempo, menos.

31 A respeito: GOLDSCHMIDT, Victor. *A religião de Platão*. Trad. Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970, p. 139-147. Tornou-se texto influente nos processos de leitura dos textos filosóficos, em particular, nos cursos de Filosofia da Universidade de São Paulo.

Mediante o termo "comprender", faz-se referência não apenas ao texto escrito, mas, e até principalmente, a um subconjunto semântico específico dos sujeitos em relação. Conforme disse Searle,

> (...) todos temos uma certa imagem do que constitui o mundo e, consequentemente, do que constitui o conhecimento do mundo. Essa imagem é fácil de identificar, mas difícil de descrever. É uma imagem do mundo que consiste em fatos brutos, e uma imagem do conhecimento como, de fato, um conhecimento de fatos brutos. O que queremos dizer com isto, entre outras coisas, é que há certos paradigmas de conhecimento, e que esses paradigmas são tomados para formar o modelo de todo conhecimento. Os paradigmas variam enormemente (...) mas partilham de certos traços comuns. [32]

A comunicação entre sujeitos torna-se possível e é limitada pelas interseções cognitivas, os traços comuns de Searle, que possuam. Quando a interseção for vazia, o que, em princípio, é altamente improvável (talvez apenas nos casos de autistas), ocorre um estado de comunicação minimal, vez que a nulidade comunicativa é, pela teoria da comunicação aceita, impossível (não comunicar é, em princípio, comunicar que não se deseja comunicar). A comunicação será maximal quando houver identidade entre os conjuntos de informação disponíveis pelos sujeitos, entendidos como atmosferas semântico-pragmáticas (mais a respectiva e individualizada poluição), em relação sobre o assunto/objeto comunicativo.

Os sujeitos não têm acesso a universais ou a sequências infinitas. O infinito,[33] via de regra, é um construto, um conceito de que se fala e que se usa, segundo regras formais. Expressões análogas – como: sempre, nada, nunca – são outros tantos construtos que desempenham funções integrativas destinadas a completar eventuais claros da cosmovisão e, principalmente, desempenhando tarefas retóricas de justificação.

As generalizações padecem da falta (como bem o criticam diversos dispositivos teóricos, como, por exemplo, o paradoxo de Goodman,[34] ou as observações ainda mais antigas de Hume) de uma possibilidade de justificação que não incorra nos problemas da indução. Para escapar dessas difíceis questões ver-se-á nesses *topoi* nada mais que sua força de vedação ou permissão para cada caso.

Com isto quer-se garantir, para a presente conjectura, a possibilidade de que os sujeitos em relação, mesmo através de texto escrito, possam, quando menos, obter um nível mínimo de entendimento no primeiro contato, tal que lhes favoreça um prosseguir comunicativo apto a aumentar a interseção de suas atmosferas semânticas, permitindo-lhes, tantos quantos forem, responder aos estímulos comunicativos propostos.

Na conjectura formulada, o significado de uma frase, para um determinado receptor, será dado pela resposta ativa, isto é, na esfera do agir, inclusive comunicativo, que puder fornecer a ela. Assim, diante de uma relação qualquer, o emitente poderá articular sua estratégia comunicativa para eliciar a resposta desejada pelo receptor, que, por sua vez, buscará articular sua resposta, de molde a reorientar a relação comunicativa.

32 SEARLE, John R. *Os actos de fala*: um ensaio de filosofia da linguagem. Trad. Carlos Vogt *et allii*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 68.

33 Os esforços de RUSSELL, Bertrand & WHITEHEAD, Alfred Norton. *Principia mathematica*. Ann Arbor/Michigan: University of Michigan, 2005 conduziram à conclusão de que dado o fato que uma lista infinita não pode ser especificada implica ser o conceito de número em sentido infinito (no contínuo na acepção decorrente do axioma de Dedekind/Cantor) não descritível segundo a teoria da segunda edição dos *Principia* (afetada pelos comentários de Wittgenstein em seu *Tractatus)*.

34 SKYRMS, Brian. *Escolha e acaso*: uma introdução à lógica indutiva. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1971. Apresenta paradoxos de Goodman, entre outros problemas, vinculados a definições generalizadas e vinculadas a decurso de tempo, como o caso de verul e azude.

De certo modo, as questões de verdade e falsidade, inclusive para enunciados eminentemente teóricos (no sentido *supra*), podem ser compreendidas pelas ações desenvolvidas pelos sujeitos presentes na relação, isto é, o critério de veracidade decorre, principalmente, da análise das ações, antes que da representação fática das mesmas, ou seja, da sua expressão por palavras.

No âmbito dessa discussão, quer se conceitue a verdade, como o fez William James:

> Verdadeiro, sucintamente, é apenas o vantajoso no pensar, exatamente como o justo é o vantajoso na conduta; vantajoso de todo modo, ao largo e em conjunto, porque, não em todo momento a experiência há de mostrar-se igualmente satisfatória. [35]

Quer se o faça à A. J. Ayer, que reduz o problema da verdade à resposta da pergunta "Como são confirmadas as proposições?",[36] ou se use de qualquer tentativa de definição de filósofos, a constatação feita por Cossio sempre será ponderável:

> En el problema de la verdad de una sentencia, la verdad toma el modo de fuerza de convicción como una intrínseca calidad de la sentencia misma. Así, nuestra pesquisa por la verdad jurídica queda limitada a analizar dónde está la fuerza de convicción de una sentencia. Si algunas se presentan con fuerza de convicción ha de haber alguna razón suficiente para ello. [37]

E isto implica buscar mais uma alteração do estado de conhecimento tendente a constituir uma aceitação das informações oferecidas mediante um voto de confiança, portanto numa esfera pragmática, que, de fato, um estado de conhecimento em que se verifique aquela situação descrita por Parmênides como "É o saber, o ser".

Rorty escreveu:

> Nós pensamos que há muitas maneiras de falar sobre o que está acontecendo, e que nenhuma delas está mais próxima do jeito como as coisas são em si mesmas que qualquer outra. Chegar mais perto da realidade soa para nós como uma metáfora desgastada. Não temos a menor ideia do que "o em si mesma" quer dizer na frase "a realidade tal como é em si mesma". Assim sugerimos que a distinção aparência/realidade seja abandonada em benefício de uma distinção entre formas mais úteis e menos úteis de se falar. Uma vez que a maioria das pessoas pensa que "verdadeiro" significa "correspondendo ao modo como a realidade realmente é", elas assumem que estamos negando a existência da verdade.
>
> Nossos críticos – os filósofos que concordam com esse significado de verdade – não creem que a distinção entre mais útil e menos útil possa substituir a velha distinção entre aparência e realidade. Eles insistem que formas menos úteis de falar são descrições do que apenas parece estar acontecendo, ao passo que as mais úteis são descrições do que realmente está ocorrendo. (...) Nossos críticos necessitam da distinção entre aparência e realidade para evitar que a noção de "correspondência com a realidade" seja trivializada. (...) Assim, aqueles que querem preservar a noção de "correspondência" têm de levar a sério a ideia de natureza intrínseca. [38]

35 JAMES, William. *El significado de la verdad*. Trad. Santos Rubiano. Madrid: Daniel Jorro, 1924, p. 3-4.

36 AYER, Alfred Julius. *Lenguaje, verdad y lógica*. Trad. Marcial Suárez. Barcelona: Martínez Roca, 1971.

37 COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 224. Em tradução livre: "No problema da verdade de uma sentença, a verdade assume o modo de força de convicção como qualidade intrínseca da própria sentença. Assim, nossa pesquisa pela verdade jurídica limita-se a analisar onde está a força de convicção de uma sentença. Se algumas se apresentam com força de convicção deve haver alguma razão suficiente para tanto".

38 PINTO, Paulo Roberto Margutti (Org.). *Filosofia analítica, pragmatismo e ciência*. Belo Horizonte: UFMG, 1998, p. 15-29.

Assim, um cientista que deseje "conhecer" uma determinada partícula subatômica agirá, segundo seu estado de conhecimento, elaborando um experimento que lhe ofereça as interações possíveis do objeto a conhecer com o aparato/armadilha (especialmente mentado e construído para essa experimentação) e a partir de resultados teórico/experimentais passará a predizer propriedades e condutas (trajetórias, por exemplo) possíveis para aquela partícula.

Analogamente, um cientista social que pretenda conhecer quais instâncias de Direito efetivamente vinculam em uma dada comunidade ou segmento social (favela, por exemplo) servir-se-á dos instrumentos disponíveis nas teorias sociológicas e naquelas de trabalho de campo e, segundo seu estado de conhecimento ou da comunidade científica a que pertença e tendo claras as variáveis que pretenda mensurar, elaborará questionários, fará entrevistas, observará hábitos capazes de lhe apresentarem um determinado resultado.

Tal conduta racional com respeito a fins – que podem não ser racionais – ensejará a possibilidade de se estabelecer uma nova conduta e buscar novas variáveis que proporcionem um "conhecimento" ulterior e a formulação de novas condutas possíveis e aptas para controle, mobilização, cooptação, explicação etc. sociais daquela comunidade em exame. O resultado de tais pesquisas reduzidas a artigos científicos, obras didáticas ou comunicados será recebido, pela comunidade de cientistas, com o voto de confiança proporcional à credibilidade de seu proponente, que decorre da conduta anteriormente conhecida, dos títulos havidos e da respeitabilidade da instituição a que pertence.

Como tarefa preliminar da busca das condutas ótimas, que não apenas lhe aumentem a credibilidade (o que redunda em novas possibilidades acadêmicas), mas lhe permitam o alcance de financiamento para suas pesquisas, o cientista encontra uma questão preliminar: o conflito representado pela escolha de objetos de estudo entre os compossíveis e de importância, em dado momento da ciência normal, parelha em termos desse financiamento, repercussão acadêmica, *status* científico, inserção na *media* etc. Uma vez escolhido o objeto de estudo (o projeto), há novos conflitos a resolver, em particular os relativos ao ângulo de abordagem do problema.

Nesse estágio, o estado de conhecimento do sujeito delimita, de modo quase automático, as suas possibilidades de agir e introduz novas facetas de conflito: quem nunca ouviu o lamento, típico, do físico pela necessidade de um maior saber matemático; a angústia do jurista diante da necessidade de pesquisar mais profundamente o direito internacional (o "direito comparado"); a aflição do antropólogo diante de suas limitações idiomáticas?

Em verdade, ao se falar em conflito, fala-se, além da constituição de novos referenciais cognitivos, de poder. Há sempre a busca de sobreposição de um aspecto a outro, de uma determinada cosmovisão a outra, de maior possibilidade de escolha via monopolização de recursos e, fundamentalmente, um problema de comunicação oculto sob a questão do problema funcional da linguagem.

Um sujeito, entendido como uma atmosfera semântico-pragmática acompanhada de sua poluição, tem na relação consigo mesmo o conflito de alterar-se para permanecer sendo o mesmo na relação com os estados de coisas com os quais interage. A permanência de uma cosmovisão por um largo período significa, consoante este modelo, uma dessas possibilidades: ou o sujeito está em coma, ou morreu cognoscitivamente, ou foi mantido em estado de privação sensorial.

Esse ser permanentemente em processo interpreta o estado de coisas disponível num intervalo de tempo e o reelabora para, novamente, reelaborá-lo a cada nova interação com o texto, aqui entendido, não apenas no sentido literal, mas como o tecido de todas as informações apresentadas e subsistentes em sua atmosfera semântica. A consequência do

trabalho sobre o texto pode ser defluida da conduta do sujeito que o processou. O aguilhão semântico de Dworkin transforma-se na seta pragmática: apenas o agir, de fato, apresenta a compreensão momentânea do texto.

Sob o ponto de vista aqui adotado, a alteração do agir, que pode ser mediata, significa, além da aprendizagem, a obtenção do efetivo sentido das frases trocadas entre sujeitos em relação; a possibilidade de se obter a decisão ou o agravamento dos conflitos e, é claro, simultaneamente, a fixação de uma hierarquia de poder naquela circunstância comunicativa.

Deste modo, ao se falar de conflito, trata-se de confrontos de esferas de poder. Note-se que, transindividualmente, os Estados e as nações defluem não apenas de coletivos naturais, mas, e até principalmente, do uso sistemático de símbolos e de uma conjectura intersubjetiva (talvez se possa dizer, uma interpretação autorizada) sobre o que sejam – aplicando-se esses referenciais sócio-históricos para efeito de colimar a vontade popular e realizar os efeitos pretendidos pelos particulares governos. Dessas configurações complexas fazem parte estruturas de poder e oportunidades de que nelas, estruturas, surjam detentores de/e funções de decisão.

O Direito pode ser visto como o lugar em que, convenientemente, se estabelecem as regras coletivas desse jogo de poder, a fim de que os conflitos sejam reduzidos de fenômenos, por vezes, coletivos a situações individualizadas e que, no entanto, mantenham conexão com outras análogas e tornadas iguais. Enquanto uma estrutura de dominação serve e servirá à manutenção do estado geral de coisas, pois se aplica o direito posto e não aquele implícito na conduta da sociedade. Se for verdade, por um lado, como afirma Boulanger,[39] que não é possível ocorrer uma revolução sem que sejam apresentados novos princípios gerais de direito, entendidos como a totalidade de proposições descritivas, mas de caráter deôntico, de um determinado ordenamento, condicionando a interpretação e afastamento de regras, nem por isso é menos verdadeiro que os juristas aplicarão tais princípios se e somente se a revolução obtiver êxito, caso contrário, esses tais permanecerão no domínio do possível.

A rigor, no contexto de uma situação real, os controles e sanções são constituídos e manipulados por grupos de pressão, que detêm os mecanismos efetivos de produção das normas e de controle de sua aplicação, conforme, explicitamente, disse Faria:

> No plano da ordem político-jurídica, os diferentes controles e suas respectivas sanções são forjados e manipulados a partir de posições-chave tanto ao nível dos próprios grupos e classes sociais quanto ao nível dos "anéis" burocráticos do aparelho estatal. Entre outras razões porque, subjacente à impossibilidade de eliminação total dos conflitos e tensões por uma ordem legal supostamente homogênea, unívoca e sintética, conforme a pretensão "idealizante" do contratualismo liberal, encontram-se pactos e coalizões temporários de interesses prevalecentes que a própria práxis política vai reformulando segundo as necessidades de interdependência dos grupos e classes dominantes. [40]

Contudo, esses aspectos serão segundo esta perspectiva, que se permita a metáfora, fagocitados pelo estado de conhecimento do sujeito, de molde a compor elemento de sua estratégia. Pois as condições gerais do mundo — ciência, técnica, sistemas explícitos (ou implícitos) de dominação, de comunicação etc. — são tornadas conscientes mercê de um esquema de apropriação dessas informações,

39 BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit positif et droit positif. *In*: *Le Droit Prive Français au milieu du XXe siècle* (Etudes offertes a Georges Ripert). Paris: LGDJ, 1950, p. 69.

40 FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 128.

logo no domínio da linguagem e esse esquema, receba o nome que receber, inclusive o de filosofia, engendrará a formação de expectativas e conjecturas aptas a transformar essas próprias condições prévias de existência.

Na avaliação implícita, ou explícita, caso aflore à consciência dessa inter-relação vai o sujeito compondo a teia de suas decisões. Dessarte, os fatos que se apresentam são interpretados e, a partir dessa representação da mundividência,[41] constroem-se as decisões dos problemas surgidos (tanto interna, quanto externamente) e, mediante a formulação de estratégias (conjuntos de decisões), chega-se a constituir uma política (conjunto de estratégias) e a alterar-se o mundo, num processo contínuo, em que problemas serão decididos e surgirão na própria trama do mundo da vida.[42]

Essa possibilidade de transformar o mundo é o que separa o pós-positivismo do neojuspositivismo – para este último, o importante é encontrar decisões corretas que mantenham a integridade do sistema. Para o pós-positivismo, o importante é aceder a decisões que produzam novas aspecções para o conflito em busca de efetivas soluções (que não são corretas, posto que no espaço pragmático, apenas adequadas), mesmo à custa de transformações sistêmicas.

É verdade que, antes mesmo de decidir, pode-se explicar — a si mesmo ou aos outros — a estruturação para decidir que se tomará em consideração, como, por exemplo, esta:

a) enunciados constatativos representantes das informações disponíveis aptas a circunscrever a situação;

b) enunciados, mesmo conjecturais, que enunciem as estratégias possíveis e disponíveis para o caso. Tais enunciados são passíveis

41 ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. 3. ed. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1980, p. 189 afirma: "Lembrem-se do que dissemos sobre a diferença que distingue uma filosofia de uma concepção de mundo. Numa concepção do mundo pode tratar-se da ciência, mas uma concepção do mundo nunca é centrada sobre a ciência como o é a filosofia. Não mantém com as ciências as relações que a filosofia mantém com a ciência. Uma concepção do mundo é centrada sobre algo diferente das ciências: sobre o que nós chamamos os valores das *ideologias práticas*. Uma concepção do mundo exprime as tendências que atravessam as ideologias práticas (religiosa, jurídica, política etc.). Uma c.d.m. tem sempre directa ou indirectamente pontos de contacto com questões que pertencem a estes domínios: problemas da religião, da moral, da política e, duma maneira mais lata, problema do sentido da história, da salvação da história humana. Toda a c.d.m. exprime finalmente uma certa tendência de carácter ou matiz político". E conclui-se: infelizmente, para Althusser e para todos, nem mesmo a ciência e a filosofia podem, num gesto de higiene, depurar-se, mesmo por profundo e intenso trabalho metodológico, dessa impura instância da realidade. A formulação teórica é afetada por todas essas poluições semânticas e constrói-se no interior dessa poluída e única disponível, para cada um, atmosfera semântico-pragmática. O mundo, composto por todas as formulações de toda linguagem, constitui a consciência e essa ao apropriá-lo começa a empreender a transformação da própria realidade e da linguagem que a expressa e constitui. Não há domínio do pensamento que possa eximir-se do contágio das ideologias práticas e das demais pulsões do teórico.

42 Essa é uma expressão ambígua e mesmo, por exemplo, em Habermas, o corifeu do consenso, apresenta sua polissemia. Segundo esse autor, a realidade social reproduz-se no sistema e no mundo da vida. O sistema possibilita a reprodução material da sociedade e o mundo da vida, a reprodução simbólica da mesma, posto que é, essencialmente, comunicativo. Assim, para esse autor, o ponto de partida para a construção do mundo da vida (*Lebenswelt*) é a situação biográfica: dos indivíduos, das sociedades, dos conceitos e vincula, dessarte, esse conceito aos questionamentos de Gadamer (1999) ao incorporar a historicidade de uma hermenêutica genealógica e comparativa à atividade conceitual. A História é a dimensão que apreende tanto o intérprete quanto o seu objeto enquanto momentos de uma mesma interdependência. É conveniente lembrar que Gadamer propôs-se, inclusive, a pensar historicamente o historicismo (*Einwirklich historisches Denken muss die eigene Geschichtlichkeit mitdenken*) ao reconhecer uma visão de mundo (*Weltansicht*) na visão linguística (*Sprachansicht*), questão central de qualquer hermenêutica, mostrando que a linguagem não consiste apenas num sistema de formas simbólicas, mas na existência de estreita conexão entre a forma linguística e o conteúdo transmitido. De fato, esse é um conceito empregado por Habermas para sustentar o seu conceito de ação comunicativa, mas que possui, na origem, raízes husserlianas e, volta-se a cobrir, da perspectiva habermasiana, as deficiências de concepção linguístico-comunicativas da noção de consciência coletiva em Durkheim face ao uso que delas, Habermas, deseja fazer. Ver a respeito: WHITE, Stephen K. *Razão, justiça, modernidade*: a obra recente de Jürgen Habermas. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 91-122; AIDAR PRADO, José Luiz. *Brecha na comunicação*: Habermas, o Outro, Lacan. São Paulo: Hacker/CESPUC, 1996, p. 36-38 e HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas*: introdução à fenomenologia. Trad. Frank de Oliveira. Coord. Márcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2001, p. 104-163.

de detalhamento e se conformam a um senso de realidade intersubjetivo a fim de conferir credibilidade à atuação e às ações anunciadas;

c) enunciados — quase sempre conjecturais — exprimindo os efeitos das ações empreendidas em conformidade com as estratégias e decorrentes de "a" e "b" mercê de conexões de caráter lógico ou probabilístico;

d) enunciados avaliativos defluentes de um critério geral de êxito e aplicado aos enunciados presentes em "c";

e) proposições normativas que permitem formar os enunciados de "c";

f) proposição de preferência entre os enunciados expressos em "d";

g) proposição normativa enunciando a norma segundo a qual "f" pode ser formulada;

h) proposição geral que estabeleça a base de decisão e que se reveste, via de regra, da seguinte forma: "A estratégia escolhida garantirá o alcance da condição exposta por aquela norma preferencial, em geral, buscando reduzir ao mínimo o prejuízo possível". Esclarece-se, assim, a necessidade de escolha e essa refletirá, para que a decisão faça sentido, a utilidade, em sentido técnico, da parte optante. Nesse sentido será, sempre, um enunciado performativo, uma vez que constrangerá o agir;

i) enunciado que expresse o resultado da dedução, depois do processo indutivo indicado, estabelecida a partir de "h" e dos precedentes e que estabelece o vínculo da decisão a um processo de execução;

j) a proposição final, da responsabilidade pelo vínculo à estratégia (ou estratégias), em que, explícita ou implicitamente, se assumem as consequências dessa(s) estratégia(s) adotada(s).

Esta última proposição pode estar ausente, em particular quando se transige a responsabilidade. Um exemplo esclarecedor consiste em apreciar a posição do consultor que sugere estratégias ("soluções") para quem o contrata. Sua opinião é, muita vez, causa de sucesso, mas o mérito (a responsabilidade) será atribuído a quem a faz executar por assim haver decidido (numa quase metadecisão).

Ação humana

Habermas[43] oferece uma nova perspectiva para a ação humana ao, apoiando-se na solução de Bühler,[44] estabelecer o que chama de agir comunicativo, embora permaneça, esse agir, acoplado à ideologia dos planos de ação individuais que nele confluem. Ou seja, de um ponto de vista pragmático, o problema da validade de uma proposição se desloca da relação objetiva entre linguagem e mundo e independente do processo de comunicação se posta na perspectiva do emissor. Pretensões de validade discursiva repousam no reconhecimento intersubjetivo emissor/receptor por meio de razões e o ouvinte demonstra seu entendimento por reações, incluso verbais, ao discurso. Segundo Habermas, a própria

43 Habermas elaborou sua epistemologia das ciências sociais presente em seu *Lógica das Ciências Sociais*, mediante 5 etapas: 1) aplicou o princípio da análise reflexiva contra o estrutural-funcionalismo de Parsons. O seu postulado parsoniano de uma harmonia básica entre os motivos da ação social e os valores institucionais do sistema social importa numa perda teórica ao não admitir espaço para o complexo papel da intersubjetividade na tradição e na sociedade; 2) Habermas voltou-se à teoria de Alfred Schütz e, embora ali encontrasse o lastro sociofenomenológico, não obteve a dimensão linguística da comunicação social; 3) para alcançar essa dimensão serviu-se dos jogos linguísticos de Wittgenstein que, contudo, representam formas de vida fechadas em si mesmas, a exigência de uma intersubjetividade em ato implica contatos constantes entre universos linguísticos diferentes e abertos; 4) a hermenêutica, tal como proposta por Gadamer, com sua ênfase na tradição como tradução viva de diferentes horizontes (heideggerianos) socioculturais, complementa, na direção desejada por Habermas, as teorias de Wittgenstein. Contudo, a tradução transcultural tende a esquecer que linguagem e cultura podem servir, também, como instrumentos de repressão; 5) para completar a teoria de Gadamer recorre, como já o fizera Marcuse, a Freud e a Marx, mas preocupado com o potencial emancipatório do ideal de autorreflexão, mais do que com a descrição freudiana de forças psíquicas. HABERMAS, Jürgen. *On the logic of the social sciences*. 5. ed. Trad. Shierry Weber Nicholsen e Jerry A. Stark. Cambridge: MIT Press, 1994.

44 BÜHLER, Karl. *Teoría del lenguaje*. Trad. Julián María. Madrid: Revista del Occidente, 1950.

compreensão de um ato de fala indica as condições de um possível consenso sobre o que foi dito.

No primeiro momento da pragmática via-se o conteúdo racional no enunciado e a força ilocucionária encontrava-se no sentido atribuído (*commitment*), o componente irracional do ato de fala. A posição habermasiana desloca esse entendimento: as pretensões de validade discursiva assentam-se sobre uma racionalidade que se apresenta como um conjunto estrutural abrangente de condições de validade; pretensões de validade referidas a essas condições e razões para resgatar tais pretensões de validade, vez que a falta de uma dessas condições levaria à desconsideração do ato de fala. A sede da racionalidade se desloca, abandona o componente proposicional e se aloja no ilocucionário e rompe com a fixação das condições de validade na proposição e permitindo, contemporaneamente, a fixação das pretensões de validade em outro referencial que aquele das relações da linguagem com o mundo objetivo. As condições de verdade permanecem sendo a medida para se dizer se um enunciado preenche a sua função de representação, mas as funções expressiva e interativa exigem a introdução de critérios que permitam a avaliação do enunciado e, para tanto, Habermas sugerirá a introdução da sinceridade subjetiva e da correção normativa como conceitos para a validade dos atos de fala.

A análise habermasiana do discurso é uma análise da pragmática do discurso. Pela linguagem se possibilita a reprodução simbólica da sociedade, a transmissão e a crítica das informações sobre o mundo, das normas sociais reguladoras dos comportamentos, a socialização dos indivíduos, vez que o uso do discurso é sempre uma utilização social, mesmo no monólogo. Contudo, vez que existe uma espécie de dinâmica das pretensões à validade e, sobretudo, porque um procedimento reflexivo permite progressivamente tomar em consideração os diferentes usos da linguagem e incluso sua aprendizagem, se torna possível reconstruir a história deste desenvolvimento

Nos termos desta conjectura, a validade de um determinado ato ilocucional dependerá da qualidade da interseção das atmosferas semântico-pragmáticas em relação. Com isso deseja-se significar: a frequência; a presença de conexões sócio-funcionais entre os sujeitos e o compartilhamento de situações promoverá a validação dos atos de fala dos sujeitos em comunicação. A sinceridade pedida por Habermas defluiu da inserção do ato de fala

nessa atmosfera semântica compartilhada. Certamente, aqui, haverá a tentação de se reduzir tudo ao contextualismo, isto é, os requisitos de conhecimento ou acatamento do discurso dependerão de variações circunstanciais de sentido e relação intersubjetiva. Sim, sem dúvida, mas ainda de uma série histórica, se existente, de correlação entre os sujeitos ou por consequência de seu espaço cognitivo.

Nesse sentido, Foucault[45] parece haver identificado o problema ao falar de práticas discursivas e entendê-las como uma sistematicidade que não é nem de tipo lógico nem de tipo linguístico. As práticas discursivas estabelecem um recorte no campo dos objetos pela definição de uma perspectiva legítima e pela fixação de normas para a elaboração de conceitos e teorias. Essas práticas, por vezes, acabam por reunir diversas disciplinas ou ciências ou por estabelecer interseções inesperadas entre vários campos do conhecimento.

Algo semelhante parece se dar na comunicação simples e diária. Quando dois sujeitos se relacionam num ato ilocucionário, essa relação será validada pela conduta que assumirem um em relação ao outro. E essa validação defluirá não da sinceridade, mas da efetividade comunicativa. Com isso quer-se dizer: as relações performativas são eficazes quando a conduta esperada se dá e isso acontece por efeito de prévias relações semanticamente efetivas dos sujeitos em relação e independentes da verdade dos enunciados particulares em jogo. Assim, por exemplo, se a relação intersubjetiva basear-se num alucinado jogo teatral entre os sujeitos (pense-se, por exemplo, em "Quem tem medo de Virginia Woolf?" de Edward Albee, 1962), a efetividade dos atos praticados será tão objetiva quanto daquelas relações intersubjetivas praticadas sob a mais sadia das racionalidades.

Quando o agir fetichizado e submetido às ideologias produz seus efeitos a partir de atos de fala, não se terá ilusórios atos, mas ação humana efetiva. Por outra parte, por mais consciente e razoável que seja uma relação intersubjetiva, se, do ponto de vista semântico, não houver referentes que permitam a execução dos atos, não será possível obter efetividade na comunicação. Dessarte, quando alguém furta levado pelo insano consumismo e pela falta objetiva de condições para praticá-lo, torna efetiva uma condição posta pela própria sociedade cujas normas descumpre: o implícito comando de consumir. Age, de fato, em dois campos distintos: ao obedecer ao comando do consumo atende à cultura; quando descumpre a norma impeditiva do furto desatende à civilidade.

Essa relação anômica com as diferentes ordens normativas, as dos meios de comunicação e da propaganda e aquela jurídica dominante, torna-se ainda mais aguda quando escapa do domínio atomizado do sujeito e se transforma em desobediência civil.

Se, de fato, o sujeito é no máximo um quase contínuo; se a história é mais uma arqueogenealogia do que, de fato, uma necessária continuidade de ações humanas, sem dúvida a cosmovisão possível para um sujeito imerso em dada sociedade acaba por comportar um repertório sobre a autoridade e os detentores do poder. Com isso quer-se dizer: a atmosfera semântico-pragmática comporta, além de simples significados sobre o mundo dos objetos, outros significados sobre o mundo do poder. Os atos ilocucionais apoiam-se nesses referenciais e permitem a condução de um processo decisório à efetividade.

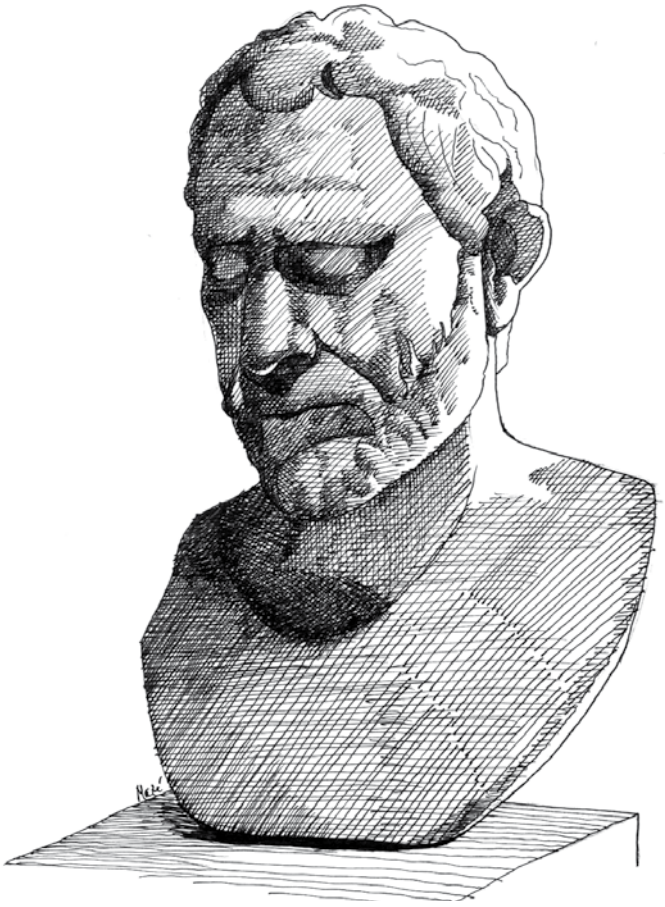
Hermenêutica

Se Bauman parece ter razão sobre a transformação progressiva dos intelectuais em intérpretes, também a manteve ao afirmar:

> (...) O mundo dos intelectuais era politicamente dividido. Eles se juntavam a um ou outro dos oponentes de classe, engajados em acerbo conflito pelos recursos

45 Em particular, FOUCAULT. Michel. *A arqueologia do saber*. 6. ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

> do poder do Estado. Cada escolha, contudo, era argumentada e legitimada em termos da esperança de que a classe selecionada desejasse e fosse capaz de criar o sustentar uma sociedade confortável para as atividades intelectuais, uma sociedade que admitisse na prática a centralidade de domínios especificamente intelectuais (como a cultura e a educação) e o papel crucial das ideias na reprodução da vida comunal.
> Nenhum agente histórico parece hoje corresponder a essa descrição. Não há foco histórico para a esperança de que o mundo possa se tornar seguro e confortável para o trabalho intelectual. Foi talvez a consciência desse aspecto da nova era que encontrou sua expressão algo sublimada no "desaparecimento do agente histórico" de Touraine ou na "crise de legitimação" de Habermas. Ambas as expressões transmitem a compreensão profunda de que as ambições que fundamentaram a validade do modo de vida intelectual fracassaram. [46]



Se assim é, qual seria o desiderato da atividade do intelectual, particularmente a do jurista, diante das enormes questões postas nesse período de transição do capitalismo pós-industrial para a sociedade de controle?

A seara produtiva, medida pelos artigos e livros publicados, é apenas pálido reflexo da atividade efetiva empreendida pelos intelectuais. Suas funções se colocam aquém e além dos marcos entrevistos pelas antigas concepções. A capacidade de resistência preconizada pelos frankfurtianos está rompida por uma aderência límbica aos projetos dos financiadores. A atividade contestatória parece quixotesca diante do monólito constituído pela capacidade de reação do sistema. O núcleo sistêmico está protegido por camadas de retórica bem aplicada e justifica-se com a lógica do "ruim com, pior sem" – o abantesma da fome ronda bilhões de indivíduos no mundo e a logística da distribuição parece, para sempre, blindada por textos e contextos articulantes e articulados por *mass media* e interpretações de expertos.

O intelectual tornado intérprete aprendeu que a possibilidade de um conhecimento totalmente objetivo/neutro resta baldado diante do fato de que já se intepretou um dado objeto "como" sendo algo, antes mesmo de qualquer investigação. A pretensão habermasiana de uma compreensão hermenêutica estendida à crítica limita a extensão do problema hermenêuticca, vez que se aplica, também, às coisas do mundo.

O recurso metodológico do círculo hermenêutico que visa compreender um texto – incluso aquele da "realidade" – envolve o sujeito e reduz a possibilidade de qualquer objetividade nesse transcurso. O sujeito tem sua sócio-historicidade como limitante de

46 BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes* – sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 202.

qualquer universalização idealista e a função de compreender torna-se processo. A pré-estrutura de compreensão – haurida por intermédio de representações sociais – traz consigo o lastro da história da sociedade e da biografia (essa história do sujeito) e sendo um ter-prévio (*Vorhabe*), ou uma visão prévia (*Vorsicht*) ou, ainda, uma concepção prévia (*Vorgriff*) ainda assim, não será universal, nem social, mas limitada pelo alcance do hermeneuta.

Por esse motivo, nesta conjectura, dá-se à compreensão, o seguinte percurso:

a) domínio de enunciados constatativos representantes das informações disponíveis aptas a circunscrever a situação (*Vorhabe*);

b) domínio de enunciados, mesmo conjecturais, que enunciem as estratégias possíveis e disponíveis para o caso. Tais enunciados são passíveis de detalhamento e se conformam a um senso de realidade intersubjetivo a fim de conferir credibilidade à atuação e às ações anunciadas (*Vorsicht*);

c) domínio de enunciados — quase sempre conjecturais — exprimindo os efeitos das ações empreendidas (por vezes, apenas comunicativas) em conformidade com as estratégias e decorrentes de "a" e "b" mercê de conexões de caráter lógico ou probabilístico;

d) enunciados avaliativos defluentes de um critério geral de êxito (referido à situação) e aplicado aos enunciados presentes em "c";

e) proposições normativas que permitem formar os enunciados de "c";

f) proposição de preferência entre os enunciados expressos em "d";

g) proposição normativa enunciando a norma segundo a qual "f" pode ser formulada;

h) proposição geral que estabeleça a base de compreensão e que se reveste, via de regra, da seguinte forma: "A estratégia escolhida garantirá o alcance da condição exposta por aquela norma preferencial, em geral, buscando reduzir ao mínimo o prejuízo possível à compreensão". Esclarece-se, assim, a necessidade de escolha e essa refletirá, para que a decisão faça sentido, a utilidade, em acepção técnica, da parte optante. Nesse sentido será, sempre, um enunciado performativo, uma vez que constrangerá o agir (mesmo que apenas comunicativo, o que inclui a possibilidade de inação e omissão);

i) enunciado que expresse o resultado, depois do processo indutivo indicado, estabelecida a partir de "h" e dos precedentes e que estabelece o vínculo da compreensão a um processo de execução;

j) a proposição final, da responsabilidade pelo vínculo à estratégia (ou estratégias), em que, explícita ou implicitamente, se assumem as consequências dessa(s) estratégia(s) adotada(s) para efeito de lograr a compreensão.

Como resultado performático, a compreensão sempre alterará o texto a fim de produzir a ação mais consentânea, segundo o sentido apreendido, para o caso.

Bibliografia e referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

AIDAR PRADO, José Luiz. *Brecha na comunicação*: Habermas, o Outro, Lacan. São Paulo: Hacker/CESPUC, 1996.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso* – estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____ . *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. 3. ed. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1980.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978.

AYER, Alfred Julius. *Lenguaje, verdad y lógica*. Trad. Marcial Suárez. Barcelona: Martínez Roca, 1971.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *In*: *Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 23*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes* – sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Rev. Carlos Morujão. Lisboa: 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Carlos E. Rodrigues e Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1999.

_____ . *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONNECASE, Julien. *Introduction à l´étude du droit*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1931.

BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit positif et droit positif. *In*: *Le Droit Prive Français au milieu du XXe siècle* (Etudes offertes a Georges Ripert). Paris: LGDJ, 1950.

BÜHLER, Karl. *Teoría del lenguaje*. Trad. Julián María. Madrid: Revista del Occidente, 1950.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.

DILTHEY, Wilhelm. *Weltanschauungslehre*: abhandlungen zur philosophie der philosophie. Leipzig: B. G. Teubner, 1931.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. MF. Rev. e texto final Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, dominação, decisão. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____ . *Prefácio a Viehweg, Theodor. Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979.

FIGUEROA, Alfonso García. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012.

FOUCAULT. Michel. *A arqueologia do saber*. 6. ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev.

Ênio Paulo Giachini. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

GOLDSCHMIDT, Victor. *A religião de Platão*. Trad. Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

HABERMAS, Jürgen. *On the logic of the social sciences*. 5. ed. Trad. Shierry Weber Nicholsen e Jerry A. Stark. Cambridge: MIT Press, 1994.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas*: introdução à fenomenologia. Trad. Frank de Oliveira. Coord. Márcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2001.

JAMES, William. *El significado de la verdad*. Trad. Santos Rubiano. Madrid: Daniel Jorro, 1924.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Habermas/Alexy e o discurso prático. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012.

_____ . A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea (Posfácio). *In*: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINTO, Paulo Roberto Margutti (Org.). *Filosofia analítica, pragmatismo e ciência*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

PUGLIESI, Márcio. A questão da justiça como fundamento da argumentação. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012.

_____ . *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

RORTY, Richard. *Verdade e progresso*. Trad. Denise R. Sales. Rev. tec. Marco Casanova. Barueri/SP: Manole, 2005.

RUSSELL, Bertrand & WHITEHEAD, Alfred Norton. *Principia mathematica*. Ann Arbor/ Michigan: University of Michigan, 2005.

SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade, filosofia no mundo real*. Trad. F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

_____ . *Os actos de fala*: um ensaio de filosofia da linguagem. Trad. Carlos Vogt *et allii*. Coimbra: Almedina, 1981.

SKYRMS, Brian. *Escolha e acaso*: uma introdução à lógica indutiva. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix/ EDUSP, 1971.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça, modernidade*: a obra recente de Jürgen Habermas. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

Revista do TRF3 - Ano XXIV - n. 118 - Jul./Set. 2013

A prescrição em perspectiva como falta de interesse de agir na ação penal

Ana Lya Ferraz da Gama Ferreira
Juíza Federal Substituta na 5ª Vara Federal de Campo Grande. Coordenadora da Central de Conciliação de Campo Grande. Coordenadora Adjunta do Núcleo Regional de Campo Grande da Escola de Magistrados da 3ª Região. Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós Graduada em Direito Público com ênfase em Tributário. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso.

1. Considerações iniciais.

A extinção da punibilidade é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão da ocorrência de situações especiais previstas na lei. Estão elencadas de forma exemplificativa no artigo 107 do Código Penal, podendo ser divididas entre gerais (as que podem ser aplicadas a qualquer crime) e específicas (as que exigem delitos determinados para serem aplicadas).

A ocorrência de uma causa extintiva de punibilidade tem como consequência, como o próprio nome nos remete, a impossibilidade do Estado impor uma pena ao acusado. Salvo nas hipóteses de anistia e *abolitio criminis*, o delito remanesce, ou seja, a ocorrência de uma causa extintiva atinge tão somente a pretensão punitiva ou executória do Estado, não recaindo sobre os elementos essenciais do delito.

A causa extintiva da punibilidade pode ser decretada a qualquer momento durante o trâmite processual. Havendo seu reconhecimento antes do trânsito em julgado da sentença, é atingido o direito de punir do Estado e consequentemente não subsiste nenhum efeito do processo ou da sentença condenatória. Por outro lado, se o reconhecimento da causa extintiva se dá após o trânsito em julgado, temos a extinção da pretensão executória do Estado, remanescendo os efeitos secundários da sentença condenatória.

Há várias causas extintivas da punibilidade, elencadas em regra no rol do artigo 107 do Código Penal. Este rol é exemplificativo, podendo haver previsão de outras hipóteses em leis especiais e até mesmo ser considerada a possibilidade da existência de causas implícitas de extinção da punibilidade, como o disposto no artigo 522 do Código de Processo Penal. Não nos ateremos, neste trabalho, a dispor acerca de todas as causas extintivas de punibilidade, remetendo o leitor à verificação do rol exemplificativo do artigo 107 do Código Penal.

O objeto do presente estudo é a análise da prescrição (causa extintiva de punibilidade) em sua modalidade em perspectiva, teoria que foi há tempos totalmente repugnada pela doutrina e jurisprudência e que vem ganhando força, sendo defendida inclusive pelos

órgãos acusatórios.

A despeito de a prescrição no direito penal ter natureza de causa extintiva da punibilidade, instituto afeto ao direito material, neste trabalho buscaremos sua compreensão através do estudo de seus elementos intrínsecos de direito material, mas aplicados como fundamento para rejeição da denúncia ou queixa por ausência de justa causa que legitime a propositura da ação.

Passemos, então, a discorrer algumas linhas gerais sobre o instituto da prescrição no direito penal.

2. O instituto jurídico da prescrição: sua natureza e aplicabilidade no direito penal.

A natureza jurídica da prescrição é a de fato jurídico ordinário, ou seja, o fato jurídico considerado em seu sentido amplo. O principal objetivo da prescrição é conferir segurança e estabilidade às relações jurídicas.

É possível citar dois fundamentos para a prescrição, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva: pelo aspecto subjetivo e voluntário, temos a inércia do titular de uma pretensão; pelo aspecto objetivo, como fato jurídico *stricto sensu*, temos o decurso do tempo.

> O tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis. Até nos seus direitos. Particularmente quanto a estes, pode exercer relevante papel. Umas vezes é requisito de seu nascimento, outras vezes é condição de seu exercício, seja em decorrência da declaração de vontade, (...) seja em decorrência de determinação legal, quando é a lei que institui o momento inaugural da relação jurídica; outras vezes ainda é causa de sua extinção (...).[1]

O decurso do tempo nas relações jurídicas apresenta um dúplice ângulo de visão. Por um lado, trata-se de meio aquisitivo de direitos (prescrição aquisitiva) e, por outro, leva à extinção de pretensão jurídica quando não exercida em um dado período em razão de inércia do seu titular (prescrição extintiva).

A prescrição é norma jurídica que prevê, em seu antecedente, o decurso de tempo qualificado pela inércia do titular de um direito e, em seu consequente, a perda da pretensão a um direito. A prescrição extintiva é norma que disciplina o prazo para o exercício do direito do detentor da pretensão, perante o Estado Juiz.

Importante lembrar que, no Código Civil de 1916, a prescrição era tratada como causa de "perda do direito de ação". Por muitos anos, este foi o conceito de prescrição difundido nas universidades e aplicado no exercício da atividade jurídica.

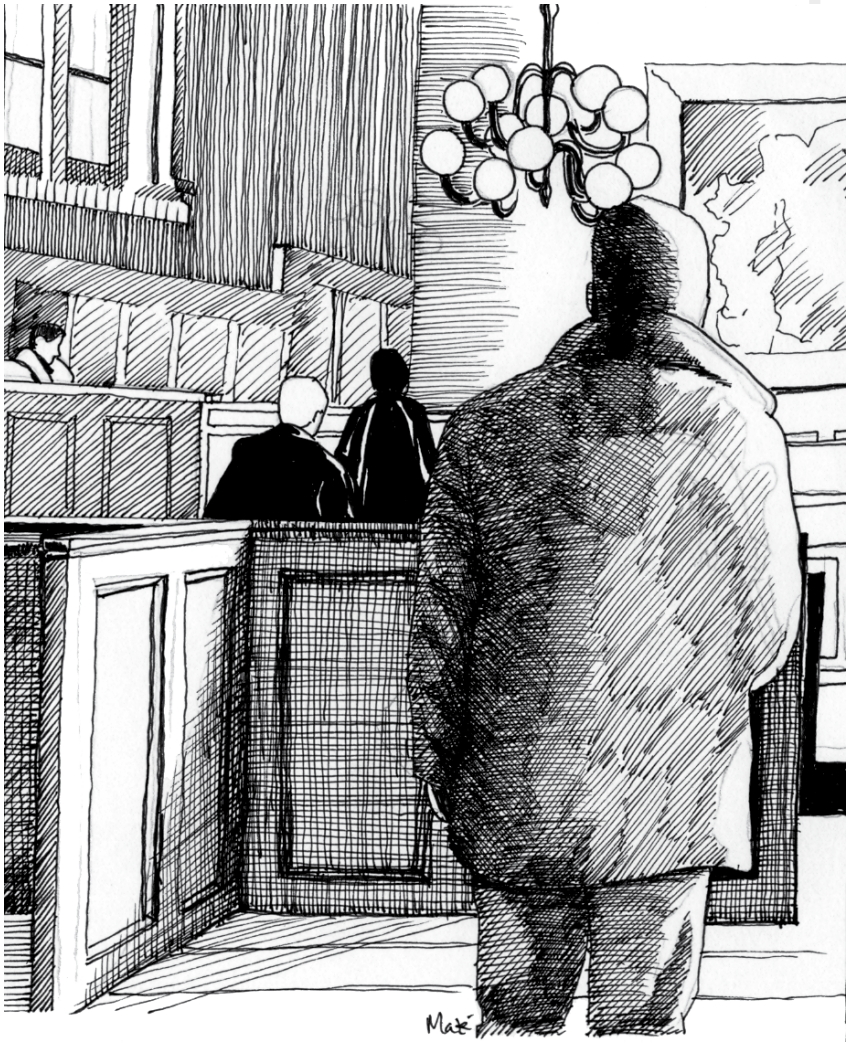
A ideia de prescrição diretamente relacionada ao direito de ação tem suas raízes no direito romano. O Imperador Justiniano, em suas publicações, trouxe uma definição do direito de ação nos seguintes termos "em verdade, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido".

Essa definição foi, em um momento posterior, a sustentação para uma das teorias que explicavam o direito de ação, difundida por Savigny no século XIX e conhecida como teoria clássica, imanentista ou civilista do direito de ação.

> Realmente, havia de um lado, os que defendiam que as fontes romanas reconheciam a ação a quem não havia sofrido nenhuma violação. De outro lado, despontavam os que, a exemplo de Savigny, reputavam a violação, a lesão do direito, um pressuposto essencial da ação. Tal distinção deu origem às chamadas *actio* e *actio nata*, entendidas, respectivamente, como ação potencial e ação atual; a primeira refere-se à ação que independia de lesão ao direito e a

1 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 569.

> segunda diz com o conceito de ação que dependia da existência de uma lesão ao direito subjetivo material.[2]



A concepção da prescrição como perda do direito de ação perdeu forças no momento em que o direito processual ganhou autonomia. A partir de então, a ação deixa de se identificar com o próprio direito subjetivo material, não sendo mais materialização de um direito dependente ou nascido daquele, a partir de sua violação.

Outra crítica que pode ser feita àquela concepção de prescrição recai no fato que o exercício do direito de ação é garantido constitucionalmente nos termos do artigo 5º, XXX, da Constituição da República. É também considerado como cláusula pétrea, ou seja, impossibilitado de ser extinto por emenda constitucional. Assim, incabível aceitar que uma norma infraconstitucional tivesse aptidão para estabelecer a perda de um direito autônomo, abstrato, público e resguardado pela Constituição, qual seja, o direito de ação.

Em muita boa hora adveio a nova redação do artigo 189 no Código Civil em 2002, que trouxe de forma inconteste a relação direta entre prescrição e pretensão, excluindo quaisquer dúvidas que pudessem restar sobre a pretensão atingir o direito de ação.

Dispõe nos seguintes termos:

> Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Foi a doutrina alemã que deu origem à ideia de pretensão. Nos dizeres de Caio Mario:

> O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer. Se, entretanto, num dado momento, ocorre a sua violação por outrem, nasce para o titular uma pretensão exigível juridicamente - *Anspruch*. O sujeito não conserva inde-

2 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 73.

> finitamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer.[3]

Leonardo Carneiro complementa:

> Enquanto o exercício da pretensão faz supor que o devedor, premido, atenda ao seu dever jurídico, a ação, uma vez exercida, consiste na prática de atos materiais voltados contra o sujeito passivo, independente do seu comportamento. Em outras palavras, no exercício da pretensão, o titular do direito apenas exige seu cumprimento, aguardando o correlato atendimento pelo obrigado. Já na ação, não há tal atitude passiva de espera do cumprimento, despontando, isto sim, a pratica de atos conducentes à realização ou concretização do direito.[4]

Podemos então extrair os requisitos necessários para que haja a ocorrência da prescrição: a) existência de uma pretensão; b) inércia do titular de um direito, c) continuidade desta inércia por um período de tempo, d) ausência de fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo da prescrição.

Não basta a ocorrência tão somente do decurso do tempo. Este pode ser deveras prolongado, mas isso não gera necessariamente a extinção da exigibilidade do direito. Para que haja a extinção da pretensão é preciso a ocorrência conjunta dos requisitos adrede expostos.

Consumada a prescrição, o que se esgota assim, não é o direito de ação, mas sim a pretensão, isto é, a exigibilidade do direito de que se alega ser o titular. Trazendo todo o raciocínio exposto para o direito penal, a ocorrência da prescrição implica na extinção da pretensão punitiva ou executória do Estado, a depender do momento em que é reconhecida.

Da mesma forma que no âmbito cível, é matéria de ordem pública, podendo ser decretada de ofício, independentemente de provocação das partes, em qualquer grau de jurisdição. Trata-se de matéria preliminar cuja análise antecede o mérito da ação penal. Ou seja, quando reconhecida em momento anterior ao da sentença, impede que o juiz adentre no exame da materialidade e autoria do delito praticado.

Em regra, todos os delitos se submetem aos prazos prescricionais previstos no artigo 109 do Código Penal, salvo os crimes de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático, os quais são expressamente previstos na Constituição como imprescritíveis.

Os prazos prescricionais têm natureza jurídica de prazos penais, cuja contagem inclui o primeiro dia não se suspendendo nas férias, tampouco sendo prorrogados em razão de fim de semana ou feriado.

O Código Penal prevê duas formas distintas de se aferir o transcurso do lapso prescricional:

a) *Pela pena em abstrato*: nessa hipótese não tratamos com a condenação, haja vista que a análise do decurso do prazo prescricional se faz em momento anterior a esta. Assim, é utilizada a pena máxima em abstrato prevista no preceito secundário do tipo penal. Com base na pena máxima, busca-se o prazo prescricional de acordo com o disposto no artigo 109 do Código Penal e, assim, verifica-se se houve ou não esta causa extintiva da punibilidade. Como ainda não houve condenação, a utilização prática da prescrição da pena em abstrato se dá em regra entre a data do delito e o recebimento da denúncia (para os delitos cometidos até 05 de maio de 2010, em razão da alteração feita pela Lei nº 12.234/2010), bem como entre a data do recebimento da de-

3 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 571.

4 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 73.

núncia e a prolação da sentença, quando esta ainda não tenha transitado em julgado para a acusação. Caso haja a incidência de causa de aumento, imputada na denúncia, aplica-se à pena máxima o maior grau do aumento. Por outro lado, se houver incidência de causa de diminuição, utiliza-se o mínimo. Tudo para se chegar ao limite máximo da pena naquele caso concreto.

b) *Pela pena em concreto*: Neste caso, o prazo prescricional é contado tendo como parâmetro a sentença condenatória com trânsito em julgado, pelo menos para a acusação. Há a pena em concreto, que remete ao artigo 110 do Código Penal, a qual deve ser considerada para fins de verificação do prazo prescricional a ser aplicado. Nesse sentido, a Súmula nº 146 do STF:

> A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Ainda na análise da prescrição pela pena em concreto, cabível uma ponderação. Diante de todo exposto acerca da teoria geral da prescrição, concluímos que a mesma ocorre pelo decurso do lapso temporal transcorrido após o nascimento da pretensão. Ocorre que, somente o trânsito em julgado para a acusação não faz nascer a pretensão punitiva do Estado. É preciso o trânsito em julgado para ambas as partes para que seja iniciada a execução definitiva da pena. Assim, entendemos inconcebível a existência deste marco interruptivo da prescrição (sentença transitada em julgado somente para a acusação), pois mesmo que haja a vontade estatal de punir, é inviável a execução da pena, sendo necessário aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Não há que se falar em inércia estatal e, tampouco, em prescrição.

Há muito ainda a se discorrer sobre o assunto, mas foge do objeto deste trabalho.

Há uma terceira forma de se computar a prescrição, qual seja a prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva, considerando a pena virtualmente aplicada ao réu em uma futura sentença. A maioria da doutrina e jurisprudência não acata esta contagem do prazo prescricional por entender que o magistrado, ao considerar antecipadamente a possível pena aplicada ao acusado, faz um prejulgamento, incompatível com o princípio da presunção de inocência.

A ausência de disposição legal para que a prescrição antecipada seja decretada traz um problema de ordem prática considerando que no direito penal vige a interpretação restrita da lei e a prescrição em perspectiva não é prevista como causa extintiva da punibilidade. Assim, outra solução pode ser dada ao caso concreto. Como bem discorre Nucci:

> Acreditamos ser razoável dar outra solução ao problema. Em vez de julgar extinta a punibilidade, o que não encontra previsão legal, pode o magistrado, acolhendo pedido do Ministério Público, determinar o arquivamento do inquérito policial, por falta de interesse de agir, uma vez que este se constituiu, dentre outros fatores, na utilidade do processo. Se não houver requerimento do órgão acusatório nesse sentido, pode o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, pelo mesmo fundamento.[5]

Esta outra solução migra do campo do direito material, face a ausência de previsão legal da prescrição antecipada, para o campo do direito processual, no âmbito das condições da ação.

Importante ressaltar que toda a discussão objeto deste trabalho é aplicada aos delitos ocorridos até ao advento da Lei nº 12.234/2010, a qual eliminou do sistema jurídico a prescrição retroativa, que levava em consideração período anterior a data do recebimento da denúncia ou queixa.

Passemos, então, a discorrer sobre os fundamentos que, a meu sentir, legitimam

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 598.

o magistrado a rejeitar a denúncia ou queixa quando, no caso concreto, seja possível concluir pela inviabilidade da ação penal em razão da aplicação da prescrição em perspectiva.

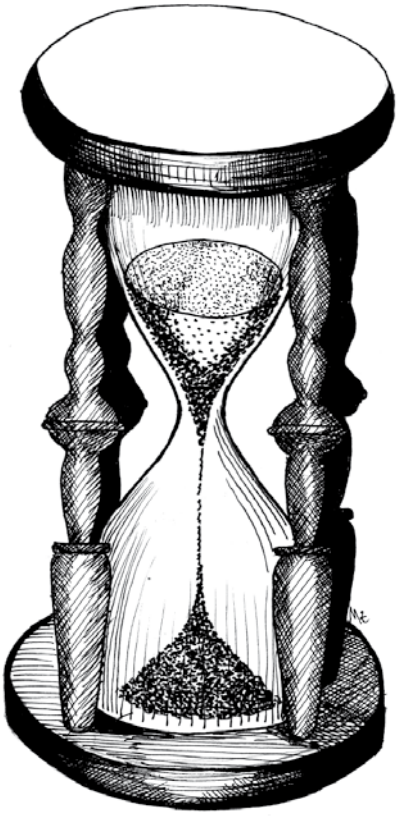
3. O decurso do prazo prescricional considerado em perspectiva como ausência de justa causa na ação penal.

O início da ação penal pública ou privada dá-se pelo oferecimento da denúncia ou queixa, independentemente do recebimento do feito pelo juiz. Ao receber a denúncia ou queixa, o juiz reconhece a regularidade do exercício desde direito, não havendo ainda participação do acusado na relação jurídica processual. Esta relação torna-se triangularizada somente com a citação do acusado.

A citação é a condição de existência do processo em relação ao réu. Trata-se de ato através do qual se comunica ao acusado de que em face dele foi proposta uma ação penal, de forma a dar-lhe conhecimento da demanda instaurada e oportunidade de exercício da ampla defesa e garantias individuais. A citação ocorre em momento posterior ao recebimento da denúncia e, para que esta ocorra, indispensável a análise dos elementos necessários à regularidade da peça acusatória.

A denúncia é a petição inicial, que contém a acusação feita pelo Ministério Público contra o acusado pela prática do fato criminoso. Tendo natureza jurídica de petição inicial da ação penal, a denúncia deve preencher as condições da ação e pressupostos processuais de forma a se atestar a regularidade da mesma.

> As denominadas condições da ação, no processo penal brasileiro, condicionam o conhecimento e julgamento da pretensão veiculada pela demanda ao preenchimento prévio de determinadas exigências, ligadas ora à identidade das partes, com referência ao objeto da relação de direito material a ser debatida, ora à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional.[6]



Pois bem. Como condições da ação temos a legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a justa causa, recém introduzida no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.719/2008. Na verdade, não resta claro que a justa causa tem natureza de condição da ação, contudo, discutir se a natureza da justa causa é de quarta condição da ação ou de elemento contido no interesse de agir extrapola os objetivos deste trabalho.

A presença das condições da ação, tanto no âmbito cível, como no penal, possibilita ao julgador a análise do mérito da questão trazida em juízo. O direito de ação é garantido a

6 OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101.

todos pela Constituição Federal, direito este exercido através da provocação da jurisdição independentemente de uma resposta de mérito a pretensão deduzida em juízo. A falta das condições da ação no caso concreto não impede a provocação do Poder Judiciário, mas sim o julgamento de mérito da pretensão de direito material apresentada aos órgãos jurisdicionais.

Tracemos algumas linhas gerais acerca das condições da ação penal:

a) *Legitimidade de parte*: a questão da legitimidade de parte no âmbito penal é muito mais simples de ser estudada do que no âmbito cível. Isso porque, salvo o *habeas corpus* e a revisão criminal, somente algumas pessoas específicas podem fazer parte do pólo ativo da ação penal.

Em regra, o Ministério Publico é o órgão legitimado a figurar no pólo ativo da ação penal. Excepcionalmente, nos casos de inércia do Ministério Público, é facultado à parte ingressar com a ação penal de forma subsidiária. Há também os casos em que tão somente o ofendido tem legitimidade para interpor a ação. São os casos de ação penal privada, onde a lei atribui apenas ao particular a iniciativa da ação penal.

Interessante que, ao contrário do processo civil, onde por vezes é analisada a legitimidade passiva como condição da ação; no processo penal, esta matéria é questão meritória, não sendo objeto de análise preliminar. A autoria do delito é um dos pontos que compõem o mérito da ação penal. Assim, a legitimidade de parte como questão preliminar só traz relevância no que tange ao polo ativo, qual seja à iniciativa da ação penal.

b) *Possibilidade jurídica do pedido*: o estudo da possibilidade jurídica do pedido no direito penal traz algumas dificuldades em razão da previsão expressa do artigo 383 do Código de Processo Penal que possibilita ao magistrado a correta subsunção do fato à norma penal correspondente, com a aplicação da sanção efetivamente cominada.

Assim, caso a parte autora requeira a condenação por determinado fato, imputando uma pena não prevista ou até mesmo proibida no direito penal, não cabe ao juiz rejeitar a peça acusatória por impossibilidade jurídica do pedido, mas sim proceder ao regular trâmite processual e, ao fim, aplicar a pena prevista no preceito secundário do tipo penal, independentemente do requerido pela acusação.

Importante ressaltar a questão que ocorre quando o fato narrado não corresponde a um tipo penal previsto em lei. Em tese, não haveria possibilidade jurídica do pedido, haja vista que o fato narrado não é passível de condenação. A dificuldade prática recai sobre os motivos pelos quais esta denúncia será rejeitada. Se o magistrado a rejeita por impossibilidade jurídica do pedido, tratar-se-á de questão preliminar, fazendo tão somente coisa julgada formal pois não houve ingresso ao mérito da ação.

Ressalvo minha opinião pessoal nestas hipóteses de denúncia onde o fato narrado não seja considerado delito. Entendo, em uma análise mais favorável ao réu, que é cabível rejeição da denúncia por atipicidade material dos fatos narrados. Trata-se de decisão de mérito, dada quando do (não) recebimento da denúncia, a qual faz coisa julgada material e consequentemente proporciona maior segurança jurídica ao acusado.

c) *Interesse de agir*: O interesse de agir, para ser melhor compreendido, deve ser analisado dividindo-o no binômio necessidade-utilidade. A análise da necessidade, no processo civil, traz extrema relevância, pois imperioso que o autor demonstre, na inicial, que sua pretensão foi resistida pela parte requerida, de forma a configurar uma lide. Já no processo penal, não há que se falar na existência de pretensão resistida, haja vista que é indispensável o devido processo legal para que se aplique a pena prevista ao acusado do cometimento de um delito. Mesmo que haja confissão do acusado e concordância a ser

submetido às penas cominadas em lei, é indispensável o regular trâmite da ação penal para que haja condenação com suas consequências devidas. Assim, a "necessidade" do processo para concretização da pretensão punitiva do Estado não traz maiores esforços, haja vista as garantias constitucionais que preveem a impossibilidade de aplicação de qualquer sanção penal sem o devido processo legal.

Desta forma, os estudos acerca do interesse de agir recaem sobre a utilidade do processo penal naquele caso concreto.

O interesse de agir, segundo Liebman,[7] decorre da necessidade de se obter através do processo a proteção do interesse substancial, e pressupõe, por isso, a assertiva de lesão deste interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo.

> No âmbito específico do processo penal, entretanto, desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento de jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura que informa seu conteúdo. É dizer, sob a perspectiva da efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil.[8]

Por isso fala-se no binômio interesse-utilidade.

Assim, para restar presente o interesse de agir, importante que o processo penal seja o meio hábil ao resultado pretendido (e o é pois não há pena sem processo), *bem como seja útil para se atingir este resultado.*

A despeito da justa causa estar elencada de forma separada no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, muitos autores, dos quais compartilho o entendimento, defendem a ideia de que a justa causa deve ser estudada como um dos elementos do interesse de agir.

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, incluiu a justa causa como questão preliminar, expressamente prevista no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, sem contudo identificar sua natureza jurídica.

Afrânio Silva Jardim, citado por Pacceli, enumerava a justa causa como a quarta condição da ação.

> Sustentava o ilustre processualista que o só ajuizamento da ação penal condenatória já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar grandes repercussões na órbita do seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve as suas atividades. Por isso, a peça acusatória deveria vir acompanhada de suporte mínimo de provas, sem os quais a acusação careceria de admissibilidade.[9]

Para o referido processualista, a justa causa seria, assim, uma quarta condição da ação. Já Pacceli admitia desde sempre a exigência da justa causa sem, entretanto, entrar no mérito da sua natureza. Assim, fosse ela entendida como quarta condição da ação ou contextualizada no conteúdo do interesse de agir; de qualquer forma, a presença de justa causa deveria ser analisada pelo magistrado no momento do recebimento da denúncia.

Analisar a justa causa como elemento do interesse de agir, entendendo este como a viabilidade e efetividade da ação penal, abre a oportunidade de trazer à baila a possibilidade de rejeição da peça acusatória através do reconhecimento da prescrição em perspectiva.

A prescrição em perspectiva, sobre a

7 LIEBMAN, Enrico Túlio *apud* MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

8 OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 102.

9 JARDIM, Afrânio Silva *apud* OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 111.

qual já fizemos uma breve introdução, é instituto desprovido de previsão legal e com aplicação repugnada por grande parte da doutrina e da jurisprudência, mas que vem alcançando mais espaço dentro do processo penal, em especial dentre aqueles que analisam a viabilidade da ação penal em conjunto com a efetividade do processo.

Trata-se de instituto criado doutrinariamente, através do qual, em uma análise de cognição sumária, verifica-se se há grandes possibilidades de o delito imputado ao acusado ter sua pena cominada em concreto no patamar mínimo.

Assim, no ato de recebimento da denúncia, o magistrado, fazendo esta análise em perspectiva, verifica, diante do fato narrado, se há grandes possibilidades da pena restar fixada no mínimo legal. Sendo positiva a resposta, remete-se aos prazos prescricionais previstos no artigo 109 do Código Penal e, tendo transcorrido o lapso previsto entre a data do fato e o recebimento da denúncia, aplica-se a chamada prescrição em perspectiva, pois demonstrada, desde então, a inviabilidade da ação penal. Leva-se em conta eventual decisão condenatória e a pena cabível, com base nos elementos de informação produzidos na fase inquisitorial.

Vou mais além. Dentre os doutrinadores que defendem a prescrição em perspectiva, a grande maioria se atém a aplicá-la nas hipóteses onde a pena em perspectiva se limite ao mínimo legal. Entendo que podem ser virtualmente consideradas eventuais agravantes ou causas de aumento desde que haja uma margem considerável para a aplicação da prescrição.

Como exemplo cito um estelionato contra a previdência ocorrido em 2003, ou seja, há nove anos. O delito de estelionato contra a previdência apresenta como preceito secundário a pena de 01 a 05 anos, sobre a qual ainda incide a causa de aumento de 1/3. Pois bem. Se analisarmos a prescrição sobre a pena em abstrato (06 anos e 08 meses considerada já a aplicação do aumento), este delito prescreveria no ano de 2015. Contudo, o magistrado, na análise da denúncia, consegue visualizar abstratamente a possibilidade do intervalo de pena a ser aplicado naquele caso. Logo, como entre 2003 e a data de hoje se passaram mais de oito anos, o delito estaria prescrito mesmo se a pena aplicada fosse de 04 anos, muito acima do termo médio entre o mínimo e o máximo cominado pela lei. Neste caso há um intervalo elástico de análise da pena em perspectiva a ser aplicada, o que propicia segurança ao juiz ao fazer a análise no caso concreto.

Um bom critério a ser utilizado é considerar o caso concreto da seguinte forma: as circunstâncias judiciais devem ser efetivamente favoráveis ao réu e, ao fim, ser necessário pelo menos dobrar a pena mínima e mesmo assim ainda dar prescrição.

É certo que, na dúvida, sempre a questão *pro societate* deve prevalecer, optando o juiz pelo recebimento da denúncia e, no momento posterior, decretar a prescrição.

Nesses casos, constata-se que a ação penal é desprovida de viabilidade, haja vista que demonstrada a inutilidade da atividade processual correspondente.

Ainda citando Pacceli:

> Do ponto de vista do exercício do Poder Público, com efeito, não se deve admitir o desenvolvimento de atividade jurisdicional inútil, ou útil apenas a determinados fins e interesses. Não há um direito subjetivo do acusado em ver julgado o mérito da ação penal, sobretudo quando o único fundamento a legitimar tal pretensão seja a inadequação da iniciativa persecutória.[10]

Há uma grande quantidade de magistrados e membros do Ministério Público Federal de primeira instância reconhecendo a possibilidade de arquivamento de inquérito ou até mesmo rejeição da peça acusatória sob o fundamento de falta de justa causa para ação penal em razão de seu futuro fracasso pela prescrição da pena a ser aplicada. Contudo, referido entendimento ainda não chegou aos Tribunais, que são rigorosos em não aceitar a possibilidade de reconhecimento de ausência de justa causa considerando o cálculo do prazo prescricional pela pena em perspectiva.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, tem jurisprudência sobre o assunto:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL. EFETIVIDADE. AUSÊNCIA. PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU PROJETADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A persecução penal, como espécie do gênero das ações estatais, deve ser eficiente, eficaz e efetiva. De nada adianta impulsioná-la quando verificada, *ab initio*, a impossibilidade de sua futura e eventual execução. Percebida a inutilidade do eventual e incerto provimento condenatório, é de rigor seja declarada extinta a punibilidade do agente em face da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal. Inviável seja negada a aplicação do instituto por desproporcional apego ao formalismo. Tutelar o processo penal natimorto implica malferir os basilares princípios constitucionais do Estado democrático de direito em flagrante e injustificado prejuízo do cidadão. Extinção da punibilidade do agente frente à prescrição em perspectiva.
> (TRF 4ª Região, RSE 2004.71.07.005182-1/RS, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, j. 18/11/2009, D.E. 02/12/2009)

Muitos magistrados, ao negarem a aplicação da ausência de justa causa pelo decurso do prazo prescricional considerando a pena em perspectiva, o fazem sem argumento de autoridade, apenas elencado a Súmula nº 438 do STJ.

Passemos, então, a analisar a referida súmula, cujo texto, em um primeiro momento contraria todo o exposto no presente trabalho.

> É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

A princípio, importante ressaltar que a súmula, exceto a vinculante, é a consolidação de um posicionamento de determinado Tribunal, não vinculando o magistrado a decidir nos termos previstos em seu texto.

Para que se aplique determinada súmula no caso concreto, imperioso entender os fundamentos que lhe deram origem e aplicar um critério de subsunção entre estes fundamentos e o caso analisado.

A fim de superar o texto da súmula supracitada, busquei os acórdãos que lhe deram origem os quais trazem como fundamentação precípua os seguintes precedentes:

10 OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 113.

> Viola os princípios da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade a decisão que reconhece a prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena em perspectiva, com base em prognóstico condenatório, *pois tem o réu direito à manifestação do Estado sobre sua pretensão absolutória ou desclassificatória*.
> (STJ, RHC 21.929/PR, Quinta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, j. 20/11/2007, DJ 10/12/2007)
>
> Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada.
> (STJ, RHC 18569, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/9/2008, DJe 13/10/2008)

Ao dizer que o réu tem direito à manifestação estatal sobre a pretensão condenatória ou absolutória, os acórdãos pressupõem a existência de um réu na ação penal, o *que não ocorre antes do recebimento da peça acusatória*.

Não há que se falar em réu antes do recebimento da peça acusatória, conforme já exposto no início deste trabalho. Como no processo civil, a relação processual entre autor (Ministério Público), réu e juiz somente se torna perfeita com a citação do acusado. *Não tendo sido recebida a inicial, não há como se falar em direito do réu em manifestação judicial sobre o mérito da ação penal, pelo simples fato de que por ora, não há réu*.

O mesmo argumento se aplica aos acórdãos paradigmas à súmula que dispõem que o reconhecimento da prescrição em perspectiva viola o princípio da presunção de inocência do acusado. Não consigo vislumbrar a possibilidade de que a rejeição da peça acusatória possa violar o princípio da presunção de inocência, haja vista que não trará qualquer consequência ao acusado, pois, este ainda não faz parte da relação jurídica processual.

Não havendo a formação completa da ação penal, não há como se falar em réu e, tampouco, em violação de suas garantias processuais.

Nesse sentido:

> PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. 1. Transcorrido considerável lapso temporal entre a data da conduta delituosa e a do recebimento da denúncia, o juízo *poderá, por estimativa minuciosa, constatar que a pena eventualmente imposta ao réu, caso condenado, dará ensejo a extinção da punibilidade com base no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, restando a demanda carente de interesse processual* (artigo 43, inciso III, do Código de Processo Penal), já que seu resultado será nulo, o que afasta, em decorrência, a sua justa causa. 2. *Trata-se de hipótese em que se está reconhecendo a ausência de interesse de agir para o início da persecução penal em juízo e não decretando, a destempo, a extinção da punibilidade pela "prescrição antecipada", com base na "pena em perspectiva", pois se compreende a advertência que procede dos Tribunais Superiores, que tal decreto encerraria uma presunção de condenação* e, consequentemente, de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF).
> (TRF 4ª Região, RSE 2007.71.07.001876-4/RS, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 18/11/2009, D.E. 02/12/2009)

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

> Isso porque, tendo embora o acusado direito a uma sentença de mérito, nosso

> sistema processual penal, inspirado no princípio da economia processual, determina como regra, o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento de mérito, sempre que ocorrer uma causa extintiva da punibilidade, ou outra causa que prejudique o exame do mérito da ação, como *verbi gratia*, na hipótese da inutilidade de virtual provimento jurisdicional.[11]

Ademais, não cabe ao julgador deixar de extinguir a punibilidade do réu apenas para proferir ao fim uma sentença absolutória.

Este argumento também pode ser refutado por dois motivos facilmente identificáveis: a uma que a prescrição é matéria prejudicial ao mérito e, ao proferir uma sentença, seja ela condenatória ou absolutória, o magistrado analisará a questão da prescrição pela pena em abstrato em momento anterior ao mérito. Ou seja, estando o delito prescrito, não há que se falar em direito do réu à absolvição, conforme defendem os julgados que deram origem à Sumula nº 438 do STJ.

A dois pois reitero as palavras de Afrânio Silva Jardim, já expostas anteriormente. O simples fato de o acusado ser réu de uma ação penal, mesmo que desprovida de qualquer viabilidade prática, é por si só, elemento significativo a desestruturar toda sua moral perante a família e a sociedade. Assim, sofrível fazer com que o acusado responda a um processo criminal que dura anos para, ao fim, ser declarada prescrita a pretensão punitiva. Reconhecer a prescrição em perspectiva de processos fadados ao insucesso faz com que o Poder Judiciário se concentre nos demais processos, dando maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional e evitando, com isso, a prescrição intercorrente nos processos em trâmite na vara.

Ademais, dizer que o acusado tem direito fundamental a uma sentença absolutória em razão do princípio da presunção de inocência é utilizar a questão dos direitos e garantias fundamentais de forma a prejudicar o acusado. Estas são seu escudo contra o Estado. Logo, muito mais favorável ao acusado que seja arquivado o inquérito ou rejeitada a peça acusatória desde o início, do que submetê-lo a um longo processo, para, ao final, ser julgado e condenado (o que ficará registrado na sua ficha de antecedentes), para então decretar-se a prescrição. Absolutamente desarrazoável referido raciocínio.

Nucci bem discorre sobre o assunto dizendo:

> Não se esta descumprindo a lei, nem há qualquer ofensa à presunção de inocência; ao contrário, consagra-se o estado de inocência, na medida exata em que o Estado-acusação recusa-se a ofertar ação penal contra o indiciado.[12]

Nada impede que, para não gerar qualquer dúvida no que tange à mitigação do princípio da presunção de inocência, o magistrado conceda vistas ao acusado para que se manifeste concordando ou não com a prescrição.

São ideias apenas para conceder ao acusado o máximo de oportunidade de participação no processo penal, para os que ainda defendem a tese de que o acusado tem direito a uma sentença, seja ela condenatória ou absolutória. Contudo, entendo como situação rara (para não dizer inexistente) um acusado que prefira responder por um processo crime e ainda correr o risco de ser condenado a extinguir todo o procedimento desde já com o reconhecimento da ausência de justa causa pela prescrição em perspectiva.

Entendo que submeter o acusado a um processo penal em vão viola o princípio da

11 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 618.

12 NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

presunção de inocência. Parece desprovido de qualquer fundamento a defesa da ação penal a qualquer custo, mesmo fadada ao insucesso.

4. Considerações finais.

O Poder Judiciário hoje enfrenta uma situação onde é preciso racionalizar o trabalho e otimizar o tempo para que se consiga dar uma resposta em prazo razoável à sociedade a tudo aquilo que lhe é submetido em obediência ao princípio da duração razoável do processo.

Verifico assim que, analisar uma peça inicial, seja ela cível ou criminal, de forma criteriosa para identificar a presença das condições da ação e pressupostos processuais e consequentemente "triar" as ações fadadas ao insucesso neste momento inicial, é um procedimento que enseja uma dedicação expressiva do magistrado, mas que propicia uma maior certeza de que todo o trâmite processual a se desenrolar não terá ocorrido em vão. Contraria os princípios da razoabilidade, da duração razoável do processo, da presunção de inocência, dentre outros, uma ação penal que, depois de anos tramitando, tenha uma sentença reconhecendo a prescrição quando esta poderia ter sido identificada desde o momento inicial.

A ausência de previsão legal para o reconhecimento da prescrição em perspectiva deixa de ser obstáculo na aplicação desta tese quando analisamos de forma criteriosa as condições da ação, em especial a presença do interesse de agir, como requisito da denúncia no momento de recebê-la ou rejeitá-la. Busca-se com isso a identificação da viabilidade da ação penal.

O interesse de agir é diretamente relacionado com a questão da efetividade do processo, de modo que este, ao ser iniciado deve apresentar uma viabilidade mínima de satisfação da pretensão objetivada. No processo penal, o cerne desta satisfação se dá com a aplicação da pena ao acusado quando condenado, como uma resposta estatal pela violação às leis vigentes. Trata-se do escopo principal. Assim, quando desde já seja possível verificar a impossibilidade de se atingir este objetivo pela prescrição da pretensão extintiva estatal, é de se reconhecer que o processo e todo seu desenrolar será inútil, que todos os envolvidos no mesmo terão trabalhado em vão. Em face a este reconhecimento de insucesso do escopo processual, mister se faz a rejeição da peça acusatória por ausência de interesse de agir (justa causa) na ação penal.

Tutelar um processo penal ineficaz contraria princípios constitucionais que embasam o Estado Democrático de Direito prejudicando a celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Teoria do princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____ . *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____ . *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____ ; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol I. 24. ed. Rio de janeiro: Forense, 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Férias judiciais - análise crítica no Brasil e no mundo

Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva
Juiz Federal Substituto na Subseção de Dourados/MS.
Ex-Promotor de Justiça da Bahia.

RESUMO: As férias judiciais mais extensas não são um benefício concedido apenas no Brasil. Vários países instituem plano de carreira para seus magistrados para tornar a atividade jurisdicional mais atrativa para os profissionais do Direito. Outras atividades também usufruem de regimes diferenciados de benefícios. Elas se justificam tanto no Brasil como no mundo pelo grau de responsabilidade e deveres impostos aos juízes, sem falar no estresse causado pelo efetivo exercício da atividade jurisdicional.

ABSTRACT: The most extensive judicial holidays are not a benefit granted only in Brazil. Several countries establishing career plan for their magistrates court to make the activity more attractive to legal professionals. Other activities also enjoy benefits of different regimes. They are justified in both Brazil and the world by the degree of responsibility and duties imposed on judges, not to mention the stress caused by the effective exercise of judicial activity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito comparado. 3. O fim das férias como solução para o acervo processual. 4. As férias judiciais para uma profissão estressante. 5. Outras profissões "privilegiadas". 6. As férias judiciais e o princípio da igualdade. 7. Conclusão.

1. Introdução.

É um tema recorrente na imprensa brasileira, a duração das férias dos magistrados. Em cada entrevista, indaga-se se é justo o juiz brasileiro ter 60 (sessenta) dias de férias. Tal direito é previsto muito antes da LOMAN (Lei Complementar nº 35/79), deitando raízes na época do Império. Tradicionalmente, os juízes brasileiros gozam de férias de sessenta dias, mas ultimamente a sociedade questiona se esse direito deve permanecer.

Olhando o direito comparado, vê-se que o regime de férias forenses é diferenciado.

Tem-se tal constatação no livro mais crítico à Suprema Corte Americana, *Por detrás da Suprema Corte*, no qual um trecho chama a atenção:

> *Por volta de julho* o Juiz Presidente Warren Burger estava em seu novo gabinete. *Com três meses pela frente antes do início das sessões* e com os outros magistrados *aproveitando o recesso*

> *para ficar em suas casas ou de férias,* ele pretendia consolidar seu poder.[1]

Os Estados Unidos teriam concedido um benefício tão elástico aos seus juízes? Será que a corte americana, que recebe menos processos que a nossa, não mudou tal regime para adequar-se à crítica "republicana" de alguns?

2.Direito comparado.

Em 2011, os americanos criticaram a duração das férias dos membros Suprema Corte, pois a nação se angustiava com a tardança na discussão da constitucionalidade do "Obama Care".

O título do sítio eletrônico é: "A Suprema Corte dos EUA: preguiçosos ou descuidados (ou pior, os dois?)".[2] Em tal reportagem noticiava-se que a Suprema Corte Americana iria para seus três meses de férias remuneradas enquanto o Estado da Virgínia pediu que fosse analisada a constitucionalidade do "Obama Care". Mesmo um não americano sabe da importância e magnitude de tal plano para remodelar o sistema de saúde daquele país. Os contribuintes terão que custeá-lo, os Estados contingenciarão recursos, as empresas precisarão tomar dimensão dos gastos com seus trabalhadores. Na aludida reportagem, a comentarista questionou se eles (os juízes) se importam, mas é claro que se importam.

Tal sistema não se resume em compromisso ao trabalho interno, mas sim ao repouso:

> Juízes da Suprema Corte vão para destinos invejáveis em recesso de verão.
> Postado às 7:45 Quinta-feira, 14 de junho de 2011.
> Pela Imprensa Associada.
> WASHINGTON - O salário não é o melhor, mas, oh, as oportunidades de viagens que aparecem quando se é um juiz da Suprema Corte.
> Genebra, Roma, Lake Tahoe - e isso é apenas o itinerário de verão do juiz Antonin Scalia.
> Os juízes muitas vezes tiram o proveito máximo de suas férias de verão prolongado para viajar ao exterior, e ganhar dinheiro para ele também. Juízes podem aceitar cerca de US$ 25.000 em renda adicional para o ensino e palestras, além de seu salário de US$ 213.900 por ano. O chefe de justiça ganha cerca de US$ 10.000 por ano a mais.
> O Chefe de Justiça John Roberts vai a Florença, Itália; Juiz Anthony Kennedy é dirigido a Salzburgo, na Áustria, e Juiz Samuel Alito vai passar um tempo em Roma. Cada um participa no exterior de um programa de uma escola de verão de lei norte-americana.
> Juízes Stephen Breyer e Elena Kagan estão indo para o Instituto Aspen, no Colorado. A Juíza Ruth Bader Ginsburg também pode visitar Aspen.
> O verão de Breyer inclui visitas a Toronto para a Convenção American Bar Association; para Vermont - faturados pela Calvin Coolidge Center como sua primeira aparição pública no Estado desde que se juntou à Suprema Corte em 1994, e para Fargo, ND, para dedicar-se a uma escola secundária. Ele também

1 WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 37. (destaques nossos)

2 SUSTEREN, Greta Van. *The U.S. Supreme Court: lazy or don't they care (or worse, both?)*. Disponível em: <http://gretawire.foxnewsinsider.com/2011/06/27/the-supreme-court-lazy-or-dont-they-care-or-worse-both>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

> está programado para presidir o casamento de ex-deputado Patrick Kennedy, no complexo da família Kennedy em Hyannis, Massachusetts, em meados de julho. Breyer já trabalhou para o senador Edward M. Kennedy, falecido pai de Patrick.[3]

Inicialmente, já percebemos um paradoxo, analisando as duas Cortes Supremas, vemos que enquanto a norte-americana tem três meses de férias anuais e julga menos de cem processos por ano, a brasileira que recebe quase cem mil feitos anualmente, tem dois meses de férias.

Todo juiz sabe a importância de uma demanda. Qual magistrado não questionou se sua decisão não foi exagerada, se não poderia tirar um mês de pena, ou aumentar o valor de uma indenização, ou mesmo diminuí-la.

Tal ponderação é feita pelo mais tradicional crítico dos juízes, Piero Calamandrei:

> Conheci um químico que, quando no seu laboratório destilava venenos, acordava as noites em sobressalto, recordando com pavor que um miligrama daquela substância bastava para matar um homem. Como poderá dormir tranquilamente o juiz que sabe possuir, num alambique secreto, aquele tóxico subtil que se chama injustiça e do qual uma ligeira fuga pode bastar, não só para tirar a vida mas, o que é mais horrível, para dar a uma vida inteira indelével sabor amargo, que doçura alguma jamais poderá consolar?[4]

A atividade do magistrado é de suma importância para o ser humano, pois *ubi societas, ibi jus*, onde há sociedade, há o direito. Desde os primórdios da formação humana, pessoas dirimiam conflitos de terceiros porque estes apenas os resolviam na força.

Tanto é assim que os outros países concedem períodos diferenciados de férias a seus magistrados.

> *Suiça (Cantão de Neuchâtel)*
> De acordo com o artigo 118º do Código de Processo Civil de 1991, as férias judiciais são marcadas entre os 7 dias anteriores à Páscoa e os sete dias posteriores a este feriado (inclusive), de 15 de Julho a 15 de Agosto (inclusive) e de 18 de Dezembro a 1 de Janeiro (inclusive). Nesse período não se efectuam julgamentos, salvo em casos urgentes e noutras situações definidas na lei (artigo 119º do mesmo código); nas férias judiciais os prazos fixados pela lei ou pelo juiz suspendem-se (artigo 120º). A lei foi alterada no ano 2000, com efeitos reportados a 1 de Janeiro de 2001. Anteriormente, o período de férias judiciais decorria de 10 de Julho a 20 de Agosto (inclusive) e de 20 de Dezembro a 2 de Janeiro (inclusive).
> *Bélgica*
> As férias judiciais são estabelecidas entre o primeiro dia de Julho e o último dia de Agosto (artigos 334º e ss. do Code Judiciaire).
> *Itália*
> As férias começam a 1 de Agosto e findam em 15 de Setembro (artigo 90º e ss. do Ordinamento Giudiziario, publicado na Gazzetta Ufficiale de 4 de Fevereiro de 1941.
> (...)
> *Alemanha*
> Os artigos 199 a 202 do GVG (Judiciary Act) que tratavam das férias judiciais (definidas entre o dia 16 de Julho e o dia 15 de Setembro) foram revogados, com efeitos a 1 de Julho de 1997. Optou-se, em matéria civil, por uma solução de compromisso prevista no § 227, 3º parágrafo do Código de Processo Civil (ZPO), segundo a qual "uma data de audiência fixada entre 1 de Julho e 31 de Agosto será adiada por pedido efetuado

3 *Supreme Court justices head for enviable destinations on summer recess*. Disponível em: <http://thedailyrecord.com/wp-content/plugins/tdc-sociable-toolbar/wp-print.php?p=199774>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

4 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, advogados*. Lisboa: Clássica, p. 164.

no prazo máximo de uma semana após recepção da citação ou da marcação da data, excetuadas leituras de sentenças. Esta disposição não se aplica a: 1) processos urgentes; 2) litígios relativos a arrendamento; 3) matérias familiares; 4) disputas sobre letras de câmbio ou cheques; 5) litígios sobre construções, quando a disputa for acerca da continuação de construções já começadas; 6) disputas sobre licenças para uso ou devolução de bens protegidos por arresto; 7) procedimentos de 'exequatur' ou atos judiciais em arbitragem".
(...)
Áustria
As anteriores férias judiciais de 15 de Julho a 25 de Agosto chamam-se agora "tempo livre de processo".
(...)
Irlanda
a) Tribunais Superiores (*High e Supreme Courts*)
São quatro os períodos de férias judiciais nos Tribunais Superiores irlandeses, a saber:
- O período das férias do Natal (compreendido entre 24 de Dezembro e 6 de Janeiro);
- O período das férias da Páscoa (que se estende da segunda-feira anterior à data festiva religiosa ao Sábado da semana de Páscoa);
- O período das férias de "Whitsun" (que começa na sexta-feira que antecede o "Whitsun" e termina no Sábado da semana de "Whitsun");
- O período das férias longas (que se inicia de 1 de Agosto e termina a 30 de Setembro).
(...)
b) Tribunais de 1ª instância (*District e Circuit Courts*)
Tal como sucede nos Tribunais Superiores, também nos *Circuit Courts* decorre uma interrupção da atividade jurisdicional durante os meses de Agosto e Setembro, não tendo o regime legal sofrido alterações recentemente.
Todavia, nos *District Courts* apenas o mês de Agosto é mês de férias judiciais. Nestes Tribunais, contudo, a partir da quinta-feira anterior à Páscoa é possível estabelecer seis dias consecutivos adicionais de férias a partir de 23 de Dezembro pode ser agendado um outro período de acréscimo interruptivo de nove dias consecutivos.
À semelhança do que sucede nos Tribunais Superiores, aos juízes dos Tribunais de 1ª instância não é aplicável qualquer dispositivo legal que defina o número de dias de férias. [5]

Aprofundando a análise do direito comparado, há um importante estudo da Suprema Corte Sul-Africana, que possui recesso anual de 14 (quatorze) semanas, no qual aponta os períodos de recesso em jurisdições estrangeiras. Por tal documento, percebem-se outros regimes diferenciados de férias judiciais.

Chama a atenção:

> No Supremo Tribunal de Cingapura, os recessos são 9 semanas por ano, e compreendem um período de férias do tribunal em meados do ano, que em 2003 correu de 26 maio a 20 junho e férias de final ano, que correrá de 01 de dezembro de 2003 a 2 de Janeiro de 2004.
> (...)
> O Tribunal Distrital de Israel goza de recesso 6 semanas por ano, a partir de 15 julho a 01 de setembro. O tribunal senta-se a partir das 08:30 - 13:00, domingos às quintas-feiras e às sextas-feiras há uma escala de serviço para listas de emergência apenas.
> (...)
> Na Dinamarca, todos os tribunais trabalham durante todo o ano, exceto por um curto recesso durante as férias de verão, normalmente de 3 semanas. Somente casos urgentes estão sendo tratados durante o recesso de verão. Aos juízes são concedidas férias de 5 semanas num ano, desde que não interfiram com o trabalho diário do tribunal.

5 *Estudo de direito comparado sobre o período de férias judiciais.* Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bf072be6f-4936-4576-8fd8-3829cc22db93%7D.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

> (...)
> Na Suécia, a estrutura judicial é baseada em uma estrutura de três camadas compreendendo as cortes Distritais, Tribunais de Recurso e o Tribunal Supremo. Os tribunais suecos não estão organizados em matérias nem têm quaisquer férias judiciais. No entanto, os meses de julho e agosto são tradicionalmente meses de agenda leve para os tribunais e eles tendem a lidar somente com matérias urgentes. A maioria dos funcionários judiciais sai de férias durante este período.
> (...)
> No Uruguai, os juízes de primeira instância (...) tem um recesso de 8 semanas por ano a saber 25 dezembro - 31 janeiro e um recesso no meio do ano 1-20 de Julho. [6]

Além destes países, não podemos deixar de informar que, na Índia,[7] as férias judiciais são de três meses. Através de relatório elaborado pela comissão legal instituída pelo governo da Índia, chegou-se a conclusão de que o período britânico de férias, três meses, deveria ser reduzido em dez dias. Ainda assim, não se falou em reduzir as férias para o trabalhador comum porque a magistratura é uma profissão diferenciada, com deveres e encargos que aquele não suporta.[8]

Os mais críticos quanto à duração das férias judiciais lembram a situação da França, cujos magistrados têm o mesmo período de férias dos demais funcionários públicos, um mês, mas naquele país qual a jornada de trabalho? A jornada de trabalho semanal desse país não é de trinta e cinco horas semanais? Colocarão o juiz brasileiro nesta jornada?

Neste particular, sobressai-se a situação da Grécia, cujos magistrados têm apenas um mês de férias. Não foram os juízes de lá que colocaram o país na bancarrota, nem o levaram a pedir socorro financeiro às entidades internacionais. Contraditoriamente, segundo reportagem do Conjur,[9] a Grécia tem hoje 442 processos à espera de julgamento pelo Tribunal Europeu, dos quais mais de 250 tratam da lentidão da Justiça grega. Ao dar o ultimato para a Grécia, a Corte também fez uma estimativa de que, para um caso criminal comum, sete anos são suficientes para a conclusão.

Atrás da Grécia, que dá trinta dias de

6 Disponível em: <http://www.justice.gov.za/reportfiles/court%20recess_2003/crr_ch4.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

7 *Panel to examine long vacations for Supreme Court judges*. Disponível em: <http://news.vakilno1.com/2007/12/panel-to-examine-long-vacations-for.html>. Acesso em: 15 abr. 2012.

8 Government of India Law Commission of India. *Reforms in the judiciary – some suggestions*. Disponível em: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report230.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

9 PINHEIRO, Aline. *Itália é a campeã de lentidão judicial na Europa*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-14/italia-pais-europeu-acionado-causa-lentidao-justica>. Acesso em: 15 abr. 2012.

férias aos magistrados, está a Itália, onde são agraciados com quarenta e cinco dias. Estranhamente, o país menos acionado é o Reino Unido, que concede *três meses* de férias aos juízes.[10]

3. O fim das férias como solução para o acervo processual.

Um dos maiores defensores da redução das férias dos magistrados, Joaquim Falcão, explana:

> Faz dois anos que Portugal reduziu as férias de seus juízes de 60 para 30 dias. O resultado foi um aumento de cerca de 9% na produtividade do Judiciário. Mais trabalho, mais agilidade, menos lentidão, mais justiça.
> Ou seja, pelas estatísticas do CNJ, se mudasse a lei, o Judiciário produziria cerca de mais 2 milhões de decisões por ano. O que não é pouco. Sem aumento de custos.[11]

Será mesmo? O ilustre professor, *data venia*, equivoca-se. Ele pega a produção dos juízes brasileiros, sem paralelo no mundo, e aplica o aludido percentual. Entretanto, se analisarmos o propalado percentual, no tempo médio de um processo, 70% (setenta por cento) dele se esvai em rotinas cartorárias, como juntadas, publicações e carimbos.

Além disso, Portugal tinha *três* meses de férias judiciais e com a Lei nº 43/2010, alterou-se para dois meses. Senão vejamos:

Redação anterior dada pela Lei nº 3/99, de 13 de janeiro:[12]

> Art. 12.
> Férias judiciais
> As férias judiciais decorrem de 22 de Dezembro a 3 de Janeiro, do domingo de Ramos à segunda-feira de Páscoa e de 16 de Julho a 14 de Setembro.

Redação atual, imposta pela Lei nº 43/2010 é: [13]

> Art. 12.
> (...) As férias judiciais decorrem de 22 de Dezembro a 3 de Janeiro, do domingo de Ramos à segunda-feira de Páscoa e de 16 de Julho a 31 de Agosto.

Anteriormente, as férias judiciais portuguesas prolongavam-se até 14 de setembro, agora findam em 31 de agosto, totalizando 61 (sessenta e um) dias de férias.

Ainda assim, o aumento de produtividade judiciário permaneceu, pois não houve relatos de que ele retrocedeu mesmo com o retorno das férias aos patamares mencionados.

Por outro lado, dados estatísticos revelam que, em muitas varas, o número de processos aguardando sentenças não chega a 1% (um por cento) de seu acervo. Isso só demonstra que as férias forenses não são o remédio para diminuição do acervo processual.

Não é o juiz que mandará a carta precatória ir mais rápida, nem tornará a juntada mais ágil, e sim a informatização, a criação de mais cargos de servidores e o programa de investimento judicial. E isto para o processo de conhecimento, não para o gargalo judiciário que é a execução. Este para terminar precisa que o devedor tenha bens que bastem ao pleito do credor. Entretanto, milhares de penhoras "on line" feitas por magistrados são totalmente infrutíferas, porque os devedores esvaziam suas contas. A redução das férias

10 RAYNER, Jonathan. *Troika bid to cut judicial holidays*. Disponível em: <http://www.lawgazette.co.uk/news/cut-judges039-holidays-save-economies-says-troika>. Acesso em: 15 abr. 2012.

11 Falcão, Joaquim. *Se juiz tiver 30 dias, produtividade aumentará. Disponível em:* <http://www.conjur.com.br/2010-mar-12/juiz-tiver-30-dias-ferias-produtividade-aumentara-despesa-caira>. Acesso em: 15 abr. 2012.

12 Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=1&artigonum=1A0012&diplomaversao=Lei+n.%BA+3%2F99%2C+de+13+de+Janeiro>. Acesso em: 15 abr. 2012.

13 Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1270&tabela=leis&nversao=>. Acesso em: 15 abr. 2012.

dos magistrados a quê serviria? Somente medidas extrajudiciais surtiriam efeito, como o protesto e a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes. Outra medida que ensejaria maior celeridade seria o fim das quatro instâncias recursais, que possibilita, entre outras situações, que homicidas confessos demorem quase doze anos para irem para a cadeia.

Quem comunga deste entendimento é o próprio CNJ, através de seu conselheiro Paulo Tamburini:

> Precisamos entender que o juiz não é uma peça que trabalha sozinho no processo judicial, ele tem que ter um conjunto de servidores habilitados, capacitados e ágeis no andamento processual. Um magistrado precisa ter, também, recursos de ordem material em seu gabinete, para que consiga fazer um bom gerenciamento do acervo processual que não pára de entrar nos tribunais, alem de uma legislação processual que não permita retardamento no andamento do processo, como a quantidade de recursos atualmente existente.[14] (*sic*)

Por outro lado, as férias judiciais não são culpadas pelo incessante crescimento do número de ações judiciais ajuizadas nos últimos anos.

Um dos grandes estudiosos sobre as relações trabalhistas no mundo, José Pastore chama, também, atenção para este fato:

> As Juntas de Conciliação e Julgamento estão recebendo quase dois milhões de processos novos por ano. A essa espantosa cifra, há que se adicionar quase um milhão de casos residuais que vêem de anos anteriores (Relatório Geral da Justiça do Trabalho, Brasília: TST, 1998).
> Tratam-se de números assustadores. A França entrou em pânico quando, há cinco anos, as ações trabalhistas ultrapassaram a marca dos 70 mil casos. Os americanos estão apavorados porque já existem cerca de 75 mil processos de natureza trabalhista na justiça comum. E o Japão está atônito porque as ações trabalhistas bateram a casa dos mil casos. O Brasil tem quase 3 milhões de casos que não param de aumentar.
> (...)
> Os 4.434 juizes das Juntas de Conciliação e Julgamento realizam cerca de 225 mil sessões e solucionam quase dois milhões de conflitos por ano!
> Em 45% dos casos, o impasse se resolve na primeira audiência, por conciliação; e 55% entram na longa rota de julgamento, muitos dos quais vão aos TRTs e TST.
> Os 463 juizes dos Tribunais Regionais do Trabalho estão recebendo mais de 360 mil novos processos todos os anos. Eles realizam cerca de 4.800 sessões e julgam mais de 411 mil ações. Ainda assim, sobra um resíduo de 230 mil processos para o ano seguinte.
> O Tribunal Superior do Trabalho recebe mais de 90 mil processos e, os seus 27 ministros, em 364 sessões anuais, solucionam cerca de 88 mil casos.
> É *difícil encontrar apoio para a tese de que os juizes e funcionários das Juntas e Tribunais trabalham pouco.* Nos Tribunais Regionais, julgam-se 85 processos por sessão, em média. No TRT de Campinas são 121; em São Paulo, 124; e no Paraná, 130, o que dá uma média de 30 processos por hora ou um a cada dois minutos![15] (*sic*)

Quase cem milhões de processos tramitam no Brasil. Somente em 2011, o número de processos ajuizados aumentou em 25 % (vinte e cinco por cento). Eram vinte milhões de novos processos em 2010. Foram vinte e cinco milhões em 2011, segundo o então Presidente

14 *Brasil tem oito juízes para cada cem mil habitantes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-fev-12/media-brasil-oito-juizes-cada-cem-mil-habitantes>. Acesso em: 15 abr. 2012.

15 PASTORE, José. *A culpa é da Justiça do Trabalho?* Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_056.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012. No original não há destaques.

do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, na abertura do ano judiciário.

Diminuídas as férias, os juízes brasileiros terão a carga processual destes países? Criar-se-ão os cargos de magistrados para este alude processual?

Paralelamente, o próprio CNJ reconhece como baixo o número de juízes no Brasil. Segundo o relatório *Justiça em números*, o Brasil tem a média de oito magistrados para cada grupo de cem mil habitantes. Se olharmos para a Justiça Federal, teremos um juiz para cada cem mil habitantes.

> O relatório também mostra que o Brasil tem 16.108 juízes, média de oito magistrados por 100 mil habitantes. A média é baixa se comparada a países europeus. De acordo com o relatório, na Espanha há 10 juízes para cada 100 mil habitantes; na Itália, são 11 por 100 mil; na França, 12 por 100 mil; e em Portugal, 17 juízes para cada 100 mil habitantes. [16]

4. As férias judiciais para uma profissão estressante.

No campo interno, as férias judiciais soam como uma prerrogativa descabida para a imensa maioria da população. Entretanto, segundo o profundo conhecedor da magistratura, o professor da PUC do Rio Luiz Werneck Vianna, autor do livro "Corpo e alma da magistratura brasileira", a magistratura é uma "profissão estressante".[17]

> O trabalho do juiz é decidir e o juiz frequentemente decide questões que determinam o destino dos cidadãos, das empresas, da economia e da vida política do país. Quem haverá de negar o drama de ter de decidir a guarda dos filhos de um casal em litígio? E se um dos pais for estrangeiro e estiver a reclamar o retorno das crianças a seu país, contra a vontade da mãe ou pai brasileiro que as houver trazido consigo? Quem negará a dificuldade de decretar uma prisão ou decidir sobre a liberdade de um cidadão acusado e ainda não julgado? Ou mesmo a dificuldade de julgar quem seja acusado da prática de crimes? E quem negará a dificuldade de decidir sobre questões que podem pôr abaixo um plano econômico? Ou a candidatura de um político influente? Alguém imagina o tipo de pressão que o juiz tem de aprender a suportar em tais casos, que fazem o dia a dia dos magistrados?[18]

No campo científico, detectou-se o estresse pelo qual passam os magistrados cotidianamente.

> No Canadá, Rogers, Freeman e LeSage (1991) publicaram o primeiro levantamento sistemático sobre o *stress*

16 HAIDAR, Rodrigo. *Brasil tem 86,6 milhões de processos em andamento*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-14/brasil-866-milhoes-processos-andamento-afirma-cnj>. Acesso em: 15 abr. 2012.

17 "Não julgueis para não serem julgados". Mateus, 7:1.

18 ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Imensa maioria dos juízes não tem regalias. Disponível em:* <http://www.conjur.com.br/2012-jan-26/fim-ferias-60-dias-afastara-bons-profissionais-magistratura>. Acesso em: 15 abr. 2012.

> ocupacional de juízes naquele país e identificaram a solidão e isolamento da atividade judicante como uma das maiores fontes de *stress* na profissão. No Brasil, encontra-se o trabalho de Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1997) intitulado "Corpo e alma da magistratura brasileira" que, embora não direcionado para o estudo do *stress*, revela várias características e fontes de *stress* na Magistratura.
> A atividade judicante encontra-se entre as mais conceituadas e respeitadas universalmente, mas ao mesmo tempo, ela envolve uma responsabilidade de grande monta pelo seu impacto na sociedade no geral e uma solidão pronunciada que envolve o ato de julgar. A estes fatores, acrescentam-se uma carga grande de processos a serem julgados e o peso emocional do julgamento, além das expectativas da comunidade quanto a um comportamento e um viver absolutamente exemplar por parte das pessoas que a exercem. O próprio ato de julgar já foi identificado por Rogers e colaboradores (1991) como um estressor de grande impacto. No que se refere à sobrecarga dos processos, Zimmerman (1981) verificou em uma pesquisa que envolveu entrevistas extensas com juízes americanos que quando os processos a serem julgados se acumulam, surge uma sensação de falta de controle, desalento e angústia mesmo nos mais competentes e dedicados dos juízes.[19]

A atividade de decidir a vida, a liberdade ou patrimônio de uma pessoa envolve imensa energia intelectual e, mormente, emocional de um indivíduo. Costumeiramente, fala-se que a pena de um juiz pode mudar os rumos de uma nação.

Some-se a isso as vicissitudes extraordinárias que envolvem o dia a dia do magistrado. Rotineiramente, tem-se notícia de magistrados envolvidos em ameaças de partes ou mesmo do crime organizado. Quem pensa que é aprazível a rotina de um juiz criminal, surpreende-se ao acessar na internet um vídeo em que um réu ameaça um juiz na audiência, mesmo com dois policiais na sala.[20]

No estudo supramencionado, concluiu-se:

> O presente trabalho revelou que os juízes da Justiça do Trabalho avaliados percebiam sua profissão como uma das mais estressantes, semelhante ao de trabalhadores de minas e maior do que os de pilotos de avião. A porcentagem dos juízes com sintomas significativos de *stress* foi muito alta (71%), sendo que o número de juízas com *stress* era significativamente maior do que o de seus colegas do sexo masculino exercendo as mesmas funções. Indicações foram levantadas de que a qualidade de vida dos respondentes talvez estivesse muito prejudicada em vários aspectos, principalmente nas áreas da saúde e afetiva. Os níveis de qualidade nestas duas áreas estavam significativamente correlacionados com o nível alto de *stress* detectado. A fonte de *stress* mais freqüentemente mencionada foi o número excessivo de processos a julgar e a estratégia mais comumente utilizada para lidar com a tensão era a de conversar com o cônjuge ou alguém afetivamente importante. Os sintomas de *stress* mais encontrados foram sensação de desgaste e cansaço e tensão muscular.[21]

5. Outras profissões "privilegiadas".

Sob outro aspecto, várias categorias profissionais gozam de semelhante direito às

19 LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. *Stress e qualidade de vida em magistrados da justiça do trabalho*: diferenças entre homens e mulheres. *Disponível em:* <http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n3/a08v15n3.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

20 Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=58k6QPCytHE>. Acesso em: 15 abr. 2012.

21 LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. *Stress e qualidade de vida em magistrados da justiça do trabalho*: diferenças entre homens e mulheres. *Disponível em:* <http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n3/a08v15n3.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

férias prolongadas, tais como os integrantes do Ministério Público, defensores públicos estaduais e procuradores de alguns Estados usufruem deste direito. Entretanto, olham apenas para o Judiciário.

Vários Estados instituem o benefício para os defensores públicos. Atente-se:

> Rio de Janeiro:
> Art. 107. Os membros da Defensoria Pública gozarão férias individuais por 60 (sessenta) dias em cada ano (Lei Complementar Estadual nº 6, de 12 de maio de 1977).[22]
>
> Bahia:
> Art. 164. Os Defensores Públicos terão direito a férias após cada período de 12 (doze) meses de efetivo exercício na carreira, correspondentes a 60 (sessenta) dias anuais, na seguinte proporção (Lei Complementar Estadual nº 26, de 28 de junho de 2006).[23]
>
> Mato Grosso do Sul:
> Art. 107. O membro da Defensoria Pública terá direito a férias anuais remuneradas por sessenta dias, cumulativas ou não, concedidas pelo Defensor Público-Geral do Estado, observado o disposto no inciso XX do art. 27 da Constituição do Estado (Lei Complementar Estadual nº 111, de 17 de outubro de 2005).[24]
>
> Mato Grosso:
> Art. 81. Os membros da Defensoria Pública terão direito às férias anuais, coletivas e individuais, iguais aos membros da Magistratura e do Ministério Público (Lei Complementar Estadual nº 146, de 29 de dezembro de 2003).[25]
>
> Tocantins:
> Art. 26. Os Defensores Públicos têm direito a férias e correspondente adicional em conformidade com as regras estabelecidas para os Magistrados (Lei Complementar Estadual nº41, de 22 de dezembro de 2004).[26]
>
> Paraíba:
> Art. 55. Os Defensores Públicos terão férias anuais de sessenta dias, individual ou coletivamente, similar aos defensores da União e coincidentes com as da Magistratura Estadual (Lei Complementar Estadual nº 39, de 15 de março de 2002).[27]

Igualmente, vários entes federativos concedem este estímulo aos Procuradores Estaduais:

> Maranhão:
> Art. 58. Os Procuradores do Estado, após o primeiro ano de serviço, terão direito, anualmente, a férias regulamentares de 60 (sessenta) dias (Lei Complementar Estadual nº 20, de 30 de junho de 1994).[28]
>
> Rio de Janeiro:
> Art. 66. Os Procuradores do Estado gozarão férias individuais por 60 (sessenta) dias em cada ano (Lei Complementar Estadual nº 15, de 25 de novembro de 1980).[29]
>
> Paraíba:
> Art. 56. Os Procuradores do Estado terão direito a férias anuais, por 60

22 Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/573ad0b372ea8c96032564ff00629eae/e0a473c75c245a3c032566090073ce8e>. Acesso em: 15 abr. 2012.

23 Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/lei_organica%20dpe.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

24 Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8367/20_MatoGrossoSul_Leicomp111_05.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

25 Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/corregedoria/Lei%20Complementar%20Estadual%20-%20146-2003.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

26 Disponível em: <http://www.condege.org.br/documentos/leis/tocantins.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

27 Disponível em: <http://www.condege.org.br/documentos/leis/paraiba.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

28 Disponível em: <www.pge.ma.gov.br/files/2012/09/lei_compl_20-94.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

29 Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/a99e317a9cfec38303256862007 1f5d2/f4ff81f34af7713c032565df007155b1?OpenDocument>. Acesso em: 15 abr. 2012.

> (sessenta) dias, que serão concedidas pelo Procurador Geral do Estado, no prazo de até doze meses após o período aquisitivo (Lei Complementar Estadual nº 86, de 01 de dezembro de 2008).[30]
>
> Rio Grande do Norte:
> Art. 104. Os Procuradores do Estado terão direito a férias anuais, por sessenta dias, conforme escala elaborada pelo Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, publicada na primeira quinzena de dezembro de cada ano (Lei Complementar Estadual nº 240, de 27 de junho de 2002).[31]

Além desses benefícios, muitas carreiras jurídicas usufruem de benesses instituídas por leis estaduais, tais como licença-prêmio.

Os militares, por sua vez, também têm regime diferenciado de férias.

> Decreto nº 71.533, de 12 de dezembro de 1972:
> Art. 1º. As férias dos militares tem a duração de:
> I – *45 (quarenta e cinco)* dias, para os oficiais generais; e
> II – 30 (trinta) dias, para os demais militares.
> Parágrafo único. O militar que *servir em localidade especial, assim definida pelo Poder Executivo*, tem direito a um adicional correspondente aos dias de viagem até o local de destino e de regresso à sede, até um *limite de 15 (quinze) dias*, caso vá gozar as férias fora da sede.

Até hoje, estranhamente, não se escreveu uma linha sobre as férias dos militares. Igualmente, vemos os parlamentares terem quase noventa dias de recessos e férias. Enquanto os estadunidenses olham o juiz como um membro de Poder, setores da imprensa tentam diminuí-lo.

Vejamos o conceito haurido dos norte-americanos:

> Os juízes federais recebem salários e benefícios que são definidos pelo Congresso. Salários judiciais e benefícios pós-emprego são comparáveis aos recebidos pelos membros do Congresso e outros altos funcionários do governo.[32]

Isto repercute numa ampla gama de benefícios ao magistrado estadunidense. Senão vejamos:

> O Poder Judiciário Federal oferece um pacote de remuneração competitiva.
> Remuneração total inclui não apenas os números que você vê em seu salário, mas também o "valor escondido" fornecido por seus benefícios de funcionários. Esta parte invisível do seu salário aumenta significativamente o valor total da sua remuneração.[33]

Assim, o juiz norte-americano tem, além de seu salário, seguro de saúde federal, plano dentário, plano de poupança, seguro de assistência. Isto sem falar na aposentadoria integral que é garantida pela Constituição ao magistrado.

> Presidente Franklin Roosevelt resumiu o raciocínio do Congresso em seu Fireside Chat em 09 de março de 1937, quando declarou:
> "Acreditamos tanto no interesse público para manter um Judiciário forte que incentivamos a aposentadoria dos juízes idosos, oferecendo-lhes uma pensão vitalícia em salário integral."

30 Disponível em: <https://www.pge.pb.gov.br/portal/legislacao/lei-complementar-no-86-lei-organica-da-procuradoria-geral-do-estado-com-veto.pdf/download>. Acesso em: 15 abr. 2012.

31 Disponível em: <http://www.gabinetecivil.rn.gov.br/acess/pdf/leicom240.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

32 *The Federal Court system in the United States*. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/uscourts/FederalCourts/Publications/English.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

33 *Working for the Federal Judiciary*. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/Careers.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

> Plano de Saúde
> Juízes federais, como os membros do Congresso, estão cobertos pelo sistema de benefícios de saúde do trabalhador federal. Os juízes federais também são livres para adquirir seguros privados de saúde de longo prazo.[34]

Isto não destoa da realidade dos europeus, segundo relatório da União Europeia, onde a maioria dos países, além das férias e licenças, faculta benefícios adicionais a seus magistrados:

> Na maioria dos estados ou entidades, os juízes podem ter benefícios adicionais à remuneração de base. Este não é o caso em 16 estados: Andorra, Armênia, Áustria, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Mônaco, Holanda, Eslovênia, Espanha e Suécia.
> Apenas 2 estados fornecem uma ampla gama de benefícios adicionais: na Romênia, os juízes podem se beneficiar de uma pensão especial, alojamento e outros benefícios financeiros. A Federação Russa é o único estado que – além dos benefícios já mencionados para a Romênia – também aplica uma tributação reduzida para seus juízes.
> (...)
> Outros benefícios para os juízes podem ser: abono salarial (Albânia, Malta, Montenegro, San Marino e Turquia), bônus para determinadas responsabilidades importantes (Chipre, Dinamarca, França, Hungria e Turquia), carga de trabalho e condições de trabalho (Albânia, Geórgia e Lituânia), as licenças para funcionamento e despesas de representação (Chipre, República Checa, Hungria, Irlanda, Montenegro), a indenização por dispensa (Estônia e Letônia), específicas de saúde e/ou seguros de vida (Estônia, Hungria, Letônia, Montenegro e Romênia), alojamento (Hungria e Montenegro) e disponibilidade de um carro e motorista (Malta) ou meios de transporte (Romênia). Hungria concede também assistência na mudança de casa, ajuda social e educacional, bem como o apoio à família. Andorra e Mônaco não oferecem benefícios adicionais aos procuradores. Malta e San Marino fornecem outros benefícios financeiros.
> (...) pode-se notar que a maioria dos Estados ou entidades (35) não aplicam nenhuma diferença entre os benefícios adicionais concedidos aos juízes ou promotores.
> No entanto, mais estados e entidades não oferecem benefícios adicionais ao Ministério Público (24 versus 16 no que diz respeito juízes). (...) os Estados menores atribuem uma pensão especial (11 contra 18), habitação instalações (9 v. 10) e outros benefícios financeiros (14 contra 20) ao Ministério Público. Isto ilustra que, num certo número de estados, os procuradores têm um estatuto diferente do que os juízes, são menos protegidos e às vezes não são socialmente reconhecidos da mesma forma, dependendo das funções e da posição de promotores, dentro ou fora do poder judicial.
> Finalmente, não há benefícios financeiros diferentes para os procuradores além da Federação Russa, onde eles têm meios de transporte para o cumprimento de suas funções oficiais.[35]

Percebam que mesmo os países que não concedem benefícios financeiros aos seus juízes, outorgam-lhe benefícios além das férias estendidas, tais como Áustria, Irlanda, Itália e Espanha.

> A isenção não se destina principalmente para beneficiar autoridades judiciais,

34 *US Supreme Court retirement benefits*. Disponível em: <http://usgovinfo.about.com/od/uscourtsystem/a/scotusretire.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

35 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). *European judicial systems*. Edition 2010 (data 2008): efficiency and quality of justice. Disponível em: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1694098&SecMode=1&DocId=1653000&Usage=2>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

mas baseou-se em política pública. Como disse Van Devanter Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso de Evans vs Gore (253 dos EUA, 245):

O principal objetivo da proibição contra a diminuição não foi para beneficiar juízes, mas, como a cláusula em relação à posse, para atrair os homens bons e competentes para o banco e para promover a independência de ação e julgamento que é essencial para a manutenção das garantias, limitações e princípios que permeiam a Constituição e à administração da justiça, sem respeito à pessoa e com igual preocupação com os pobres e os ricos. Sendo o seu objetivo, é para ser entendida, não como uma concessão privada, mas como uma limitação imposta no interesse público, em outras palavras, não de forma restritiva, mas de acordo com o seu espírito e o princípio sobre o qual ela procede.

(...)

Os mandamentos constitucionais e proibições seriam então reduzidos a uma forma estéril de palavras, se não houvesse órgão que poderia aplicá-la. O Supremo Tribunal é tal órgão. Seu recorde em derrubando excesso ou usurpação de autoridade por parte do Executivo é sem precedentes. Sua própria independência, pois, e que entre as várias agências judiciais, bem como, é da maior importância, não no interesse de magistrados e juízes, mas por causa do constitucionalismo. Se, como a opinião em Endencia vs David indica, a isenção de tributação ajuda para garantir que a independência continue, o preço vale bem a pena. Além disso, o preço não é de forma exorbitante.[36]

Como se vê a concessão de prerrogativas a juízes não é nenhuma jabuticaba. Não é uma invenção brasileira prestigiar uma carreira de tamanha importância para a democracia e que requer um conhecimento profundo, que se espraia por vários setores que vão desde a sociologia, filosofia e se aprofundando na ciência jurídica.

Os juízes federais, por outro lado, devem ter uma licenciatura em Direito; muitos anos de experiência prática do direito no mais alto nível e, muitas vezes, a experiência como um juiz estadual, também. Normalmente, eles estão entre os melhores e mais brilhantes de sua profissão. A má classificação ABA pode afundar um candidato, e apesar das feridas causadas por brigas políticas de confirmação, todos em ambos os lados do corredor concordam que os candidatos, no mínimo, devem ser advogados proeminentes. E não só isso: eles também devem ter o temperamento, inteligência e experiência para impor respeito no banco. (Quem, por exemplo, pagaria a Denny Hastert US$ 200.000 por ano para fazer alguma coisa?)

Não é de admirar, então, que a maioria dos homens e mulheres que são selecionados para a bancada federal estejam, ou possam estar, entre os mais bem pagos advogados privados no país. O tipo de pessoa que é o juiz federal ideal geralmente também é o candidato ideal para se tornar um sócio sênior em uma empresa de prestígio, ou o conselheiro geral de uma grande corporação.[37]

36 Disponível em: <http://law.upd.edu.ph/plj/images/files/PLJ%20volume%2028/PLJ%20volume%2028%20number%205%20-04-%20Enrique%20M.%20Fernando%20-%20Constitutional%20Law.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

37 DEAN, John W. *Underpaid and overworked*. Disponível em: <http://writ.news.findlaw.com/dean/20061103.html>. Acesso em: 15 abr. 2012. (tradução nossa)

Saliente-se que os que lutam em prol da diminuição das férias forenses são profissionais aquinhoados com prerrogativas legais que não se estendem aos magistrados.

Há, dentre outras, as seguintes jornadas de trabalho diferenciadas: médico, quatro horas; advogados, quatro horas; jornalistas, cinco horas; músicos, cinco horas; aeronautas, vinte horas semanais; engenheiros e arquitetos, seis horas diárias.

Nenhuma pessoa sensata levanta a bandeira de eliminar estas jornadas especiais, para que acabassem as filas nos postos de saúde, ampliassem o acesso à justiça, aumentassem o acesso à informação e eliminassem o caos aéreo.

Tais jornadas de trabalho diferenciadas se justificam, tal como as férias ampliadas, pela necessidade de se prevenir mazelas físicas e mentais e almejando uma melhor qualidade de prestação de serviço.

Com isto lembramos argumento que remonta a Júlio César, que é o *tu quoque*. As últimas palavras de César quando se viu apunhalado por seu filho adotivo Brutus, marcaram a surpresa. Critica-se o acusador porque ele não tem a altivez necessária para se valer do aludido argumento. Tal argumento está também no Evangelho.[38] Muitos setores criticam as férias judiciais porque o trabalhador comum não tem este direito. Entretanto, os trabalhadores não têm a jornada de trabalho do médico de quatro horas, não tem a hora extra do advogado de 100% (cem por cento).

O jornalista, o advogado, o médico, o músico, privilegiados, não têm como criticar o magistrado por férias quando eles têm também suas regalias, o que, em verdade, são peculiaridades da profissão, tal como as férias judiciais.

Além das jornadas especiais de trabalho, profissões há que usufruem de outros benefícios especiais, por exemplo: policiais se aposentam cinco anos antes, com licença-prêmio a cada cinco anos. Buscou-se assegurar um descanso prematuro para aqueles que se dedicam à proteção da vida e patrimônio na sociedade. Agora, se nós não acabássemos este "privilégio" não teríamos mais segurança?

Igualmente, professores dispõem de aposentadoria especial, antecipada em cinco anos. A finalidade da norma ao conceder este benefício, e não privilégio, foi prestigiar uma profissão marcada pela estafa mental, defendendo o profissional do desgaste físico e no nítido objetivo de melhorar o ensino. Entretanto, terminando com o regime de aposentadoria especial dos professores não teríamos maior acesso à educação?

Com isto, não se defende a extinção destas garantias profissionais, mas almeja-se demonstrar que a solução da lentidão e morosidade processuais vai muito além do que a simplória medida de redução das férias judiciárias.

6. As férias judiciais e o princípio da igualdade.

> As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.[39]

O regime de férias dos magistrados é uma consequência inexorável da quantidade

38 "Ai de vós, escribas e fariseus, hipócritas! Pois que sois semelhantes aos sepulcros caiados, que por fora parecem formosos, mas interiormente estão cheios de ossos de mortos e de toda imundícia. Assim, também vós exteriormente pareceis justos aos homens, mas interiormente estais cheios de hipocrisia e de iniqüidade." Mateus, 23:27-28.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 21.

de deveres e restrições impostas pelo grau de estresse do cargo.

Acabando com as férias dúplices, o juiz trabalhará com outra coisa senão magistério? Deixará de morar na comarca, valendo-se do trabalho telepresencial? Terá jornada de trabalho do advogado com hora extra deste? Receberá em dobro por plantão realizado? Receberá adicional de ajuda de custo por morar fora de sua residência? Candidatar-se-á a cargos eletivos e dedicar-se à atividade política? Receberá participação nas custas processuais tais como os titulares de serventias extrajudiciais? Adquirirá bens em leilões judiciais? Exercerá cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração?

Não custa lembrar que a aposentadoria integral foi tolhida para os juízes brasileiros, os quais correm o sério risco de figurarem no pior plano de carreira do mundo.

Desde a Emenda à Constituição nº 45/2003, exige-se do candidato ao cargo de magistrado o mínimo de três anos de prática jurídica. Tal comprovação envolve necessariamente requisitos alternativos como aprovação de um concurso no qual há desempenho de atividade jurídica ou no exame da Ordem dos advogados do Brasil.

Recentemente, houve melhora no índice de aprovação do exame da Ordem dos Advogados do Brasil, chegando ao percentual de 24% (vinte e quatro por cento) dos candidatos. Um em cada quatro candidatos logrou sucesso. Inegavelmente, é um avanço ante os índices obtidos em anos passados, os quais beiravam 8% (oito por cento).

Portanto, um em cada quatro formados, nas mil e cem instituições de ensino jurídico no Brasil, dados estes trazidos pela reportagem, poderão participar de certames para magistrados no Brasil.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região a cada concurso procura detalhar, através de números, a realidade do certame por ele promovido.

No concurso realizado em 2007,[40] aprovaram-se 38 (trinta e oito) dos 3.212 inscritos. Apenas 1,18% dos participantes obtiveram sucesso. Foram três advogados da união, dois auditores, dois delegados da polícia federal, três juízes de direito, três procuradores, treze procuradores federais, um militar, um procurador da república e um promotor de justiça e dois advogados.

A estatística revela que a magistratura não é mais interessante para a advocacia privada, pois a quantidade de advogados inscritos, 1.261, representa quase um terço do número de candidatos do certame, 3.212. Diversamente, o 26º concurso para procurador da república teve 9.500 mil inscritos.[41]

Na área estadual, há a mesma defasagem, no concurso para magistrado no Rio de Janeiro, inscreveram-se 2.337 candidatos,[42] já no certame para promotor de justiça do Rio de Janeiro, foram 4.853 participantes,[43] por outro lado o concurso para defensor público do estado do Rio de Janeiro teve 5.404 inscritos.[44]

Os números, portanto, informam que a maioria dos magistrados veio de outras carreiras de funcionários públicos, dentre elas promotores, procuradores, servidores e delegados. Estes servidores que migraram de

40 Estatística do 12º Concurso para provimento de cargos de Juiz Federal substituto. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Consulta/Concurso/Jfs/Trf/012/Arquivos/CJRR-DES01%20Estat%C3%ADstica%20XII%20Concurso.PDF)>. Acesso em: 15 abr. 2012.

41 Disponível em: <http://jcconcursos.uol.com.br/Concursos/Noticiario/concurso-procurador-mpf-inscritos-34984>. Acesso em: 15 abr. 2012.

42 Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5f38b2fe-aabc-42d7-92d9-7a6231cdfd2e&groupId=10136>. Acesso em: 15 abr. 2012.

43 Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/Internet/Concursos/Promotor/XXXI_concurso/Estatisticas.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

44 Disponível em: <http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/concurso/20090619_153158_22concurso_candidatosinscritos.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

cargo, às vezes melhor remunerados, e com os mesmos benefícios de férias dúplices não serão injustiçados? Não houve a quebra da confiança por parte do Estado que lhes tirou um direito se tivessem ficado no seu cargo?

Sob outro prisma, já se foi o tempo em que os subsídios da magistratura eram os maiores do funcionalismo. Atualmente, consultores legislativos, membros do ministério público, titulares de cartório, defensores públicos estaduais, procuradores estaduais e municipais já estão em melhor situação remuneratória. Alguns deles desfrutam, além das férias dúplices, de licença-prêmio. Diante do quadro salarial da carreira, com a corrosão do subsídio, que hoje está em 33% (trinta e três por cento), as férias são, ainda, um dos poucos estímulos para atividade. É o único benefício que a carreira tem para atrair bons profissionais que enveredariam para os grandes escritórios de advocacia.

Os maiores críticos à magistratura dizem que, mesmo com o fim do regime de férias prolongadas dos juízes, estes ficarão porque são vocacionados. É claro que a magistratura é vocação, é entrega à prática da Justiça, mas não devemos olvidar que ela é composta por seres humanos que precisam alimentar seus filhos e ter uma vida digna e sadia. Ninguém duvida que o sacerdócio é vocação, entretanto milhares de municípios no Brasil aguardam seus padres residentes. Igualmente, milhares de municípios aguardam médicos nas regiões mais longínquas do país, mesmo com as prefeituras oferecendo uma remuneração estimulante, e vários benefícios, tais como moradia e custeio das despesas para a manutenção da casa.

7. Conclusão.

Diante desse cenário, percebe-se que o regime de férias dos magistrados muito mais que um privilégio é uma retribuição à complexidade do cargo, seu nível de estresse e um incentivo para quem deseja aceitar os desafios inerentes ao mister.

Terminando o regime de férias dos juízes, e mantendo todas as suas restrições, caminharemos para uma crescente dificuldade na aprovação dos concursos, aposentadoria precoce de magistrados e evasão de membros da carreira, principalmente os mais jovens, que preferirão cargos melhor remunerados e com mais benefícios.

A magistratura, com isso, perderá o caráter de carreira jurídica de destaque e tornar-se-á, cada vez mais, uma atividade de passagem.

Portanto, o benefício das férias dúplices, muito além de um privilégio ou uma invenção brasileira, é uma legítima retribuição a um cargo com elevada carga de estresse e uma imensa gama de deveres, um reconhecimento da importância de uma atividade para o Estado democrático de Direito e uma medida de Justiça.

Jurisprudência em destaque

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0005627-53.2011.4.03.6119
(2011.61.19.005627-6)

Apelante: DIANA IVANOVA ANDONOVA (ré presa)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 49444
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/11/2012

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS: ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LAUDO PERICIAL ELABORADO EM PARTE DO VOLUME TOTAL DA DROGA: REGULARIDADE: SUBSTÂNCIA INALTERADA: MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. AUTORIA E DOLO INEQUÍVOCOS. ERRO DE TIPO NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA: PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, AUSÊNCIA DE PROVAS DE MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE CRIMES. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNÇÃO PREPONDERANTE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO CRIME DE TRÁFICO: ART. 42 DA LEI 11.343/06: COCAÍNA: DROGA ALTAMENTE MALÉFICA. PENA-BASE ELEVADA EM 1/3. TRANSNACIONALIDADE: CONDUTA DE "EXPORTAR" DROGAS: CAUSA DE AUMENTO DO INC. I DO ART. 40 DA LEI 11.343/06: COMPATIBILIDADE COM O NÚCLEO DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA: INEXISTÊNCIA DE "BIS IN IDEM": MERA DISTÂNCIA ENTRE PAÍSES: IRRELEVÂNCIA: APLICAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE: "MULA": PROVAS DE ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PENA DE MULTA: PRECEITO SECUNDÁRIO: LEGALIDADE. MANUTENÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: VEDAÇÃO DECORRENTE DE PRECEITO CONSTITUCIONAL E DE LEI ESPECIAL: CF ART. 5º, XLIII, ART. 2º, II, DA LEI 8.072/90, ARTS. 33, § 1º, 34, 37 E 59 DA LEI 11.343/06.

1. Comprovadas nos autos a materialidade, autoria e dolo do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei 11.343/06 praticado pela ré, presa em flagrante nas dependên-

cias do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando tentava embarcar em vôo com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 4.213 g (quatro mil gramas, duzentos e treze gramas) de cocaína, armazenada em um fundo falso de sua bagagem.

2. Os laudos de exame toxicológico não são realizados na totalidade da droga, mas sim em amostras. A cocaína, quando apresentada na forma sólida, não é uma peça única, mas sim um pó, com diversas partículas compactadas. Ainda que ocorra a mistura de outros elementos químicos, a natureza da substância entorpecente não é alterada. Realizada a perícia em parte do volume, extrai-se o resultado para o todo, não se podendo falar em dúvidas acerca da materialidade do crime.

3. O erro sobre elemento do tipo apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, quando há prova irrefutável da ausência de consciência da ilicitude da conduta. Caso em que as alegações da ré, de que acreditava estar transportando medicamentos, não foram comprovadas pela defesa, além de contrariadas pelas circunstâncias dos autos.

4. Condenação mantida.

5. O julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do CP. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente. Apesar da primariedade e bons antecedentes, a acusada não faz jus à fixação da pena-base no mínimo legal, considerando-se a natureza e quantidade da droga que transportava.

6. Não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (mais de quatro quilos), se comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes. Ainda que a ré, na qualidade de "mula" do tráfico , não decida acerca da quantidade da droga que irá transportar, é inegável que possui consciência, por agir mediante promessa de pagamento, que estava colaborando com a atuação de uma organização voltada ao tráfico de entorpecentes.

7. A cocaína é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas, pois vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, Por outro lado, a que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento.

8. Manutenção da pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

9. Incidência da causa de aumento de pena prevista no inc. I, do art. 40, da lei de drogas, diante da comprovação da transnacionalidade do tráfico. Não se há de falar em dupla punição pelo mesmo fato ante o argumento de que a conduta de "exportar" está contida no núcleo do art. 33 da Lei 11343/06, que é crime de ação múltipla e prevê a conduta imputada à ré, ou seja, a de transportar ou tra-

zer consigo o entorpecente quando estava em vias de embarcar para o exterior.

10. A simples distância entre países não justifica a aplicação da causa de aumento do inciso I do art. 40 da lei de drogas em patamar acima do mínimo, admitindo-se apenas nos casos em que a droga deixe o território nacional para ser distribuída em mais de um país no exterior. O legislador previu, nos incisos desse artigo, uma série de causas de aumento de pena, que justificam um aumento variável de um a dois terços, porém não estabeleceu os parâmetros para a quantificação do percentual. O índice de aumento deve ser calculado de acordo com as circunstâncias especificamente relacionadas com a causa de aumento, (e não às do crime), e variar de acordo com a quantidade de majorantes que estiverem presentes, de forma que na incidência de apenas um inciso não se justifica a elevação do percentual mínimo. Caso em que a ré foi presa com a droga ainda em território brasileiro e, em que pese sua intenção de levá-la a outro continente, não está comprovado que pretendesse difundi-la em mais de um país. Reduzido o patamar da causa de aumento para um sexto, que totaliza a pena da ré em 7 (sete) anos de reclusão.

11. Impossibilidade de aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Ainda que não se dedique a atividades criminosas e não haja notícias de ter praticado anteriormente algum crime, a ré agiu na condição de "mula" integrando, de maneira voluntária, uma estrutura criminosa voltada à prática do tráfico transnacional de drogas, pois promoveu a conexão entre os membros da organização, transportando a droga de um país para outro, de forma que não preencheu um dos requisitos necessários para gozar do benefício, que é o de "não integrar organização criminosa".

12. A imposição de pagamento de pena pecuniária para os crimes não ofende a proibição constitucional de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF), uma vez que não se está punindo a inadimplência civil, mas sim a prática de um delito. A aplicação da pena pecuniária decorre do preceito secundário expresso no art. 33 da lei de drogas, previsão legal e incondicional, que incide obrigatoriamente em cumulação com a pena privativa de liberdade, independentemente da situação econômica do réu.

13. Nos termos do art. 51 do CP, a pena de multa é considerada dívida de valor após o trânsito em julgado da condenação, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, de forma que a pena pecuniária prevista no preceito secundário de um tipo penal não pode ser convertida em pena privativa de liberdade caso não seja paga, cabendo sua execução na forma da legislação tributária, razão pela qual não há possibilidades de que a ré permaneça custodiada por período superior ao da condenação. Pena pecuniária fixada em setecentos dias-multa, no valor unitário estabelecido pela sentença.

14. A Lei 8.072/90, com a alteração da Lei 11.464/07, dispõe que a pena do crime de tráfico de drogas será cumprida inicialmente em regime fechado. Permite-se apenas a progressão para o menos gravoso. O art. 33, § 3º do CP reporta-se expressamente aos critérios estabelecidos pelo art.

59 do mesmo texto legal. Apenas a quantidade da pena não justifica que o réu tenha o direito de iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso, já que as circunstâncias judiciais consideradas como desfavoráveis na fixação da pena-base repercutem diretamente na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Ademais, no caso concreto, a fixação de regime semi-aberto ou aberto para o cumprimento da pena mostra-se absolutamente insuficiente para prevenção e repreensão da conduta, ainda que não fosse legalmente vedada, por ser absolutamente incompatível com o tratamento mais gravoso que o legislador atribuiu aos crimes hediondos e equiparados.*

15. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A conversão não se mostra como medida social recomendável, diante do estímulo para a prática do tráfico de drogas, crime que causa grave lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública), sendo insuficiente para a prevenção e repressão do delito. Ainda que se admita a substituição das penas pelo fato de os estrangeiros serem iguais aos brasileiros perante a Constituição Federal, para a concessão será necessário que não estejam em situação irregular no país e que nele possuam residência fixa.

16. O Plenário do STF declarou, através do "habeas corpus" 97256, pela via incidental, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do art. 44 da mesma lei. Contudo, a ordem não foi concedida para assegurar ao paciente a imediata substituição, mas sim para remover o óbice contido na Lei 11.343/06, devolvendo ao Juízo das Execuções Criminais a tarefa de auferir o preenchimento das condições objetivas e subjetivas para a concessão.

17. Caso em que as particularidades do crime não recomendam a substituição, tendo em vista o grau elevado de culpabilidade da ré, com provas contundentes de que participou de uma organização criminosa complexa, coordenada de forma a aliciar "mulas" para transportar drogas.

18. A proibição da liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e assemelhados, decorre da própria proibição de fiança imposta pela CF, art. 5º, XLIII. O art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 nada mais fez do que atender à norma constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

19. A Lei nº 11.343/2006, que é específica para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, no artigo 44 estabelece que os crimes

* Em tempo, o Desembargador Federal Relator do Acórdão alterou seu entendimento para ressaltar que: "a fixação de regime inicial fechado encontra supedâneo no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), por ser o tráfico de drogas crime a eles equiparado, conforme previsão constitucional (art. 5º, XLIII, CF). Ocorre que recentemente o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º. do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por meio do julgamento do HC 111840/ES. O magistrado deve se valer, além do *quantum* de pena imposta (art. 33, § 2º, CP), dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal para determinar o regime inicial de cumprimento da pena, conforme exegese do artigo 33, § 3º, do mesmo *codex*". (TRF3ª Região, ACr 0004010-95.2009.4.03.6000/MS, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 06/05/2013, e -DJF3 17/05/2013).

previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 são insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Dispõe ainda o artigo 59 da mesma lei que, nos crimes de tráfico, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória. Contudo, não tem o direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que seja primário e de bons antecedentes. Sobrevindo sentença penal condenatória, um de seus efeitos é a manutenção da custódia do réu para apelar, o que não constitui ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula 09 do STJ, de forma que eventuais condições favoráveis do agente, como primariedade e bons antecedentes, não são garantidoras de direito subjetivo à liberdade provisória, quando outros elementos recomendam a prisão.

20. A vigência da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, II, da Lei 8.702/90 afastando a vedação à liberdade provisória aos crimes equiparados a hediondos, não revogou o disposto no artigo 44 da lei 11.343/06 em relação à liberdade provisória, já que a Lei 11.343/06 se trata de legislação especial, que expressamente veda essa concessão aos acusados de tráfico de drogas, não se havendo que falar que o artigo 44 da lei de drogas foi derrogado tacitamente pela Lei 11.464/2007, ou em inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, uma vez que é fruto da regra constitucional prevista no art. 5º, inc. XLIII da Constituição Federal, e de uma política criminal mais rigorosa de repressão aos crimes de tráfico.

21. Caso em que a acusada foi presa em flagrante e assim permaneceu durante toda a instrução criminal. Ademais, é estrangeira, sem vínculos com o distrito da culpa, com fortes possibilidades de se evadir se for solta, razão pela qual sua prisão tem por finalidade assegurar a aplicação da lei penal e o próprio resultado do processo, com o cumprimento integral da pena.

22. Apelação a que se dá parcial provimento para reduzir ao mínimo legal de um sexto a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, deixando de aplicar a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, fixando a pena da ré em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

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 maioria, dar parcial provimento à apelação a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, deixando de aplicar a causa de diminuição de pena pela aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, fixando a pena em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, nos termos do voto do Des. Fed. Antonio Cedenho, acompanhado pela Des. Fed. Ramza Tartuce, vencido o Relator que dava parcial provimento à apelação a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, bem como reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 daquela Lei e, com isso, reduzir as penas para 5 (cinco)

anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

São Paulo, 22 de outubro de 2012.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de apelação interposta por Diana Ivanova Andonova, em face da r. sentença que a condenou como incursa nas penas do artigo 33, "caput", c.c. o art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, a sete anos, dois meses e doze dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em razões de fls. 192/209, a defesa requer, em síntese:

a) a absolvição da apelante em razão de ter praticado o fato sob erro de tipo, pois não sabia que estava trazendo cocaína e sua mala foi trocada;

b) a aplicação da pena-base no mínimo legal;

c) a não aplicação do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 (internacionalidade), sob pena de *bis in idem*, pois a conduta de "exportar" já está prevista no "caput" do artigo 33 da Lei 11.343/2006;

d) o reconhecimento da minorante do artigo 33, § 4º, fixado em seu patamar máximo (2/3);

e) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

f) a fixação do regime aberto ou semiaberto;

g) a não aplicação da pena de multa;

Contrarrazões ministeriais, pelo improvimento da apelação.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento do recurso defensivo.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Segundo a denúncia, no dia 30/05/2011, no saguão do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, a apelante foi surpreendida por agentes federais, atuando em fiscalização de rotina, na posse de 4.213g (quatro mil duzentos e treze) gramas de cocaína, na iminência de embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal, estando a droga alojada na bagagem da ré.

A materialidade delitiva restou efetivamente comprovada por meio do Laudo Preliminar de Constatação (fls. 08/09), posteriormente ratificado pelo Laudo Pericial Toxicológico encartado às fls. 139/142, que atesta ser cocaína a substância entorpecente apreendida na posse da acusada.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, pois além de ter sido presa em flagrante delito na posse da droga, ao ser interrogada em juízo, a apelante afirmou que ao receber a mala percebeu que estava com peso acima do normal e que sabia que se tratava de algo ilegal, mas como precisava do dinheiro para sustento de sua família, aceitou o encargo. Disse, ainda, que pela empreitada receberia a quantia de quatro a cinco mil euros.

Assim, a sua versão exculpativa de erro de tipo é manifestamente inverossímil, e, nesse sentido, acolho na integralidade os fundamentos esposados em primeiro grau, *verbis*:

> (...) A versão da ré é inverossímil e desprovida de qualquer amparo probatório, o que leva à certeza da existência do dolo, ao menos na modalidade eventual.

> Com efeito, seria realmente preciso ter uma ingenuidade infantil, totalmente incompatível com experiência de vida e idade da acusada, para acreditar e aceitar que alguém custeasse passagens aéreas, alimentação, hospedagem, além do pagamento de 4 a 5 mil euros, em troca apenas e tão somente do transporte de alguns medicamentos, que sequer lhe foram entregues, apenas tendo recebido uma mala, em seu relato, vazia.

Entendo que nada mais é preciso para se concluir pela presença do dolo na conduta da ré, mesmo porque, como bem esclarecido pelo MM. Juízo "a quo", é pouquíssimo provável que alguém coloque drogas em mala a ser transportada por outra pessoa, sem que o proprietário da mala saiba do seu conteúdo, sob pena de a substância entorpecente jamais chegar ao seu verdadeiro destinatário, com graves perdas financeiras à organização criminosa.

Por fim, as condições financeiras demonstradas pela acusada dão conta de se tratar ela de típica "mula" do tráfico internacional, ou seja, desempregada, com dificuldades financeiras, e com viagem altamente custosa financiada por terceiros que sequer consegue claramente identificar e cujo intuito (busca de remédios) é obviamente desproporcional ao proveito que seria por ela auferido, qual seja, o recebimento de cinco mil euros pelo transporte escuso.

Outrossim, entendo efetivamente comprovados materialidade, autoria e dolo da ré.

No tocante à transnacionalidade do tráfico, também restou demonstrada ante as circunstâncias da prisão, realizada no Aeroporto Internacional de São Paulo momentos antes de a acusada embarcar com destino a Lisboa, corroboradas pelo passaporte e bilhete de passagem encartados aos autos.

Passo, pois, à análise da dosimetria da pena.

Considerando as circunstâncias judiciais previstas nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei Antitóxicos, particularmente, a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida na posse da ré - 4.213g (quatro mil duzentos e treze) gramas de cocaína, a demonstrar sua maior culpabilidade e as nefastas consequências que seriam trazidas a número relevante de pessoas, a pena-base foi fixada em seis anos de reclusão.

Entendo que referido "quantum" foi correta e proporcionalmente aplicado, pois a quantidade e a natureza da droga (cocaína), apta a causar consequências gravíssimas a relevante número de pessoas e famílias, são circunstâncias que legitimam a fixação da pena-base naquele patamar.

Ausentes agravantes e atenuantes, na terceira e última fase, em razão da transnacionalidade do delito, deve ser retificada a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei em questão, reduzindo-a para o patamar de 1/6 (um sexto), sendo irrelevante para esta finalidade a distância da viagem que seria empreendida pelo réu, resultando, assim, na pena de sete anos de reclusão.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> (...) Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância.
> - De ofício reduzida a pena-base ao mínimo legal.
> - Recurso da acusação parcialmente provido para afastar a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.
> - Recurso da defesa desprovido
> (ACR 200961190115808 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 41416 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA: 28/10/2010 PÁGINA: 1455)

> (...) 5. A circunstância da transnacionalidade restou devidamente comprovada, pelas evidências do flagrante. Já no que concerne à quantidade do aumento, a transnacionalidade no aspecto da distância do destino da droga não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, pelo que o patamar de ¼ fixado na sentença deve ser reduzido para o mínimo previsto.
> 6. Apelação parcialmente provida.
> (ACR 201061190006979 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 41720 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA: 10/03/2011 PÁGINA: 351)

Não há falar-se na ocorrência de "bis in idem", porquanto o verbo "exportar", previsto no "caput" do artigo 33 da Lei 11.343/2006 pode significar, como bem esclarecido pela própria defesa, o transporte da droga tanto para o exterior, quanto para os demais Estados ou Municípios da Federação Brasileira.

Nesse sentido, o Dicionário Aurélio prevê expressamente que o verbo "exportar" significa, *verbis*:

> Mandar transportar para fora de um país, estado ou município (artigos nele produzidos).

Ocorre, porém, que, exclusivamente quanto ao transporte da droga para o exterior, entendeu o legislador por bem majorar as reprimendas impostas (artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006), face a maior reprovabilidade da conduta, de forma que as penas mínimas (de reclusão e multa) previstas no "caput" do artigo 33 (5 anos de reclusão e 500 dias-multa) referem-se, tão somente, à exportação da droga entre os estados e municípios brasileiros, se o tráfico for praticado no Brasil, incidindo a majorante do artigo 40, inciso I, apenas quando a exportação realizar-se ao exterior.

Deve-se ressaltar, ademais, que a redação do inciso I do artigo 40 da Lei 11.343/2006, ao externar que a transnacionalidade do tráfico deve ser aferida pelas circunstâncias concretas do fato, possibilita ao interprete concluir que o tráfico de drogas terá caráter transnacional toda vez que estiver presente qualquer liame com o exterior, independentemente de a conduta praticada pelo agente tenha, ou não, voltado-se à exportação ou à importação de entorpecente.

Por todas essas razões, rechaço a alegação de *bis in idem*.

Quanto a não aplicação do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 em análise do passaporte da apelante, entranhado aos autos às fls. 80, não há qualquer registro de outras viagens aéreas internacionais, que pudessem indicar dedicação a atividades criminosas em prol de organização criminosa voltada ao tráfico internacional.

Assim, não se pode presumir que a acusada integre a organização que a aliciou, fazendo do crime o seu meio de vida, sob pena de odiosa responsabilização objetiva, de maneira que, à míngua de outros elementos mais consistentes nesse sentido, entendo possível a aplicação, *in casu*, da causa de diminuição em tela, que aplico no patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista a grande quantidade e a natureza da droga apreendida com a ré.

Dessa forma, a pena se torna definitivamente aplicada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Não há que se falar na inaplicabilidade da pena de multa, posto que expressamente prevista na legislação de regência, não havendo ressalva no texto da lei.

Ademais, não há inconstitucionalidade no simples fato de referida reprimenda ser mais drástica frente aquela prevista no Código Penal, porquanto é lícito ao legislador infraconstitucional estabelecer parâmetros mais gravosos a determinadas espécies delitivas, nas hipóteses em que o delito também cau-

sar à sociedade consequências mais intensas e danosas, como se dá nos casos dos crimes hediondos e aos a eles equiparados.

Assim, a eventual impossibilidade de cumprimento da pena deverá ser sopesada pelo MM. Juízo das Execuções Penais, em momento oportuno.

Outrossim, sendo proporcionalmente aplicada, resta fixada definitivamente em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a quatro anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade e a natureza da droga teriam o condão de causar consequências gravíssimas a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Ademais, a apelante é estrangeira, sem vínculos com o Brasil, fator que também inviabilizaria a substituição, já que não haveria como trabalhar licitamente neste País.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

> Política criminal. Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). Entorpecente (tráfico internacional). Estrangeiro não-residente no país (caso). Art. 44 do Cód. Penal (não-aplicação). Substituição da pena (impossibilidade).
> 1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere (...)
> 3. *Tratando-se de condenado de nacionalidade outra, certamente tal não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei - di-lo a Constituição -, pressupondo-se, porém, quanto aos estrangeiros, a regular residência no país* (...)
> (STJ, RESP 200602656993, Relator(a) NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJE DATA: 16/06/2008 LEXSTJ VOL.:00229 PG:00396) - grifo nosso.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSNACIONALIDADE DEMONSTRADA. INTERNACIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. APELAÇÃO DESPROVIDA .
(...)
2 - *Embora preenchidos os requisitos objetivos constantes dos incisos I e II do art. 44 do CP, a concessão da substituição resultaria inviável pela inadequação do caso aos requisitos subjetivos do inciso III do dispositivo supra mencionado. Trata-se de acusado estrangeiro, em situação irregular no que diz respeito à permanência no território nacional, sem ocupação lícita e que não demonstrou qualquer vínculo com o distrito da culpa. Logo, a substituição de pena privativa por restritiva certamente frustraria a aplicação da lei penal, não se revelando medida recomendável e suficiente para prevenção e repressão do delito em tela* (...)
(TRF 3ª REGIÃO, ACR 2010.61.12.005145-5, SP, SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 02/06/2011 PÁGINA: 437, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES) - grifo nosso.

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (...) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO REQUISITO

SUBJETIVO. QUANTIDADE, NATUREZA E FORMA DE TRANSPORTE DA DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA EXPULSÃO DO PACIENTE DO PAÍS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT E, NA EXTENSÃO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
(...)
2. O óbice à substituição por pena restritiva de direitos e o cumprimento da pena em regime progressivo, ou mesmo em regime inicial aberto, decorre de construção jurisprudencial, que versa sobre a impossibilidade de se reconhecer a progressão de regime prisional a estrangeiro condenado pela prática de crime de tráfico ilícito, que tenha contra si decretada a expulsão, ou esteja em vias de ser decretada, quando não detenha residência fixa no país, sendo esta a hipótese dos autos (...)
(STJ, HC 200801221176, Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJE DATA: 03/11/2010) - grifo nosso.

Não há falar-se em direito à liberdade provisória e ao recurso em liberdade, pois, por primeiro, tendo a acusada sido presa em flagrante e assim permanecido durante todo o processo, com maior razão deve ser mantida a prisão cautelar até o trânsito em julgado, conforme reiterada jurisprudência de nossos tribunais superiores.

Ademais, verifico presentes os pressupostos da prisão preventiva, pois além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que a acusada é estrangeira, sem vínculos com o Brasil, não havendo qualquer garantia de que, posta em liberdade, se apresente espontaneamente após o trânsito em julgado para o cumprimento de sua pena, circunstância suficiente à manutenção da prisão cautelar, como forma de garantir a aplicação da lei penal.

Ante todo o exposto, *dou parcial provimento* à apelação defensiva, a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, bem como reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, daquela lei, e, com isso, reduzir as penas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO: Trata-se de apelação criminal interposta por DIANA IVANOVA ANDONOVA, natural da Bulgária, contra sentença de fls. 177/188 que a condenou à pena de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, I, da Lei 11.343/06.

Segundo a denúncia, no dia 30 de maio de 2011, no saguão do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, a acusada foi surpreendida por agentes federais quando prestes a embarcar em vôo com destino a Lisboa/Portugal, na posse de 4.213 g. (quatro mil duzentos e treze gramas) de cocaína, contida em seis embalagens plásticas inseridas em dois fundos falsos de sua bagagem.

Inconformada, a ré apelou. Nas razões de fls. 192/209, requer inicialmente a absolvição, por insuficiência de provas quanto à materialidade delitiva e por ter praticado o crime sob erro de tipo.

Subsidiariamente, requer a aplicação da pena-base no mínimo legal; a exclusão da causa de aumento de pena prevista no artigo

40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006; a aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da mesma lei no patamar máximo; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; a fixação do regime aberto ou semiaberto para o início do cumprimento da pena e a exclusão da pena de multa e o direito de recorrer em liberdade.

Contrarrazões ministeriais pela manutenção da sentença (fls. 212/226).

A Procuradoria Regional da República, no parecer de fls. 246/254, opina seja negado provimento à apelação.

Inicialmente, não tendo dúvidas em acompanhar o E. Relator no sentido de manter a condenação da ré, pois ao contrário do alegado pela defesa, as provas coligidas pela acusação demonstram de maneira inequívoca que cometeu o crime de tráfico transnacional de drogas.

MATERIALIDADE DELITIVA:

Está consubstanciada pelo laudo de constatação (fls. 8/9) e laudo pericial de fls. 139/142, atestando que a substância entorpecente transportada pela ré foi positiva para cocaína, no peso de quatro mil e duzentos e treze gramas.

Não prospera a alegação da defesa, no sentido de que não há provas da materialidade pelo fato de os laudos terem sido elaborados com base em amostras da substância.

Sabe-se que as perícias não são realizadas na totalidade da droga, mas sim em amostras, e os exames são realizados por peritos criminais federais, funcionários públicos cujas conclusões possuem presunção de veracidade e de legitimidade.

Ademais, também é de conhecimento geral que a cocaína, quando apresentada na forma sólida, não é uma peça única, mas um pó, ou seja, diversas partículas extremamente pequenas. Note-se que, geralmente, tais partículas encontram-se compactadas, sendo impossível que parte da substância não se trate de cocaína, uma vez que todo o volume em pó era formado por substância idêntica. Assim, realizada a perícia em parte do volume, é óbvio que extrai-se o resultado para o todo.

Mesmo que ocorresse a mistura de outras substâncias em forma de "pó", somente seria possível vislumbrar alteração na qualidade do entorpecente por ter sido mesclado com outro elemento químico, mas nunca alteração na própria substância que permanece incólume.

AUTORIA DELITUOSA:

Está devidamente comprovada, inicialmente pela prisão em flagrante da acusada, que portava a droga oculta em sua bagagem.

A corroborar a autoria, há o depoimento da testemunha de acusação, Adriano Lopes Bernardes, que participou da prisão da ré e que, em seu depoimento na fase judicial, narrou os fatos tais como descritos na denúncia e no auto de prisão em flagrante.

Consoante consta da sentença (fls. 178 v.), a acusada forneceu a seguinte versão dos fatos:

> A acusada informou que não sabia que levava drogas, que a mala não era dela, mas que foi despachada por ela. Inicialmente disse que foi para a Bolívia para turismo, por 11 dias. Depois, que seu marido, de nome Jerry Emeka Okafor, um Nigeriano nascido em 07/02/81, a enviou de Palma de Majorca para Santa Cruz, na Bolívia, para retirar uma mala. Que era seu marido desde 2010, casou-se em Barcelona com ela por amor, mas depois ele ficou na cidade espanhola e ela foi para a Bulgária, nunca mais se viram desde então. Soube depois que ele tinha outra família. Disse que o conheceu no mesmo ano e nãos sabia o que ele fazia para viver. Depois retificou e disse que ele era vendedor de roupas. Quanto à mala, inicialmente disse que não sabia o que tinha, que ele havia dito a ela que não interessava. Depois retificou e disse que eram remédios, que seriam entregues a seu marido, mas não sabia para quê. Que a viagem

> foi custeada por seu marido e que este lhe daria 4 a 5 mil euros pelo trabalho, que a mala seria entregue a ele próprio em Amsterdã/Holanda. Disse que não achava estranho buscar uma mala com remédios por tanto dinheiro, que viu que a mala estava pesada ale, do normal ao recebê-la no aeroporto. Afirmou que sabia que era algo ilegal, mas precisava do dinheiro, para sustento da família. Que o marido não a ajudaria porque ela estava na Bulgária, que quando ele ligou para ela para falar sobre a mala ela achou que era para o divórcio. Foi para a Bolívia com escala no Brasil, lá ficou num hotel, onde foi abordada por um homem que a colocou num táxi, foram até uma favela, onde o homem pegou suas coisas e colocou numa mala azul, a levou até o aeroporto e lá entregou uma mala com a droga. Foi por via aérea para Campo Grande e de lá para São Paulo, para desembarque em Amsterdã, após escala em Lisboa.

DO ALEGADO ERRO DE TIPO:

A defesa, com base nessas declarações da ré, afirma que ela não sabia que estava carregando drogas, razão pela qual estaria isenta de pena, nos termos do artigo 20, § 1º do Código Penal.

É certo que parte dos delitos são praticados tendo como causa erros, juízos falsos, que levam seus autores a realizar condutas tipificadas no Código Penal como crime, e que muitas vezes tais enganos não são espontâneos, mas provocados por terceiras pessoas que se interpõem na mesma relação. Decorre, portanto, a necessidade de se apreciar cuidadosamente os fatos para verificar o dolo, elemento subjetivo, a fim de solucionar a questão da forma mais adequada, prevista na Lei Penal.

Porém, sabe-se ser imprescindível que a defesa comprove a caracterização do erro sobre elementar do tipo penal, que apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, quando há prova irrefutável da ausência de consciência da ilicitude da conduta, não sendo suficiente meras alegações do réu acerca do desconhecimento da existência da droga.

No caso, a alegação de erro de tipo, além de inverossímil, não tem correspondência com as demais provas e indícios constantes nos autos. Nesse aspecto, merece ser integralmente transcrita a acurada análise do dolo na conduta da ré, realizada pelo MM. Juiz de 1º grau e exposta na fundamentação da sentença, à qual nada mais é preciso acrescentar a fim de solucionar a questão:

> A versão da ré é inverossímil e desprovida de qualquer amparo probatório, o que leva à certeza da existência do dolo, ao menos na modalidade eventual.
> Com efeito, seria realmente preciso ter uma ingenuidade infantil, totalmente incompatível com experiência de vida e idade da acusada, para acreditar e aceitar que alguém custeasse passagens aéreas, alimentação, hospedagem, além do pagamento de 4 a 5 mil euros, em troca apenas e tão-somente do transporte de alguns medicamentos, que sequer lhe foram entregues, apenas tendo recebido uma mala, em seu relato, vazia.
> Ainda que a ré tivesse genuíno amor por seu marido, do que há sérias dúvidas, dadas as peculiaridades do casamento e relação entre ele e a ré. Tal fato não excluiria a evidente suspeita, esperada do homem médio, quando, subitamente, tal pessoa teria se disposto a oferecer proposta tão surreal, custeando todos os gastos de uma viagem internacional extremamente custosa, apenas para que a acusada levasse alguns medicamentos que poderiam facilmente ser entregues via correio, ainda mais levando em consideração que o aliciador sequer vendia tal espécie de produtos, mas sim roupas, na versão da ré.
> Ademais, traficante algum colocaria drogas na mala de um terceiro inocente nestas circunstâncias, sob pena de imediato à percepção do engodo. É pouco provável que alguém coloque drogas em uma mala a ser transportada por outra pessoa, sem que o proprietário

> da mala saiba de seu conteúdo ilícito. Ainda mais no caso concreto, que diz respeito a substâncias psicotrópicas de elevado valor no mercado. O risco de perda, desvio ou perecimento do objeto ilícito, além da grande possibilidade de o terceiro inocente descartá-lo, por medo de se implicar, ou levá-lo às autoridades, buscando evidenciar sua boa-fé e o cumprimento da lei, evidencia a incoerência da versão.
>
> Com efeito, a colocação de drogas na mala da ré em tais circunstâncias, tomando-a por inocente, levaria a diversos possíveis resultados, mas o único certo seria de que não chegariam ao destino pretendido pelos traficantes, às mãos de outro membro da organização no país de destino.
>
> Corroborando a falsidade de suas alegações e conferindo absoluta certeza à sua culpa, evidenciam-se diversas contradições em seu interrogatório, tendo a ré hesitado em responder por diversas vezes quando confrontada com pontos incoerentes de seu relato.
>
> O peso da mala também é algo que chama a atenção deste Juízo, uma vez que não é possível que a acusada não tenha notado um aumento de peso em sua bagagem de 4.000 g.
>
> Com efeito, a própria ré ressaltou tal peso e afirmou, por fim, saber que poderia estar fazendo algo ilegal, por precisar de dinheiro, mas negou, a todo o momento, que soubesse que levava drogas. Assim, é evidente que ao menos assumiu o risco de transportar internacionalmente objeto ilícito qualquer que fosse sua natureza e quantidade, em adesão livre e consciente aos negócios de organização criminosa internacional (...)

Portanto, demonstradas a materialidade e autoria pela acusação, e diante da ausência de elementos aptos a ilidi-los, resta também evidente o dolo na conduta do apelante que, na condição de "mula", com consciência e vontade, transportava a droga entre países, razão pela qual *mantenho sua condenação pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, I, ambos da Lei 11.343/06.*

Dosimetria da pena:

PENA-BASE:

Também concordo com o Eminente Relator, no tocante à manutenção da pena-base, fixada pela sentença acima do mínimo legal, em seis anos de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, em atenção ao artigo 42, da Lei de drogas, que orienta o Magistrado a considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais gerais do art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga.

Sabe-se que o julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do CP. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o comando expresso no artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, *com preponderância* sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente.

No caso, não se há de falar que a quantidade da droga não poderia ser tida como critério para elevação da pena, como afirma a defesa, "já que transportava somente quantidade enquadrável na quota nacional de um único passageiro de cocaína."

De fato, não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (mais de quatro quilos), ainda mais quando comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes.

É certo, também, que, como no caso, não foi a ré, na qualidade de "mula" do tráfico que decidiu acerca da quantidade da droga que transportaria. Contudo, é inegável que evidentemente possuía consciência, por agir

mediante promessa de pagamento, que estava colaborando com a atuação de uma organização voltada ao tráfico de entorpecentes, e não como os denominados "aviõezinhos", que repassam pequenas quantidades de drogas aos usuários.

Tampouco assiste razão à defesa ao requerer a redução da pena-base ao mínimo legal sob o argumento de que a natureza da droga (cocaína) não é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas (*crack*, *ecstasy*, anfetamina, heroína, LSD, etc). De fato, sabe-se que a cocaína é uma droga que vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade. Por outro lado, a cocaína que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento.

Ademais, o bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/06 é a saúde pública. Portanto, as consequências do crime de tráfico de drogas são extremamente nefastas, já que objetiva o fornecimento de expressivo numerário aos controladores da mercancia internacional de entorpecente, em prejuízo da saúde e do patrimônio honesto de milhares de cidadãos. Não se pode olvidar também que é um crime que está diretamente vinculado a outras práticas delitivas, em especial os crimes contra a pessoa.

Portanto, ainda que a ré seja primária e não possua antecedentes, porém levando em conta a natureza e a significante quantidade da droga, bem como a gravidade e conseqüências do crime, e tendo em vista a larga faixa de graduação da reprimenda corporal prevista pelo preceito secundário do tipo descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06 (de cinco a quinze anos de reclusão), penso que se mostra justa e suficiente para a prevenção, reprovação e repressão do crime, a fixação em *seis anos de reclusão.*

Na segunda etapa da individualização da pena, não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO:

Na terceira fase, o MM. Juiz aplicou a causa de aumento da transnacionalidade do tráfico (art. 40, I, da Lei 11.343/06) e aumentou a pena acima do mínimo previsto, em um quinto, considerando a distância efetivamente percorrida pela ré, que transportou drogas da Bolívia para o Brasil com destino à Europa, frustrando o controle de fronteira de dois países.

Inicialmente, destaco que não procede a alegação da defesa, no sentido de que não deve incidir essa causa de aumento sob pena de "bis in idem", ante o argumento de que a conduta de "exportar" está contida no núcleo do art. 33 da Lei 11.343/06.

De fato, o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de drogas é de ação múltipla, e à ré foi imputada a conduta de transportar substância entorpecente apreendida em seu poder, quando estava em vias de embarcar para o exterior.

Desde a vigência da lei anterior, é pacífico o entendimento de que a causa de aumento derivada da internacionalidade do tráfico é aplicável em todas as modalidades do crime, sem que isso implique em dupla valoração pelo mesmo fato, pois o objetivo da majorante é o de punir com maior rigor o comércio com o exterior, com finalidades lucrativas, e não apenas a exportação sem essa finalidade, razão pela qual não há se falar em identidade de elementares do tipo.

Nesse sentido:

> PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO - RÉU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO - ARTIGO 312 CPP - PRESENTES OS REQUISITOS PARA A PRISÃO CAUTELAR - PRELIMINAR

REJEITADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - CONFISSÃO - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - MANUTENÇÃO DO PATAMAR FIXADO - NE *REFORMATIO IN PEJUS* - PENA PECUNIÁRIA REDIMENSIONADA - RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.
(...)
Não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento referente à internacionalidade do delito, uma vez que, como assinalado pela própria defesa, o verbo exportar significa "vender (algo), remetendo-o para fora do país, estado, município ou região que o produziu". A conduta de "exportar" não está sendo duplamente considerada para agravar a situação do réu, uma vez que tal conduta até mesmo poderia ter sido praticada, *v. g.*, pela venda de drogas entre dois municípios, devendo, portando, incidir a causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 40, da Lei 11.343/06, quando a conduta pretende atingir dois países, como no caso dos autos. 9. É certo, ainda, que o apelante não praticou a conduta de "vender", mas sim a de "transportar" ou "trazer consigo", não se podendo falar, *in casu*, em exportação da droga, por parte do réu.
(TRF 3, ACR 200961190052203, Relator(a) JUIZA RAMZA TARTUCE, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 27/10/2010 PÁGINA: 810)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, INCISO I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FATOR DE ATENUAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE. ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE MAJORAÇÃO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE REDUÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICABILIDADE. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. INEFICÁCIA DO AUXÍLIO PRESTADO PELO ACUSADO. MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INVIÁVEL ANTE O QUANTUM DA PENA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.
(...)
6. Não se vislumbra incompatibilidade da combinação da conduta "exportar"com a aplicação da majorante prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, já que a exportação constitui um dos verbos nucleares veiculados pelo tipo penal com o agravamento representado pela efetiva transposição das fronteiras nacionais. O objetivo da majorante é punir com maior rigor a atividade dos agentes que apresentam, em sua conduta, uma culpabilidade mais exacerbada, ao demonstrarem a audácia de promover a traficância para fora das fronteiras nacionais ou, em sentido inverso, para dentro delas.
7. Portanto, não se cogita de *bis in idem* se a lei conferiu uma punição mais rigorosa ao agente que pratica as condutas típicas imbuído da pretensão de difundir a droga por outros países, apresentando uma culpabilidade mais intensa do que o criminoso que se presta à prática do mesmo delito no âmbito territorial do mesmo Estado.
8. Além disso, o delito em apreço é de natureza multitudinária, podendo o agente incidir no tipo penal praticando quaisquer um de seus verbos nucleares. No caso vertente, o acusado praticou ao menos dois deles, mais precisamente nas modalidades "trazer consigo" e "guardar", não tendo logrado êxito, todavia, em alcançar o seu objetivo principal, que era a exportação do narcótico. Assim,

legítima a aplicação da causa especial de aumento.
(TRF3, ACR 200961190091014, Relator(a) JUIZ COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA , DJ3 CJ1 DATA: 02/09/2010 PÁGINA: 321)

No entanto, nesse aspecto também concordo com o Eminente Relator, na esteira do entendimento desta Turma no sentido de que a simples distância entre países não justifica a aplicação dessa causa de aumento em patamar acima do mínimo, admitindo-se apenas nos casos em que a droga deixe o território nacional para ser distribuída em mais de um país no exterior.

Ademais, o legislador previu, nos incisos do artigo 40, da Lei 11.343/06, uma série de causas de aumento de pena, que justificam um aumento variável de um a dois terços, porém não estabeleceu os parâmetros para a quantificação do percentual.

À míngua desses critérios, o índice de aumento deve ser calculado de acordo com as circunstâncias especificamente relacionadas com a causa de aumento, (e não às do crime), e variar de acordo com a quantidade de majorantes que estiverem presentes, de forma que na incidência de apenas um inciso não se justifica a elevação do percentual mínimo. Não se deve olvidar ainda a regra do artigo 42 do mesmo texto legal, que determina a consideração da natureza e quantidade da droga para a fixação da pena.

No caso, porém, há que ser considerado que a ré foi presa com a droga ainda em território brasileiro e, em que pese sua intenção de levá-la a outro continente, não está comprovado nos autos que pretendesse difundi-la em mais de um país.

Portanto, penso ser razoável a exasperação da pena no mínimo legal (um sexto), considerando-se a natureza e quantidade da droga e a rota planejada por mais de um continente, não estando evidenciadas outras circunstâncias que justifiquem o agravamento da causa de aumento.

A respeito, confira-se os seguintes excertos de alguns julgados desta Turma:

(...)
16. O caráter transnacional do tráfico restou evidenciado porque o estupefaciente seria transportado entre dois países (Brasil e Malásia), e a mera distância entre os referidos países não se afigura suficiente para justificar a majoração da reprimenda penal em metade, como efetuado pela sentença de primeiro grau: tal causa de aumento poderia incidir em patamar maior se, por exemplo, o entorpecente em questão deixasse o território nacional para ser distribuído em mais de um país no exterior.
17. É de se ressaltar, ainda, que, apesar de integrar a organização criminosa, a apelante não possuía a faculdade de escolher os destinos que percorreria, e que, no caso concreto, a acusada ainda foi presa em solo pátrio, razões pelas quais o aumento referente à internacionalidade do tráfico de drogas não deve ultrapassar seu patamar mínimo.
(...)
(TRF 3, ACR 34767, Relator(a) JUIZ CONVOCADO EM AUXILIO HELIO NOGUEIRA, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 13/11/2009 PÁGINA: 693)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BENEFÍCIO DO RECURSO EM LIBERDADE. PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE.
A internacionalidade do tráfico se caracteriza pela execução potencial ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país, não infirmando esta intelecção o pensamento de implicação de “bis in idem” em relação à conduta de exportação, exegese que ignora as características da figura delituosa de conteúdo variado e opera descabida decomposição do tipo penal que como um todo unitário se apresenta à interpretação. Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga,

> o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, mantido o patamar mínimo previsto na sentença.
> (...)
> (TRF 3ª REGIÃO, ACR - 2009.61.19.002878-0/SP, QUINTA TURMA , DJF3 CJ1 DATA:02/07/2010 PÁGINA: 259, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR)

Por esses motivos, reduzo o percentual da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, I , da Lei 11.343/06 ao mínimo legal (um sexto). Dessa forma, *a pena anteriormente fixada em seis anos de reclusão, com o acréscimo fica estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão.*

CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA: § 4º DO ART. 33, DA LEI 11.343/06:

Ainda na terceira fase da aplicação da pena, o MM. Juiz deixou de aplicar o benefício previsto no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Nesse ponto, ouso discordar do voto do E. Relator, que entendeu ser aplicável o benefício no patamar mínimo.

Isso porque essa causa de redução exige a presença de quatro requisitos, que devem ser preenchidos cumulativamente, ou seja, que o agente "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Como a lei utilizou a conjunção "NEM", deduz-se que há uma diferença substancial entre "se dedicar a atividades criminosas" e "integrar uma organização criminosa". A dedicação a atividades criminosas exige habitualidade, permanência, conjunção de propósitos, divisão de tarefas, ou seja, que o réu faça do crime seu meio de vida. Por outro lado, para que se afirme que o réu integra uma organização criminosa, basta a prova de que participou da empreitada criminosa de alguma forma.

Assim, quando o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente não integre organização criminosa, significa que não é necessário, para esse fim, que esteja incurso no crime de associação para o tráfico. A reiteração de condutas criminosas no passado, ou o ânimo de reiterá-las futuramente, é elemento caracterizador da estabilidade e permanência, exigíveis para a configuração do crime autônomo de associação para o tráfico (antigo artigo 14 da Lei nº 6.368/75 e atual artigo 35, da Lei nº 11.343/06).

Contudo, no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, não é necessário esse ânimo para que se caracterize a integração em organização criminosa, já que está presente em outro requisito, que é o "não se dedicar a atividades criminosas". Repito: se a lei exigisse que a prática reiterada de delitos, ou a vontade de praticá-los reiteradamente fosse elemento essencial para a integração a uma atividade criminosa, não teria inserido como requisito da causa de redução de pena a exigência de que o agente também não se dedique a atividades criminosas.

Feitas tais considerações, e passando à análise do caso concreto, é certo que a acusada é primária, sem antecedentes e que não há provas de que se dedique a atividades criminosas.

Entretanto, as circunstâncias do fato, a quantidade da droga e o alto valor pela qual é comercializada também demonstram que a ré integrou uma organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas que atua em dois países, na qual há a divisão de tarefas e em que cada integrante tem uma função específica, havendo sempre de um lado um membro da organização que fornece a droga, embala, prepara o local para ocultá-la e, de outro lado, uma pessoa que recebe a droga, prepara para consumo e posteriormente fornece a pessoas que irão vendê-la.

Embora não possa ser considerada como membro efetivo de uma quadrilha ou que não tivesse o ânimo de voltar a delinqüir, não há como negar que a ré efetivamente fi-

gurou, ainda que de forma eventual, em uma ponta da organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas. Integrou a organização ao lhe prestar serviços na condição de "mula" transportando a droga de um para outro país, ao promover a conexão entre seus membros e ao colaborar, como elemento essencial, para o sucesso da atividade ilícita e a distribuição mundial de entorpecentes.

Por esses motivos, comungo do entendimento de que a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de drogas não foi criada a fim de ser aplicada a pessoas que, como a ré, participa de organizações criminosas de tráfico internacional de grande poder financeiro e logístico, que distribuem grandes quantidades de entorpecentes, plenamente cientes de que estão se envolvendo com pessoas que vivem do crime, mas sim ao tráfico de menor expressão, que não envolve quantidades tão expressivas de entorpecente; como no tráfico urbano de varejo, onde pequenos distribuidores comercializam drogas em quantidades menores, diretamente aos usuários.

Ressalto que a aplicação indiscriminada dessa causa de redução de pena aos "mulas" do tráfico transnacional de drogas certamente servirá como incentivo para que o Brasil se torne, muito em breve, a principal rota para o transporte de drogas provenientes dos países vizinhos para o exterior, fato incompatível com os vários acordos internacionais sobre o combate às drogas firmados pelo nosso País.

Esse é também o entendimento de parte dos integrantes desta Turma. Confira-se:

> PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO - RÉU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO - ARTIGO 312 CPP - PRESENTES OS REQUISITOS PARA A PRISÃO CAUTELAR - PRELIMINAR REJEITADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA - AUSÊNCIA DE "BIS IN IDEM" - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - CONFISSÃO - OCORRÊNCIA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - INAPLICABILIDADE - RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.
>
> (...)
>
> O apelante, de forma habitual ou não, integrava associação criminosa, participando, como transportador da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.
>
> (...)
>
> (TRF 3, ACR 200861190080255, Relator(a) JUIZA RAMZA TARTUCE, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 15/06/2010 PÁGINA: 18)

> PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL MANTIDA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.
>
> 1. A autoria e a materialidade do delito restaram bem demonstradas pelo Auto de Prisão em Flagrante, pelo Laudo Preliminar de Constatação, pelo Laudo de Apresentação e Apreensão, pelas Fotos Digitalizadas, pelo Laudo de Exame Químico Toxicológico, com resultado positivo para maconha, pelos depoimentos prestados pelas testemunhas e pelo próprio interrogatório judicial do apelante, que acabou reconhecendo a existência do entorpecente no interior do veículo Astra, embora tenha asseverado desconhecer tal fato.

2. As circunstâncias em que foi realizada a prisão em flagrante do apelante, aliadas aos depoimentos dos agentes policiais, colhidos tanto na fase policial como judicial, confirmam, de forma precisa e robusta, a ocorrência dos fatos delituosos e a responsabilidade do recorrente, que não é excluída com sua pueril alegação de que desconhecia a existência do entorpecente no interior do veículo que conduzia, já que tal versão não se harmoniza com a prova carreada aos autos.
3. A versão de inocência do apelante, além de insulada no acervo probatório, não se afigura verossímil, não sendo crível que o réu aceitasse proposta de paraguaio desconhecido para conduzir veículo Astra, recebido de pessoa estranha em território paraguaio, até a cidade de Eldorado/MS (tendo como destino final a cidade de São Paulo), obtendo valores em dinheiro para tanto, sem que tivesse ciência que no interior do automóvel houvesse enorme quantidade de estupefaciente (mais de 60 Kg de maconha), o que denota, desde logo, que agia dolosamente, cônscio de sua participação na empreitada criminosa. Ademais, ao assumir a responsabilidade de conduzir o veículo Astra, recebido em cidade paraguaia, cumpria-lhe vistoriar o automóvel que recebia, mormente diante da circunstância de já ter sido preso pelo transporte de cigarros também do Paraguai, como declarou em juízo por ocasião de seu interrogatório.
4. A versão do acusado, apresentada por ocasião do interrogatório, deve ser interpretada, apenas, como intenção de eximir-se da responsabilidade penal, pelo que fica rejeitada.
5. No que se refere à fixação da pena-base, como se observa do auto de apreensão e do laudo de exame em substância, foi apreendida, em poder do apelante, razoável quantidade de substância entorpecente, com poder de criar vício e dependência (maconha) e em montante considerável, como já dito (60.715 gramas), o que denota, sem dúvida, uma maior culpabilidade e lesão mais intensa ao bem jurídico tutelado (saúde pública), justificando o recrudescimento da sanção penal, atendendo, inclusive, o comando normativo inserto no art. 42 da Lei nº 11.343/06: "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância do produto, a personalidade e a conduta social do agente".
6. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, na terceira fase de fixação da pena, com relação à causa de aumento da pena pela internacionalidade do tráfico de drogas, resta patente a sua configuração. A majorante prevista no artigo 40, inciso I da Lei nº 11.343/06, aplica-se ao tráfico com o exterior, seja quando o tóxico venha para o Brasil, seja quando esteja em vias de ser exportado. Assim, é evidente, *in casu*, a tipificação do tráfico internacional de entorpecentes, já que o apelante, ao ser preso, confessou aos policiais que vinha do Paraguai conduzindo o veículo no qual o entorpecente era transportado.
7. O apelante, de forma habitual ou não, dedicava-se à atividade criminosa de tráfico de entorpecentes, participando, como transportador da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Nesta trilha já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3a. Região que: "(...) Incabível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, frente às circunstâncias que norteiam a prática delitiva, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, bem como diante as declarações do réu, que seguramente transportava a droga por conta e ordem de organização criminosa, exercendo a função de mula" (ACR nº 29658 - Proc. nº 2006.61.19.008219-0 - 2ª T. - Rel. Desembargadora Cecília Mello - DJF3 12.06.08).
8. O benefício não é, pois, cabível, dada a notória lesividade do entorpecente e

> sua significativa quantidade, e o fato de o recorrente, no mínimo, estar colaborando diretamente com as atividades de organização criminosa voltada para o comércio ilícito de drogas. Além disso, como se verifica da certidão de fls. e do próprio interrogatório judicial do acusado, constata-se que este já responde a processo criminal por crime de descaminho, dedicando-se, pois, ao desenvolvimento de atividades delituosas, não fazendo jus, também por essa razão, ao benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.
> 9. Recurso da defesa improvido.
> (TRF 3, ACR 2009.60.06.000074-2/MS, QUINTA TURMA, Fonte: DJF3 CJ1 DATA:13/09/2010 PÁGINA: 626, Relator: JUIZ CONVOCADO EM AUXILIO HELIO NOGUEIRA)

Por esses motivos, deixo de aplicar, na dosimetria da pena da ré, a causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, razão pela qual a *pena resta definitivamente fixada em 7 (sete) anos de reclusão.*

PENA PECUNIÁRIA:

A pena de multa, nas mesmas proporções, totaliza 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário fixado pela sentença.

Não procedem as alegações da defesa, no sentido de que seja excluída a pena pecuniária.

Alega-se que as "mulas" do tráfico não dispõem de recursos financeiros, de forma que de nada adiantaria a aplicação dessa pena se não há bens a serem penhorados e que, no caso de cumprir totalmente a pena a que foi condenada, a apelante apenas poderá retornar ao seu país de origem após a conclusão do processo de expulsão, que se concretiza com o pagamento integral da multa, que será impossível diante das condições financeiras da ré, o que fará com que permaneça presa por mais tempo do que realmente deveria.

Inicialmente, consigno que não há de se falar que a falta de pagamento da pena pecuniária se constituiria em ofensa à proibição constitucional de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF), uma vez que não se está punindo a inadimplência civil, mas sim a prática de um crime.

Por outro lado, a aplicação da pena pecuniária decorre do preceito secundário expresso no artigo 33 da lei de drogas, previsão legal e incondicional, como ocorre com tantos outros tipos penais, e que incide obrigatoriamente em cumulação com a pena privativa de liberdade, independentemente da situação econômica do réu, tendo em vista que não existe, na legislação penal ou processual penal, dispositivo que permita ao juiz isentar o réu do pagamento da pena de multa em razão de insuficiência financeira.

Também não está configurada qualquer afronta ao princípio da isonomia, pois, aqueles que optam pela prática de crimes não podem buscar igualdade com as pessoas que optaram por uma vida honesta, tampouco se podendo cogitar em desrespeito ao mesmo princípio dentre as várias espécies de agentes que cometem o crime de tráfico de drogas.

Deve-se considerar ainda que as "mulas" do tráfico agem sempre movidas pela cobiça, no sentido de obter recompensa financeira patrocinada pelos verdadeiros traficantes, motivo pelo qual a cumulação da pena pecuniária com privativa de liberdade se torna necessária para a prevenção e repressão desse crime.

Assim, se a ré não dispõe de recursos financeiros, tal fato não a isenta do pagamento de multa , justificando apenas a fixação do valor unitário no mínimo legal, como, aliás, acertadamente decidido na sentença.

Por outro lado, a exigibilidade ou não da cobrança da multa trata-se de matéria a ser apreciada em sede de execução.

Ademais, consoante dispõe o artigo 51 do Código Penal, a pena de multa é considerada dívida de valor após o trânsito em julgado da condenação, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda

Pública, de forma que a pena pecuniária prevista no preceito secundário de um tipo penal não pode ser convertida em pena privativa de liberdade caso não seja paga, cabendo sua execução na forma da legislação tributária, razão pela qual não há possibilidades de que a ré permaneça custodiada por período superior ao da condenação.

Portanto, se a aplicação da pena de multa cumulada com a privativa de liberdade está prevista em lei, respeita o princípio da legalidade e não ofende a Constituição, é de rigor sua aplicação.

Por esses motivos, mantenho a pena pecuniária.

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA:

Não procede a pretensão da defesa, quanto à fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso do que o fechado.

A Lei 8.072/90, em sua redação original, estabelecia que, no caso do delito de tráfico de entorpecentes, deveria ser imposto o regime integralmente fechado. Com a alteração da Lei 11.464/07, o artigo 2º, § 1º, dessa lei, passou a ter a seguinte redação:

> Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
> (...)
> § 1º: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Da interpretação desse artigo, denota-se que é imperativo legal que seja cumprida a pena desses crimes em regime inicial fechado, e não integralmente fechado, permitindo-se apenas que seja efetuada a progressão para o menos gravoso. Em outras palavras, foi apenas suprimida a vedação da progressão de regime prisional para os condenados pelos crimes citados.

Ademais, o § 3º do artigo 33 do Código Penal reporta-se expressamente aos critérios estabelecidos pelo artigo 59 do mesmo texto legal, de maneira que apenas a quantidade da pena não justifica que o réu tenha o direito de iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso, já que as circunstâncias norteadoras da fixação da pena nos crimes de tráfico (art. 42 da Lei 11.343/06) repercutem diretamente na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

No caso concreto, a fixação de regime semi-aberto ou aberto para o cumprimento da pena mostra-se absolutamente insuficiente para prevenção e repreensão da conduta, ainda que não fosse legalmente vedada, por ser absolutamente incompatível com o tratamento mais gravoso que o legislador atribuiu aos crimes hediondos e equiparados.

Nesse sentido:

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTS. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06 E 304, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. SURSIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006.
> (...)
> VI - Após a modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do *quantum* da pena. VII - *In casu*,

tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei nº 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda penal.
(...)
(STJ, HC 200901191388, Relator(a) FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJE DATA: 12/04/2010)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. REEXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INADMISSIBILIDADE. REGIME INICIAL. TRÁFICO. SEMIABERTO. ABERTO.
(...)
3. A Lei nº 8.072, de 25.07.90, art. 2º, § 1º, em sua redação original, estabelecia que, no caso do delito de tráfico de entorpecentes, deveria ser imposto o regime integralmente fechado. É implícito que o regime inicial é, de regra, o fechado. A declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, escusado lembrar, incide tão somente quanto ao cumprimento integral, não o inicial. Desse modo, válida a norma na parte em que, por implicação, impunha o regime inicial fechado. Com a superveniência da Lei nº 11.464, de 28.03.07, tornou-se possível a progressão, reafirmando-se claramente que a pena deve ser cumprida no regime inicial fechado. Por fim, os critérios do art. 33 do Código Penal para a determinação não são absolutos, pois o § 3º desse dispositivo reporta-se ao art. 59 do mesmo Código e devem ser avaliados pelo Juiz da fixação do regime de cumprimento da pena.
(...)
(TRF 3, ACR 2010.61.19.003731-9/SP, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 15/09/2011 PÁGINA: 720, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE)

Por esses motivos, o regime inicial para o cumprimento da pena da acusada deve ser o fechado.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS:

Agiu com acerto o MM. Juiz ao deixar de aplicar a referida substituição.

Em primeiro lugar, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos tem fundamento nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, que proíbem expressamente que a pena privativa de liberdade cominada, embora possa ser objeto de redução, seja convertida em restritiva de direitos, em atenção à função preventivo-repressiva da pena privativa de liberdade como instrumento eficaz ao combate das atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes.

Em que pesem alguns entendimentos em contrário, entendo que a regra prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não fere a Constituição Federal. Ao contrário, a completa, porque tal substituição se mostra incompatível com a necessidade de maior repressão e prevenção aos crimes considerados mais gravosos à sociedade, tais como o de tráfico internacional de entorpecentes, que causa efeitos altamente maléficos aos usuários e à sociedade. Por esses motivos, não se há falar-se em afronta ao princípio da individualização da pena.

Reconheço ainda que o Plenário do STF recentemente declarou, através do "habeas corpus" 97.256, pela via incidental, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44 da mesma lei. Contudo, a ordem não foi concedida para assegurar ao paciente a imediata substituição , mas sim para remover o óbice contido na Lei 11.343/06, devolvendo ao Juízo das Execuções Criminais a tarefa de auferir o preenchimento das condições objetivas e subjetivas para a concessão.

Ainda que seja adotado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, há que se con-

siderar que as penas restritivas de direitos dificilmente serão aptas a reprimir o tráfico ilícito de drogas e, portanto, além dos requisitos objetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, deve haver outros elementos subjetivos altamente favoráveis ao réu para que possa ser concedida a substituição.

No caso, as particularidades não recomendam a substituição, tendo em vista que os elementos dos autos revelaram um grau elevado de culpabilidade da ré, com provas contundentes de que participou de uma organização criminosa complexa, coordenada de forma a aliciar "mulas" para transportar drogas.

Ademais, é estrangeira e não possui vínculos com o nosso país, de forma que facilmente poderá se evadir de permanecer solta, mais um motivo demonstrando não ser recomendável a substituição, por não se mostrar suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, inclusive pela repercussão que terá sobre a aplicação da lei penal.

Destaco que esse fato de forma alguma fere o princípio da isonomia, que consiste em conceder tratamento diferenciado para situações distintas.

Levando-se em consideração os motivos e as circunstâncias do crime, observa-se que a substituição da pena privativa de liberdade não se mostra suficiente para impedir que a ré volte a traficar drogas, refreando o desejo de ganho irrefletido de dinheiro. Por outro lado, prestando serviços em instituições públicas, haverá o sério risco de dar continuidade ao crime de tráfico de drogas.

Assim, entendo não ser socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade, que deve limitar-se a crimes considerados de menor gravidade, sendo inadequada sua aplicação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas por ser por demais branda e insuficiente para reprimir tão grave delito, em nosso país equiparado a hediondo, tendo em vista os terríveis malefícios que causam aos usuários e à sociedade como um todo.

Confira-se alguns julgados acerca desse tema:

> *HABEAS CORPUS*. ART. 10, § 2º, DA LEI Nº 9.437/97. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. (...)
> SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDER-SE À PERMUTA.
> Inviável substituir-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista a ausência de preenchimento do pressuposto objetivo previsto no art. 44 do CP e a desfavorabilidade de 2 (duas) circunstâncias judiciais, o que evidencia que, *in casu*, a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão dos delitos denunciados. (...)
> (STJ, HC 200901593924, Relator(a) JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2011)

> *HABEAS CORPUS*. NARCOTRAFICÂNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA, POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 12, *CAPUT*, C/C ART. 18, I, AMBOS DA LEI 6.368/76). INGESTÃO DE 72 CÁPSULAS DE COCAÍNA, PARA COMERCIALIZAÇÃO NO ESTRANGEIRO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO REQUISITO SUBJETIVO. QUANTIDADE, NATUREZA E FORMA DE TRANSPORTE DA DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA EXPULSÃO DO

PACIENTE DO PAÍS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT E, NA EXTENSÃO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
(...)
2. O óbice à substituição por pena restritiva de direitos e o cumprimento da pena em regime progressivo, ou mesmo em regime inicial aberto, decorre de construção jurisprudencial, que versa sobre a impossibilidade de se reconhecer a progressão de regime prisional a estrangeiro condenado pela prática de crime de tráfico ilícito, que tenha contra si decretada a expulsão, ou esteja em vias de ser decretada, quando não detenha residência fixa no país, sendo esta a hipótese dos autos.
(...)
(STJ, HC 200801221176, Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJE DATA: 03/11/2010)

Política criminal. Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). Entorpecente (tráfico internacional). Estrangeiro não-residente no país (caso). Art. 44 do Cód. Penal (não-aplicação). substituição da pena (impossibilidade).
1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere.
(...)
3. Tratando-se de condenado de nacionalidade outra, certamente tal não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei - di-lo a Constituição -, pressupondo-se, porém, quanto aos estrangeiros, a regular residência no país.
(...)
(STJ, RESP 200602656993, Relator(a) NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJE DATA: 16/06/2008 LEXSTJ VOL.: 00229 PG: 00396)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSNACIONALIDADE DEMONSTRADA. INTERNACIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. APELAÇÃO DESPROVIDA.
(...)
2 - Embora preenchidos os requisitos objetivos constantes dos incisos I e II do art. 44 do CP, a concessão da substituição resultaria inviável pela inadequação do caso aos requisitos subjetivos do inciso III do dispositivo supra mencionado. Trata-se de acusado estrangeiro, em situação irregular no que diz respeito à permanência no território nacional, sem ocupação lícita e que não demonstrou qualquer vínculo com o distrito da culpa. Logo, a substituição de pena privativa por restritiva certamente frustraria a aplicação da lei penal, não se revelando medida recomendável e suficiente para prevenção e repressão do delito em tela;
(...)
(TRF 3ª REGIÃO, ACR 2010.61.12.005145-5, SP, SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:02/06/2011 PÁGINA: 437, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES)

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

Consoante entendimento cediço nas Cortes Superiores, a proibição da liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e assemelhados, decorre da própria proibição de fiança, imposta pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLIII.

E o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, atendendo à norma constitucional, considerou inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Por outro lado, a Lei nº 11.343/2006, que é específica para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, no artigo 44 estabelece que os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 são insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Dispõe ainda o artigo 59 da mesma lei que, nos crimes de tráfico, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Sabe-se, contudo, que não tem o direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que seja primário e de bons antecedentes e que, sobrevindo sentença penal condenatória, um de seus efeitos é a manutenção da custódia do réu para apelar, o que não constitui ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula 09 do STJ, de forma que eventuais condições favoráveis do agente, como primariedade e bons antecedentes, não são garantidoras de direito subjetivo à liberdade provisória, quando outros elementos recomendarem a prisão.

Postas tais premissas, verifico que a ré foi presa em flagrante e assim permaneceu durante toda a instrução criminal. É estrangeira, sem vínculos com nosso país, com fortes possibilidades de se evadir se for solta, razão pela qual sua prisão tem por finalidade assegurar a aplicação da lei penal e o próprio resultado do processo, com o cumprimento integral da pena.

Por outro lado, a mera circunstância de a ré integrar uma organização criminosa dedicada à prática do tráfico de drogas já é suficiente para que permaneça presa, pois sabe-se que essas organizações não se intimidam com ações repressoras no sentido de investigar e punir a ação do grupo, tanto é que a própria Lei nº 9.034/95, que trata das organizações criminosas, prevê expressamente no artigo 7º, que não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, como no caso.

Assim sendo, para a efetivação da ação repressora do Estado, é necessário que o grupo seja desestruturado, o que somente se obtém com a prisão de todos os seus integrantes, daí porque o principal fundamento para a custódia é a garantia da ordem pública.

E ainda que não mais se justifique o requisito concernente à conveniência da instrução criminal, já que a instrução probatória já foi encerrada, remanesce também a necessidade da garantia da ordem pública e da necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, razão pela qual não cabe o deferimento do benefício do apelo em liberdade, quer seja mediante termo de comparecimento (artigo 310, parágrafo único), ou mediante pagamento de fiança (artigo 324, inciso IV).

Nesse sentido:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE NORMA CONSTITUCIONAL.
> I - A proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP.
> II - Além do mais, o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.
> III - Precedentes do Pretório Excelso (AgReg no HC 85711-6/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 86814-2/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 86703-1/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 89183-7/MS, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 86118-

1/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso; HC 79386-0/AP, 2ª Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa; HC 83468-0/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 82695-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso)
Habeas corpus denegado.
(STJ - HC 78.237/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJU de 24.9.2007)

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, a fim de reduzir ao mínimo legal de um sexto a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, deixando de aplicar a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, fixando a pena da ré em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Determino o envio de ofício ao Ministério da Justiça, com o escopo de verificação da conveniência e oportunidade da instauração de procedimento administrativo tendente à expulsão da ré DIANA IVANOVA ANDONOVA, a ser efetivada após o cumprimento da pena.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o acórdão

"A inovação legal tem um nítido caráter de política criminal. Percebam que, com a previsão legal da causa especial de diminuição de pena na Lei de Tóxicos (art. 33, §4º, cabe ao magistrado dar maior amplitude à apreciação do caso concreto, de maneira a individualizar a pena, dando reprimenda menos grave àquele que demonstra menor periculosidade social."

(Cristiane Farias Rodrigues dos Santos)

"Entendo que a prestação de serviços à organização criminosa voltada para a prática transnacional do tráfico ilícito de entorpecentes, na condição de 'mula', mesmo em caráter eventual, inviabiliza a aplicação da causa de diminuição em comento."

(Leonardo Safi de Melo)

"Para alguns, o simples fato da pessoa ter aceitado o papel de 'mula', transportando a droga, já caracterizaria sua participação na organização. Todavia, a resposta para a questão somente pode se calcar nas provas efetivamente produzidas nos autos."

(Roberto da Silva Oliveira)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Em destaque

Cristiane Farias Rodrigues dos Santos

Juíza Federal da 4ª Turma Recursal. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2002).

1. Considerações introdutórias: a delimitação do problema e a justificação do tema para o início da reflexão.

A inclusão dos transportadores de drogas entre países, as chamadas mulas, em organizações criminosas é um tema polêmico para os desembargadores do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Essas pessoas normalmente são presas em aeroportos ou fronteiras quando tentam levar drogas de um país para outro a mando de algum grupo internacional ligado ao tráfico de drogas.

A jurisprudência divide-se na interpretação da lei. Às mulas pode ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos)? Entre os desembargadores da 3ª região, não existe opinião majoritária quanto à questão.

O embate de opiniões entre os juízes demonstra a polêmica envolvendo a finalidade da pena para o Direito Penal moderno e a culpabilidade do agente, problemas tão antigos quanto a própria história do Direito Penal.

Sob a égide da lei antiga, Lei nº 6.368/1976, o traficante ocasional recebia a pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que já se dedicava ao crime de tráfico de forma habitual. Em que pese o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico de drogas, ambos recebiam do sistema a mesma reprimenda penal. Com a previsão legal da causa especial de diminuição de pena, cabe ao magistrado dar maior amplitude à apreciação do caso concreto, de maneira a individualizar a pena, dando reprimenda menos grave àquele que demonstra menor periculosidade social.

O trabalho ora proposto enfoca a figura do traficante individual e ocasional, primário e de bons antecedentes, inovação trazida pelo § 4º do artigo 33 da Lei n° 11.343/2006 que prevê, como causa de diminuição de pena,

referente ao crime previsto no *caput* e § 1º do mesmo dispositivo legal, que o agente preencha os seguintes requisitos: ter bons antecedentes, não ser dedicado às atividades criminosas nem integrante de organização criminosa.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre a finalidade da pena para o Direito Penal moderno, o princípio da individualização da pena e a aplicabilidade da causa de diminuição de pena contida no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

2. Princípio da individualização da pena.

Para adequadamente conceituar o princípio da individualização da pena, cabe perquirir o entendimento dado pela doutrina ou pela jurisprudência ao instituto e sua função no ordenamento jurídico.

Assevera Alexandre de Moraes que o princípio da individualização da pena consiste na exigência de uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de repressão e prevenção.[1]

Apesar da liberdade que o juiz possui para individualização da pena, há vínculos constitucionais e legais que impedem a discricionariedade absoluta nessa matéria. Os limites que se estabelecem são os princípios constitucionais que fundamentam o Direito Penal moderno: dignidade humana, *ultima ratio*, subsidiariedade que decorre da fragmentariedade, necessidade e culpabilidade.[2]

A imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente, censurabilidade da conduta do acusado. O E. Supremo Tribunal Federal ressalta que a culpabilidade do agente é a medida da aplicação da pena e que a individualização da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (HC 72.992-4/SP).[3]

Consoante manifestação do E. Superior Tribunal de Justiça,[4] o princípio da individualização da pena, materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

Comentando essa decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, Carmen Silvia de Moraes Barros destaca as funções humanitárias, consentâneas com o respeito às garantias individuais, do princípio constitucional da individualização da pena. Afirma a autora que a pena deve dizer respeito à culpabilidade exteriorizada naquele fato concreto, pois no Estado de Direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do

1 FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 151; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 235.

2 TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, SP, número especial de lançamento, 1992, p. 81; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choucr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 366 e ss.

3 Como base no princípio da individualização da pena, o STF proferiu julgamentos de grande repercussão nacional em matéria criminal. Na jurisprudência atual da Suprema Corte, não têm sido toleradas normas legais que usurpem do juiz a possibilidade de individualizar a pena de acordo com o caso concreto. No bojo do HC 82.959-7/SP, relatado pelo Min. Marco Aurélio, sagrou-se vencedora a tese de que é inconstitucional o § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, que, em sua redação original, vedava a progressão de regime em crimes hediondos. Para a Suprema Corte, em certos casos, é possível que pessoa condenada por crime hediondo, por apresentar bom comportamento carcerário e mérito individual, faça jus aos regimes prisionais semiaberto e aberto, respectivamente. No âmbito do HC 97.256/RS, o Plenário, por seis votos a quatro, entendeu que a norma contida no artigo 44 da Lei de Drogas, ao proibir a concessão de penas restritivas de direitos aos condenados pelos crimes de tráfico, violou a individualização da pena, pois é vedado ao legislador subtrair dos magistrados o poder-dever de aplicar a sanção mais adequada e suficiente para punir o réu. *Vide* E. STF, HC 72.992-4/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 21/11/1995 DJ 14/11/1996.

4 STJ, REsp 151.837/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28/05/1998, DJ 22/06/1998.

autor e não pode implicar uma liquidação geral de contas. Em suma, a pena não pode ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato.[5]

Para José Eduardo Goulart, o princípio da individualização da pena é consequência direta do postulado da personalidade, segundo o qual a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração na medida de sua culpabilidade.[6]

O conceito de culpabilidade, por sua vez, teria a função de assegurar ao indivíduo que o Estado não estenda seu poder penal além do que corresponde a sua responsabilidade.[7]

O princípio da culpabilidade adotado pelo Código Penal de 1984,[8] parte geral, no seu artigo 59, determina que se examine a pessoa do condenado, no sentido de estabelecer a reprovação penal de seu ato, antes da imposição efetiva da pena. Dentro do sistema previsto no referido Código, os limites de análise judicial estão indicados pelo mínimo e pelo máximo cominados no tipo penal. Esta é a base fixa para a determinação da pena.[9]

Diante dessas preleções, podemos concluir que uma adequada conceituação do princípio da individualização da pena deve ser precedida de uma correta compreensão, sob o ângulo que interessa ao presente estudo, dos institutos da culpabilidade e da pena. Não se pretende aprofundar nesses temas, o que fugiria ao escopo do presente trabalho, mas tão somente dar-lhes uma definição que suporte à conceituação da individualização da pena.

A culpabilidade é definida como o juízo de reprovação da conduta do agente. Quanto maior esse juízo de reprovação, consoante os parâmetros estabelecidos em lei, mais intensa deve ser a pena, e vice-versa. Esse juízo de reprovação, que varia de acordo com os valores sociais de determinado momento, seria efetuado levando-se em conta diversos elementos, todos exteriorizados no fato concreto.[10]

Serve a culpabilidade como freio aos eventuais excessos do Estado, pois somente podem ser condenados aqueles que infligiram as normas sociais e merecem reprovação por parte do direito, na medida desse grau de reprovação. Não pode, portanto, a pena passar da pessoa que praticou a conduta culpável; somente ela pode ser punida. O responsável deve ser apenado somente por sua conduta na prática do ato ilícito. Situações alheias à conduta exteriorizada nesse fato não podem servir de fundamento para a pena, pois, de forma diversa, estaria ofendido o disposto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

No nosso sistema penal aplica-se o método trifásico de fixação da pena. No âmbito da pena privativa de liberdade, as regras gerais do critério trifásico estão previstas no artigo 68 do Código Penal, segundo o qual se

5 BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 291-295, abr./jun. 1999.

6 GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 95-97.

7 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 2. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999, p. 423 e ss. Culpabilidade tem sua origem na liberdade do homem. Liberdade em sentido negativo, segundo Kant.

8 Exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal, Lei nº 7.209, de julho de 1984. Ver artigo de LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e justificação no novo projeto de Código Penal, Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal. *Revista Liberdades*. IBCCRIM. 2011-2012. Edição Especial: "Nossa parte geral não é antiquada e imprestável e sequer está em descompasso completo com o que há no resto do mundo em matéria de teoria do crime. O discurso de que temos um código editado no Estado Novo, em 1940, serve apenas em relação à parte especial, já que nossa parte geral foi objeto de reforma em 1984, no contexto de redemocratização de nosso país. Se o reformador daquele tempo resolveu manter a estrutura do legislador de 1940 quanto às formas de imputação do crime, o fez conscientemente, especialmente motivado pela ideia de que, no que se refere à parte geral, é preciso manter a estabilidade e mudar apenas diante de comprovados equívocos, com a mais extrema parcimônia. Não é crível que a atual comissão partilhe da ideia de que, a cada nova teoria sobre o dolo, sobre a autoria, deve, então, o legislador alterar a parte geral de um código".

9 CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Sistema de penas e dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 183 e ss.

10 NUCCI. Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51 e ss.

obedece à análise de três fases distintas, quais sejam: a etapa da pena-base, da pena provisória e da pena definitiva. Na primeira fase, a da pena-base, o juiz fixará um valor conforme a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Somente depois de obtida a pena-base, passa-se à fase seguinte, a da pena provisória, na qual são avaliadas as circunstâncias atenuantes e agravantes. Finalmente, sobre o resultado da operação anterior incidem as causas de aumento e de diminuição da pena, encontradas nas partes geral e especial do Código Penal e, também, em leis especiais. A não observância do critério trifásico gera nulidade da pena fixada, não da condenação. Segundo o artigo 59 do Código Penal, são circunstâncias judiciais a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, o comportamento da vítima, as circunstâncias e as consequências do crime. Destaco que a reincidência é um fator relevante no atual sistema de individualização da pena, impeditivo de muitos benefícios legais ao condenado.

No momento, não nos importará analisar individualmente o conteúdo de cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas propomos, neste ensaio, estabelecerem-se limites e critérios orientadores quando da fixação da pena-base, fazendo assim uma adequação do Código Penal aos diversos princípios penais, destacando-se, dentre os quais, o da legalidade, artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal; o da necessidade da pena; o da temporariedade dos efeitos da condenação, artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal.[11]

Feitos esses comentários, estamos aptos a conceituar a individualização da pena como: direito público subjetivo de todo condenado a ser submetido a uma pena compatível com seu grau de culpabilidade, atendidos os limites e parâmetros estabelecidos pela lei. A individualização da pena é o ponto culminante da reprovação penal, após todo o trâmite do processo e a conclusão pela imputação do fato ao agente e sua condenação com uma sanção prevista em lei. A função de individualizar a pena é um ato de suma importância, pois, no momento em que o juiz impõe uma pena ao acusado, ele concretiza uma política criminal erigida pelo legislador.[12] Nesse sentido, diz Jescheck que, ao lado da apreciação da prova e da aplicação do preceito penal, o terceiro ponto culminante do processo criminal é a atividade resolutória.[13]

Em relação à pena, para os fins do presente estudo, é necessário que se estabeleça a sua função.[14] Nosso ordenamento jurídico agasalha dupla finalidade para a pena,[15] nos termos do artigo 59 do Código Penal: retributiva e preventiva.[16]

A teoria retributiva parte do pressuposto de que a pena é a justa retribuição ao ilícito cometido. O agente deve passar por um sofrimento proporcional àquele causado com a prática do fato delituoso.[17] A teoria pre-

11 SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 108. Devemos ter certo cuidado interpretativo, por exemplo, quando Juarez Cirino dos Santos diz que as circunstâncias judiciais são objeto de arbítrio exclusivo do juiz.

12 SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Política criminal y persona*. Airel Derecho, 1996, p. 118.

13 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho penal*: parte general. Tradução Jose Luiz Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 40 e ss.

14 GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS, 2005.

15 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3 e ss.

16 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 258. Segundo o autor, o problema dos fins da pena é um pressuposto lógico, necessário e estrutural do processo de determinação da pena. É um requisito essencial de uma maior certeza e segurança na determinação da pena.

17 MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 34 e ss. Kant e Hegel foram os mais importantes expoentes das teses retribucionistas da pena. Eles defenderam uma concepção absolutista da pena como exigência absoluta de justiça. O Direito Penal liberal permitiu atribuir à pena uma função tanto retributiva como de prevenção, KAUFMAN, ob. cit. Kant entendia que a igualdade era numérica e formal. Ao igual deve retribui-se exatamente da mesma forma: Lei do talião, olho por olho. Assim, a pena tem natureza retributiva.

ventiva busca associar a pena à produção de efeitos úteis para a sociedade.[18] Tem-se assim a função preventiva – geral, intimidando potenciais delinquentes, e especial, intimidação do agente.

Atualmente, em países como Espanha, Portugal e Alemanha[19] predominam as teses preventivas da pena, a tese retribucionista hoje está superada.[20]

> "Para o legislador, o acusado que foi detido traficando ocasionalmente, merece menor reprovabilidade, ou seja, tratamento mais benéfico."

3. A causa de diminuição de pena.

Em 23 de agosto de 2006, foi publicada a Lei nº 11.343, cuja ementa dispõe sobre a instituição do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas e a prescrição de medidas para prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes. O estabelecimento de normas de direito material e processual objetiva a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de entorpecentes, definindo crimes e estabelecendo outras providências.[21]

A denominada Nova Lei de Drogas determinou a exasperação das penas cominadas para os crimes de tráfico de drogas e figuras assemelhadas, se comparada com o antigo regramento, Lei nº 6.368/1976. Porém, o legislador inovou ao estabelecer considerável causa de diminuição de pena, em benefício do agente individual, ocasional, primário e de bons antecedentes.

O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 dispõe:

> Art. 33.
> (...)
> § 4º. Nos delitos tipificados no *caput* e no § 1º do artigo 33, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a substituição em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A referida previsão legal consagrou o princípio da individualização da pena previsto na Constituição Federal, pretendendo que o tratamento penal seja totalmente direcionado para as características pessoais do agente. Precisamos destacar que no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal encontra-se positivado o princípio da individualização da

18 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: 2002, p. 56 e ss. As teorias preventivas da pena foram idealizadas por Von Liszt, que ressaltava que a função da pena e do Direito Penal era a de proteção dos bens jurídicos mediante a incidência de pena na medida da personalidade do delinquente para evitar ulteriores delitos. No mesmo sentido, os gregos destacavam que a única finalidade da pena é a prevenção dos delitos. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 206. Aristóteles destacava a seus discípulos que a pena tem uma função unicamente de prevenção especial. Atualmente, na Alemanha, Espanha e Portugal predominam as teses preventivas da pena. KAUFMANN, Arthur, ob. cit., p. 304. Aristóteles tinha uma concepção de igualdade distributiva, proporcional. O igual é um ponto médio, dizia ele, o ponto médio entre o muito e o pouco. Para Aristóteles o direito é essencial para a justiça distributiva. Assim, para Aristóteles a justiça é distributiva; para ele a pena tinha uma atribuição de prevenção especial e ressocialização do delinqüente.

19 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28. GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 39 e ss. Claus Roxin afirma que um dado sistema que se pretenda frutífero deve apresentar três características principais: clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação para fins políticos-criminais. Há necessidade de atrelar o Direito Penal e a política criminal.

20 RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade.* Coimbra: Coimbra,1995, p. 84 e ss e p. 245 e ss.

21 GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanchez; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de drogas comentada.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 06 e ss.

pena. Em linhas gerais, essa norma determina que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização.[22]

A intenção da lei é punir com menos rigor o traficante ocasional. O objeto da norma é o traficante episódico, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. Para o legislador, o acusado que foi detido traficando ocasionalmente, merece menor reprovabilidade, ou seja, tratamento mais benéfico.

Na análise do caso concreto, é necessário identificar se o tráfico foi praticado por traficante ocasional, fazendo incidir tratamento mais brando do que o aplicado para o traficante profissional. Em que pese o legislador reconhecer a menor culpabilidade do traficante ocasional em relação ao traficante habitual, manteve a conduta inserida no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, fato que enquadra a conduta do agente como crime equiparado a hediondo, obstaculizando a aplicação de diversos benefícios legais, nos termos do que preconiza o artigo 44 do mesmo diploma legal, o que vem sendo objeto de divisões na doutrina. Essa questão foi recentemente solucionada pelo Pleno do E. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu que a causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, previsto no *caput* do mesmo artigo, para dar a ela definição jurídica diversa e autônoma. Destacou o relator Ministro Celso de Mello que

> (...) existe apenas uma diferenciação entre o tráfico praticado pelo grande traficante, pelo criminoso habitual que faz desse crime seu meio de vida, e aquele praticado por pessoas que, embora processadas pelo mesmo delito, possuem um histórico de vida que as diferencia dos demais traficantes. Contudo, tanto numa hipótese quanto noutra, o crime é de tráfico de drogas.[23]

22 GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 06 e ss.

23 A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 27 de novembro de 2012, resolveu submeter ao Plenário da Corte um *Habeas Corpus* (HC 110884) que discute se o chamado "tráfico privilegiado" deve ser considerado crime hediondo. O tráfico privilegiado seria aquele em que as penas podem ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o réu seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa e nem integre organização criminosa, ou seja, não faça do tráfico um meio de vida. O HC foi impetrado pela defesa de A.C.P.S., condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão por tráfico internacional de drogas, crime previsto na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). De acordo com a tese sustentada pelos advogados, o acusado teria praticado "tráfico privilegiado", o que não deve ser considerado hediondo por não estar expressamente identificado no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990). O dispositivo, conforme a defesa, faz referência tão somente à figura do tráfico de entorpecentes, nos termos do *caput* do artigo 33 da Lei de Drogas. A defesa também informou que inicialmente recorreu da condenação pedindo indulto com base no Decreto Presidencial nº 6.706/2008, que, segundo argumenta, desqualifica qualquer caráter hediondo do tráfico privilegiado e prevê expressamente que os condenados por tráfico de drogas que tenham sido beneficiados pelo artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas podem também se beneficiar do indulto. Esse argumento foi rejeitado pelo juiz das execuções penais. No entanto, houve um mutirão carcerário no local onde o acusado cumpre pena e seu caso foi reexaminado. Na ocasião, o juiz entendeu que ele fazia jus ao indulto porque já teria cumprido um terço de sua pena. Porém, o Ministério Público recorreu e o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ-MS) cassou o benefício. A sugestão de submeter a questão ao Plenário foi do ministro Celso de Mello, uma vez que nenhuma das Turmas se pronunciou sobre o tema. O ministro Celso de Mello lembrou que o próprio Ministério Público Federal (MPF) já opinou pela concessão do *Habeas Corpus*. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC, e os demais integrantes da Segunda Turma concordaram com a sugestão de submeter o caso ao Plenário, "dada a sua relevância e o caráter constitucional da matéria". No início da sessão, antes da proposta sugerida pelo ministro Celso de Mello, o relator do processo se pronunciou no sentido de que a figura do tráfico privilegiado não retira o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas. Ele fez referência à vedação prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, na parte que trata do indulto. O ministro afirmou que o inciso I do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 também proíbe a concessão de indulto aos condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. "No que concerne à possibilidade de ser deferido o indulto aos condenados por tráfico ilícito de drogas, a Corte ainda não se pronunciou a respeito, pelo menos sob a perspectiva trazida neste HC", destacou o ministro Lewandowski ao afirmar que "não há nenhuma violação constitucional na referida proibição que, aliás, está expressa no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal". "A causa especial de redução de

Ainda que o artigo 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas afirme que o juiz "poderá" reduzir a pena de um sexto a dois terços, a doutrina brasileira, em sua grande maioria, tem defendido a concepção de que a redução de pena é um direito público subjetivo, desde que estejam satisfeitos os requisitos legais.

A aplicação da causa especial de diminuição de pena não constitui uma simples faculdade do juiz; ela é obrigatória, desde que presentes os requisitos que a lei fixa para a concessão. De modo algum se trata de uma faculdade discricionária. Tal arbítrio não pode converter-se em arbitrariedade, o que seria inadmissível num sistema democrático de direito.[24] Nesse sentido, também a quantidade de diminuição de pena, de um sexto até dois terços, terá de ser fixada de forma fundamentada, nos termos do que dispõe o artigo 93, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil.[25] No nosso ordenamento jurídico, como destacado no item anterior, há vínculos normativos predeterminados à atividade do juiz, os princípios da legalidade e da motivação são consequências claras da opção sistêmica de controle da atividade judicial.[26]

Com efeito, a norma legal em apreço traduz-se em questão de política criminal, em que o legislador buscou dar tratamento menos rigoroso ao chamado "traficante ocasional", aquele que não se dedica ao tráfico de drogas como profissão, de forma a tentar reintegrá-lo o mais rápido possível à sociedade. Portanto, só pode ser negada a aplicação da causa de diminuição de pena ao acusado quando estiver comprovada a ausência dos requisitos indicados no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, previsto no *caput* do mesmo artigo, para dar a ela definição jurídica diversa e autônoma", destacou o relator ao afirmar que "existe apenas uma diferenciação entre o tráfico praticado pelo grande traficante, pelo criminoso habitual que faz desse crime seu meio de vida, e aquele praticado por pessoas que, embora processadas pelo mesmo delito, possuem um histórico de vida que as diferencia dos demais traficantes. Contudo, tanto numa hipótese quanto noutra, o crime é de tráfico de drogas", destacou o ministro.

24 Na esfera do STF, o Ministro Maurício Corrêa destacou em um voto memorável que: "A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o *caput* do artigo 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal, de exame obrigatório". Precedentes. (STF, HC 76196/GO, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 29/09/1998, DJ 15/12/2000, p. 62, Vol. 2016-03/448. Informativo STF nº 214).

25 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 163. Define que a motivação judicial consiste em argumentar com a indicação de critérios de inferência, ou seja, das regras que autorizam passar do fato constatado (elementos de prova) à afirmação sobre a real ocorrência da hipótese fática debatida no processo. Afirma o autor, de maneira ampla, que a natureza de tais regras de inferência é diversificada, abrangendo disposições legais, regras técnicas e científicas, noções consagradas pela experiência comum e mesmo regras de procedimento de abdução. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129. A necessidade da motivação do ato não se restringe a uma garantia técnica do processo, ela tem a natureza de garantia de ordem política, pois é essencial à administração da justiça em um Estado Democrático de Direito. Por meio da motivação é possível avaliar o exercício da atividade jurisdicional, verificando as escolhas e seleções feitas pelo julgador para apuração do fato delitivo, a observância do amplo contraditório e, acima de tudo, as circunstâncias fáticas extraídas dos autos que formaram a verdade judicial. A motivação dos atos judiciais é importante para as partes, mas também para a sociedade, na medida em que possibilita a todos acompanhar a distribuição de justiça de forma igualitária.

26 RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 84 e ss e p. 658 e ss. Como ressalta a professora portuguesa sobre o tema, a chamada discricionariedade do judicial não é livre.

4. A questão dos transportadores de drogas entre países, "mulas", e a aplicação da redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos).

"Mulas" são indivíduos a serviço do tráfico de drogas, que se dispõem a transportar, no interior de seu corpo ou em seus pertences, entorpecentes para outras localidades, geralmente Estados estrangeiros. Não é raro ver ações penais em desfavor desses indivíduos na Justiça Federal, em casos de tráfico internacional, nas quais quase sempre se discute a questão da aplicação da redução de pena prevista no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), sendo o cerne das discussões saber se esses indivíduos integram ou não organizações criminosas. O assunto ainda não se mostra totalmente pacífico na jurisprudência dos Tribunais.

Sob a égide da lei antiga, Lei nº 6.368/1976, o traficante ocasional recebia a pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que já se dedicava ao crime de tráfico de forma habitual. Em que pese o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico de drogas, ambos recebiam do sistema a mesma reprimenda penal.

O motivo *essendi* da inclusão da referida causa de diminuição de pena no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos) foi distinguir o traficante ocasional do agente que se dedica ao crime de tráfico de forma habitual. A inovação legal tem um nítido caráter de política criminal. Percebam que, com a previsão legal da causa especial de diminuição de pena na Lei de Tóxicos, cabe ao magistrado dar maior amplitude à apreciação do caso concreto, de maneira a individualizar a pena, dando reprimenda menos grave àquele que demonstra menor periculosidade social.

Diz Jescheck que, ao lado da apreciação da prova e da aplicação do preceito penal, o terceiro ponto culminante do processo penal é a atividade resolutória.[27]

No sistema penal brasileiro, para a análise judicial é fundamental o reconhecimento das garantias penais como ponto inicial de análise da conduta do agente.[28] Diante desse fato, o juiz na sentença avaliará as provas dos autos sobre a conduta do acusado, o dolo, o desvalor da ação, o perigo da conduta do acusado e a culpabilidade do agente. A análise dos elementos dos autos permitirá ao juiz determinar a pena do réu na medida da culpabilidade do agente. Nesse sentido há decisões das Cortes Superiores, o E. Superior Tribunal de Justiça,[29] que ressaltam que o princípio da individualização da pena,[30] materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

O E. Supremo Tribunal Federal informa que a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente, censurabilidade da conduta do acusado. O citado tribunal ressalta também que a culpabilidade do agente é a medida da aplicação da pena e que a individualização da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (HC 72.992/SP).

Em relação à determinação da pena, o problema da fixação da sanção penal pelo juiz identifica-se, em grande parte, com os espaços de valoração da pena atribuídos à

27 JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 40 e ss.

28 Nesse sentido, Mir Puig, ob. cit. *Introdución a lãs bases del Derecho Penal*, p. 43 e ss. Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84. O item 18 esclarece que o princípio da culpabilidade estende-se a todo o projeto de reforma do Código Penal de 1940.

29 STJ, REsp 151.837/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28/05/1998, DJ 22/06/1998.

30 Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84. O item 49 esclarece que o projeto do Código vigente visa assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o caráter individualizador do Código vigente, restrito à fixação da pena, dentro dos limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium judicies* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo de sanção a ser aplicada.

função judicial. Para evitar o problema da arbitrariedade judicial, a história do Direito Penal confunde-se com o controle da atividade judicial e com os princípios da legalidade e da tipicidade das penas. O juiz tem liberdade valorativa, nos termos do artigo 59 do Código Penal. Os critérios do artigo 59, embora numerosos e detalhados, não são exaustivos e, por sua natureza, a conotação escapa de uma completa predeterminação legal.[31] São esses juízos de valor que formam a discricionariedade fisiológica da interpretação judicial. Por isso o magistrado deve decidir de forma imparcial e vinculado à lei, para evitar-se o arbítrio.

A pena para o Direito moderno não é apenas um castigo como foi para o Direito Penal clássico, no qual se buscava pagar um mal com outro mal. A pena também serve para a proteção dos bens jurídico-penais e possui ainda uma função de prevenção geral,[32] especial e ainda retributiva.[33]

No caso, para que o juiz deixe de aplicar a causa de diminuição da pena, deve ficar demonstrado nos autos que o transportador de drogas participa de forma estável da organização criminosa ou não preenche um dos demais requisitos exigidos pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Caberá ao juiz, em cada caso, avaliar as condições e tirar as suas conclusões. Se ficar demonstrado, nos autos, que o réu não participa de forma estável de organização criminosa e preenche todos os demais requisitos exigidos pelo referido artigo da Lei de Tóxicos, entendo que a causa de diminuição de pena deve ser obrigatoriamente aplicada.[34] O objeto da análise judicial deve limitar-se ao fato que está sendo julgado e não se estender a conotações estranhas a ele.[35] Por isso a decisão do juiz deverá ser fundamentada nos termos do artigo 93 da Constituição Federal. Por meio da motivação é possível avaliar o exercício da atividade jurisdicional, verificando as escolhas e seleções feitas pelo julgador para apuração do fato delitivo, a observância do amplo contraditório e, acima de tudo, as circunstâncias fáticas extraídas dos autos que formaram a verdade judicial. A motivação dos atos judiciais é importante para as partes, mas também para a sociedade, na medida em que possibilita a todos acompanhar a distribuição de justiça de forma igualitária.[36]

> "Se ficar demonstrado, nos autos, que o réu não participa de forma estável de organização criminosa e preenche todos os demais requisitos exigidos pelo referido artigo da Lei de Tóxicos, entendo que a causa de diminuição de pena deve ser obrigatoriamente aplicada."

Portanto, a aplicação da causa especial de diminuição de pena não constitui uma simples faculdade do juiz, ela é obrigatória desde que presentes os requisitos que a lei fixa para a sua concessão. De modo algum se trata de uma faculdade discricionária.[37]

31 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 364.

32 ARISTÓTELES. Ob. cit.

33 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 54 e ss. Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84. O item 50 esclarece que a pena tem função retributiva e preventiva.

34 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Prova por indícios no processo penal*. Lumen Juris, Reimpressão – 2009, p. 36. A autora conceitua indício como: todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato acontecido, devidamente provado e suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado por meio de operação de raciocínio. O artigo 239 do Código de Processo Penal ressalta que indução é uma operação mental pautada no raciocínio que devemos fazer para nos conduzir a um conceito de indício. O indício está intimamente ligado à atividade probatória.

35 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 373.

36 FERNANDES, Scarance. Ob. cit, p. 129 e ss.

37 RODRIGUES, Anabela Miranda. Ob. cit., p. 80 e ss. A autorização de escolha que é concedida ao juiz na determinação da medida da pena dentro da moldura penal não é

E, por fim, o juiz criminal deve ter em mente que a história do direito penal é a história de sua progressiva humanização, sendo que a dignidade humana[38] e a necessidade da pena são os critérios complementares atribuídos à pena, que, ao final, correspondem à racionalização e à humanização do sistema penal.[39]

uma liberdade de decisão material dentre duas soluções igualmente corretas, mas pura e simplesmente uma tarefa de concretização que deve descobrir a única pena correta dentre as numerosas quantidades de penas abrangidas pela moldura penal.

38 PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Oficina Depósito Legal Madrid, 1991, p. 76 e ss.

39 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 364. Ferrajoli destaca que o argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é o princípio moral do respeito à pessoa humana enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como meio ou coisa, senão sempre como fim ou pessoa.

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 291-295, abr./jun. 1999.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Sistema de penas e dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choucr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português*. Lisboa: Aequitas, 1993.

FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS, 2005.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanchez; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de drogas comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOURLART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho penal*: parte general. Tradução Jose Luiz Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 2. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e justificação no novo projeto de Código Penal, Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal. *Revista Liberdades*. IBCCRIM. 2011-2012. Edição Especial.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

_____ . *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Prova por indícios no processo penal*. Lumen Juris, Reimpressão – 2009.

NUCCI. Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Oficina Depósito Legal Madrid, 1991.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra,1995.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Política criminal y persona*. Airel Derecho, 1996.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, SP, número especial de lançamento, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Leonardo Safi de Melo

Juiz Federal da 3ª Turma Recursal de São Paulo.

> A forma mais elaborada e estruturada de grupo criminoso é a organização criminosa. Trata-se da formação de grupo estruturado, organizado, hierarquizado, voltado para a prática de crimes graves e com estabilidade consolidada. Não se está mais diante de pequenos grupos, bandos, reunidos precariamente para atos ilícitos pontuais, mas de grandes organizações, com capacidade logística e sofisticados mecanismos voltados à realização do injusto penal e ao seu encobrimento.[1]

A Lei nº 11.343, de 23/08/2006, de forma inédita, possibilitou ao magistrado aplicar a causa de diminuição de pena ao doutrinariamente intitulado "traficante de primeira viagem". Estabelece o artigo 33, § 4º da Lei Antidrogas:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
>
> (...)
>
> § 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Louvável a iniciativa do legislador. De fato, ao possibilitar ao magistrado realizar a devida adequação da reprimenda penal, nos termos do preceito secundário do artigo 33 da Lei Antidrogas, ao fato-crime de, em tese, menor gravidade ou danosidade social atende-se, de forma direta, ao princípio da individualização da pena, consagrado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Logo, o agente, não obstante ter praticado conduta tipificada como tráfico ilícito de drogas, terá sua pena mitigada, desde que, sendo primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e muito menos integre organização criminosa.

Porém, indaga-se: o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 exige o ânimo de reiteração de condutas criminosas para caracterizar a integração em organização criminosa, tendo, por consequência, o afastamento

1 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro* – aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

da citada causa de diminuição de pena?

A questão ora colocada foi recentemente debatida no âmbito da col. 5ª Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da Apelação Criminal nº 0005627-53.2011.4.03.6119/SP.

Naquela oportunidade, decidiu o citado órgão colegiado, por maioria de votos, dar parcial provimento à apelação da ré, para reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico ilícito de drogas transnacional) deixando, porém, de aplicar a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, sob o fundamento de que a comprovação da integração da agente, de nacionalidade estrangeira, mesmo em caráter eventual, em organização criminosa estruturada para a prática da traficância transnacional, por si só, afasta a possibilidade da aplicação da causa de diminuição de pena.

O relator do processo, Desembargador Federal Luiz Stefanini, entendeu por bem aplicar a causa de diminuição da pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, no piso, com a seguinte fundamentação:

> (...) em análise do passaporte da apelante, entranhado aos autos às fls. 80, não há qualquer registro de outras viagens aéreas internacionais que pudessem indicar dedicação a atividades criminosas em prol da organização criminosa voltada ao tráfico internacional.

Da análise do voto proferido pelo eminente relator, percebe-se a preocupação em afastar eventual "responsabilização objetiva" da agente, ao fazer constar do voto que "não se pode presumir que a acusada integre a organização que a aliciou, fazendo do crime o seu meio de vida".

De outro giro, pelo voto condutor, da lavra do eminente Desembargador Federal Antonio Cedenho, a reiteração de condutas criminosas, ou o intuito de reiterá-las, integra a tipicidade do crime autônomo de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/2006). De acordo com a linha de raciocínio do ilustre Desembargador, para que o agente integre organização criminosa é desnecessário que esteja incurso no delito de associação para o tráfico, porque

> (...) no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não é necessário esse ânimo para que se caracterize a integração em organização criminosa, já que está presente em outro requisito, que é o "não se dedicar a atividades criminosas".

A distinção estampada no voto condutor é de suma importância. De fato, existe uma nítida diferença entre os núcleos associar-se e integrar.

Associar-se exige a presença, dentre outros, dos seguintes elementos: *affectio*, permanência, atribuição de função, identidade de propósitos.

Já no tocante ao "integrar", exige-se tão somente a presença de um indivíduo num local com uma tarefa previamente estipulada, restando, assim, integrado ao contexto delitivo.

Analisando o teor do v. acórdão, percebe-se que a ré era primária e não registrava antecedentes criminais, porém, não obstante a ausência de prova hábil a comprovar a dedicação (habitualidade) a atividades criminosas, extrai-se da leitura do julgado que o conjunto probatório constante dos autos indica que a ré integrou organização criminosa estruturada para o exercício da traficância transnacional.

Tais indicativos constam do voto condutor do Desembargador Federal Antonio Cedenho, quais sejam, a elevada quantidade da droga apreendida no auto de prisão em flagrante, o elevado valor pelo qual é comercializada e a divisão de tarefas previamente determinada.

Aliás, a apreensão de grande quantidade de droga com o agente, em casos excep-

cionais, tem o condão de, por si só, afastar a aplicação da minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

A corroborar tal entendimento, o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

> A quantidade de drogas não constitui requisito legal para avaliar a concessão, ou não, do benefício de redução da pena. Na verdade, trata-se de critério para dosar a diminuição. Excepcionalmente, a grande quantidade de entorpecentes pode afastar a redução da pena, porque se conclui estar o acusado ligado ao crime organizado, embora não se deva presumir nada, mas calçar a decisão na prova dos autos.[2]

Entendo que a prestação de serviços à organização criminosa voltada para a prática transnacional do tráfico ilícito de entorpecentes, na condição de "mula", mesmo em caráter eventual, inviabiliza a aplicação da causa de diminuição em comento. Como bem ressaltado pelo relator para o acórdão:

> (...) a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de drogas não foi criada a fim de ser aplicada a pessoas que, como a ré, participa de organizações criminosas de tráfico internacional de grande poder financeiro e logístico, que distribuem grandes quantidades de entorpecentes, plenamente cientes de que estão se envolvendo com pessoas que vivem do crime, mas sim ao tráfico de menor expressão, que não envolve quantidades tão expressivas de entorpecente; como no tráfico urbano de varejo, onde pequenos distribuidores comercializam drogas em quantidades menores, diretamente aos usuários.

Como se vê, o voto condutor bem delimita o âmbito de aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 para o tráfico ilícito de drogas de menor expressão.

Atente-se para o fato de que a minorante em análise não retira a hediondez do delito do tráfico de drogas, pois aquele que colabora com o traficante em sua empreitada criminosa traficante é, independentemente do caráter eventual de dita colaboração.

Logo, aquele que figurou, ainda que de forma eventual, em uma "ponta" da organização criminosa, voltada ao tráfico internacional de drogas, transportando o objeto material do crime, na condição de "mula", para outro país, fornecendo o apoio logístico à conexão entre seus membros, jamais poderá ser considerado uma figura coadjuvante na empreitada criminosa, pelo contrário. Em casos desse jaez, o sucesso da distribuição das drogas ilícitas depende da performance destes colaboradores que, aliás, possuem, nos dias atuais, perfil totalmente distinto daqueles do início da década de 1990. Basta verificar a quantidade de mulheres, estrangeiras em sua maioria, que cumprem pena por tráfico internacional de drogas em nossas penitenciárias femininas.

> "(...) para um colaborador integrar a organização criminosa faz-se dispensável qualquer vinculação prolongada, muito menos ter conhecimento dos demais protagonistas do conglomerado criminoso."

Frise-se, ainda, que para um colaborador *integrar* a organização criminosa faz-se dispensável qualquer vinculação prolongada, muito menos ter conhecimento dos demais protagonistas do conglomerado criminoso, quem são os donos da droga, produtores, fabricantes, pilotos das aeronaves, gerentes,

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 263.

capatazes, etc.

Aliás, o trecho do depoimento da ré constante do v. acórdão é bastante elucidativo a esse respeito, uma vez que declara que se colocou à disposição de seu "suposto" marido para efetuar uma viagem à Bolívia e lá se dirigir, na companhia de um desconhecido, a uma favela de Santa Cruz, no intuito de retirar a encomenda de "remédios" solicitada por seu marido, que por sinal comercializava roupas.

Percebe-se que o único contato que a ré tinha era com seu suposto marido, provável aliciador. Essa, aliás, é a forma corriqueira de arregimentação de colaboradores "mulas", com a imprescindível compartimentação de informações, visando justamente a preservação da segurança da corporação criminosa.

Pelo que se extrai do v. acórdão, a ré, consciente e voluntariamente, contribuiu de forma efetiva para a narcotraficância internacional, o que afasta, de plano, o benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Em suma, entendo desarrazoado estender o conceito de "traficante de primeira viagem" à figura daquele que integra, ainda que eventualmente, organização criminosa.

A embasar tal entendimento, julgado da 2ª Turma do col. Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 110.551/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski (DJe 18/05/2012), cuja ementa encontra-se assim redigida:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL NA APELAÇÃO. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ORDEM DENEGADA.
> I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
> II – Neste caso, o magistrado de primeiro grau, ao fixar a reprimenda, enfatizou que o referido benefício não poderia ser concedido em virtude de as provas dos autos terem evidenciado a participação do paciente em organização criminosa.
> III – A discussão sobre o acerto ou desacerto da sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que não se mostra possível na via do *habeas corpus*, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.
> IV – Mantida a reprimenda, tal como aplicada em segundo grau de jurisdição, fica superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por vedação do inciso I do art. 44 do Código Penal.
> V – Ordem denegada.

A decisão do col. STF dotou de importância o julgamento da 5ª Turma do TRF da 3ª Região, o qual, ao afastar, por maioria, a aplicação da causa de diminuição de pena constante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reforçou, em toda sua plenitude, o princípio da proibição da proteção deficiente do bem jurídico penal.

Deveras, como se sabe, o princípio da proporcionalidade, tradicionalmente, traduz-se na proibição do excesso, isto é, o que se costumou denominar de "garantismo negativo", que restou consagrado nos axiomas de Ferrajoli.[3]

Ganha força, porém, o entendimento doutrinário no sentido de que o princípio da

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* – teoria del garantismo penal. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 91.

proporcionalidade possui uma faceta positiva, cunhada na expressão "garantismo positivo", de modo que, o princípio da proporcionalidade apresenta duas vertentes protetivas, a negativa, que se resume na proteção do indivíduo frente ao poder estatal, e a positiva, representada pela proteção do Estado aos direitos fundamentais contra ataques ou ameaças de terceiros.

Como dito acima, a minorante estabelecida pelo legislador infraconstitucional, consistente na redução da reprimenda estatal ao delito perpetrado pelo "traficante de primeira viagem", não retira o caráter hediondo do delito. E nem poderia ser diferente, uma vez que o bem jurídico tutelado penalmente pela Lei Antidrogas, saúde pública, recebeu atenção especial do Poder Constituinte originário, conforme se verifica do disposto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Quanto à observância do "garantismo positivo", tem-se manifestado a doutrina da seguinte forma:

> O que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso – da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e aos órgãos jurisdicionais, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido.[4]

Por fim, atento à danosidade social causada pelos crimes perpetrados por organizações criminosas, o legislador ordinário, não obstante a definição dada pela Convenção de Palermo (incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12/03/2004) definiu o que vem a ser organização criminosa, conforme se verifica do disposto no artigo 2º da Lei nº 12.694, de 24/07/2012, *in verbis*:

> Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, *ainda que informalmente*, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos *ou que sejam de caráter transnacional*. (grifei)

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, SP, v. 47, mar./2004, p. 60.

Com base no texto normativo ora transcrito, percebe-se a preocupação do legislador pátrio em reafirmar o propósito do Estado brasileiro no combate às macrocriminalidade, o que se coaduna com a imprescindível e eficiente defesa dos bens jurídicos indicados pelo constituinte originário.

A conclusão, diante de tudo o que fora exposto até então, é de que, caso o órgão colegiado do Eg. TRF da 3ª Região concedesse a benesse do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 em prol da acusada, estar-se-ia a consagrar situação fática rechaçada por toda a sociedade, traduzindo, dessa forma, clara hipótese de proteção deficiente do bem jurídico (saúde pública) por parte do Estado, num plano macro, e do Poder Judiciário, num plano micro.

Bibliografia.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro* – aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* – teoria del garantismo penal. 10. ed. Madri: Trotta, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, SP, v. 47, p. 60-122, mar./2004.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Roberto da Silva Oliveira

Juiz Federal. Mestre e Doutor em Processo Penal pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília - UNISANTA, em Santos/SP.

No julgamento da apelação criminal nº 0005627-53.2011.4.03.6119/SP, envolvendo o julgamento de estrangeira que foi surpreendida no aeroporto de Guarulhos, transportando pouco mais de quatro quilos de cocaína, com destino à Europa, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento à apelação da defesa, a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, deixando de aplicar a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da mesma Lei, fixando a pena em sete anos de reclusão e setecentos dias-multa, nos termos dos votos dos Eminentes Desembargadores Federais Antonio Cedenho e Ramza Tartuce, vencido o relator, o Eminente Desembargador Federal Luiz Stefanini, que dava parcial provimento à apelação a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, bem como reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 daquela Lei e, com isso, reduzir as penas para cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa.

Peço vênia para destacar dois pontos do venerando acórdão, que me chamaram a atenção, ambos relacionados à dosimetria da pena.

O primeiro diz respeito à não aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

Os argumentos e fundamentos constantes do acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região são bem ponderados, dignos de todo o respeito e, inclusive, resultaram em votos vencedores no julgamento, todavia, trago apenas algumas reflexões sobre o assunto, no campo teórico.

Afinal, a "mula" integra ou não a organização criminosa?

Evidentemente, a resposta vai depender de cada caso concreto.

Mas o fato da "mula" ter transportado a droga já não caracteriza sua participação na organização criminosa?

Para alguns, o simples fato da pessoa ter aceitado o papel de "mula", transportando a droga, já caracterizaria sua participação na organização.

Todavia, gostaria de ponderar que a resposta para a questão somente pode se calcar nas provas efetivamente produzidas nos autos, não havendo lugar para ilações desconectadas com o conjunto probatório.

Veja, nos casos em que somente a "mula" é presa na posse da droga, sem qualquer outra investigação que revele a efetiva origem da pessoa do acusado ou mesmo da droga, eu pergunto, como se concluir que se

trata de organização criminosa?

Acredito, por máxima de experiência, que na grande maioria dos casos, se tratam de organizações criminosas, mas, sem a prova nos autos, não se pode afastar a hipótese de empreitada criminosa individual, o que pode gerar, no mínimo, uma dúvida, que sempre deverá ser resolvida em favor do acusado.

Agora, havendo prova de que exista uma organização criminosa, a "mula" é prestadora de serviço eventual e não a integra?

Aqui, também, vai depender do arcabouço probatório. No meu entender, diante da ausência de qualquer prova de participação direta na organização e diante da ausência de antecedentes, a "mula" deve ser entendida como uma prestadora de serviços eventual, mormente se verificado, pelo contexto probatório, que se trata de fato isolado na vida do acusado.

O artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 estabeleceu uma causa de diminuição de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A intenção do legislador foi privilegiar a situação do chamado "pequeno traficante eventual", possibilitando a redução da pena para aquele acusado que não faz do crime meio de vida, sendo o fato isolado em sua vida.[1]

Segundo a doutrina, no tocante ao fato de integrar organização criminosa,

> (...) mesmo a participação em atividade subalterna ou marginal na organização será suficiente para impedir a diminuição. Não assim, porém, para o agente que presta serviço para organização criminosa, de forma eventual, mas não a integra, caso em que não haverá impedimento à diminuição (...).[2]

Em recente julgado, o Colendo Supremo Tribunal Federal, acolheu a fundamentação de v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que aplicou a diminuição de pena no mínimo legal, sob o argumento de que

> (...) as assim denominadas "mulas", conquanto não integrem, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, têm plena e perfeita consciência de que estão a serviço de grupo dessa natureza.[3]

Em outra oportunidade, o Pretório Excelso deixou assentado que

> Incumbe à acusação, nos termos do art. 156 do CPP, o ônus da prova de que a <mula> dedica-se a atividades criminosas, com reiteração de conduta ou que integre uma organização criminosa, no sentido de ter participação ativa e estável na sociedade. As <mulas> nem sempre integram organização criminosa, posto que normalmente se tenham associado a elas, ao menos de maneira eventual, pois, na maioria dos casos, sequer conhecem os integrantes da organização criminosa, haja vista a enorme quantidade de prisões em flagrante que ocorrem em Aeroportos Internacionais, em que não é possível o desmantelamento das quadrilhas. No caso do tráfico, suas prisões não causam danos à organização criminosa, apesar de eventuais prejuízos financeiros, pois são sempre contratados outras em substituição. Na ausência de provas seguras em sentido contrário, há de se concluir que os réus serviram como <mulas> de forma esporádica, sendo, pois, merecedores do beneficio de redução da pena previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, cujo *quantum* fica a critério do Juiz.[4] (*sic*)

1 TRF 3ª Região, AC 2006.61.19.008904-3/SP, Quinta Turma, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. 03/03/2008, DJU 01/04/2008.

2 JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes federais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 683.

3 STF, HC 115149/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 16/04/2013, DJe 30/04/2013.

4 STF, HC 117042/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 21/03/2013, DJe 25/03/2013.

Além disso, decidiu que

> Quanto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, esta Turma vem entendendo que o mero "transportador" da droga não integra, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, podendo fazer jus ao benefício em tela. Por outro lado, quem assim age sabe que esta a serviço de um grupo dessa natureza e tem plena consciência de que exerce fundamental papel na cadeia do tráfico, cumprindo tarefa sem a qual os objetivos da organização restariam frustrados. Por tais razões, este colegiado vem reconhecendo o direito a redução, mas o faz na ordem de 1/6 (um sexto), patamar mínimo previsto na lei.[5] (*sic*)

Outro ponto é a negativa da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, dentre outros ponderáveis motivos, pelo fato da acusada ser estrangeira e não possuir vínculos com o nosso país, podendo facilmente se evadir, se solta.

> "A intenção do legislador foi privilegiar a situação do chamado 'pequeno traficante eventual'."

Por primeiro, cumpre dizer que são inconstitucionais os artigos 33, § 4º e 44 da Lei nº 11.343/2006, nas partes que dispõem o seguinte: "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", por violarem a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição da República),[6] posto que não há previsão constitucional para afastar do tráfico de drogas a possibilidade de conversão em pena alternativa.

A Resolução nº 5/2012, do Senado Federal, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos".

A meu ver, com todo o respeito às opiniões em contrário, entendo como juridicamente viável a substituição de pena no caso de acusado estrangeiro, mesmo que ele não tenha domicílio no distrito da culpa ou ocupação lícita no Brasil.

É que as garantias do artigo 5º da Constituição Federal devem ser aplicadas, igualmente, ao estrangeiro não residente no país, que é titular de direitos humanos fundamentais.[7]

Segundo a doutrina,

> (...) a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro (...), não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional (...).[8]

O Colendo Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir no sentido de que

> (...) o súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do "status libertatis" e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do "due process". (...). A condição jurídica de não nacional no Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao

5 STF, HC 114851/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24/08/2012, DJe 28/08/2012.

6 STF, HC 97256/RS, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJe 15/12/2010.

7 STF, HC 94477/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 06/09/2011, DJe 07/02/2012.

8 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 172.

> Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.[9]

Cada vez mais as representações diplomáticas dos países promovem condições para que os estrangeiros possam permanecer algum tempo no Brasil, ou mesmo instituições religiosas ou organizações não-governamentais que se prestam ao acolhimento de alienígenas, o que viabilizaria o eventual cumprimento de penas alternativas, não se podendo presumir uma possível fuga, a depender, evidentemente, do caso concreto.

Para o Pretório Excelso, então, não colhe o argumento da nacionalidade do acusado e sua falta de vínculos com o país para o fim de se negar o direito.

Todavia, na maioria dos casos envolvendo "mulas", acredito não ser o caso de se admitir a substituição, mas com fundamento na ausência do critério de suficiência previsto no artigo 44, III, do Código Penal.

Pelo texto legal, somente é possível a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos quando esta substituição seja suficiente para a prevenção e repressão do crime.

Nestes casos, envolvendo a prática de tráfico transnacional de drogas, e, ainda que não haja prova de que a acusada faça parte de organização criminosa, o fato é que sua conduta, ainda que se possa dizer que ela foi apenas uma "mula", era a de auxiliar referida organização, na intenção de distribuir relevante quantidade de droga de um país para outro, motivada pela precária condição financeira ou a cobiça de receber alguns milhares de euros.

Destarte, nestes casos, com frequência é possível se verificar que não há o atendimento dos requisitos subjetivos da substituição da pena, que deve ser reservada, no caso de tráfico de drogas, para casos excepcionais, que não envolvam tal quantidade de droga e esta situação de transnacionalidade.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região já teve oportunidade de decidir que a

> (...) quantidade e a natureza do material entorpecente, bem como a pretensão de transportá-lo além das fronteiras nacionais revelam a incompatibilidade das circunstâncias do crime e da culpabilidade dos réus com a concessão do benefício pretendido.[10]

De fato, a substituição deve ficar ao prudente critério do juiz, no caso concreto, pois, segundo a doutrina,

> (...) O legislador deixou por conta dos operadores jurídicos a tarefa de individualizar o instituto alternativo da substituição em cada caso concreto. É preciso que se faça um juízo de valor sobre a "suficiência" da resposta alternativa ao delito. Essa valoração deve ter em mira a repressão e prevenção do delito. É sempre importante enfatizar que essa valoração deve ser objetiva e descritiva, isto é, fundamentada, para se possibilitar o seu democrático controle.[11]

9 STF, HC 94.016/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16/09/2008, DJe 26/02/2009.

10 TRF 3ª Região, ACr 0012995-92.2009.4.03.6181/SP, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, j. 19/10/2010, eDJF 28/10/2010.

11 GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.

Jurisprudência

Direito Administrativo

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000331-11.2005.4.03.6103
(2005.61.03.000331-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: ALESSANDRA IZABEL DOS SANTOS FREITAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AMS 278491
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/06/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL. AMBIGUIDADE DO EDITAL E RESPECTIVA RETIFICAÇÃO. EXIGÊNCIA DE NÍVEL SUPERIOR NÃO PREVISTA EM LEI. IMPOSSIBILIDADE.

I - Merece ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade da autoridade impetrada, visto restar demonstrado, nos autos, ser o Diretor do Centro Técnico Aeroespacial a autoridade responsável pela posse e exercício dos candidatos aprovados em concurso público para cargos civis, lotados nos setores que fazem parte da estrutura do respectivo órgão, subordinado ao Comando da Aeronáutica que, por sua vez, responde ao Ministério da Defesa.

II - No edital de abertura do concurso público, foram previstas vagas para o cargo de "Prof. Classe C, Nível 1 (1ª a 4ª Séries)", bem como para o cargo de "Prof. Educação Infantil", com pré-requisitos semelhantes. Porém, o edital foi retificado, com a exigência de curso superior para o cargo "Professor Classe C, nível 1 (1ª a 4ª séries)".

III - A Impetrante inscreveu-se e foi aprovada para o cargo de "Professor de Educação Infantil", constando tal denominação até mesmo do ato de homologação do certame. Todavia, entendendo não cumprir a Impetrante os pré-requisitos para o cargo, visto ter comprovado apenas habilitação específica de nível médio para o magistério, a autoridade impetrada recusou seus documentos, negando-lhe a posse.

IV - A Lei nº 6.249/75, que organiza o Magistério da Aeronáutica, não fixa requisitos acadêmicos específicos para o provimento dos cargos das respectivas carreiras, mas remete à legislação federal atinente à matéria (Lei nº 9.384/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação), a qual, embora determine a graduação plena para o exercício da atividade de professor de educação básica, excepciona a educação infantil e as quatro primeiras séries do ensino fundamental, para as quais se admite a formação em nível médio.

V - Assim, é de se concluir que a retificação editalícia não se aplica aos cargos de Professor de Educação Infantil. Ainda que se admitisse que a alteração em questão abrangesse o cargo disputado pela Impetrante, tal exclusão dos candidatos habilitados em nível médio para o exercício do magistério extrapolaria o campo da discricionariedade da autoridade administrativa, porquanto violadora de expressa disposição legal.

VI - Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de junho de 2013.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ALESSANDRA IZABEL DOS SANTOS FREITAS, contra ato do SR. DIRETOR DO CENTRO TÉCNICO AEROESPACIAL - CTA, objetivando não seja obstada a sua posse, no cargo de professora de educação infantil do Instituto Tecnológico de Aeronáutica - ITA (fls. 02/13).

À inicial foram acostados documentos das fls. 14/47.

O MM. Juízo *a quo* determinou à autoridade coatora a reserva da vaga em litígio (fl. 49).

A autoridade apontada como coatora informou o cumprimento da decisão judicial (fls. 56/58).

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo a segurança em caráter definitivo, determinando que a Impetrante seja empossada no cargo de Professor de Educação Infantil, na unidade ITA (fls. 71/77).

Sentença submetida ao reexame necessário.

A União Federal interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, com a denegação total da sentença, sustentando, preliminarmente, a ilegitimidade da autoridade coatora, aduzindo, no mérito, o não atendimento aos requisitos legais, pela Impetrante, visto não possuir o curso superior em pedagogia com especialização nas séries iniciais, nem tampouco licenciatura em curso normal superior (fls. 104/111).

Com contrarrazões (fls. 122/126), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento da apelação (fl. 131).

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Inicialmente, rejeito a preliminar de ilegitimidade da autoridade impetrada, visto restar demonstrado, nos autos, ser o Diretor do Centro Técnico Aeroespacial a autoridade responsável pela posse e exercício dos candidatos aprovados em concurso público para cargos civis, lotados nos setores que fazem parte da estrutura do respectivo órgão, subordinado ao Comando da Aeronáutica que, por sua vez, responde ao Ministério da Defesa.

Observo que no edital de abertura do concurso público, (fls. 16/23), foram previstas, na Tabela “1a”, dentre outras, onze vagas para o cargo de “Prof. Classe C, Nível 1 (1ª a 4ª Séries)”,

sendo cinco vagas para a unidade "Esc. Brig. Newton Braga", na cidade do Rio de Janeiro/RJ, uma vaga para a unidade "Esc. Caminho das Estrelas" na cidade de Alcântara/MA, e cinco vagas para a unidade "Esc. Tenente Rego Barros", na cidade de Belém/PA, bem como três vagas para o cargo de "Prof. Educação Infantil", todas para a unidade "ITA", na cidade de São José dos Campos/SP, cargo este para o qual inscreveu-se a Impetrante.

Verifico, ainda, estarem os pré-requisitos para cada cargo descritos na Tabela 2, do mesmo documento, sendo semelhantes tanto para o cargo de "Professor Classe C Nível 1 (1ª a 4ª Séries)" campo de conhecimento "Educação Básica", quanto para o cargo de "Professor Classe C Nível 1 (1ª a 4ª Séries)" campo de conhecimento "Educação Infantil", quais sejam, "curso superior em pedagogia com especialidade nas séries iniciais, ou habilitação específica de nível médio para o magistério, ou licenciatura em Normal Superior".

Outrossim, conforme demonstram os documentos das fls. 24/30, a Impetrante inscreveu-se e foi aprovada para o cargo de "Professor de Educação Infantil", constando tal denominação até mesmo do ato de homologação do certame.

Porém, o edital havia sido retificado (fls. 32/33) nos seguintes termos: "O pré-requisito para Professor Classe C, nível 1 (1ª a 4ª séries) passa a ser o seguinte: Curso superior em pedagogia com especialização nas séries iniciais ou licenciatura em Normal Superior".

Por essa razão, entendendo não cumprir a Impetrante os pré-requisitos para o cargo, visto ter comprovado apenas habilitação específica de nível médio para o magistério (fl. 40), a autoridade impetrada recusou seus documentos, negando-lhe a posse, conforme narrado na inicial.

Com efeito, a Lei nº 6.249/75, que organiza o Magistério da Aeronáutica, não fixa requisitos acadêmicos específicos para o provimento dos cargos das respectivas carreiras, mas remete à legislação federal atinente à matéria, a teor do seu art. 11, *verbis*:

> Art. 11. Os candidatos às vagas existentes nas organizações de Ensino da Aeronáutica devem preencher todos os requisitos previstos na legislação federal referente ao exercício do magistério no nível de ensino a que se candidatarem.

Observo que idêntica redação ostenta o art. 27, do Decreto nº 77.740/76, o qual regulamenta a mencionada lei.

Por seu turno, a Lei nº 9.384/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), embora determine a graduação plena para o exercício da atividade de professor de educação básica, excepciona a educação infantil e as quatro primeiras séries do ensino fundamental, para as quais se admite a formação em nível médio, consoante dispõe o seu art. 62, *in verbis*:

> Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal.

Assim, à vista do contexto normativo, bem como da constatação de terem sido discriminados em separado, no edital de abertura do concurso, os cargos de Professor Classe C Nível 1 (1ª a 4ª Séries), e de Professor de Educação Infantil, é de se concluir que a retificação editalícia não se aplica aos cargos de Professor de Educação Infantil, abrangendo apenas os onze cargos

de Professor Classe C Nível 1 (1ª a 4ª Séries).

Ressalte-se que, ainda que se admitisse que a alteração em questão abrangesse o cargo disputado pela Impetrante, tal exclusão dos candidatos habilitados em nível médio para o exercício do magistério extrapolaria o campo da discricionariedade da autoridade administrativa, porquanto violadora de expressa disposição legal.

Desse modo, a sentença merece ser mantida.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA – Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0000984-85.2006.4.03.6100
(2006.61.00.000984-5)

Agravante: JOEL DE ANDRADE TEIXEIRA (= ou > de 60 anos)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 261/264
Apelante: JOEL DE ANDRADE TEIXEIRA (= ou > de 60 anos)
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 23ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AC 1453090
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO. ANISTIADO POLÍTICO. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DA PRESTAÇÃO MENSAL REPARATÓRIA. CONSIDERAÇÃO DE POSSÍVEIS PROJEÇÕES PROFISSIONAIS NO CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÕES PARADIGMAS A ENSEJAREM O ATENDIMENTO À POSTULAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Agravo legal contra decisão monocrática que negou seguimento à apelação interposta de sentença de improcedência em ação ordinária tendente à majoração da indenização mensalmente recebida por anistiado político.
2. Embora constitua direito do anistiado político a contagem no cálculo da prestação reparatória de eventuais promoções a que teria direito se na ativa estivesse, indispensável levar-se em conta a ascensão profissional da maior parte dos profissionais de igual cargo do anistiado (art. 6º, § 4º, da Lei nº 10.559/2002). Precedentes.
3. Ausência de comprovação de que a maioria dos despachantes de cargas, cargo outrora ocupado pelo demandante, alcançou o posto de diretor de cargas, posição cuja remuneração pretende o autor ver refletida em sua indenização.
4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de maio de 2013.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Cuida-se de agravo

legal interposto por Joel de Andrade Teixeira contra decisão monocrática de fls. 261/264 que, negando seguimento à apelação por ele interposta, manteve sentença de improcedência proferida em ação ordinária intentada em face da União Federal com vistas à majoração de prestação mensal percebida a título de indenização decorrente da condição de anistiado político (artigo 10 da Lei nº 10.559/2002).

Alega, o agravante, que o provimento recorrido está fundamentado na ausência de comprovação de que a maior parte de seus pares ou colegas conseguiu galgar o cargo cuja remuneração é almejada nesta ação, sendo, contudo, de se considerar a dificuldade quanto à produção de prova nesse sentido, haja vista o lapso temporal decorrido. Aduz que, nesta ação, busca efetivamente a aplicação do princípio da razoabilidade, com incidência de critérios já esposados em feitos semelhantes. Acentua que, não fossem os atos arbitrários praticados pelo regime de exceção, experimentaria projeção profissional e, se na ativa estivesse, certamente ocuparia cargo mais elevado relativamente àquele que serviu de parâmetro à contabilização da prestação mensal que recebe, de modo que a indenização haveria de retratar essa suposta promoção, conforme jurisprudência do C. STJ. Requer, assim, reconsideração da decisão ou, caso assim não se entenda, a submissão do recurso ao colegiado para apreciação.

É o relatório.

Mantida a decisão agravada, trago o feito em mesa, para julgamento.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

A decisão agravada encontra-se assim redigida:

> (...)
> Primeiramente, cumpre remarcar a competência do órgão fracionário da 2ª Seção à espécie, uma vez estar em discussão matéria de índole indenizatória, em decorrência da prática de ato de exceção no transcurso do regime militar, e não propriamente tema previdenciário, como, de resto, já deliberado pelo Órgão Especial deste Tribunal (CC nº 9994, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, DJU 18/02/2008).
> No mais, estando sedimentada a jurisprudência acerca da matéria, conforme adiante restará demonstrado, o feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do CPC.
> Busca o demandante, através do presente feito, a majoração do valor mensal que recebe, na condição de anistiado político, a título de reparação indenizatória. Alega que lhe foi concedida reparação com base na remuneração do cargo que ocupava quando perdeu o emprego - despachante de cargas - sem, contudo, considerar-se a projeção profissional que alcançaria caso não tivesse sido vítima da ditadura o que, segundo aduz, corresponderia ao cargo de Diretor de Cargas. Diz, assim, que não foram consideradas no cálculo da sua reparação as disposições do artigo 8º do ADCT, segundo o qual a indenização deve compreender suposta promoção que teria caso na ativa estivesse.
> Dispõe o artigo 8º do ADCT que:
> "É concedida anistia aos que, no período de 18/09/46, até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15/12/61, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12/9/69, *asseguradas as promoções na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação, a que teria direito se estivesse em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas*

leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades nas carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos"

Regulamentando o referido preceito transitório, sobreveio a Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, que, dentre outras disposições, prescreveu que:

"Art. 6º. O valor da prestação mensal, permanente e continuada, será igual ao da remuneração que o anistiado político receberia se na ativa estivesse, considerada a graduação a que teria direito, obedecidos os prazos para promoção previstos nas leis e regulamentos vigentes, e asseguradas as promoções ao oficialato, independentemente de requisitos e condições, respeitadas as características e peculiaridades dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e dos militares, e, se necessário, considerando-se os seus paradigmas.

§ 1º. O valor da prestação mensal, permanente e continuada, será estabelecido conforme os elementos de prova oferecidos pelo requerente, informações de órgãos oficiais, bem como de fundações, empresas públicas ou privadas, ou empresas mistas sob controle estatal, ordens, sindicatos ou conselhos profissionais a que o anistiado político estava vinculado ao sofrer a punição, podendo ser arbitrado até mesmo com base em pesquisa de mercado.

§ 2º. Para o cálculo do valor da prestação de que trata este artigo serão considerados os direitos e vantagens incorporados à situação jurídica da categoria profissional a que pertencia o anistiado político, observado o disposto no § 4o deste artigo.

§ 3º. As promoções asseguradas ao anistiado político independerão de seu tempo de admissão ou incorporação de seu posto ou graduação, sendo obedecidos os prazos de permanência em atividades previstos nas leis e regulamentos vigentes, vedada a exigência de satisfação das condições incompatíveis com a situação pessoal do beneficiário.

§ 4º. Para os efeitos desta Lei, considera-se paradigma a situação funcional de maior freqüência constatada entre os pares ou colegas contemporâneos do anistiado que apresentavam o mesmo posicionamento no cargo, emprego ou posto quando da punição.

§ 5º. Desde que haja manifestação do beneficiário, no prazo de até dois anos a contar da entrada em vigor desta Lei, será revisto, pelo órgão competente, no prazo de até seis meses a contar da data do requerimento, o valor da aposentadoria e da pensão excepcional, relativa ao anistiado político, que tenha sido reduzido ou cancelado em virtude de critérios previdenciários ou estabelecido por ordens normativas ou de serviço do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, respeitado o disposto no art. 7o desta Lei.

§ 6º. Os valores apurados nos termos deste artigo poderão gerar efeitos financeiros a partir de 5 de outubro de 1988, considerando-se para início da retroatividade e da prescrição qüinqüenal a data do protocolo da petição ou requerimento inicial de anistia, de acordo com os arts. 1o e 4o do Decreto no 20.910, de 6 de janeiro de 1932." (g.n.)

Verifica-se da leitura dos dispositivos que regem a matéria que não se prestam, como quer fazer crer o demandante, a corroborarem o direito invocado na vestibular. Ao contrário, tais regramentos servem a infirmar, de forma clara e veemente, as alegações por ele vertidas.

Deveras, tanto o artigo 8º do ADCT quanto o artigo 6º da Lei nº 10.559/2002 são expressos ao disporem que a prestação mensal deve corresponder à remuneração que o anistiado político receberia se na ativa estivesse, sendo asseguradas, ainda, "as promoções na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação, *a que teria direito se estivesse em serviço ativo*, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, *respeitadas as características e peculiaridades nas carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos*.

Ora, na espécie o autor era trabalhador da iniciativa privada e, nessa qualidade, a mera permanência em atividade não lhe daria, a princípio, direito a promoções, como sói acontecer com determinadas carreiras do serviço público civil e militar.

Certo que, à vista do princípio constitucional da isonomia, o anistiado que exerceu atividade eminentemente privada pode valer-se de tal regramento, uma vez comprovado que, por determinação legal ou regulamentar, faria jus à promoção. Mas tal comprovação, no presente caso, inexiste.

Para fins de definição das prestações devidas ao anistiado, faz-se mister considerar a ascensão profissional da maioria de seus colegas à época. Trata-se, assim, de se levarem em conta as chamadas "situações paradigmas", na conformidade do artigo 6º, § 4º, da Lei nº 10.559/2002, ou seja, o estágio profissional alcançado pela mais expressiva parcela daqueles que eram colegas do anistiado ao tempo da punição.

Nesse contexto, controverso imaginar-se que a maioria dos despachantes de carga que trabalharam na empresa Transbrasil na mesma época em que o autor conseguiu galgar o posto de Diretor de Cargas - cuja remuneração o demandante pretende seja considerada para efeito de estabelecimento do valor da reparação mensal a ele devida.

Uma circunstância reforça as dificuldades para se aceitar essa ilação: é que ela se situa no campo da retórica, pois o demandante se absteve de produzir qualquer comprovação nesse sentido, descurando do ônus da prova que lhe compete. De fato, o promovente não trouxe nenhum paradigma que servisse de supedâneo às suas alegações, e, ao assim proceder, deixou de demonstrar que a maior parte de seus então colegas progrediu na carreira e atingiu o cargo de diretor de cargas, providência curial ao atendimento de seu pleito.

A prova oral produzida tampouco presta-se a socorrer o vindicante.

Ouvido em 26/06/2007, disse Roldão Pinheiro:

"(...) conhecia o autor em 1963 ou 1964 na VASP. Ele trabalhava no escritório e eu trabalhava como confeiteiro na comissaria. O Autor trabalhava no escritório, na área de finanças. Eu trabalhei na VASP até 1968 e quando saí o Autor ainda trabalhava na mesma função. O Autor poderia ser promovido se continuasse trabalhando na empresa, mas eu não sei para quais cargos, uma vez que trabalhávamos um pouco distantes. Eu comecei a trabalhar na TRANSBRASIL em 21 de maio de 1971, e algum tempo depois o Autor também foi trabalhar na mesma empresa na seção de despacho. Ele era atendente de balcão. O Autor trabalhou na empresa até março ou abril de 1975 e chegou a substituir a chefia de despacho, na avenida São Luiz. Eu deixei a empresa em 1º de julho de 1975. O Autor deixou a empresa porque foi preso em razão de exercer atividade política. O Autor e eu atuávamos no sindicato dos aeroviários. Quando o autor foi solto ele me avisou que eu poderia ser perseguido, então resolvi deixar a empresa (...)".

Veja-se que em momento algum a testemunha cuida de retratar que a maior parte dos pares do proponente atingiu o patamar profissional cuja remuneração é almejada nesta via.

Demais de tudo, certo é que sequer bastaria demonstrar que um ou outro despachante de cargas chegou ao posto de diretor de cargas, mas sim que a maioria dos trabalhadores da época logrou tal evolução profissional.

A jurisprudência é firme no sentido de que o direito de anistiado a promoções como se na ativa estivesse vincula-se à detecção dessas situações paradigmas, incomprovadas no presente caso. Merecem lida, a propósito, os seguintes julgados do C. STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. ANISTIA. ARTIGO 8º DO ADCT. DIREITO A TODAS AS PROMOÇÕES COMO SE NA ATIVA ESTIVESSE. OBSERVÂNCIA DOS 'PARADIGMAS' E DO QUADRO AO QUAL INTEGRAVA O ANISTIADO.

1. O servidor público militar beneficiário de anistia política, nos termos do art. 8º, do ADCT, possui o direito às promoções como se estivesse na ativa, independente de aprovação em cursos ou avaliação de merecimento, *devendo, apenas, ser observados a situação do 'servidores paradigmas' e o quadro ao qual integrava o anistiado.*

(...)

4. Precedentes: REsp 1199442/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 24/09/2010; AgRg no Ag 1.227.919/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ de 01.03.2010; MS 14.005/DF, Rel.Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 15.09.2009.

5. Agravo regimental desprovido." (g.n.)

(AgRg no AgRg no REsp 1189910/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 17/02/2011, DJe 28/02/2011)

"ADMINISTRATIVO. ANISTIA. POLICIAL MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. PROMOÇÃO AO POSTO DE CAPITÃO. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DIREITO ÀS PROMOÇÕES. INTERPRETAÇÃO AMPLIADA. OBSERVÂNCIA DOS PARADIGMAS. LIMITAÇÃO ÀS PROMOÇÕES POR ANTIGÜIDADE. DESCABIMENTO.

1. A Suprema Corte, alterando anterior orientação, firmou entendimento no sentido de que o instituto da anistia, previsto no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve ser interpretado de forma ampla, reconhecendo ao beneficiário de anistia política o direito a todas promoções, como se na ativa estivesse, independentemente da aprovação de cursos ou avaliação de merecimento, *observando-se sempre as situações paradigmas* e o quadro ao qual integrava. Precedentes do STF.

2. Diante dessa nova diretriz interpretativa dada pela Suprema Corte ao art. 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, cujas normas relativas às promoções são literalmente repetidas na Lei n.º 10.559/02, não há espaço para qualquer interpretação ao art. 6º e parágrafos da mencionada lei, que limite as promoções dos anistiados políticos a critérios puramente objetivos, excluindo as promoções que exijam a realização de cursos ou avaliação de merecimento.

3. Evidente se mostra que a reintegração do Recorrente nas fileiras da corporação deve se dar no cargo corresponde ao dos seus paradigmas, observada a evolução funcional dos paradigmas apresentados, ocorrida no período compreendido entre a concessão da ordem e o momento da sua execução, sob pena de afronta direta aos Princípios da celeridade e economia processuais, pilares do atual processo civil brasileiro.

(...)

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

(REsp 701919/DF, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 08/05/2007, DJ 18/06/2007).

Por fim, é exato que o Supremo Tribunal Federal elasteceu sua exegese acerca da indenização devida ao anistiado político, passando a compreender que nela hão de estar inclusas também as promoções a que foi privado, mesmo as dependentes de aferição de merecimento, concurso ou aproveitamento em cursos.

À guisa de ilustração, segue precedente daquela e. Corte nessa linha:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. Constituição de 1988, ADCT, artigo 8º. I. - O que a norma do art. 8º do ADCT exige, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, é a observância, apenas, dos prazos de permanência em atividade inscritos nas leis e regulamentos vigentes, inclusive, em conquência, do requisito de idade-limite para ingresso em graduações ou postos, que constem de leis e regulamentos vigentes na ocasião em que o servidor, civil ou militar, seria promovido. II. - RE conhecido e improvido".

(RE 165438 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator Min. CARLOS VELLOSO, j. 06/10/2005, Tribunal Pleno, DJ 05-05-2006).

Contudo, não quer isto dizer que o anistiado esteja desonerado de demonstrar situações paradigmas que permitam amparar o atendimento a seu pedido, é dizer, a ascensão profissional experimentada pela maior parte de seus então colegas. A propósito, compulsando o inteiro teor do julgado cuja ementa transcrevemos, notadamente o voto-vista do eminente Ministro Gilmar Mendes, constata-se, claramente, que foi cotejada a situação dos paradigmas indicados pelo anistiado requerente.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo interposto, nos termos da fundamentação, mantendo a r. sentença recorrida.

(...).

Da análise do decisório, extrai-se que, conforme determinação legal, é direito do anistiado político o recebimento de indenização correspondente ao cargo, emprego ou posto a que teria direito, se na ativa estivesse, garantindo-lhe, ainda, eventuais promoções que teria direito durante o período de inatividade. Destacou-se, entretanto, que à definição dos valores das prestações devidas, deveria ser considerada a ascensão profissional da maioria dos profissionais de igual cargo que o anistiado, conforme, inclusive, preceituado no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 10.559/2002, sendo certo, porém, que, na espécie, inexistiu qualquer comprovação nesse sentido, além de não se mostrar crível, só por meras alegações, a ilação no sentido de que a grande maioria dos despachantes de cargas que trabalharam àquela época logrou alcançar o cargo de Diretor de Cargas.

Agregue-se, ademais, que, mesmo o precedente do C. STJ trazido pelo agravante para subsidiar seu pleito (REsp nº 701919, Rel. Min. Laurita Vaz), deixa claro a necessidade de se observarem sempre "as situações paradigmas e o quadro ao qual integrava" o anistiado.

Verifica-se, assim, que todos os argumentos trazidos pelo agravante em seu recurso já restaram, devidamente, rechaçados, motivo pelo qual não divisamos motivos suficientes à reforma do provimento vergastado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0000610-38.2008.4.03.6120
(2008.61.20.000610-1)

Apelante: OLICIMAR ELIAS PAVINI
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - ECT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AMS 313341
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2013

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE CARTEIRO. PARALISAÇÃO NO MEMBRO SUPERIOR DO BRAÇO ESQUERDO. SUJEIÇÃO AO EXAME DE BARRA FIXA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1 - O inciso XIII do artigo 5º da Constituição estabelece que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

2 - Porém, se mesmo quando a lei exige determinada qualificação é necessário analisar a pertinência entre tal requisito e o cargo almejado, com mais razão o edital também está vinculado ao princípio da razoabilidade.

3 - No caso, o edital impôs o teste de barra fixa a todos os candidatos do sexo masculino, consistindo em, no mínimo, três flexões completas, com extensão total dos cotovelos, utilizando-se as duas mãos.

4 - A violação do princípio da isonomia é patente: realizar esse teste com uma única mão é praticamente impossível e deixa o candidato em clara desvantagem em relação aos seus concorrentes.

5 - Porém, ainda resta analisar se a flexão em barra fixa é imprescindível para que o candidato exerça as atribuições do cargo de Carteiro I, descritas no edital.

6 - A princípio, o fato de o autor não conseguir realizar flexões de barra não o impede de exercer todas as atividades descritas no edital, tanto externas quanto internas, tornando-o inapto ao cargo.

7 - Embora essa análise possa parecer subjetiva, há, no caso dos autos, um fato esclarecedor e determinante: o edital dispensa a flexão de barras para as mulheres, exigindo apenas que elas fiquem, por onze segundos, em suspensão na barra fixa.

8 - Essa diferenciação, que é constitucional e respeita o princípio da isonomia, existe para que homens e mulheres possam concorrer ao cargo em igualdade material de condições.

9 - Segundo o edital, essas mulheres que passarem no concurso e ocuparem o cargo almejado terão plenas condições de desempenharem suas funções.

10 - Isso demonstra que o próprio edital reconhece que passar na prova de flexão em barra fixa não é imprescindível para o exercício do cargo, já que, havendo um motivo justo para a discriminação, a prova pode ser substituída por outra mais adequada ao caso.

11 - Portanto, concluo que, não sendo imprescindível ao cargo, sujeitar um candidato que não pode mover um dos braços a uma prova de flexão de barra fixa ofende os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.
12 - Saliente-se que não se analisa, por hora, se a deficiência do impetrante é compatível com o cargo ou suficiente para classificá-lo como deficiente, questões que serão analisadas conforme item 17.2 do edital.
13 - Porém, na exordial e na apelação, o impetrante não requer apenas a dispensa do teste de barra fixa, mas também o acesso à vaga, sem sequer ter passado nas posteriores fases do concurso, o que não deve ser deferido.
14 - Apelação parcialmente provida, apenas para dispensar o candidato da prova de flexão de barra fixa, autorizando-o a prosseguir nas demais fases do certame.

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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2013.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado para atribuir ao impetrante a vaga do concurso público de carteiro na condição de deficiente físico.

Narra o impetrante ser portador de lesão axonal difusa grave do pleno braquial esquerdo, impossibilitando qualquer tipo de movimentação do braço esquerdo. Portanto, prestou o concurso público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos nº 5980 para o cargo de Carteiro I na condição de deficiente físico, sendo aprovado em 1º lugar na cidade de Matão.

Ocorre que, nos testes de aptidão e robustez física, foi submetido ao teste de barra fixa, sendo obviamente reprovado, o que o impediu de realizar os testes posteriores: impulsão horizontal, corrida de doze minutos e robustez física.

Sustenta que o teste de barra fixa só pode ser destinado àqueles que não possuem deficiência física, sob pena de violar a isonomia e os direitos do impetrante.

Alega também que o edital, embora reserve o percentual de 20% aos portadores de deficiência, é omisso em relação às adaptações necessárias para que eles prestem o teste de aptidão física.

A autoridade impetrada apresentou informações, sustentando que o edital é claro ao prever o teste de barra fíxa como necessário para averiguar a aptidão física dos candidatos, inclusive para os portadores de deficiência, que na cidade de Matão a entrega é feita de bicicleta e que o impetrante seria incapaz de levantar recipientes pesados contendo correspondências (fls. 91 a 104).

A liminar foi indeferida (fls. 110 a 111).

Em sentença, a segurança foi denegada, por entender razoável as exigências feitas pelo edital (fls. 126 a 136).

Irresignado, apelou o impetrante pugnando pela concessão da segurança.

Com contrarrazões, subiram os autos para apreciação.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação com a concessão da segurança.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): O inciso XIII do artigo 5º da Constituição estabelece que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Porém, se mesmo quando a lei exige determinada qualificação é necessário analisar a pertinência entre tal requisito e o cargo almejado, com mais razão o edital também está vinculado ao princípio da razoabilidade.

No caso, o edital impôs o teste de barra fixa a todos os candidatos do sexo masculino, consistindo em, no mínimo, três flexões completas, com extensão total dos cotovelos, utilizando-se as duas mãos.

A violação do princípio da isonomia é patente: realizar esse teste com uma única mão é praticamente impossível e deixa o candidato em clara desvantagem em relação aos seus concorrentes.

Porém, ainda resta analisar se a flexão em barra fixa é imprescindível para que o candidato exerça as atribuições do cargo de Carteiro I, descritas no edital:

> 3. DOS CARGOS
> 3.1 Cargo: Carteiro I
> 3.1.3. Sumário das atribuições do cargo: Organização de correspondência e de encomendas destinadas à distribuição domiciliária, separando-os por distritos; entrega domiciliária de correspondências e de encomendas. Coleta de malas e outros tipos de recipientes contendo correspondências e encomendas; outras atividades correlatas ao cargo.
> 3.1.4 Particularidades do cargo: a atividade de Carteiro compreende o trabalho interno de organização de correspondências e de encomendas e o trabalho externo de distribuição domiciliária dos mesmo. O Carteiro realiza o percurso para a entrega de correspondências e de encomendas normalmente a pé e/ou de bicicleta, percorrendo no mínimo 7 km/dia, carregando uma bolsa contendo até 10 quilos para os do sexo masculino e 8 quilos para os do sexo feminino, sob condições climáticas variadas (calor, frio, sol, chuva).

A princípio, não me parece que o fato de o autor não conseguir realizar flexões de barra o impeça de exercer todas as atividades mencionadas, tanto externas quanto internas, tornando-o inapto ao cargo.

Embora essa análise possa parecer subjetiva, há, no caso dos autos, um fato esclarecedor e determinante: o edital dispensa a flexão de barras para as mulheres, exigindo apenas que elas fiquem, por onze segundos, em suspensão na barra fixa.

Essa diferenciação, que é constitucional e respeita o princípio da isonomia, existe para que homens e mulheres possam concorrer ao cargo em igualdade material de condições.

Segundo o edital, essas mulheres que passarem no concurso e ocuparem o cargo almejado terão plenas condições de desempenharem suas funções.

Isso demonstra que o próprio edital reconhece que passar na prova de flexão em barra fixa não é imprescindível para o exercício do cargo, já que, havendo um motivo justo para a discriminação, a prova pode ser substituída por outra mais adequada ao caso.

Portanto, concluo que, não sendo imprescindível ao cargo, sujeitar um candidato que não pode mover um dos braços a uma prova de flexão de barra fixa ofende os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Saliente-se que não se analisa, por hora, se a deficiência do impetrante o impede de exercer com o cargo ou se é suficiente para classificá-lo como deficiente para a reserva de vagas no concurso, questões que serão analisadas conforme item 17.2 do edital:

> 17.2. No caso dos portadores de necessidades especiais, estes serão submetidos à perícia médica a ser realizada por equipe multiprofissional da ECT ou credenciados, que ratificará a condição do candidato como deficiente, sendo a declaração de incompatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato realizada durante o período de experiência, de acordo com o artigo 43, parágrafo 2º, do Decreto 3.298/99. (...)

Porém, tanto na exordial quanto nas razões da apelação, o impetrante não requer apenas a dispensa do teste de barra fixa, mas também o acesso à vaga, sem sequer ter passado nas posteriores fases do concurso, o que não deve ser deferido, sob pena de se violar o princípio da isonomia, da necessidade de concurso público para o provimento de cargos públicos e da vinculação ao edital.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para dispensar o candidato da prova de flexão de barra fixa, autorizando-o a prosseguir nas demais fases do certame.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0002904-20.2008.4.03.6102
(2008.61.02.002904-4)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: CARLOS ALBERTO FERREIRA GUIMARÃES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1650637
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2013

EMENTA

APELAÇÃO. AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. ATOS DEVIDAMENTE COMPROVADOS. ELEMENTO SUBJETIVO CARACTERIZADO. NECESSIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA.

1. A robusta prova carreada aos autos revelou-se apta a comprovar o quanto narrado na inicial, não havendo necessidade de que toda a prova produzida nas ações penais existentes em nome do réu e que dizem respeito aos fatos aqui mencionados seja, necessariamente, encartada nos autos.

2. O traslado das decisões judiciais proferidas nos autos das ações penais, nas quais a análise da prova é realizada com muito mais profundidade, sempre em busca da verdade real, bem como a cópia do procedimento administrativo nº 1.34.010.000574/2004-67, instaurado no âmbito da Procuradoria da República de Ribeirão Preto, apenso a estes autos, e a prova aqui produzida, revelam-se suficientes para que haja pronunciamento acerca da procedência ou improcedência do pedido.

3. Os fatos narrados na inicial restaram devidamente comprovados nos autos das ações penais nºs 2004.61.02.006961-9, 2005.61.02.000580-4 e 2004.61.02.007911-0, que condenaram o réu pela prática dos crimes de quadrilha ou bando e falsidade ideológica, bem como nos autos do processo administrativo nº 1.34.010.000574/2004-67.

4. O documento firmado em 09/01/03 pelo ora réu, declarando, para fins de participação em concorrência pública, que a empresa *Fortservice Serviços Especiais de Segurança S/C Ltda.* possuía autorização de funcionamento na atividade de segurança privada com validade até 25/06/03 (fl. 881, volume 3, anexo I), foi expedido omitindo dado que, se dele constasse, impediria a empresa em questão de participar da licitação, o que se comprova pela interceptação telefônica que serviu de prova para o oferecimento de uma das denúncias em face do ora réu. Com efeito, a conversa entabulada entre este e o delegado Wilson Alfredo Perpétuo revela a preocupação dos agentes com o fato de ter a autorização da empresa *Fortservice* vencido em outubro do ano anterior, mencionando o fato de que, sem aquela, não haveria como expedir declaração para participação em licitação. Posteriormente, a conversa entre o delegado Perpétuo e Daniel Gustavo Ferreira da Silva, proprietário da empresa, deixa claro o acerto acerca da emissão de certidão incompleta e, portanto, ideologicamente falsa (fls. 1146/1147, volume 4, anexo I).

5. Omitiu-se, na declaração, deliberadamente, a necessidade de revisão anual da

autorização e o prazo de validade da última revisão realizada, o que possibilitou a participação da *Fortservice* na concorrência almejada.
6. À fl. 890 do volume 3 do anexo I encontra-se o requerimento da empresa *Engefort - Sistema Avançado de Segurança S/C Ltda.* objetivando autorização provisória para utilização de 12 revólveres calibre 38 pertencentes à empresa *Figueira de Almeida Formação de Vigilantes S/C Ltda.* Tal requerimento foi deferido pelo delegado Wilson Alfredo Perpétuo (fl. 890-v, volume 3, anexo I), tendo sido a autorização prorrogada pelo ora réu, de acordo com o que consta do relatório elaborado pela Diretoria de Inteligência Policial da Polícia Federal (fls. 853/876, volume 3, anexo I), fatos estes perpetrados em contrariedade ao que estabelecem as normas acerca do assunto.
7. Restou comprovado, também, ter o réu prorrogado a data de vencimento do certificado de segurança nº 001934, concedido à empresa *Extrema Segurança e Vigilância Ltda.* em 30/05/02, até o dia 05/09/03, ou seja, por prazo além do previsto no art. 8º da Portaria nº 1129/95, segundo o qual o certificado de segurança terá validade de um ano (fls. 899/900, volume 3, anexo I).
8. A Lei nº 8.429/92 divide os atos de improbidade administrativa em três espécies: aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).
9. Segundo Alexandre de Moraes, "a Lei nº 8.429/92 consagrou a responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo o dolo nas três espécies de atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11) e permitindo, em uma única espécie - art. 10 -, também a responsabilidade a título de culpa" - ob. cit., pág. 362.
10. A farta documentação acostada aos autos aponta para a configuração do elemento subjetivo na conduta do réu.
11. Deve ser afastada a pretensão de condenação do réu com base no art. 9º da Lei nº 8.429/92, em razão do laudo pericial de fls. 384/391, que atesta ter sido a sua evolução patrimonial negativa no período de 2003 a 2008, com exceção do exercício de 2005, ano base 2004, em que apresentou valor positivo de R$ 426,00, insignificante em relação à evolução patrimonial. Não há como, portanto, afirmar que os atos praticados pelo réu importaram enriquecimento ilícito, como exigido pelo mencionado dispositivo legal.
12. Há de se reconhecer, na conduta do réu, elementos que caracterizam, suficientemente, a prática de atos de improbidade capitulados nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, seja por frustrarem a licitude de processo licitatório, seja por atentarem contra os princípios da administração pública em geral e, especificamente, por visarem fim proibido em lei ou regulamento.
13. O autor, em sua petição inicial, requereu a aplicação, ao réu, das seguintes sanções, previstas no inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92.
14. Na forma do que estabelece o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92, cabe ao magistrado a dosimetria da pena, obedecidos os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, sempre considerando a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.
15. É de ser afastada a pena de perda da função pública, em razão de já ter sido esta decretada nos autos da ação penal nº 2004.61.02.007911-0, em sede de apelação interposta pelo Ministério Público Federal.
16. A aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos implica impedir o réu de participar da vida pública do país, seja como eleitor, seja como candidato, e justifica-

se pela extensão do dano causado pela sua atuação ímproba, que ofende toda a coletividade. No presente caso, é de se considerar que tal ofensa revela-se relevante o suficiente para ensejar a aplicação desta penalidade no patamar máximo previsto pelo inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 (5 anos), uma vez que as condutas levadas a efeito pelo réu configuram crimes.

17. Trata-se de condutas lesivas a bem jurídico de tamanha importância para a coletividade, tanto que protegido pelo Direito Penal, regido, dentre outros, pelo princípio da intervenção mínima, segundo o qual somente os bens jurídicos de maior relevância merecerão a atenção deste ramo do direito.

18. O mesmo fundamento pode ser utilizado para a aplicação da pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

19. Também a elevada reprovabilidade social da conduta do réu serve de norte para aplicação da multa civil, a qual, no entanto, não será fixada em seu teto, devido à probabilidade de não se revelar possível o seu pagamento sem que haja prejuízo ao sustento próprio do réu. Razoável a fixação da multa civil em 15 vezes o valor da remuneração do réu.

20. Quanto à condenação em danos morais, o E. Superior Tribunal de Justiça já consignou a sua possibilidade em ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa.

21. Há de se ter em mente que os atos de improbidade levados a efeito pelo réu configuram, também, condutas tipificadas como delitos pelo Código Penal, revelando, como já mencionado anteriormente, seu alto grau de reprovabilidade, o que é suficiente para demonstrar a ofensa aos valores, sentimentos e interesses da coletividade, sujeito passivo de todo e qualquer delito.

22. O arbitramento do *quantum* indenizatório deve obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como às peculiaridades que envolvem o caso concreto, dentre elas, a aplicação das demais penalidades, de modo que a condenação não se torne excessiva. Levando-se em consideração tais parâmetros, entendo seja razoável a fixação dos danos morais no valor de R$ 5.000,00.

23. Apelação e remessa oficial tida por ocorrida a que se dá parcial provimento para condenar o réu Carlos Alberto Ferreira Guimarães, pelos atos de improbidade por ele perpetrados, às seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos, multa civil equivalente a 15 vezes o valor da sua remuneração e reparação dos danos morais fixada em R$ 5.000,00. Sem condenação em honorários nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85. Sem condenação em honorários nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

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 à apelação e à remessa oficial tida por ocorrida para condenar o réu Carlos Alberto

Ferreira Guimarães, pelos atos de improbidade por ele perpetrados, às seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos, multa civil equivalente a 15 vezes o valor da sua remuneração e reparação dos danos morais fixada em R$ 5.000,00, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2013.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação e remessa oficial tida por ocorrida em ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, com pedido de liminar, proposta pelo Ministério Público Federal em face de Carlos Alberto Ferreira Guimarães, na qual pretende a condenação do réu às seguintes sanções: perda da função pública atualmente exercida; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 a 5 anos; pagamento de indenização pelo dano moral causado; pagamento de multa civil de cem vezes o valor da sua remuneração; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

A ação foi proposta em 13/03/08, tendo sido atribuído à causa o valor de R$ 100.000,00.

O réu apresentou defesa prévia às fls. 37/152.

Pela decisão de fls. 158/161, houve o recebimento da petição inicial e o indeferimento da liminar.

Citado, o réu contestou a ação às fls. 188/189.

Foi deferida a produção de prova oral e de perícia contábil, encontrando-se o laudo pericial às fls. 384/391 e os depoimentos das testemunhas às fls. 415, 432 e 447.

Alegações finais das partes às fls. 723/738 (autor) e 777/797 (réu).

A sentença julgou o pedido improcedente, deixando de fixar honorários nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Apelou o *parquet* requerendo a reforma da sentença.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento da apelação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Hipótese de revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação e remessa oficial tida por ocorrida em ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, com pedido de liminar, proposta pelo Ministério Público Federal em face de Carlos Alberto Ferreira Guimarães, na qual pretende a condenação do réu às seguintes

sanções: perda da função pública atualmente exercida; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 a 5 anos; pagamento de indenização pelo dano moral causado; pagamento de multa civil de cem vezes o valor da sua remuneração; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

Alega o Ministério Público Federal ter tramitado perante a 4ª Vara da Subseção Judiciária Federal de Ribeirão Preto/SP, procedimento investigatório (nº 2002.61.02.003194-2) iniciado a pedido do Departamento de Polícia Federal, setor de coordenação de ações de inteligência, com o fito de apurar eventuais práticas criminosas por parte de delegados e agentes da Polícia Federal lotados na delegacia daquela cidade.

Tal procedimento trouxe à tona veementes indícios de que vários agentes, dentre eles o réu, estariam se valendo dos seus cargos para a prática dos mais variados delitos.

Com base em todo o conjunto probatório, foram ajuizadas ações penais em face dos agentes envolvidos, sendo os seguintes os fatos imputados a Carlos Alberto Ferreira Guimarães:

1) ação penal nº 2004.61.02.006961-9: o réu e o delegado Wilson Alfredo Perpétuo omitiram declaração que deveria constar de documento público, no intuito de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante em benefício da empresa *Fortservice Serviços Empresariais*, que se encontrava com a sua autorização para funcionamento vencida desde de outubro de 2002. Desta forma, devido à pretensão da empresa de participar de licitação, restou acertada a necessidade de expedição de certidão incompleta e, portanto, ideologicamente falsa, já que o preenchimento de todos os requisitos legais impediria a participação da empresa no procedimento licitatório. A declaração foi, então, emitida, firmada pelo réu, atestando possuir a *Fortservice* autorização de funcionamento na atividade de segurança privada, concedida pela Portaria nº 1454-18/10/2000, omitindo-se, no entanto, a necessidade de revisão anual e o prazo de validade da última revisão realizada.

2) ação penal nº 2005.61.02.000580-4: formação de quadrilha para a prática dos delitos de corrupção ativa e passiva e de falsificação de documentos públicos. Nesse contexto, Daniel Ferreira da Silva e João José de Almeida corromperam o réu e outros dois servidores, oferecendo vantagens indevidas de forma reiterada, as quais foram aceitas, e consistiram em: pagamento de contas pessoais e contratação de parentes seus pelas empresas do ramo de segurança privada *Fortservice, Engefort e Figueira de Almeida*. Em contrapartida às vantagens indevidas, os servidores beneficiavam as referidas empresas por meio de omissões de atos que deveriam praticar de ofício, ou levando a efeito outros de natureza ilícita, bem como inserindo em documentos públicos declarações inverídicas, com o fito de alterar a realidade sobre fatos juridicamente relevantes. Dentre tais atos, destaca-se a prorrogação, pelo réu, de despacho exarado pelo delegado Wilson A. Perpétuo, autorizando a utilização de armas da empresa *Figueira de Almeida Formação de Vigilantes S/C Ltda.* pela empresa *Engefort - Sistema Avançado de Segurança S/C Ltda.*, tendo os dois servidores incorrido em usurpação de competência (art. 50, § 1º da Portaria nº 992-DG/DPF), bem como contrariado norma que proíbe a utilização de armamento ou de munição, em serviços de vigilância privada, que não sejam de propriedade exclusiva da empresa de segurança prestadora do serviço ou do estabelecimento vigiado (art. 100, IX, Portaria nº 992-DG/DPF).

Teria o réu, ainda, emitido declaração postergando indevidamente a validade do certificado de segurança da empresa *Extrema Segurança e Vigilância Ltda.*, dilatando o prazo de autorização para além daquele previsto na norma do art. 8º da Portaria nº 1129/95 - DG/DPF.

3) ação penal nº 2004.61.02.007911-0: formação de quadrilha armada (art. 288, *caput*

e parágrafo único, CP). Apurou-se que, na delegacia da Polícia Federal em Ribeirão Preto/SP, instalou-se uma organização criminosa na qual o réu, dentre outros, se associaram de forma estável e permanente para a prática de inúmeros delitos, valendo-se do abuso e do desvio dos seus poderes funcionais. O réu atuava ora como apoiador, ora como agente executor das tarefas decorrentes da atuação delituosa dos líderes.

Além dos fatos relativos às ações penais acima mencionadas, narra o Ministério Público Federal que o réu teria atuado irregularmente quando exerceu o cargo de Vice-Presidente da Comissão e Junta de Vistoria do DPF em Ribeirão Preto/SP, órgão responsável pelas avaliações realizadas na empresa *Figueira de Almeida Formação de Vigilantes S/C Ltda.*, no que toca à renovação do seu certificado de segurança.

O d. juízo *a quo* julgou a ação improcedente em virtude da não comprovação, pelo *parquet* federal, da prática de qualquer ato de improbidade pelo réu.

No entanto, tal entendimento deve ser reformado, uma vez que a robusta prova carreada aos autos revelou-se apta a comprovar o quanto narrado na inicial.

Observe-se, inicialmente, que, em relação à ação penal nº 2004.61.02.006961-9, houve interposição de Recurso Extraordinário e de Recurso Especial (nº 1106603), o primeiro inadmitido, tendo o E. Supremo Tribunal Federal mantido a decisão (AI nº 745513), e o segundo no aguardo de julgamento pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à ação penal nº 2005.61.02.000580-4, foram, também, interpostos Recurso Especial e Recurso Extraordinário, ambos inadmitidos, tendo as instâncias superiores mantido tal decisão (AI nº 1365714, no STJ e AI nº 832294, no STF), o mesmo se verificando em relação à ação penal nº 2004.61.02.007911-0 no que tange ao Recurso Extraordinário interposto (AI nº 753806), tendo havido, por sua vez, a negativa de seguimento ao Resp nº 1125535 nela interposto.

Entendo não haver necessidade, como decidido pelo d. juízo *a quo*, de que toda a prova produzida nas mencionadas ações penais seja, necessariamente, aqui encartada.

Em outros termos, no caso em tela, o traslado das decisões judiciais proferidas nos autos das ações penais, nas quais a análise da prova é realizada com muito mais profundidade, sempre em busca da verdade real, bem como a cópia do procedimento administrativo nº 1.34.010.000574/2004-67, instaurado no âmbito da Procuradoria da República de Ribeirão Preto, apenso a estes autos, e a prova aqui produzida, revelam-se suficientes para que haja pronunciamento acerca da procedência ou improcedência do pedido.

Passa-se, portanto, à análise do mérito.

O Ministério Público Federal imputa ao réu da presente ação a prática de condutas delituosas, valendo-se, para tanto, do cargo público por ele ocupado, além de atuação irregular quando exerceu o cargo de Vice-Presidente da Comissão e Junta de Vistoria do DPF em Ribeirão Preto/SP.

A ação penal nº 2004.61.02.006961-9 decorre de denúncia oferecida em face do réu pela prática dos crimes capitulados no art. 299, parágrafo único e 317, §1º, ambos do Código Penal (falsidade ideológica praticada por funcionário público e corrupção passiva).

Pelo que restou apurado no juízo criminal (fls. 322/363), o réu, assim que tomou conhecimento de que a autorização de funcionamento da empresa *Fortservice Serviços Especiais de Segurança S/C Ltda.* estava vencida, entrou em contado com o delegado Wilson Alfredo Perpétuo, que, por sua vez, contatou Daniel Gustavo Ferreira, sócio da empresa, tendo sido ajustada a emissão de declaração, efetivamente expedida e subscrita pelo ora réu, na qual

se omitiu a data de vencimento da revisão de autorização de funcionamento da *Fortservice*, possibilitando a sua participação em procedimento de licitação, do qual sagrou-se vencedora, o que tornou a omissão perpetrada juridicamente relevante.

Observa-se, assim, que coube ao réu a execução da conduta delituosa, tendo ele realizado uma das condutas descritas no tipo do art. 299 do Código Penal, segundo o qual configura crime de falsidade ideológica "omitir, em documento público ou particular, declaração que dele deveria constar, ou nele inserir fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante".

Quanto ao crime de corrupção passiva, a participação de Carlos Alberto Ferreira Guimarães não restou demonstrada.

Houve a interposição de apelação por parte do réu, a qual negou-se provimento (fls. 661/720).

Já a ação penal nº 2005.61.02.000580-4 é originária de denúncia na qual é imputada ao ora réu a prática dos crimes dos arts. 288, *caput*, 299, parágrafo único e 317, *caput* e § 1º, todos do Código Penal (quadrilha ou bando, falsidade ideológica e corrupção passiva).

Nesta ação apurou-se, consoante se verifica das fls. 195/283, que Carlos Alberto Ferreira Guimarães, juntamente com os demais corréus da mencionada ação penal, praticou a conduta descrita no art. 299 do Código Penal, ora inserindo, ora deixando de inserir informações que deveriam constar de documentos públicos, "fazendo isso de maneira que prevalecessem, de forma contumaz, os seus interesses diante das empresas que defendiam enquanto agentes públicos investidos em funções de caráter administrativo, bem como os particulares, como sócios e/ou proprietários das empresas de segurança envolvidas" (fl. 246). Verificou-se, ainda, terem os agentes atuado com unidade de desígnios, reunindo-se de forma organizada, todos cientes das condutas que praticavam, evidenciando, assim, a prática do delito de quadrilha ou bando.

Em relação ao crime de corrupção passiva, a participação de Carlos Alberto Ferreira Guimarães não restou demonstrada.

Houve a interposição de apelação por parte do réu, que foi parcialmente provida para absolvê-lo, com base no inciso III do art. 386 do Código Penal, da prática do delito de falsidade ideológica (fls. 455/648).

Por sua vez, a sentença da ação penal nº 2004.61.02.007911-0 absolveu o réu, com fundamento no art. 386, VI do CPP, da imputação da prática do delito previsto no art. 288, *caput* e parágrafo único do Código Penal (formação de quadrilha ou bando armado). No entanto, a apelação interposta pelo Ministério Público Federal foi provida para condenar o réu pela prática do crime mencionado, bem como para decretar a perda do seu cargo público (fls. 741/771).

Tais fatos estão igualmente comprovados nos autos do processo administrativo nº 1.34.010.000574/2004-67, instaurado no âmbito do Ministério Público Federal - Procuradoria da República em Ribeirão Preto.

Naqueles autos, verifica-se que o documento firmado em 09/01/03 pelo ora réu, declarando, para fins de participação em concorrência pública, que a empresa *Fortservice Serviços Especiais de Segurança S/C Ltda.* possuía autorização de funcionamento na atividade de segurança privada com validade até 25/06/03 (fl. 881, volume 3, anexo I), foi expedido omitindo dado que, se dele constasse, impediria a empresa em questão de participar da licitação.

Isso se comprova pela interceptação telefônica que serviu de prova para o oferecimento de uma das denúncias em face do ora réu. Com efeito, a conversa entabulada entre este e o

delegado Wilson Alfredo Perpétuo revela a preocupação dos agentes com o fato de ter a autorização da empresa *Fortservice* vencido em outubro do ano anterior, mencionando o fato de que, sem aquela, não haveria como ser possível a participação da empresa em licitação. Posteriormente, a conversa entre o delegado Perpétuo e Daniel Gustavo Ferreira da Silva, proprietário da empresa, deixa claro o acerto acerca da emissão de certidão incompleta e, portanto, ideologicamente falsa (fls. 1146/1147, volume 4, anexo I).

Verifica-se, assim, ter sido omitido, deliberadamente, na declaração, a necessidade de revisão anual da autorização e o prazo de validade da última revisão realizada, o que possibilitou a participação da *Fortservice* na concorrência almejada.

Outrossim, à fl. 890 do volume 3 do anexo I encontra-se o requerimento da empresa *Engefort - Sistema Avançado de Segurança S/C Ltda.* objetivando autorização provisória para utilização de 12 revólveres calibre 38 pertencentes à empresa *Figueira de Almeida Formação de Vigilantes S/C Ltda.*

Tal requerimento foi deferido pelo delegado Wilson Alfredo Perpétuo (fl. 890-v, volume 3, anexo I), tendo sido a autorização prorrogada pelo ora réu, de acordo com o que consta do relatório elaborado pela Diretoria de Inteligência Policial da Polícia Federal (fls. 853/876, volume 3, anexo I), fatos estes perpetrados em contrariedade ao que estabelecem as normas acerca do assunto.

A uma porque a Portaria nº 992/95, do Departamento da Polícia Federal, que normatiza e uniformiza os procedimentos relacionados às empresas prestadoras de serviços de segurança privada, não prevê a possibilidade de concessão de qualquer autorização de caráter provisório; a duas porque o Decreto nº 89.056/83, que regulamenta a Lei nº 7.102/83 (dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores), estabelece, em seu art. 43, que "as armas e munições utilizadas pelos instrutores e alunos do curso de formação de vigilantes serão de propriedade e responsabilidade da instituição autorizada a ministrar o curso"; por fim, de acordo com o disposto na alínea *c* do item 10 da Portaria nº 17, de 26/08/96, do Departamento de Material Bélico do Ministério do Exército (aprova as normas que regulam a aquisição, a guarda e utilização de produtos controlados pelo Ministério do Exército, por empresas privadas especializadas em serviço de vigilância e transporte de valores, cursos de formação de vigilantes, órgãos públicos, empresas públicas ou estatais, empresas privadas e outras instituições que possuam serviço orgânico de segurança), "é vedado às pessoas jurídicas de direito público e privado efetuarem empréstimos e trocas de produtos controlados adquiridos para emprego em suas atividades".

Restou comprovado, também, ter o réu prorrogado a data de vencimento do certificado de segurança nº 001934, concedido à empresa *Extrema Segurança e Vigilância Ltda.* em 30/05/02, até o dia 05/09/03, ou seja, por prazo além do previsto no art. 8º da Portaria nº 1129/95, segundo o qual o certificado de segurança terá validade de um ano (fls. 899/900, volume 3, anexo I).

Pois bem. A Lei nº 8.429/92 divide os atos de improbidade administrativa em três espécies: aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

De acordo com o Ex-Procurador Geral da República *Aristides Junqueira Alvarenga*, pode-se conceituar improbidade administrativa "como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano

ao erário". E prossegue dizendo que "é essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente" (*Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas*, Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, Malheiros, 2001, pág. 88).

Não basta, para a caracterização da improbidade administrativa, a mera violação de princípios, devendo ser revelada a desonestidade do agente. É preciso, segundo *Alexandre de Moraes*, "um desvio de conduta do agente público, que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade" (*Direito Constitucional*, Atlas, 2008, pág. 362).

A esse respeito, *Alexandre de Moraes* esclarece que "a Lei nº 8.429/92 consagrou a responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo o dolo nas três espécies de atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11) e permitindo, em uma única espécie - art. 10 -, também a responsabilidade a título de culpa" - ob. cit., pág. 362.

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92, ART. 11. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE.
> 1. *É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.*" (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27/09/2011).
> 2. A Corte de origem, ao consignar que o enquadramento do agente público no art. 11 "não exigiria a comprovação de dolo ou culpa por parte do gestor público, ou mesmo a existência de prejuízo ao erário", contrariou o entendimento desta Corte.
> 3. Como o agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão que deseja ver modificada, esta deve ser mantida em seus próprios fundamentos.
> Agravo regimental improvido.
> (STJ, 2ª Turma, AgRg no Resp 1253667/MG, relator Ministro Humberto Martins, DJe 11/05/12)

O Ministério Público Federal imputa ao réu a prática dos atos de improbidade descritos nos arts. 9º, I, 10, VIII e 11, *caput* e inciso I da Lei nº 8.429/91.

Inicialmente, deve-se salientar que a farta documentação acostada aos autos aponta para a configuração do elemento subjetivo na conduta do réu.

Deve ser afastada a pretensão de condenação do réu com base no art. 9º da Lei nº 8.429/92, em razão do laudo pericial de fls. 384/391, que atesta ter sido a sua evolução patrimonial negativa no período de 2003 a 2008, com exceção do exercício de 2005, ano base 2004, em que apresentou valor positivo de R$ 426,00, insignificante em relação à evolução patrimonial. Não há como, portanto, afirmar que os atos praticados pelo réu importaram enriquecimento ilícito, como exigido pelo mencionado dispositivo legal.

No entanto, há de se reconhecer, na conduta do réu, elementos que caracterizam, suficientemente, a prática de atos de improbidade capitulados nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, seja por frustrarem a licitude de processo licitatório, seja por atentarem contra os princípios

da administração pública em geral e, especificamente, por visarem fim proibido em lei ou regulamento.

O autor, em sua petição inicial, requereu a aplicação, ao réu, das seguintes sanções, previstas no inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92: perda da função pública por ele atualmente exercida; suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos; pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração por ele percebida; proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos; pagamento de indenização pelos danos morais causados.

Segundo o E. Superior Tribunal de Justiça, "a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, 'a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente' (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa" (Resp 200601727763, 1ª Turma, relatora Ministra Denise Arruda, DJE 11/02/09).

Ou seja, na forma do que estabelece o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92, cabe ao magistrado a dosimetria da pena, obedecidos os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, sempre considerando a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Com base nesses parâmetros, passa-se à aplicação das sanções.

Primeiramente, é de ser afastada a pena de perda da função pública, em razão de já ter sido esta decretada nos autos da ação penal nº 2004.61.02.007911-0, em sede de apelação interposta pelo Ministério Público Federal.

A aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos implica impedir o réu de participar da vida pública do país, seja como eleitor, seja como candidato, e justifica-se pela extensão do dano causado pela sua atuação ímproba, que ofende toda a coletividade. No presente caso, é de se considerar que tal ofensa revela-se relevante o suficiente para ensejar a aplicação desta penalidade no patamar máximo previsto pelo inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 (5 anos), uma vez que as condutas levadas a efeito pelo réu configuram crimes.

Em outros termos, trata-se de condutas lesivas a bem jurídico de tamanha importância para a coletividade, tanto que protegido pelo Direito Penal, regido, dentre outros, pelo princípio da intervenção mínima, segundo o qual somente os bens jurídicos de maior relevância merecerão a atenção deste ramo do direito.

O mesmo fundamento pode ser utilizado para a aplicação da pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

Também a elevada reprovabilidade social da conduta do réu serve de norte para aplicação da multa civil, a qual, no entanto, não será fixada em seu teto, devido à probabilidade de não se revelar possível o seu pagamento sem que haja prejuízo ao sustento próprio do réu.

Assim, entendo razoável a fixação da multa civil em 15 vezes o valor da remuneração do réu.

Por fim, quanto à condenação em danos morais, o E. Superior Tribunal de Justiça já consignou a sua possibilidade em ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. Afastada a multa civil com fundamento no princípio da proporcionalidade, não cabe se alegar violação do artigo 12, II, da LIA por deficiência de fundamentação, sem que a tese tenha sido anteriormente suscitada. Ocorrência do óbice das Súmulas 7 e 211/STJ. 2. "A norma constante do art. 23 da Lei nº 8.429 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil (art. 177 do CC de 1916)" - REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.08.07. 3. *Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal. 4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa*. 5. Superado o tema da prescrição, devem os autos retornar à origem para julgamento do mérito da apelação referente ao recorrido Selmi José Rodrigues e quanto à ocorrência e mensuração de eventual dano moral causado por ato de improbidade administrativa. 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.
(STJ, 2ª Turma, RESP 200700667942, relator Ministro Castro Meira, DJE 01/04/08)

Como bem salientado pelo Exmo. Ministro José Delgado, relator do Resp nº 200401471093, "a tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral (...) O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material".

No caso em tela, há de se ter em mente que os atos de improbidade levados a efeito pelo réu configuram, também, condutas tipificadas como delitos pelo Código Penal, revelando, como já mencionado anteriormente, seu alto grau de reprovabilidade, o que é suficiente para demonstrar a ofensa aos valores, sentimentos e interesses da coletividade, sujeito passivo de todo e qualquer delito.

O arbitramento do *quantum* indenizatório deve obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como às peculiaridades que envolvem o caso concreto, dentre elas, a aplicação das demais penalidades, de modo que a condenação não se torne excessiva.

Assim, levando-se em consideração os parâmetros acima mencionados, entendo seja razoável a fixação dos danos morais no valor de R$ 5.000,00.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial tida por ocorrida para condenar o réu Carlos Alberto Ferreira Guimarães, pelos atos de improbidade por ele perpetrados, às seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos, multa civil equivalente a 15 vezes o valor da sua remuneração e reparação dos danos morais fixada em R$ 5.000,00. Sem condenação em honorários nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0037364-98.2011.4.03.0000
(2011.03.00.037364-0)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: ESTADO DE SÃO PAULO, MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AI 460982
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEDIDOS DO ESTADO DE SÃO PAULO DE COMPRA DE MEDICAMENTOS POR FORÇA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL RECUSADOS PELAS EMPRESAS FORNECEDORAS. ABUSO DE PODER ECONÔMICO NÃO DEMONSTRADO. RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE AS FORNECEDORAS DE FÁRMACOS E O ENTE ESTATAL CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA EM LEI. INFRINGÊNCIA DO ARTIGO 39 DO CDC. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO.

- A peça recursal, não obstante repise os argumentos expostos na petição inicial da ação originária, impugna a decisão recorrida por meio da explanação das razões do pedido de reforma da decisão, em observância ao artigo 524, II, do CPC, motivo pelo qual não restou configurada a alegada inépcia.
- A planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru indica a MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA., com endereço à Rua Treze de Maio, 815, Campinas - SP, como uma daquelas que se recusaram a vender medicamentos (Glifage) para atendimento de determinações judiciais. Não há notícia de que a referida empresa tenha informado ao órgão público quando lhe foi feita solicitação sobre produzir ou não o fármaco. Em consequência, o pressuposto da recusa continua válido.
- À vista das razões expostas pelo *parquet* federal, de ausência de providências do órgão estadual no sentido de tomar as providências que entende serem necessárias para o controle do atendimento às solicitações de compra de medicamentos para cumprimento de ordem judicial, que é claramente a causa de pedir da ação civil pública originária em relação a esse agravado, justifica-se a inclusão do Estado de São Paulo no polo passivo da ação.
- Está demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à FARMOQUÍMICA S/A, uma vez que está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru, que indica os que se recusaram a vender medicamentos (*in casu*, Nutrical D) para atendimento de determinações judiciais.
- Está igualmente demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à

DAIICHI SANKYO BRASIL FARMACÊUTICA LTDA., uma vez que está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru, que indica os que se recusaram a vender medicamentos para atendimento de determinações judiciais.

- Não há indício nos autos de conduta de abuso de poder econômico, na medida em que para a configuração de práticas abusivas, na forma da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), é necessário que haja posição dominante da empresa, entendida como *controle de parcela substancial de mercado relevante* (artigo 20, § 2º), circunstância que nem ao menos é narrada na petição inicial. De outro lado, também não há vestígios de conluio entre as empresas agravadas a fim de boicotar a administração pública, porque demonstraram, por meio dos documentos que anexaram às suas defesas, que participam de licitações, nas quais obedecem aos limites de preços fixados na tabela da CMED.

- Constata-se a existência de relação de consumo entre as empresas agravadas e o ente público.

- A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CF) e como meta, dentre outras, o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º da CF). Nesse contexto, a fim de implementar tais garantias o constituinte de 1988 também inseriu na Lei Maior princípios como o da função social da propriedade - artigos 5º, XXIII, e 170, III, cuja implantação na ordem jurídica nacional trouxe uma nova concepção de institutos como propriedade, contrato e empresa. Inspirado nesses ditames surgiu o Código Civil de 2002 que em uma série de dispositivos implantou uma nova visão do conceito de empresa e de como deve ser a sua atuação, a qual não deve se restringir a propiciar lucro ao empresário ou à sociedade empresária.

- Antes mesmo da promulgação do novo estatuto civil, já vigia o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual reflete nitidamente a preocupação do legislador em promover a função social do contrato por meio da intervenção estatal em prol do equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, que de um lado tem o fornecedor/empresário e do outro, a parte considerada mais fraca, o consumidor. Referida norma tem como cláusula geral a boa-fé objetiva, que consiste na atuação leal e sem abusos das partes, na busca do cumprimento do objetivo contratual e da realização de seus interesses.

- Na relação de consumo estabelecida no caso em questão, as empresas são as fornecedoras dos medicamentos e o Estado de São Paulo é o consumidor. A partir desse pressuposto, constata-se que, nas situações comprovadas pelo Ministério Público Federal de recusa, praticada na forma de omissão, em atender à demanda daquele ente estatal, consubstanciada nos pedidos de compra de medicamentos por força de determinação judicial, as agravadas infringiram o disposto no artigo 39 do referido estatuto, o qual veda ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) II - *recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.*

- Presente o *fumus boni juris*, está demonstrado também que a conduta das empresas rés, se mantida, pode vir a causar dano grave de difícil reparação à sociedade em geral, dado que a compra dos medicamentos na rede varejista, como tem ocorrido em muitos

casos, conforme demonstrado pelos documentos apresentados pelo *parquet* federal, a preços superiores aos praticados pelos fornecedores na venda direta à administração pública, cuja negociação tem desconto previsto na sistemática do CAP editada pela CMED em sua Resolução nº 4 de 2006, no cômputo geral, tem gerado prejuízos de milhões de reais aos cofres públicos.

- As medidas pleiteadas pelo agravante, a serem implantadas no âmbito administrativo, não se revestem da urgência necessária a justificar a antecipação de tutela. Tais medidas tratam de políticas e procedimentos que não cabe, neste momento processual, ao judiciário determinar o cumprimento, uma vez que dependem de um juízo definitivo acerca da causa e levam a uma estruturação do aparelho estatal que não se tem notícia nos autos da sua existência. Acrescente-se que a ausência de cadastro de recusa não inviabiliza a implantação da decisão, porquanto ela já é o bastante para se evitar danos ao erário, bem como à saúde pública, bem como que a providência requerida pelo agravante de notificação pessoal das autoridades é descabida no âmbito do agravo de instrumento.

- Os provimentos antecipatórios revelam, *in casu*, a necessidade de urgência, posto que se destinam a propiciar o mais célere atendimento das ordens judiciais, que se referem ao fornecimento de medicamentos considerados imprescindíveis a situações de saúde inadiáveis e resultantes de prescrições médicas. Em função da urgência, relevância e necessidade, bem como que as empresas agravadas já não atenderam solicitações anteriores, impõe-se a multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento da tutela concedida.

- Preliminar rejeitada. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Agravos regimentais de fls. 953/965, 1468/1477 e 1539/1548 prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao agravo de instrumento, prejudicados os agravos regimentais de fls. 953/965, 1468/1477 e 1539/1548, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de julho de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em sede de ação civil pública, deferiu parcialmente a antecipação de tutela pleiteada para:

a) determinar que as empresas produtoras, distribuidoras ou que se dediquem ao comércio de medicamentos e que, voluntariamente, se proponham a fornecer medicamentos aos entes das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal, mediante habilitação em procedimento licitatório ou relação jurídica estabelecida independentemente de licitação pública, mas desde que contraída de forma voluntária, observem as regras estabelecidas pela

CMED, com especial relevo no que diz respeito à incidência do coeficiente de adequação de preços - CAP, previsto na Resolução CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006;

b) determinar às empresas produtoras, distribuidoras ou que se dedicam ao comércio de medicamentos na condição de agente produtor, distribuidor ou comerciante exclusivo de determinada marca de medicamento e que não manifestem a intenção de, voluntariamente, fornecer medicamentos aos entes das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal, que, quando instadas pelo erário, forneçam à administração pública o medicamento requerido, com observância das regras estabelecidas pela CMED, com especial ênfase no que diz respeito à incidência do coeficiente de adequação de preços - CAP, previsto na Resolução CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006, sob pena de infração à ordem econômica. Pressuposta a boa-fé dos demandados no tocante ao voluntário cumprimento da presente determinação judicial, por ora, o juízo não fixou multa cominatória, mas poderá fazê-lo, se ocorrer a recalcitrância injustificada e não fundamentada dos requeridos (fls. 711/733).

Sustenta o agravante, em síntese, que, em razão da necessidade de adquirir medicamentos com a máxima urgência, à vista de determinação judicial que impõe a entrega do remédio ao jurisdicionado, a administração abre procedimento licitatório, que resta frustrado pela ausência de participação de interessados. Na sequência, encaminha correspondência às empresas fabricantes/distribuidoras (agravadas) para solicitar o produto, no entanto todas se omitem e nenhuma apresenta resposta. Dessa forma, os bens são adquiridos a preço de varejo em drogarias. Essa recusa em efetuar a venda à Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, de acordo com o que determinam os artigos 1º e 2º da Resolução nº 4, de 18.12.2006, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, configura abuso de poder econômico (artigos 21, XIII, XXII e XXIV, da Lei nº 8.884/94), viola o disposto nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal, 39 e 41 do Código de Defesa do Consumidor e 8º da Lei nº 10.742/03 e causa lesão e prejuízos ao interesse público e ao erário, em razão dos vultosos recursos públicos federais diretamente designados ao Estado de São Paulo. A conduta das empresas agravadas dificulta e onera indevidamente a execução de políticas públicas, sociais e econômicas, que visam à redução do risco de doença, no caso, consubstanciadas no fornecimento de medicamentos aos cidadãos que deles necessitam por meio do Sistema Único de Saúde. Aduz que a situação narrada reclama efetiva e rápida intervenção judicial, à vista desses danos. Pleiteia-se a concessão da medida liminar na sua integralidade.

Decisão às fls. 787/794, que deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de determinar que, na ausência de habilitantes nas licitações intentadas para fins de cumprimento de ordem judicial em ação proposta contra a administração pública para que forneça medicamentos sem custo para a população, as empresas cumpram de imediato as seguintes obrigações:

a) obrigação de fazer consistente em efetuar prontamente a venda dos medicamentos, com observância do preço máximo de venda ao governo - PMVG, notadamente com a incidência do desconto/redutor de preço denominado coeficiente de adequação de preços - CAP (ou outro que o venha a substituir), em todas as hipóteses previstas nos atos normativos e orientativos da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED (ou outro órgão que porventura venha a lhe suceder), sempre que solicitados por entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, salvo absoluta impossibilidade, isto é, caso fortuito ou força maior, devida e documentalmente comprovada perante tais entes;

b) obrigação de fazer às requeridas, para que efetuem prontamente venda de medicamentos, sempre que solicitados por entes da administração pública direta e indireta da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com observância do preço máximo de venda ao governo - PMVG, equivalente, no máximo, ao preço de fábrica, nas hipóteses em que não for cabível a aplicação do coeficiente de adequação de preços - CAP, conforme atos normativos e orientativos da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED (ou outro órgão que porventura venha a lhe suceder), salvo absoluta impossibilidade, isto é, caso fortuito ou força maior, devida e documentalmente comprovada, perante tais entes;

c) obrigação de fazer às requeridas para que indiquem à Secretaria Estadual de Saúde e aos seus Departamentos Regionais de Saúde seus endereços, telefones, *email* institucional, bem como mantenham tal informação atualizada, a fim de que os órgãos estaduais de saúde possam enviar correspondências e manter contatos com mais rapidez, notadamente para atender à aquisição urgente de medicamentos, com incidência do coeficiente adequação de preços - CAP (ou outro que o venha a substituir), em razão de determinações judiciais;

d) para dar maior efetividade a essa decisão e considerada a recusa da indústria, até o momento, em cumprir a legislação, comina-se às requeridas *astreinte* - multa diária no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o caso de descumprimento do quanto determinado nos itens anteriores, sob os fundamentos do artigo 11 da Lei nº 7.347/85.

Desse *decisum* foi apresentado agravo regimental, às fls. 953/965, por Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda.

Contraminuta de Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda., às fls. 800/819, na qual arguiu que:

a) há ilegitimidade passiva, pois a empresa, embora possua a mesma denominação da Merk S.A., é pessoa jurídica completamente distinta, conforme atesta doc. 4 (fl. 844), que contém o CNPJ da segunda, o qual é distinto do número da ora recorrida;

b) não há obrigação aos particulares para que firmem contrato com a administração pública, conforme artigo 2º da Lei nº 8666/63, o qual explicita que deve haver um acordo de vontades para a formação de vínculo entre as partes citadas.

Contraminuta do Estado de São Paulo, às fls. 849/858, na qual argumenta, em síntese, que:

a) ausente *periculum in mora,* devido à falta de justificado receio de ineficácia do provimento final, na medida em que o pedido feito pela agravante de concessão de liminar de tutela antecipada para que a agravada elaborasse documentação a fim de comprovar o descumprimento dos atos normativos e orientações da CMED pelos fabricantes e fornecedores em geral, bem como de comunicação a esse órgão, é um procedimento realizado pela Secretaria de Saúde e gestores por meio da observância das diretrizes contidas no acórdão 1437/07- TCU. Desse modo, não se pode falar em descumprimento de obrigação de fazer por parte da agravada, uma vez que a Secretaria Estadual da Saúde já cumpre as determinações do CMED;

b) não há *fumus boni iuri,* porque não existe relevância no fundamento da demanda, uma vez que os medicamentos para cumprimento de pedidos judiciais são adquiridos com recurso do tesouro do Estado, de forma que não envolve verbas federais. Assim, o Estado de São Paulo foi incluído indevidamente no polo passivo sem que fosse apresentada uma causa de pedir para o cumprimento da obrigação de fazer. Além disso, a lei de regência faculta-lhe o ingresso no polo ativo do feito, posto que os prejuízos decorrentes da não aplicação do CAP para a aquisição de medicamentos decorrentes de ordem judicial são suportados exclusivamente por recursos estaduais.

Contraminuta, às fls. 972/992, por Procter e Gamble do Brasil S.A., a qual sustenta que:

a) inepta a inicial recursal do MPF, porquanto não expôs as razões do pedido de reforma

da decisão, de modo que apenas reiterou as alegações anteriores e descumpriu a exigência contida no artigo 524, inciso II, do CPC;

b) a recusa em comercializar com a administração pública está amparada no princípio da livre iniciativa, concorrência e da legalidade; destarte, não agiu de má-fé ou com intenção de causar prejuízo ao erário;

c) o Estado não pode forçar um liame negocial entre as empresas farmacêuticas e o poder público. A política de preço CAP serve para que ambas as partes sejam beneficiadas, razão pela qual, por um lado, o empresário contará com um consumidor constante e solvente, de outro, o órgão estatal é favorecido com os descontos. Cabe à empresa decidir se ingressará ou não no pregão. Somente em casos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo em que o princípio da dignidade humana e o direito à saúde colidam com a livre iniciativa e com a livre concorrência, pode haver uma intervenção. *In casu*, tal não ocorre;

d) o medicamento comercializado, um creme para assaduras da marca Hipoglós, não é exclusivo de comercialização da P&G, de forma que pode ser obtido por outras fontes. Além disso, pode ser substituído por outro remédio similar, com preços melhores;

e) ausente *periculum in mora*, visto que a compra de medicamentos sem a observância do preço CAP há muito é realizada pela administração pública. Portanto, não há problema em aguardar o trâmite regular da ação.

Contraminuta às fls. 1064/1080 de Novartis Biociências S.A., na qual alega que:

a) a empresa nunca se recusou a fornecer medicamentos à administração pública dentro das condições estabelecidas pela CMED com a devida observância do CAP, conforme doc. 3 (fls. 11089/1126), o qual apresenta os contratos licitatórios firmados pela Novartis. Além disso, como demonstram os docs. 4 e 5 (fls. 1127/1283), há ainda outros inúmeros fornecimentos feitos também ao órgão público em regime de dispensa de licitação e para atendimento de ações judiciais;

b) falta fundamentação relevante ao MPF e há ofensa ao princípio da legalidade, dado que, em nenhum momento, o ordenamento jurídico criou a obrigação legal de contratação compulsória com a administração pública;

c) há violação da livre iniciativa econômica prevista nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF, porque interfere diretamente na gestão empresarial e comercial da Novartis;

d) há infração do direito à propriedade privada, garantido pelos artigos 5º, inciso XXII, e 170, inciso II, da CF, porque obriga a empresa a alienar compulsoriamente seus bens;

e) há desrespeito ao princípio da isonomia das partes, assegurado pelo artigo 5º, *caput*, da CF, visto que o MP não apresentou critérios para a seleção das empresas farmacêuticas incluídas no polo passivo, de maneira que excluiu outras indistintamente;

f) há transgressão ao princípio basilar do direito contratual, civil e administrativo, qual seja, o acordo de vontade das partes, uma vez que se pretende obrigar os laboratórios farmacêuticos a firmarem contrato com a administração pública;

g) o ônus de fornecer saúde é dever do Estado, conforme disposto no artigo 196 da CF, assim não cabe a pretensão do MPF de transferir às empresas, de maneira compulsória, a incumbência que lhe é devida;

h) ausência de *periculum in mora*, uma vez que a regulamentação referente à venda de medicamentos à administração pública pela CMED é de 2006 e o inquérito civil que originou a ação é de 2010, de forma que não há risco iminente em se aguardar a regular tramitação da ação civil pública;

i) a tutela antecipada não pode ser concedida, à vista de seu caráter absolutamente satisfativo, porque esgota o objeto da ação de conhecimento.

Contraminuta elaborada às fls. 1297/1313 por EMS Sigma Pharma LTDA., em que argumenta que:

a) não há prova nos autos de que houve o descumprimento por parte da agravada em atender as solicitações da agravante, posto que existe apenas uma solicitação para atendimento de demanda judicial referente ao medicamento SOMALGIN, momento em que a empresa não comercializava o referido fármaco. Além disso, quando demandada pelas secretarias forneceu proposta para atender determinação judicial, de forma que observou a incidência do índice redutor e não ficou inerte;

b) a decisão de primeiro grau não traz prejuízos à administração pública, porque, em caso de exclusividade na fabricação de determinado medicamento, a detentora terá de fornecer, obrigatoriamente, o medicamento solicitado pelo governo;

c) o poder público infringe a ordem econômica, dado que obriga a empresa a participar de licitações e atender à administração, independentemente de sua vontade ou possibilidade de fazê-lo.

Glaxosmithkline Brasil Ltda. apresentou contraminuta às fls. 1326/1339, na qual aponta que:

a) é faculdade da agravada comercializar com o ente público, conforme art. 2º da Lei de Licitações, o qual exige o elemento volitivo para a contratação. Ademais, configura verdadeiro constrangimento ilegal a pretensão do MPF, porque pode ocorrer de a empresa não possuir estoque disponível para ser entregue na data estabelecida em edital;

b) o Estado não deve transferir ao particular o dever de garantir a saúde para a população;

c) inexiste *periculum in mora*.

Contraminuta, às fls. 1340/1352, por Farmoquímica S/A, na qual arguiu:

a) ilegitimidade passiva, porque a agravada não comercializa diretamente com o poder público, porquanto, por questões de logística e segmentação de mercado, se utiliza de distribuidores para realizar os procedimentos licitatórios, conforme *emails* juntados em defesa;

b) olvidou-se a agravante dos princípios da livre iniciativa, concorrência e legalidade, uma vez que não há no texto da lei qualquer obrigação em comercializar com o ente público, ainda que se considerem a Lei 10.742/2003 e as resoluções da CMED;

c) o Estado não deve transferir ao particular o dever de garantir a saúde para a população.

Contraminuta às fls. 1353/1371 por Abbot Laboratórios do Brasil Ltda., em que afirma que:

a) não deve ser conhecido o recurso, porquanto não ataca os fundamentos da decisão recorrida, tão-somente reitera os argumentos da petição inicial;

b) não ocorreu o descumprimento da norma como alegado pela agravante; se houve algum lapso, foi pontual e não enseja qualquer das medidas pleiteadas; assim, a narrativa recursal não condiz com a realidade fática;

c) a agravada sempre cumpriu a Resolução da CMED integralmente, de modo a aplicar o redutor de preço (CAP);

d) não há indícios de que a ré se recusou a contratar com o poder público;

e) o ordenamento jurídico assegura a todos o direito à livre iniciativa e à liberdade de contratar;

f) não houve prejuízo ao erário, uma vez que o redutor obrigatório deve incidir também sobre os produtos adquiridos diretamente em farmácias ou drogarias pela administração pública, regra que deve ser aplicada pela Secretaria Estadual da Saúde do Estado de São Paulo.

Pedido de reconsideração do Ministério Público, às fls. 1468/1477, para pleitear a concessão integral da tutela recursal ou, se não acolhido, o recebimento como agravo legal.

Contraminuta, às fls. 1521/1538, de Daiichi Sankyo Brasil Farmacêutica Ltda., na qual expõe que:

a) há inépcia recursal, devido à ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, uma vez que apenas reiterou os argumentos na petição inicial, de forma que contraria a Súmula 182 do STJ e o disposto no artigo 524, inciso II, do CPC;

b) inexiste o relevante fundamento da demanda, bem como o *periculum in mora*, porque não há o receio de ineficácia do provimento final. Assim, a concessão da antecipação de tutela não atende os requisitos do artigo 461 do CPC. Além disso, a agravante não esclarece qual seria o prejuízo em se aguardar o prosseguimento normal do feito, tanto que a regulamentação referente à venda de medicamento à administração pela CMED é de 2006 e o inquérito de origem da demanda é de 2010;

c) não há interesse de agir, posto que inexiste pretensão resistida por parte da agravada com relação ao emprego de desconto nos medicamentos e a disponibilização de dados dos distribuidores com condições de atender aos pedidos de remédios na região de Bauru. A agravante não comprovou a não aplicação do coeficiente de adequação de preços- CAP nas vendas da empresa farmacêutica, que jamais se negou a conceder informações suas e de seus distribuidores aos órgãos públicos;

d) ilegitimidade passiva, dado que a agravada não participa de processo licitatório, porque tem por função a importação e *fabricação* de medicamentos; não possui estrutura logística para fornecer pequenas ou médias quantidades em vários municípios do Brasil, razão pela qual o exercício dessa atividade fica a cargo das distribuidoras, as quais são comerciantes atacadistas responsáveis por atender os estabelecimentos varejistas privados ou públicos. A sociedade apenas contrata o fornecimento direto com o poder público esporadicamente por condições de mercado específicas ou em razão de um grande volume;

e) a agravada sempre que participa de um processo licitatório aplica o CAP via distribuidor. Porém, não é obrigada a participar dos referidos procedimentos, conforme artigos 2º, *caput*, e 54 da Lei nº 8666/93, se não há condições logísticas de atender, seja em razão do reduzido volume ou das distâncias dos locais de entrega, casos em que deixa a cargo dos distribuidores;

f) não houve qualquer ato de improbidade atribuível à agravada, dado que não há má-fé, requisito essencial para caracterizá-lo, e a conduta da fabricante não se enquadra nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, de forma que, se houve, a responsabilidade é exclusiva do Estado de São Paulo;

g) a fundamentação e os pedidos do Ministério Público são equivocados, porquanto não há prova de que a agravada realizou uma única venda sem a aplicação do CAP. Inexiste nos autos notas fiscais com preço de venda superior ao permitido. De outro lado, os elementos favoráveis à tese da agravada foram apresentados;

h) a recorrida não descumpriu qualquer obrigação legal, porque, ao receber comunicação pela DRS de Bauru em 23/12/2010, encaminhou-a aos distribuidores para que participassem do processo público de compra. Portanto, se aqueles não prosseguiram na ação, a fabricante não pode ser responsabilizada.

Agravo regimental, às fls. 1539/1548, interposto por Daiichi Sankyo Brasil e Farmacêutica Ltda. contra decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela recursal.

Manifestação ministerial, à fl. 1550, na qual se declara ciente da contraminuta de fls. 1521/1538 e reitera o requerimento de julgamento de pedido de reconsideração (fls. 1468/1477).

Contraminuta de Hypermarcas S/A, sucessora de Barrene Indústria Farmacêutica Ltda., na qual sublinha que (fls. 1558/1763):

a) os medicamentos parapsyl e quinicardine não estão sujeitos ao CAP (Comunicado nº 5, de 1º de junho de 2011, da CMED), vigente à época dos fatos;

b) ausência de comercialização direta dos produtos indicados pelo Ministério Público, uma vez que essa atividade é realizada por meio das distribuidoras;

c) inexiste fundamento relevante na demanda proposta do órgão ministerial, pois não há no ordenamento jurídico a obrigação legal de contratação compulsória com a administração pública, circunstância que, inclusive, viola o princípio da legalidade;

d) infringiu-se a livre iniciativa econômica e ofendeu-se o direito de propriedade (artigos 1º, inciso IV, 5º, XXII, e 170, *caput* e inciso II, da CF);

e) ofensa ao princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF), uma vez que a ação foi proposta somente contra algumas representantes da indústria farmacêutica;

f) violação ao princípio basilar do Direito Contratual, na medida em que não se pode compulsoriamente obrigar entes particulares a contratarem com a administração pública;

g) inexistência de violação do direito à saúde;

h) ausência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;

i) a tutela antecipada tem caráter satisfativo, pois esgota a pretensão do agravante, razão pela qual não pode ser deferida.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Primeiramente, prejudicados os agravos de fls. 953/965, fls. 1468/1477 e fls. 1539/1548, à vista da apreciação do agravo de instrumento.

I - DOS FATOS NARRADOS NA PEÇA RECURSAL

Segundo narra o agravante, a fim de cumprir determinação judicial para fornecimento de medicamentos ao jurisdicionado, a Secretaria do Estado de São Paulo em Bauru abre procedimento licitatório, que muitas vezes resta deserto. Quando tal acontece, encaminha-se correspondência às empresas fabricantes/distribuidoras (agravadas), em que é solicitado envio de proposta de preços dentro de um prazo determinado para a compra do remédio, com a observação de que deve ser respeitado o desconto mínimo obrigatório do coeficiente de adequação de preços - CAP, conforme determinado na Resolução CMED nº 4, de 18/12/2006. Nos casos em que não há resposta, os medicamentos são adquiridos a preço de varejo em drogarias. Segundo sustenta o recorrente, a recusa em atender a solicitação de compra da administração

pública é vedada pela legislação de regência - artigos 21, incisos XIII, XXII e XXIV, da Lei nº 8.884/94, 39, incisos II e IX, e 41 da Lei nº 8.078/90 e 4º, 6º, incisos I e III, 7º, inciso VI, e 12, inciso III, da Lei nº 8.137/90, a configurar infração à ordem econômica. Aduz-se também que causa lesão e prejuízos ao interesse público e ao erário, em razão dos vultosos recursos públicos federais diretamente designados ao Estado de São Paulo para aquisição de medicamentos, assim como dificulta e onera indevidamente a execução de políticas públicas, sociais e econômicas, que visam à redução do risco de doença, consubstanciadas no fornecimento aos cidadãos que deles necessitam por meio do Sistema Único de Saúde.

II - DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PEÇA RECURSAL

A peça recursal, não obstante repise os argumentos expostos na petição inicial da ação originária, impugna a decisão recorrida por meio da explanação das razões do pedido de reforma da decisão, em observância ao artigo 524, inciso II, do CPC, motivo pelo qual não restou configurada a alegada inépcia.

III - DO MÉRITO

III. a - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGRAVADA MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA.

A planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru (fl. 86) indica a MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA., com endereço à Rua Treze de Maio, 815, Campinas - SP, como uma daquelas que se recusaram a vender medicamentos (Glifage) para atendimento de determinações judiciais. Não há notícia de que a referida empresa tenha informado ao órgão público quando lhe foi feita solicitação sobre produzir ou não o fármaco. Em consequência, o pressuposto da recusa continua válido.

Quanto ao fato de que seria a Merck S.A. quem produz o Glifage, o tema caracteriza mérito da ação.

III. b - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Estado de São Paulo aduz que a petição inicial não indica a causa de pedir relativa ao pedido que lhe foi direcionado, bem como que não pode participar do polo passivo do feito, na medida em que tem interesse em atuar no polo ativo, posto que os prejuízos narrados pelo Ministério Público Federal, decorrentes da omissão dos fabricantes de medicamentos às solicitações da Secretaria Estadual de Saúde, são suportados exclusivamente pelo tesouro estadual.

Nesta fase da ação, à vista das razões expostas pelo *parquet* federal, de ausência de providências do órgão estadual no sentido de tomar as providências que entende serem necessárias para o controle do atendimento às solicitações de compra de medicamentos para cumprimento de ordem judicial, que é claramente a causa de pedir da ação civil pública originária em relação a esse agravado, justifica-se a sua inclusão no polo passivo da ação.

III. c - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGRAVADA FARMOQUÍMICA S/A

Está demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à FARMOQUÍMICA S/A, porquanto está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional

de Saúde de Bauru (*fl. 85*), que arrola os que se recusaram a vender medicamentos (*in casu*, Nutrical D) para atendimento de determinações judiciais.

III. d - DO INTERESSE DE AGIR EM RELAÇÃO À DAIICHI SANKYO BRASIL FARMACÊUTICA LTDA.

Está igualmente demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à DAIICHI SANKYO BRASIL FARMACÊUTICA LTDA., uma vez que está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru (fl. 86), que indica os que se recusaram a vender medicamentos para atendimento de determinações judiciais *(fl. 86).*

IV - DO TEMA CENTRAL

Primeiramente, ressalto que, diferentemente do afirmado pelo órgão ministerial e pelo Juiz Federal convocado, relator quando da decisão de antecipação da tutela recursal, entendo que, em princípio, não há indício nos autos de conduta de abuso de poder econômico, porque, para a configuração de práticas abusivas, na forma da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), é necessário que haja posição dominante da empresa, entendida como *controle de parcela substancial de mercado relevante* (artigo 20, § 2º), circunstância que nem ao menos é narrada na petição inicial. De outro lado, também não constatei vestígios de conluio entre as empresas agravadas a fim de boicotar a administração pública, porque demonstraram, por meio dos documentos que anexaram às suas defesas, que participam de licitações, nas quais obedecem aos limites de preços fixados na tabela da CMED.

Da narrativa dos fatos se constata a existência de relação de consumo entre as empresas agravadas e o ente público. Assim, para o deslinde do presente pleito se faz necessário primeiramente contextualizar o direito aplicável à espécie, mais especificamente o Código de Defesa do Consumidor e os preceitos constitucionais que o informam.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CF) e como meta, entre outras, o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º da CF). Nesse contexto, a fim de implementar tais garantias o constituinte de 1988 também inseriu na Lei Maior princípios como o da função social da propriedade - artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III.

Função social pode ser entendida como a *obtenção de um resultado das atividades humanas em prol de toda a sociedade* (*in* LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O princípio da manutenção da atividade empresarial e a recuperação da empresa na Lei nº 11.101/05: um exame sob o prisma da função social*. Revista Direito em (Dis)Curso, Londrina, v. 2, n. 1, p. 79-104, jul. 2008) e sua implantação na ordem jurídica nacional trouxe uma nova concepção de institutos como propriedade, contrato e empresa.

Inspirado nesses ditames surgiu o Código Civil de 2002, que em uma série de dispositivos implantou uma nova visão do conceito de empresa e de como deve ser a sua atuação, a qual não pode se restringir a propiciar lucro ao empresário ou à sociedade empresária. Conforme lição do citado autor: *a fim de desempenhar sua função social, deve a empresa observar princípios fundamentais como: solidariedade, promoção da justiça social e da livre iniciativa, respeito e proteção ao meio ambiente, redução das desigualdades sociais, busca*

do pleno emprego, valores sociais do trabalho, dentre outros, todos corolários do princípio da dignidade (*in Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei nº 11.101/05*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 409, p. 516, maio - junho de 2010) - artigos 1º, IV, 3º, I, 170, *caput*, VI, VII e VIII, da CF.

Antes mesmo da promulgação do novo estatuto civil, já vigia o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual reflete nitidamente a preocupação do legislador em promover a função social do contrato por meio da intervenção estatal em prol do equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, que de um lado tem o fornecedor/empresário e do outro, a parte considerada mais fraca, o consumidor. Referida norma tem como cláusula geral a boa-fé objetiva, que consiste na atuação leal e sem abusos das partes, na busca do cumprimento do objetivo contratual e da realização de seus interesses (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, *apud in* LEAL JÚNIOR, João Carlos. Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei nº 11.101/05. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 409, p. 516-517, maio - junho de 2010).

Segundo a lei do consumidor: *fornecedor* é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (artigo 3º) e *consumidor* é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (artigo 2º, *caput*), com a ressalva de que *equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relações de consumo* (artigo 2º, parágrafo único).

José Geraldo Brito Filomeno conceitua consumidor como: *qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço* (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 31, 2005). Esse autor defende a tese, à qual me filio, de que a pessoa jurídica de direito público também pode ser considerada consumidor para os fins da lei. Para esse fim, cita artigo de Leon Fredja Szklarowsky intitulado "O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos", publicado no Boletim de Licitações e Contratos, agosto de 1999, p. 377/380, do qual destaco o seguinte excerto, que, penso, fundamenta de forma irretocável essa posição: *servindo-se a Administração, como qualquer particular, dos serviços prestados por concessionárias do serviço público, não tem cabimento sua exclusão da proteção legal, o que feriria, brutalmente, a Constituição, que agasalha todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja. Aliás, o art. 54 expressamente indica com precisão matemática que os contratos administrativos regem-se pela suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação.* (*Manual de Direitos do Consumidor*. 5ª ed. - São Paulo: Atlas, p. 42, 2001).

Na esteira desse entendimento, pode-se afirmar que, na relação de consumo estabelecida no caso em questão, as empresas são as fornecedoras dos medicamentos e o Estado de São Paulo é o consumidor. A partir desse pressuposto, constata-se que, nas situações comprovadas pelo Ministério Público Federal de recusa (documentos às fls. 86/89), praticada na forma de omissão, em atender à demanda daquele ente estatal, consubstanciada nos pedidos de compra de medicamentos por força de determinação judicial, as agravadas infringiram o disposto no artigo 39 do referido estatuto, o qual veda ao fornecedor de produtos ou serviços, entre outras

práticas abusivas: (...) II - *recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.*

As recorridas sustentam que a concessão da liminar pleiteada representa ofensa ao princípio da legalidade, ao argumento de que não existe lei que imponha a venda de produtos ao ente estatal. No entanto, a partir do entendimento de que a administração pública atua como consumidora, é possível afirmar que a norma que obriga a essa venda é justamente o mencionado artigo 39 do CDC. Pode-se citar ainda como aplicável ao caso o artigo 421 do Código Civil, segundo o qual *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.* Mencionada regra reafirma o disposto no CDC. Desse modo, não é autorizado ao empresário se negar a atender a demanda do consumidor, sob o argumento de que a Constituição Federal prevê a livre iniciativa, porquanto, como visto, o ordenamento jurídico pátrio, com esteio em outros preceitos constitucionais, fundados na dignidade da pessoa humana, apresenta certas limitações a esse direito, a fim de garantir equilíbrio entre as forças econômicas, entre elas as relacionadas ao consumo.

A propositura da ação somente contra as empresas agravadas está amparada na prova dos autos, conforme fundamentado. Assim, o conjunto probatório apresentado não permite demandar contra todas do ramo farmacêutico, diante da total ausência de interesse. Portanto, não está configurada a aduzida ofensa ao princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da CF.

Ressalte-se que essa imposição de venda/fornecimento tem como única limitação o fato de haver o produto em estoque. Em consequência, a circunstância de o fornecedor ser ou não exclusivo não tem relevância alguma para a causa e não serve de argumento hábil a afastar a obrigação imposta na lei.

Enfatize-se, também, que a questão relativa aos pedidos de compra de marcas específicas de medicamentos não é da responsabilidade do ente estatal, porquanto as solicitações em questão se destinam a dar estrito cumprimento a ordem judicial e, portanto, não está no âmbito de discricionariedade da administração pública, nesses casos, optar por outros existentes no mercado, a não ser que a decisão dê margem a isso.

Saliente-se, ainda, que, de acordo com a Orientação Interpretativa nº 02, de 03 de novembro de 2006 (fl. 62), naqueles casos em que o medicamento não estiver relacionado na tabela da CMED, o referencial máximo a ser considerado é o denominado *preço fabricante*, considerado como o *teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz, já incorrendo em todos os custos de comercialização.*

Presente o *fumus boni juris*, está demonstrado também que a conduta das empresas rés, se mantida, pode vir a causar dano grave de difícil reparação à sociedade em geral, dado que a compra dos medicamentos na rede varejista, como tem ocorrido em muitos casos, conforme demonstrado pelos documentos apresentados pelo *parquet* federal, a preços superiores aos praticados pelos fornecedores na venda direta à administração pública, cuja negociação tem desconto previsto na sistemática do CAP editada pela CMED em sua Resolução nº 4 de 2006, no cômputo geral, tem gerado prejuízos de milhões de reais aos cofres públicos.

À vista de que o conjunto probatório relativo à recusa das agravadas em vender medicamentos se refere somente às solicitações da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, não restou demonstrada a urgência da medida em relação a eventuais pedidos de compra de medicamentos dos demais órgãos da administração pública direta e indireta da União, dos outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por fim, conforme decidido quando da antecipação da tutela recursal, penso que *as medidas pleiteadas pelo agravante, a serem implantadas no âmbito administrativo, não se revestem da urgência necessária a justificar a antecipação de tutela. Tais medidas tratam de políticas e procedimentos que não cabe, neste momento processual, ao judiciário determinar o cumprimento, uma vez que dependem de um juízo definitivo acerca da causa e levam a uma estruturação do aparelho estatal que não se tem notícia nos autos da sua existência. Acrescente-se que a ausência de cadastro de recusa não inviabiliza a implantação da decisão, porquanto ela já é o bastante para se evitar danos ao erário, bem como à saúde pública,* bem como que *a providência requerida pelo agravante de notificação pessoal das autoridades relacionadas à fl. 16 é descabida no âmbito do agravo de instrumento.*

Os provimentos antecipatórios revelam, *in casu,* a necessidade e urgência, posto que se destinam a propiciar o mais célere atendimento das ordens judiciais, que se referem ao fornecimento de medicamentos considerados imprescindíveis a situações de saúde inadiáveis e resultantes de prescrições médicas.

Em função da urgência, relevância e necessidade, bem como que as empresas agravadas não atenderam solicitações anteriores, impõe-se a multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento da tutela concedida.

Diante do exposto, voto para:

a) declarar prejudicados os agravos de fls. 953/965, 1468/1477 e de fls. 1539/1548;

b) rejeitar a preliminar de inépcia recursal;

c) no mérito, *dar parcial provimento ao agravo de instrumento* e reformar parcialmente a decisão agravada, a fim de determinar que, na ausência de habilitantes nas licitações intentadas para fins de cumprimento de decisão judicial proposta contra a administração pública para que forneça medicamentos sem custo para a população, as empresas agravadas cumpram de imediato obrigação de fazer consistente em efetuarem prontamente a venda dos medicamentos, observado o preço máximo de venda governo - PMVG, notadamente com a incidência do desconto/redutor de preço denominado coeficiente de adequação de preços - CAP (ou outro que o venha a substituir), em todas as hipóteses previstas nos atos normativos e orientativos da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED (ou outro órgão que porventura venha a lhe suceder), sempre que solicitados pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, salvo nas situações em que for comprovada a ausência do fármaco em estoque. Observado que, nas situações em que não for cabível a aplicação do coeficiente de adequação de preços - CAP, deverá ser observado o preço fabricante, conforme definido na Orientação Interpretativa nº 2, de 13.11.2006. Para dar maior efetividade à medida, as empresas requeridas ficam obrigadas a indicar à Secretaria Estadual de Saúde e aos seus Departamentos Regionais de Saúde seus endereços, telefones, email institucional, bem como mantenham tal informação atualizada. Comina-se às empresas requeridas, ora agravadas, *astreinte* - multa diária - no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o caso de descumprimento das determinações judiciais decorrentes das tutelas concedidas.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001030-16.2012.4.03.6116
(2012.61.16.001030-8)

Apelante: NILTON CLEMENTE
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: AC 1851700
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FALTA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR DANOS MORAIS.
I. A prescrição não se verifica, pois não decorrido o prazo quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto-Lei nº 20.910/32.
II. São pressupostos da responsabilidade civil: a ação ou omissão de agente público no exercício de sua função; ocorrência de dano; nexo causal entre a ação ou a omissão e o dano; e comprovação de dolo ou culpa para a teoria subjetiva.
III. A indenização por danos morais é garantida pela Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso V, dispõe: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem", declarando, ainda, no inciso X, do mesmo artigo, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".
IV. Para a configuração do dano moral não basta mera alegação de dano, é necessário a prova de que se possa extrair do fato efetiva afronta ao bem jurídico protegido. Não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente.
VI. Constatou o INSS, em um primeiro momento, que o requerente não teria preenchido os requisitos legais necessários para a concessão do benefício, por meio de conduta lícita e amparada na legislação pertinente e na perícia médica realizada à época, o que afasta o dano moral.
VII. Conforme se infere dos autos, a narrativa da inicial não esta alicerçada em provas robustas, ao contrário, não há provas que dêem conta da existência de conduta lesiva capaz de caracterizar agressão à dignidade da pessoa humana e, de conseguinte, impor a condenação do réu em danos morais.
VIII. Apelação desprovida.

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, 05 de julho de 2013.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada em 23.06.2006 em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a condenação da autarquia em danos morais pelo autor experimentados. Valor da causa R$ 24.880,00.

Alega o autor ter pleiteado benefício assistencial administrativamente em 30.11.2009, o qual foi indeferido pelo réu sob o fundamento de que o autor estava apto ao trabalho. Todavia, em ação judicial proposta em 01.01.2010, seu direito foi reconhecido, razão pela qual faz jus à indenização pelos danos morais advindos da privação do benefício, que teriam lhe causado desequilíbrio financeiro e emocional.

Em razão do indeferimento equivocado do benefício, entende o autor ter violada sua dignidade, pugnando pela condenação do Estado em danos morais a serem fixados em 40 (quarenta) salários mínimos.

Após a contestação do réu, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando o autor em honorários de advogado fixados em R$ 300,00 suspensos em razão da concessão da justiça gratuita.

Irresignado, apelou o autor requerendo a reforma da r. sentença, nos termos da inicial.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Eg. Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Inicialmente, cumpre considerar que a prescrição não se verifica, pois não decorrido o prazo qüinqüenal entre os fatos alegados em 2009 e o ajuizamento da ação em 12.06.2012, nos termos do art. 1º, do Decreto-Lei nº 20.910/32, aplicável ao caso concreto.

Vencida a preliminar de mérito, passo ao exame da responsabilidade da Autarquia Federal.

Vigia à época dos Estados absolutos a teoria da irresponsabilidade, adstrita à idéia de Estado como ente soberano, de modo que lhe atribuir responsabilidade significaria erigi-lo a patamar análogo ao do súdito, em evidente afronta à sua soberania.

No século XIX, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado, conquanto apoiada no direito civil e, por conseguinte, na idéia de culpa.

Duas as teorias civilistas que surgiram: teoria dos atos de império e de gestão e a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva. Na primeira teoria, distinguiam-se os atos de império dos atos de gestão, para se admitir apenas a responsabilidade civil decorrente de atos de gestão. Na segunda, procurou-se equiparar a responsabilidade do Estado a do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos.

Também no século XIX surgiram as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

Na teoria da culpa do serviço, distinguia-se a culpa do funcionário, pela qual ele respondia, e a culpa anônima do serviço público que funcionou mal, de responsabilidade do Estado.

Pela teoria do risco, dispensa-se a verificação da existência de dolo ou culpa, substituindo-se a idéia de culpa pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido.

Ainda, a teoria do risco compreende a do risco administrativo e a do risco integral, de modo que esta não admite, e aquela sim, as excludentes de responsabilidade do Estado (culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, encampou a teoria da responsabilidade subjetiva do funcionário e a responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade do risco administrativo, afastado o risco integral, ao dispor que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Daí, tratando-se de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, excluídas as que executem serviços de natureza privada (sociedades de economia mista e empresas públicas), a responsabilidade será objetiva, dependendo, todavia, da existência de nexo de causalidade entre o dano causado a terceiro e a prestação de serviço público por agente político, administrativo ou particular em colaboração, todos no exercício de suas funções.

Impende salientar que teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do ato lesivo causado à vítima pela Administração, sem se exigir a falta do serviço público, ou a culpa de seus agentes. Basta lesão, sem o concurso do lesado, ficando este dispensado da prova da culpa da Administração.

A indenização por danos morais é garantida pela Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso V, dispõe: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem", declarando, ainda, no inciso X, do mesmo artigo, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O dano moral, hoje, com base nos princípios fundamentais constantes da Constituição (artigos 1º a 4º), corresponde à violação ao dever de respeito à dignidade da pessoa humana, signo do Estado Democrático de Direito. É, portanto, a agressão a um ou mais direitos da personalidade, previstos nos artigos 11 a 20, do Código Civil de 2002.

Nessa esteira, os direitos da personalidade possuem três faixas de proteção: física (direito à vida, ao corpo vivo ou morto, a alimentos etc); moral (direitos extrapatrimoniais, tais como direito à honra, à imagem, ao sigilo, ao nome etc); intelectual (direito à propriedade industrial e direito do autor).

Destarte, caso haja infração a direito da personalidade haverá dano passível de indenização, com função compensatória e não reparatória, haja vista a impossibilidade de retorno ao estado anterior.

Consoante ensina Rui Stoco, para a configuração do dano moral não basta mera alegação de dano, é necessário que se possa extrair do fato efetiva afronta ao bem jurídico protegido:

> (...) não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, ou seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros.

> "Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado com a ocorrência, de um dos fenômenos acima exemplificados."
> Ou seja, não basta, *ad exemplum*, um passageiro alegar ter sido ofendido moralmente, em razão do extravio de sua bagagem, ou do atraso no vôo, em viagem de férias que fazia, se todas as circunstâncias demonstram que tais fatos não o molestaram, nem foram suficientes para atingir um daqueles sentimentos d'alma.

No caso dos autos, requer o autor indenização por alegado dano moral decorrente de equivocado indeferimento de benefício assistencial pelo INSS.

Dessume-se dos autos ter havido pedido administrativo em 30.11.2009 de benefício de prestação continuada da Assistência Social, indeferido administrativamente com fundamento no art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, por entender o INSS naquela ocasião que o requerente encontrava-se apto ao trabalho.

Após o indeferimento administrativo, o autor propôs ação judicial contra o INSS, oportunidade em que a autarquia ofereceu proposta de acordo, com a qual concordou o autor. Com a homologação do acordo, o benefício foi implantado desde a data do indeferimento administrativo.

Constatou o INSS, em um primeiro momento, que o requerente não teria preenchido os requisitos legais necessários para a concessão do benéfico. Verifica-se a licitude e a legalidade da conduta da autarquia previdenciária que, ao indeferir o benefício, estava amparada na legislação pertinente e na perícia médica realizada à época.

O fato deste mesmo benefício ter sido concedido posteriormente por meio de decisão judicial não significa que o INSS agiu de forma ilegal no âmbito administrativo, mas fundado em provas outras que não as apresentadas no processo de conhecimento outrora ajuizado.

Ainda, no caso dos autos, o conjunto probatório não está apto a comprovar as alegações do autor.

A violação à dignidade da pessoa humana não se confunde com meros transtornos ou aborrecimentos que alguém venha a sofrer no dia-a-dia.

Conforme se infere dos autos, a narrativa da inicial não esta alicerçada em provas robustas, ao contrário, não há provas que dêem conta da existência de conduta lesiva capaz de caracterizar agressão à dignidade da pessoa humana e, de conseguinte, impor a condenação do réu em danos morais.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0006641-28.2013.4.03.0000
(2013.03.00.006641-6)

Agravante: LAIDE DE OLIVEIRA FERREIRA (incapaz)
Representante: JOSE FERREIRA FILHO
Agravados: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO E MUNICÍPIO DE FERNANDÓPOLIS - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AI 500379
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/05/2013

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão (fls. 74/74vº do processo originário - fl. 105/105vº do instrumento) que *indeferiu o pedido de antecipação de tutela* em ação ordinária onde se buscava a condenação da União, do Estado de São Paulo e do Município de Fernandópolis a fornecerem *tratamento domiciliar* ("home care"), bem como *o custeio e fornecimento de medicamentos e insumos nutricionais*, ou o fornecimento do valor respectivo para que a requerente providencie a aquisição (cerca de R$ 2.339,87 por mês).

Narra a petição inicial que a autora Laide de Oliveira Ferreira, contando com mais de 65 anos de idade, sofreu *aneurisma cerebral* - CID 161.9 - que lhe causou graves sequelas cognitivas e motoras, encontrando-se restrita ao leito e alimentando-se através de sonda naso-gástrica.

Aduz que foi submetida a procedimento cirúrgico e recebeu alta médica "apenas para evitar o sério risco de contrair infecções dentro da unidade hospitalar", sendo recomendado o tratamento médico domiciliar ("home care") com o intuito de reabilitação mediante sessões de fisioterapia motora e respiratória, fonoaudiologia, terapia ocupacional, cuidados gerais de enfermagem e orientações de nutricionista, além de medicação de uso contínuo.

Sustenta que não possui condições de arcar com tais despesas (estimadas em R$ 2.339,87 por mês) pois recebe apenas um salário mínimo. Diante disso solicitou atendimento médico domiciliar perante a Secretaria de Saúde do Município de Fernandópolis mas não obteve êxito pois o serviço não é disponibilizado por aquela municipalidade.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido sob os seguintes fundamentos: (1) a autora deixou de comprovar a recusa do fornecimento gratuito de medicação e da alimentação especial, e (2) o fornecimento domiciliar de medicamentos e tratamentos médicos certamente inviabilizaria o atendimento da coletividade, de modo que pretensões desta natureza devem ser sopesadas com comedimento pelo magistrado, confrontando-as com a possibilidade de fornecimento dos serviços pelo Estado (princípio da reserva do possível), de maneira que a atendimento de um não implique inviabilizar o atendimento de outros.

Nas *razões recursais* a agravante afirma que a negativa de fornecimento de medicamentos não pôde ser comprovada documentalmente, pois o Município agravado negou-se a receber qualquer tipo de protocolo de requerimento, sendo que para solicitar o serviço de "home care" foi necessária a intervenção de advogado contratado pela família.

Invoca em seu favor o direito constitucional à saúde e também a Portaria nº 2.029/2011 do Ministério da Saúde, que instituiu a Atenção Domiciliar (AD) no âmbito do Sistema Único

de Saúde, o qual garante a continuidade da assistência dos profissionais técnicos na residência do paciente, serviços que fogem da competência e da capacidade financeira da família.

Requer assim a antecipação dos efeitos da tutela recursal para determinar a realização do tratamento médico domiciliar, bem como o custeio e fornecimento de medicamentos e insumos nutricionais indispensáveis à agravante.

Decido.

Por primeiro, ressalto ser correto o alojamento da União, do Estado e do Município no pólo passivo da demanda, conforme deflui da organicidade do SUS ventilada no art. 2º § 1º da Lei nº 8.080/90.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - LEGITIMIDADE PASSIVA - AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1 .....
> 2. Esta Corte, em reiterados precedentes, tem reconhecido a responsabilidade solidária do entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde. Ainda que determinado serviço seja prestado por uma das entidades federativas, ou instituições a elas vinculadas, nada impede que as outras sejam demandadas, de modo que todas elas (União, Estados, Município) têm, igualmente, legitimidade para figurarem no pólo passivo em causas que versem sobre o fornecimento de medicamentos.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no Ag 909.927/PE, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013)
>
> ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ESTADO.
> 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde. Precedentes.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> ...
> 2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Município são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (STJ - 2ª T., AgRgREsp 1159382/SC, Min. Mauro Campbell, j. em 05.08.10, DJe 01.09.10)
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
1. O funcionamento do Sistema único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Município, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ.
2. ....
3. ...
4. ...
(STJ - 2ª T., AgRgAgInstrumento 1107605/SC, Min. Herman Benjamin, j. em 03.08.10, DJe 14.09.10)

O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.
(REsp 854.316/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.09.2006, DJ 26.09.2006 p. 199)

ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO OU CONGÊNERE. PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS.
(...).
3. A Lei Federal nº 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado.
4. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congênere necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves.
5. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.
6. Recurso especial improvido.
(STJ - 2ª T., REsp 656979/RS, Min. Castro Meira, j. em 16.11.04, DJ 07.03.05)

Desta Corte Regional cito ainda os seguintes precedentes: processo nº 2008.63.01.049566-0/SP, AC 1758214 -, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. em 18/10/2012, v.u., e-DJF3 de 26/10/2012; processo nº 2011.03.00.034590-4/SP, AI 458535, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida.

O direito da autora - senhora idosa, acometida de severas conseqüências de aneurisma cerebral, obviamente pobre - de receber gratuitamente *medicamentos e alimentação especial* de que necessita para a dignidade de sua existência, é de clareza solar.

Negar à apelada o medicamento necessário ao tratamento médico pretendido implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida; mais: *ofende a moral administrativa* (art. 37 da Constituição), pois o dinheiro e a conveniência dos detentores temporários do Poder não sobreleva os direitos fundamentais.

Não existe razão de Estado que suplante o direito à saúde dos cidadãos.

A saúde constitui bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade o Poder Público deve velar de maneira responsável; a ele incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que garantam aos cidadãos o acesso universal e igualitário à

assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Esse tema já foi objeto de ampla discussão nos Tribunais, tendo o Colendo Supremo Tribunal Federal e o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificado a matéria nos seguintes termos:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 2) INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
> (STF - RE 586995 AgR/MG - MINAS GERAIS AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 28/06/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJe-156 DIVULG 15-08-2011 PUBLIC 16-08-2011 EMENT VOL-02566-01 PP-00073)
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.
> (STF - RE 607381 AgR/SC - SANTA CATARINA AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 31/05/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209)
>
> EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). 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 idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não

pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 - 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, 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. Precedentes do STF.
(RE-AgR 271286, CELSO DE MELLO, STF)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença grave. 3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido. 4. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080/SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264/RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979/RS, DJ 07.03.2005. 5. Agravo Regimental desprovido.
(AGRESP 200800277342, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 15/12/2008)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral. 3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a

pretensão quando configurada a necessidade do recorrido. 4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080/SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264/RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979/RS, DJ 07.03.2005. 5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ. 6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ. 7. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003; MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002; AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001; AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999) 8. Agravo regimental desprovido.
(AGA 200800916382, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 03/11/2008)

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM MIASTENIA GRAVIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. *ASTREINTES*. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de "miastenia gravis". 2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado. 4. A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. 5. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se de obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento do medicamento Mestinow 60 mg - 180 comprimidos mensais, de forma contínua, durante o período necessário ao tratamento, a ser definido por atestado médico, cuja imposição das *astreintes* no valor de R$ 300,00 (trezentos reais) objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde. 6. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, DJ de 02.04.2001). 7. Precedentes: REsp 699495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005; REsp 775567/RS, DJ 17.10.2005 RESP nº 212.346/RJ, DJ 04/02/2002; ROMS nº 11.129/PR, DJ 18/02/2002; RESP nº 212.346/RJ, DJ 04/02/2002; RESP nº 325.337/RJ, DJ 03/09/2001; RESP nº 127.604/RS, DJ 16/03/1998. 8. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. 9. Agravo Regimental desprovido.
(AGRESP 200701092308, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 18/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, *CAPUT*, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF. 1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica). 2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, § 3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido merital. Não há razão lógica ou jurídica para negar à esta Corte Superior a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância. 3. "Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISTJ e também em observância à regra do § 3º do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal" (REsp nº 469921/PR, 4ª Turma, DJ de 26/05/2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. 5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. 7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, hão de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico. 8. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre. 9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF. 10. Recurso provido. (ROMS 200602590936, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 19/03/2007)

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE C. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. UNIÃO. LEGITIMIDADE. 1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite C. 2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância,

à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.
4. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente.
5. Recurso especial desprovido.
(STJ, 1ª Turma, RESP 658323/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/02/05, v.u., DJ 21/03/05, p. 272)

ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.
1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.
2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I).
3. A Carta Magna também dispõe que "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" (art. 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).
4. *In casu*, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante - declarado hipossuficiente -, fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido.
5. Recurso provido.
(STJ, 2ª Turma, ROMS 17425/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 14/09/04, v.u., DJ 22/11/04, p. 293)

Cabe ao Poder Público, *obrigatoriamente*, zelar pela saúde de todos, disponibilizando àqueles que precisarem de prestações atinentes à saúde pública, os meios necessários à sua obtenção, ainda que estes não estejam aprovados pelo órgão competente. Tal determinação não configuraria ato ilícito por parte da administração, muito pelo contrário significa proteção à vida, que é direito fundamental protegido constitucionalmente.

A agravante também postula serviços de "home care", os quais evidentemente insinuam-se na dicção da Lei nº 8.080/90, cujo art. 7º assegura como diretriz: "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".

Constato que o próprio Poder Público passou a festejar a iniciativa dele mesmo de instituir no SUS o serviço de "home care" acessível a todos os que dele necessitassem. Para prová-lo, transcrevo auspiciosa notícia veiculada no "site" de *internet* do Ministério da Saúde, no dia 25/08/2011, às 18h20, como segue (disponível em *www.2planalto.gov.br/imprensa/notícias-de-governo/atenção-domiciliar-e-garantida-no-sus*):

Atenção Domiciliar é garantida no SUS
25/08/2011 às 18h20
O Ministério da Saúde amplia a assistência aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS)

a partir desta quinta-feira (25). Por meio da Portaria 2.029 (parte 1 e parte2), os pacientes do SUS passam a ter acesso ao Serviço de Atenção Domiciliar (SAD), que será prestado na residência e com a garantia de continuidade dos cuidados à saúde do paciente. O SAD é substitutivo ou complementar à internação hospitalar e ao atendimento ambulatorial, com foco na assistência humanizada e integrado às redes de atenção disponíveis na rede pública de saúde.
"É melhor para o paciente terminar a recuperação na cada dele porque ali ele está em um ambiente humanizado, acolhedor e recebendo os cuidados de equipes profissionais capacitadas para dar continuidade ao tratamento", explica o ministro da Saúde, Alexandre Padilha.
"Com a redução do período de permanência de pacientes internados, conseguiremos dar maior autonomia a eles e descongestionar os hospitais, liberando mais leitos para outros usuários do SUS", completa o ministro.
O Serviço de Atenção Domiciliar está inserido no contexto das Redes de Atenção à Saúde do SUS, também conhecidas como "Saúde Toda Hora". De acordo com a Portaria 2.029, o SAD poderá ser oferecido aos pacientes com condições de concluir o tratamento em domicílio, conforme diagnóstico médico.
"Estamos dando um novo impulso para este tipo de assistência no SUS, integrada à toda a rede de atendimento, como as unidades básicas de saúde, as UPAs (Unidades de Pronto Atendimento 24 horas), o SAMU e a Estratégia Saúde da Família", destaca o secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, Helvécio Magalhães.
Pessoas com necessidade de reabilitação motora, idosos, pacientes crônicos sem agravamento ou em situação pós-cirúrgica, por exemplo, poderão ser cuidados pelo Serviço de Atenção Domiciliar. De acordo com a portaria, só não terão acesso ao SAD pacientes que demandem monitoramento ininterrupto (como aqueles que necessitam de ventilação mecânica), assistência contínua de enfermagem ou tratamento cirúrgico. Casos como esses deverão ter a internação hospitalar ou os cuidados ambulatoriais mantidos.
CUIDADORES - Os profissionais de saúde ou "cuidadores" do SAD serão organizados em Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar (EMAD) e Equipes Multiprofissionais de Apoio (EMAP), que darão suporte às EMADs, quando necessário. Cada EMAD deverá atender, em média, a uma população de 60 habitantes e também poderá contar com o auxílio de profissionais que atuam no Saúde da Família.
As Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar farão visitas regulares às residências dos pacientes. Elas serão compostas por até dois médicos, até dois enfermeiros, um fisioterapeuta ou um assistente social e quatro auxiliares/técnicos de enfermagem. As EMADs atuarão durante a semana e também aos sábados e domingos (em regime de plantão). Os equipamentos e materiais necessários para o trabalho das equipes deverão ser garantidos pelas unidades de saúde do respectivo município ou estado aos quais as EMADs estão vinculadas.
FINANCIAMENTO - O Ministério da Saúde financiará 80% dos custos de cada Equipe Multiprofissional de Atenção Domiciliar. Por mês, serão garantidos R$ 34.560 para o custeio das EMADs, recursos que serão transferidos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos municipais ou estaduais de saúde.
Para a habilitação do SAD, as secretarias de saúde deverão apresentar, ao Ministério da Saúde, o detalhamento do Componente Atenção Domiciliar inserido no Plano de Ação Regional da Rede de Atenção às Urgências. A previsão é que 250 Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar estejam estruturadas até o final do ano. A meta é chegar a mil equipes até 2014.

Esse programa - alcunhado de "Melhor em Casa" - fora lançado pela Presidente da República, srª Dilma Roussef, e pelo Ministro da Saúde, em 08/11/2011; o pronunciamento da primeira, de 9 minutos e 31 segundos, pode ser assistido pelo *youtube* da *internet*, disponível que se encontra pelo menos até a data de hoje).

Foi repercutido no *site* de notícias do Palácio do Planalto, e de seu teor destaco os seguintes trechos:

> (...)
> O Melhor em Casa, é um sistema de tratamento médico domiciliar que será implantado gradativamente em todo o território nacional para atender os doentes crônicos, os idosos, os pacientes em recuperação de cirurgias e as pessoas com necessidade de reabilitação motora. Esses pacientes terão visitas regulares de médicos e enfermeiros em suas próprias casas. Vão receber medicamentos e, se necessário, equipamentos fornecidos gratuitamente pelo governo. Tudo isso, perto do carinho de suas famílias, protegidos dos riscos de infecções e outras pressões psicológicas causadas por hospitais sobrecarregados.
> (...)
> Tão importante quanto seus efeitos é a mudança de atitude que eles representam, pois significam também uma parceria e divisão de responsabilidade entre os governos federal, estadual e municipal. Por isso, fiz questão de convidar governadores e prefeitos para firmarmos hoje um pacto de emergência republicana, na área da saúde. Um pacto onde cada um tem que assumir sua responsabilidade e não fugir jamais aos desafios. Da parte do governo federal isso significa uma lição de humildade e de coragem. Humildade para reconhecer que a situação da saúde pública não está boa e precisa melhorar; coragem, porque estamos atraindo para nós a responsabilidade de liderar este processo.
> Não tenho medo de assumir essa tarefa. Mas quero pedir a vocês compreensão e consciência do esforço que o Brasil tem feito e precisa fazer cada vez mais em favor da melhoria da saúde.
> (...)

Ora, se esse programa "Melhor em Casa" - em tudo similar a "home care" prestada particularmente - foi já implantado e está em vias de crescimento (o governo federal anunciou que vai dispor de R$ 1 bilhão para financiar mil equipes e 400 grupos de apoio até 2014), e espera-se que, como já são passados quase dois anos, tudo não tenha passado de mera propaganda, de falácia.

Sendo, como se espera, um programa de governo vinculado ao SUS (onde existe a solidariedade entre as três ordens executivas, como já vimos), não tem propósito que seja negado esse serviço à autora, pois é evidente que ela dele necessita conforme emerge sem sombra de dúvidas dos documentos que formam o instrumento.

Seria estranho que, na hora em que uma cidadã necessita do programa "Melhor em Casa", alguém, da parte do Poder Executivo da União, do Estado de São Paulo, ou do Município, que o lançou e instituiu, viesse dizer que o *mesmo não existe ou não está disponível*, desmentindo o lançamento feito de público pelas autoridades.

Logo, a interlocutória merece ser reformada, para *garantir à autora/agravante tanto os medicamentos de que necessita, quando os serviços do programa "Melhor em Casa"* ("home care" pública) tão festejado pelas autoridades da República.

Os medicamentos, assim como o serviço "Melhor em Casa", deverão ser fornecidos em solidariedade pelos réus/agravados, em espécie ou mediante prestação em dinheiro que cubra todos os custos.

As prestações serão exigíveis a partir do 10º dia útil seguinte ao da publicação desta decisão.

Para evitar o useiro descumprimento das ordens do Poder Judiciário, fica fixada a multa de R$ 150,00 (*astreintes*) em favor da autora, por dia de desobediência, sem prejuízo de sanções penais derivadas do eventual descaso.

Destaco que a imposição de *astreintes* contra o Poder Público é admitida na jurisprudência como meio coercitivo de obrigação de fazer (STJ: AgRg no AREsp 7.873/SC, Rel.

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/05/2012 - AgRg no AREsp 23.782/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 23/03/2012 - AgRg no AREsp 7.869/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - REsp 1256599/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - REsp 1243854/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 16/08/2011 - REsp 1163524/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 12/05/2011 - AgRg no REsp 1221660/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/04/2011 - AgRg no Ag 1352318/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011 - AgRg no REsp 1213061/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011).

Pelo exposto, *defiro a antecipação de tutela recursal* tal como rogada pela agravante e nos termos deste decisório.

Comunique-se e intime-se *incontimenti*.

À contraminuta.

Após, ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 09 de abril de 2013.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

PROCESSO ADMINISTRATIVO
0009081-94.2013.4.03.0000
(2013.03.00.009081-9)

Interessado: FABIANO HENRIQUE DE OLIVEIRA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO DE SOUZA - CORREGEDOR REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Classe do Processo: PA 877
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO. VITALICIAMENTO.
1. No primeiro grau de jurisdição, os Juízes adquirem a vitaliciedade, "após dois anos de exercício", nos termos do artigo 95, inciso I, da Constituição Federal.
2. Os documentos indicam o exercício regular da jurisdição. Nenhuma reserva ética ou funcional foi apresentada em desfavor do(a) Magistrado(a).
3. Declaração de vitaliciedade que se confere ao Magistrado(a) quando da implementação da condição temporal - o biênio iniciado a partir da posse, em 22 de junho de 2.011.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que em que figura como parte o(a) Magistrado(a) acima indicado(a), decide o Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, declarar cumpridos os requisitos previstos para a aquisição da vitaliciedade, sendo necessária, para o término do procedimento, a implementação da condição temporal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2013.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Corregedor-Regional

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Trata-se de expediente administrativo referente a vitaliciamento do Juiz Federal Substituto Fabiano Henrique de Oliveira, cuja aprovação ocorreu no XV Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz Federal Substituto da 3ª Região, com posse em 22 de junho de 2011.

Nos termos do Ato CORE nº 01, de 01º de novembro de 2011, o Magistrado Alexandre Sormani foi designado para exercer as funções de Juiz Formador.

Para a instrução do presente expediente, foram juntados os seguintes documentos:

- Relatórios circunstanciados semestrais apresentados pelo(a) Magistrado(a) vitaliciando(a), referentes ao 1º, 2º e 3º semestres do período de vitaliciamento (artigo 91, do Provimento CORE nº 64/05);

- Mídia digital contendo a gravação das sentenças enviadas pelo(a) Magistrado(a), nos termos do artigo 97, § único, do Provimento CORE nº 64/05;

- Mapas de produtividade relativos ao período de junho de 2011 a dezembro de 2012 e relatório de ausência do(a) Magistrado(a) vitaliciando(a), fornecidos por esta Corregedoria;

- Informações prestadas pelo Gabinete da Conciliação do Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

- Informações quanto à existência de expedientes administrativos ativos ou arquivados nesta Corregedoria, certidão encaminhada pela Secretaria Judiciária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como certidão obtida nos termos da Resolução nº 238/10, da Presidência deste Tribunal, acerca de expedientes administrativos disciplinares, processos e/ou procedimentos atinentes ao(à) Magistrado(a);

- Informações da Secretaria dos Conselhos de Administração e Justiça deste Tribunal (ficha cadastral, cópia dos dados obtidos por ocasião do concurso de ingresso na carreira, declaração de exercício no cargo e tempo de serviço averbado, histórico de movimentação, licenças e férias usufruídas);

- Informações colhidas junto à Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, aos membros desta Corte Regional e documentos enviados pelo(a) próprio(a) Magistrado(a) vitaliciando(a), dentre os quais, o *curriculum vitae*;

Cientificado(a) o(a) Magistrado(a) vitaliciando(a), a respeito dos dados de produtividade apurados por esta Corregedoria, nada requereu.

Colhidas as informações, o presente procedimento foi encaminhado à Subsecretaria dos Conselhos de Administração e Justiça.

Em 05 de abril de 2013, em sessão extraordinária do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, o Colegiado, por unanimidade, recomendou o vitaliciamento do(a) Magistrado(a).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA – Corregedor-Regional

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Trata-se de procedimento administrativo destinado à verificação dos requisitos necessários à aquisição da vitaliciedade.

No primeiro grau de jurisdição, os Juízes adquirem a vitaliciedade, "após dois anos de exercício", nos termos do artigo 95, inciso I, da Constituição Federal.

A disciplina do procedimento administrativo de vitaliciedade foi operada pela Resolução nº 1/08, do Conselho da Justiça Federal (STJ), cujos termos são os seguintes:

> Capítulo IV
> DO VITALICIAMENTO
> Seção I
> DA ORIENTAÇÃO, DO ACOMPANHAMENTO E DA AVALIAÇÃO
> Art. 10. O estágio probatório do Juiz Federal Substituto, necessário à aquisição da vitaliciedade, inicia-se a contar do exercício no cargo e tem duração prevista na Constituição Federal.
> Parágrafo único. A orientação, o acompanhamento e a avaliação dos Juízes Federais constituem atribuição do Corregedor-Geral do Tribunal Regional Federal, coadjuvado por Juiz Auxiliar

da Corregedoria e por Juízes Federais Formadores.
Art. 11. Os Tribunais Regionais Federais poderão prorrogar o período aquisitivo de que trata o art. 95, I, da Constituição Federal, até o limite dos afastamentos havidos como de efetivo exercício no interregno, quando o resultado do desempenho do magistrado não for considerado satisfatório para o vitaliciamento em avaliação anterior.
§ 1º Quando não for possível realizar qualquer avaliação devido à situação excepcional, assim reconhecida pelo respectivo Tribunal, aplicar-se-á o disposto no *caput* deste artigo.
§ 2º Aplica-se aos juízes vitaliciandos o disposto no *caput* deste artigo.
Art. 12. A Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal formará prontuários individuais em que serão reunidas informações para a avaliação do juiz vitaliciando.
Parágrafo único. O processo de vitaliciamento compreende todo o período de estágio probatório, ao término do qual já deverá ter-se iniciado a fase conclusiva daquele processo.
Art. 13. O juiz formador terá as seguintes atribuições, sem prejuízo de outras que lhe forem delegadas:
I - acompanhar a atuação do juiz vitaliciando durante o estágio probatório;
II - orientar a atuação do juiz vitaliciando no que diz respeito à conduta profissional e atuação junto às partes, procuradores, servidores, público em geral e outros magistrados;
III - avaliar a atuação do juiz vitaliciando mediante a elaboração de relatórios periódicos e do relatório da avaliação final, a serem encaminhados ao Corregedor-Geral do Tribunal Regional Federal.
Art. 14. O juiz formador será designado pelo Corregedor-Geral do Tribunal Regional Federal, que dará ciência do ato ao juiz vitaliciando.
Seção II
DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO
Art. 15. A avaliação do desempenho do juiz no período de aquisição da vitaliciedade terá como foco suas aptidões, inclusive idoneidade moral, bem como a adaptação ao cargo e às funções.
Art. 16. O juiz vitaliciando deverá encaminhar semestralmente, de preferência por meio eletrônico, relatório circunstanciado em que descreva sua atuação funcional, o método de trabalho desenvolvido e a situação da unidade em que atua.
Art. 17. A avaliação da aptidão do vitaliciando levará em conta o cumprimento do regime próprio da Magistratura, os relatórios produzidos pelo juiz auxiliar da Corregedoria, pelo juiz formador e pelo juiz vitaliciando, bem como os demais elementos levados ao conhecimento do Corregedor-Geral do Tribunal Regional Federal.
Parágrafo único. Poderá ser considerada, para fins de avaliação da aptidão, a participação do vitaliciando em atividades de aperfeiçoamento profissional promovidas ou sugeridas pelo Tribunal, consoante os critérios que fixar.
Art. 18. O Corregedor-Geral do Tribunal Regional Federal poderá solicitar informações sobre a conduta funcional e social do juiz vitaliciando à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Ministério Público e a magistrados, bem como a outros órgãos ou entidades que entender necessário, preservando o caráter sigiloso da informação.
Art. 19. Poderá o Corregedor-Geral do Tribunal Regional Federal, mediante autorização do Tribunal, determinar que o juiz vitaliciando seja submetido à avaliação psicológica ou psiquiátrica por junta especializada.
Art. 20. A Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal promoverá, com a Escola da Magistratura, encontros ou cursos dirigidos aos vitaliciandos, propiciando-lhes troca de experiências e projetando a orientação a ser seguida no exercício da magistratura, observando-se as diretrizes constantes do Plano Nacional de Aperfeiçoamento e de Pesquisa para Juízes Federais.
Art. 21. Até o final do estágio, o Corregedor-Geral do Tribunal Regional Federal elaborará voto relativo à aptidão do magistrado, bem como à adaptação ao cargo e às funções, recomendando ao Tribunal, de forma fundamentada, o vitaliciamento do Juiz Federal; caso contrário,

proporá ao Tribunal abertura do processo de perda do cargo.
Parágrafo único. Instaurado o processo de perda do cargo referido no *caput* deste artigo, até a sua conclusão, fica suspenso o período de vitaliciamento.

Em atenção a tais diretrizes, além da juntada dos Relatórios elaborados pelo(a) vitaliciando(a) e pelo(a) Juiz(Juíza) Formador(a), a Corregedoria Regional determinou as seguintes providências:

Nos termos do artigo 319, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, artigo 15 e seguintes, da Resolução nº 001, de 20.02.2008, do Conselho da Justiça Federal, e artigo 90 e seguintes, do Provimento CORE nº 64, de 28.04.2005, oficie-se por meio eletrônico:
- à *Secretaria dos Conselhos de Administração e Justiça* deste Tribunal, para que providencie, no prazo de 15 (quinze) dias:
a) cópias dos dados obtidos por ocasião do concurso de ingresso (RI-TRF/3ª Região, artigo 319, § 3º, inciso I);
b) cópias das anotações do prontuário do(a) magistrado(a), em especial: declaração de exercício no cargo e tempo de serviço averbado; histórico de movimentação de magistrado; licenças e férias usufruídas; cursos realizados; elogios e penalidades existentes (RI-TRF/3ª Região, artigo 319, § 3º);
- ao *Magistrado Vitaliciando*, para que encaminhe, no prazo de 15 (quinze) dias:
a) *curriculum vitae* atualizado;
b) em havendo interesse, outros documentos, inclusive cópias de decisões por ela proferidas ou referências constantes de acórdãos ou declarações de voto (RI-TRF/3ª Região, artigo 319, § 3º, incisos II e IV);
- à *Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região*, para que informe a respeito:
a) da participação e aproveitamento do(a) magistrado(a) vitaliciando(a) em atividades de aperfeiçoamento profissional, conforme dispõem o artigo 17, § único, da Resolução nº 001/2008, do Conselho da Justiça Federal, e artigo 92, § único, do Provimento CORE 64/2005, bem como nos termos nas normas da ENFAM;
- à *Secretaria Judiciária*, para que encaminhe, no prazo de 15 (quinze) dias, em caráter sigiloso, informações sobre a conduta funcional e social do(a) magistrado(a) (artigo 18, da Resolução nº 001/2008, do Conselho da Justiça Federal, e artigo 93, do Provimento CORE nº 64/2005).
- a *todos os membros deste Tribunal*, para que encaminhem informações ou referências constantes de acórdãos ou declarações de voto a respeito do(a) magistrado(a) (RI-TRF 3ª Região, artigo 319, § 3º, incisos III e IV);
- à *Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo e de Mato Grosso do Sul*, para que encaminhem, em caráter sigiloso, informações sobre a conduta funcional e social do(a) magistrado(a) (artigo 18, da Resolução nº 001/2008, do Conselho da Justiça Federal, e artigo 93, do Provimento CORE nº 64/2005);
- aos *Procuradores-Chefes do Ministério Público Federal de São Paulo e de Mato Grosso do Sul*, para que encaminhem, em caráter sigiloso, informações sobre a conduta funcional e social do(a) magistrado(a) (artigo 18, da Resolução nº 001/2008, do Conselho da Justiça Federal, e artigo 93, do Provimento CORE nº 64/2005).
Providencie, ainda, a *Secretaria da Corregedoria*, no prazo de 15 (quinze) dias:
a) relatório resumido dos expedientes e processos administrativos, em processamento ou arquivados nesta Corregedoria Regional, envolvendo o(a) magistrado(a) (RI-TRF 3ª Região, artigo 319, § 3º, incisos V e VI);
b) relatório de ausência do(a) magistrado(a) (RI-TRF 3ª Região, artigo 319, § 3º, inciso V).

A documentação foi anexada aos autos.

O feito foi, então, apresentado ao Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que recomendou o vitaliciamento, por unanimidade.

Agora, apresentado o procedimento perante o Plenário do Tribunal, cumpre insistir na mesma solução.

Os documentos indicam o exercício regular da jurisdição. Nenhuma reserva ética ou funcional foi apresentada em desfavor do(a) Magistrado(a).

Registre-se, a propósito, que, além da consulta pessoal a cada um dos integrantes do Tribunal, várias Instituições foram provocadas a emitir conceito profissional sobre o(a) interessado(a).

Ademais disto, os registros funcionais permanentes da própria Corregedoria Regional testemunham a adequação do juízo positivo.

Por estes fundamentos, cumpre declarar que, até então, o(a) interessado(a) cumpre os requisitos previstos para a aquisição da vitaliciedade, sendo necessária, para o término do procedimento, a implementação da condição temporal - o biênio iniciado a partir da posse, em 22 de junho de 2.011.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA – Corregedor-Regional

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0011866-29.2013.4.03.0000
(2013.03.00.011866-0)

Requerente: COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR - CNEN
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessados: AMBRIEX S/A IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO, INSTITUTO DE PESQUISAS ENERGÉTICAS E NUCLEARES - IPEN E COMECER S.P.A.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE
Classe do Processo: SLAT 2967
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/06/2013

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de liminar deferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara de São Paulo/SP que, nos autos do mandado de segurança nº 0021266-37.2012.403.6100, determinou a suspensão da execução do contrato firmado entre a CNEN e a empresa Comecer S.P.A. em 28/12/12, decorrente do pregão presencial nº 232/2012 (internacional), até ulterior decisão daquele Juízo.

Afirma a requerente que realizou licitação na modalidade pregão para adquirir equipamentos a fim de adequar suas instalações para a produção de radiofármacos, conforme determinações da ANVISA.

O *mandamus* originário foi impetrado pela empresa Ambriex S/A Importação e Comércio, que obteve a liminar ora impugnada, sob dois fundamentos: a modalidade licitatória não teria sido adequada e o prazo concedido para a apresentação das propostas teria sido exíguo, deixando de garantir a ampla participação, no certame, das empresas que atuam no mercado de produção de equipamentos para radiofármacos.

Requer a CNEN a suspensão da decisão liminar em razão da existência de grave lesão à saúde pública, uma vez que "a CNEN poderá ficar impedida de produzir radiofármacos a partir de 2013, o que seria um desastre para a população que depende desse tipo de tratamento médico. Não há recursos para nova contratação: os recursos disponibilizados para o contrato em apreço deveriam, como o foram, ser utilizados até o final de 2012, e, além disso, caso mantenha-se a suspensão do contrato, não haverá tempo hábil para adaptação das instalações da CNEN (em atendimento às determinações da ANVISA) para a produção de forma segura desses medicamentos." (fls. 3/4)

Inviabilizadas as adaptações necessárias para a produção de radiofármacos, o prejuízo à população que deles necessita seria manifesto.

Outrossim, a lesão à ordem pública, sob o aspecto "ordem administrativa" mostra-se evidente uma vez que qualquer obstáculo à produção dos radiofármacos fora dos critérios de segurança e destoante do cronograma estabelecido pela ANVISA, acarretaria uma desordem nas ações da Administração Pública, gerando danos à comunidade.

Aduz, também, estarem ausentes os pressupostos autorizadores da concessão da liminar no *writ* subjacente; que foi correta a classificação das celas de processamento (*hot cells*) como bem comum, assim como adequada foi a modalidade licitatória escolhida. Argumenta, ainda, que os prazos previstos no edital foram dotados de total razoabilidade.

Acostou aos autos os documentos de fls. 16/1019 e, em especial, a decisão do TCU (Acórdão nº 429/2013), oriunda de representação da impetrante Ambriex S/A naquele Tribunal, no âmbito do qual os aspectos acima indicados foram analisados - e afastados - pela Corte de Contas.

É o breve relatório.

Anoto, primeiramente, que o pedido de contracautela consiste em instrumento processual destinado apenas à proteção *da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas*, no qual é vedada qualquer discussão acerca do direito aplicável ao caso concreto, sob pena de se transformar o incidente de suspensão em verdadeiro recurso contra a liminar deferida em primeiro grau de jurisdição. Nas palavras do E. Ministro Cesar Asfor Rocha, *"As questões relacionadas à legalidade da decisão de segundo grau constituem temas jurídicos de mérito, os quais ultrapassam os limites traçados para a suspensão de liminar, de sentença ou de segurança, cujo objetivo é afastar a concreta possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*. A via da suspensão, como é cediço, não substitui os recursos processuais adequados." (AgRg na SLS nº 1.257, Corte Especial, v.u., j. 01/09/10, DJ 14/09/10, grifos meus)

Dessa forma, o exame da questão cingir-se-á à análise da situação de fato apresentada nos autos, dela se extraindo - ou não - a existência de lesão grave aos bens jurídicos previstos no art. 4º, da Lei nº 8.437/92.

Passo à análise.

Ataca-se, no presente incidente, decisão concessiva de liminar no *writ* originário, que suspendeu a execução do contrato firmado entre a CNEN e a empresa Comecer S.P.A., celebrado em razão do pregão presencial nº 232/2012, destinado à aquisição de cela de processamento de radiofármacos.

Destaco que a Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN é uma autarquia federal que detém o monopólio nuclear da União, cujas disciplina e atribuições institucionais vêm previstas na Lei nº 6.189/74. É a CNEN que garante a realização de procedimentos diagnósticos em medicina nuclear (*v.g.* cintilografia e tomografia), além de viabilizar tratamentos de várias doenças, como o câncer.

A propósito, transcrevo trecho do documento acostado a fls. 75/150, descritivo do projeto de adequação das instalações de produção de radiofármacos da CNEN às boas práticas de fabricação, especialmente no que tange ao seu objetivo:

> Assegurar a continuidade da produção de radiofármacos (medicamentos radioativos) pela CNEN e de seu fornecimento à classe médica brasileira, garantindo assim a realização anual de cerca de 1.500.000 (hum milhão e quinhentos mil) procedimentos diagnósticos e terapêuticos em medicina nuclear (fls. 76).

Merece relevo, ainda, o item 4 do referido documento, que assim descreve a situação atual no Brasil:

> No Brasil, a produção de radiofármacos é monopólio da União, exercido pela CNEN, autarquia federal vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e inovação. *Cerca de 38 (trinta e oito) produtos são entregues regularmente (diariamente e/ou semanalmente) a clínicas e hospitais em todo o País*. Exceção ao monopólio são os radiofármacos de meia vida inferior a 120 minutos, que podem ser produzidos pela iniciativa privada conforme estabeleceu a

> Emenda Constitucional nº 49, publicada no DOU de 8 de fevereiro de 2006. No entanto, *hoje, a Fluordesoxiglicose* marcada com o isótopo radioativo de flúor - FDG-18F- *é o único produto que não está exclusivamente sob a responsabilidade da CNEN*.
> O radioisótopo mais importante - aplicado em mais de 80% de todos os procedimentos de medicina nuclear - é o Tecnécio-99m, disponibilizado para os serviços de medicina nuclear na forma de geradores de Molibdênio-99/Tecnécio-99m, produzidos no IPEN.
> Dentre as quatro unidades da CNEN envolvidas na produção de radiofármacos (IPEN, IEN, CDTN e CRCN/NE), as mais tradicionais são o IPEN e o IEN, *respondendo o IPEN por mais de 90% dos radiofármacos atualmente distribuídos no país*. (fls. 77, grifos meus)

Dessa forma, a decisão que suspendeu a execução do contrato firmado entre a autarquia e a empresa vencedora do certame - impedindo, portanto, o fornecimento das celas para processamento de radiofármacos - implicará a descontinuidade da produção desses medicamentos pela CNEN - que é a autarquia detentora do monopólio de radiofármacos no Brasil, nunca será demais insistir.

Fica evidente que a ausência das celas de processamento (*hot cells*) provocará grave crise no fornecimento dos medicamentos pois, como bem afirmou a requerente, sem as referidas celas devidamente instaladas até dezembro de 2013, a Comissão ficaria impedida de produzir radiofármacos, descumprindo o cronograma da ANVISA, desordenando a produção e gerando problemas no abastecimento de hospitais, clínicas etc., de forma a causar, indubitavelmente, risco à ordem administrativa e, sobretudo, à saúde pública. Isso porque, toda a população dependente deste tipo de tratamento ou que viesse a necessitar de procedimentos diagnósticos em medicina nuclear ficaria privada do direito à saúde, que é, sobretudo, dever do Estado. A manutenção do *decisum* traria desastrosas consequências à coletividade que não teria como suportar a falta dos medicamentos. O risco de dano é absolutamente concreto, caso não tratadas convenientemente doenças que demandam a administração de radiofármacos.

Dessa forma, é palmar o preenchimento dos requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92. Há grave risco à ordem administrativa e manifesto risco à saúde pública, tendo em vista que a suspensão do contrato celebrado entre a CNEN e a empresa vencedora do certame poderá culminar na descontinuidade da produção de radiofármacos no Brasil.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão da liminar concedida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara de São Paulo/SP, nos autos do mandado de segurança nº 0021266-37.2012.403.6100. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa. Comunique-se com urgência. Int. Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 05 de junho de 2013.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Presidente

Direito Civil

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0013623-08.2006.4.03.6110
(2006.61.10.013623-3)

Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF E CAIXA SEGURADORA S/A
Apelados: ADEMAR ARAUJO SOUZA E EDNA CASSULINO ARAUJO SOUZA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 1426980
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2013

EMENTA

SFH. SEGURO HABITACIONAL. LEGITIMIDADE. EMGEA. CEF. UNIÃO. PRESCRIÇÃO. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. REQUISITOS. COBERTURA CARACTERIZADA. DESMORONAMENTO. COBERTURA CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO DESTINADA A AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. CARACTERIZAÇÃO. ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Em julgamento de recurso submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça definiu os requisitos para que a CEF integre a lide nas ações em que se discute a responsabilidade pelos danos causados por vícios da construção de imóvel financiado no âmbito do SFH. São eles, cumulativamente: *a)* contrato celebrado entre 02.12.88 e 29.12.09; *b)* vinculação do instrumento ao FCVS (apólice pública, ramo 66); e *c)* demonstração do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA (STJ, Emb. Decl. nos Emb. Decl. no Resp nº 1.091.393, Rel. Min. Maria Isabel Galotti, j. 10.10.12).

2. Os dois primeiros requisitos são objetivos e aferidos pela análise do contrato. O último requisito envolve questões pertinentes à política atuarial e deve ser resolvido em favor da CEF, que, por ser o órgão gestor do FCVS, tem a aptidão para aquilatar o impacto do conjunto de demandas individuais nos recursos financeiros do fundo.

3. Nas ações em que são discutidos contratos de financiamento pelo SFH pacificou-se o entendimento de que a presença da União no pólo passivo da ação é desnecessária, dado que cabe à União tão somente normatizar o FCVS (STJ, REsp nº 575.343-CE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, unânime, j. 05.12.06; TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AC nº 2000.03.00.044672-3-SP, Rel. Des. Fed. Peixoto Júnior, j. 14.04.08).

4. A CEF deve ser mantida no pólo passivo da ação, ainda que tenha ela feito cessão de crédito em favor à EMGEA *(*STJ, EDcl no Ag nº 1069070/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.04.10; TRF da 3ª Região, AC nº 200703990463982, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 02.09.10; TRF da 4ª Região, Ag. nº 200204010219350-SC, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 12.08.03).

5. Firmou-se a jurisprudência no sentido de que o texto do inciso II do § 6° do artigo 178 do Código Civil de 1916 mencionava que a ação “do segurado contra o segurador e vice-versa” prescrevia em um ano, de modo que uma terceira figura (o beneficiário do seguro) não poderia ser atingido pelo prazo prescricional que contra ele não fora

previsto (STJ, REsp nº 174.728/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 09.11.98; REsp nº 188.401/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.06.00; REsp nº 285.852/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 28.05.01).

6. Há precedentes no sentido de que os vícios de construção encontram-se compreendidos na cobertura securitária dos contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação (STJ, REsp nº 813.898-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.02.07, DJ 28.05.07, p. 331; TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AC nº 311.666-SP, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 05.10.99, DJ 07.12.99, p. 324). O argumento de que somente estariam cobertos os danos decorrentes de "causa externa" não é persuasivo, pois ainda que assim não seja, o resultado é o mesmo: perecimento do bem com conseqüências desastrosas para a execução do contrato de mutuo com garantia hipotecária. Sendo certo que é essa intercorrência que, em última análise, pretende-se obviar mediante o seguro, resulta evidente que os vícios de construção, na esteira de precedentes jurisprudenciais, encontra-se coberto pelo seguro.

7. Independentemente da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor, há precedentes no sentido da cobertura securitária de sinistro relativo a desmoronamento ou respectivo risco (TRF da 4ª Região, 1ª Turma Suplementar, AC nº 2004710200007915-RS, Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lipmann Júnior, j. 27.06.06., DJ 06.09.06; AC nº 20071050003281-RS, Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior, unânime, j. 29.11.05, DJ 28.06.06, p. 670). Com efeito, nada justifica uma interpretação restritiva e limitadora das cláusulas contratuais ou daquelas integrantes da apólice para o efeito de excluir sinistro dessa espécie.

8. Dispõe o art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil que se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Ao falar em compensação, o dispositivo aconselha, por motivos de eqüidade, que cada parte arque com os honorários do seu respectivo patrono.

9. Apelação da CEF não provida e apelação da Caixa Seguradora S.A. parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de agosto de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de apelações interpostas pela Caixa Econômica Federal - CEF e pela Caixa Seguradora S.A. contra a sentença de fls. 863/872 e fls. 883/884, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar as rés ao pagamento do valor de R$ 71.838,19 (setenta e um mil oitocentos e trinta

e oito reais e dezenove centavos), atualizado na data do efetivo pagamento pela Tabela CUB do SINDUSCON/Projeto R8N, montante do qual deve ser descontado o valor devido à CEF a título de saldo devedor do contrato de financiamento habitacional de fls. 24/41, determinando a sucumbência recíproca.

Alega a CEF, em síntese, o seguinte:

a) não é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda, uma vez que apenas serviu como intermediário entre os segurados e a companhia seguradora para venda do seguro;

b) houve cessão do crédito discutido nos autos à EMGEA, de modo que é dela a legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda;

c) "(...) inexiste nexo causal entre o eventual dano e ação do Banco e, principalmente, pelo fato de o Apelante não ter qualquer responsabilidade no contrato de seguro firmado entre os apelados e a companhia de seguro Caixa Seguros S/A";

d) os apelados não demonstraram que os danos existentes no imóvel não se deram por sua culpa e, de outro lado, o laudo pericial apresentado comprova que não é necessária a demolição do imóvel, apenas sua reforma;

e) o valor da condenação é exorbitante, de modo que a pretensão dos autores caracteriza enriquecimento sem causa;

f) deve ser respeitado o quanto acordado entre as partes (fls. 888/893).

A Caixa Seguradora S. A. argumenta, por sua vez, o seguinte:

a) deve ser reconhecida a prescrição;

b) "(...) a seguradora ao vistoriar o imóvel e verificando tratar-se de risco decorrente do vício de construção e que o valor orçado para reposição do bem, R$ 16.337,55 sendo então, que a teor do que determina a cláusula 17.13.3 das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos, a recorrente em obediência ao disposto das Normas e Rotinas Aplicáveis à Cobertura, solicitou autorização do Comitê de Recursos Habitacional (...)";

c) a seguradora deve responder apenas pelos riscos que assumiu, o que não é o caso de danos causados por eventos decorrentes de vícios de construção;

d) deve ser afastada a atualização do valor da condenação pela Tabela CUB, devendo ser aplicados os índices da tabela de atualização de débitos judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 902/910).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 927/934 e fls. 936/941).

Os autos foram distribuídos a este Relator em 04.06.09 (fl. 945v.).

Ante a informação trazida pelos autores de que o Comitê de Recursos do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - CRSFH decidiu excluir a cobertura do seguro, foi deferida, em 07.10.09, a antecipação da tutela recursal para suspender cobranças e impedir inscrição do nome dos autores em órgãos de proteção ao crédito até final julgamento da demanda (cfr. fls. 947/949 e fls. 962/963).

Em 24.03.10 os autos foram requisitados e remetidos à Seção de Apoio à Conciliação, tendo sido realizada audiência em 28.04.10, restando prejudicada a tentativa de conciliação em razão da ausência da parte autora (fls. 976/977 e 991). Em 09.09.10, após terem sido ouvidas as partes, foi indeferido pedido de alteração do pólo passivo, tendo em vista o término da vigência da Medida Provisória nº 478/09 (fl. 1.000).

Os autos foram novamente requisitados e remetidos à Seção de Apoio à Conciliação em

02.11.10 (fls. 1.003/1.004), tendo sido realizada audiência em 25.04.11, restando novamente prejudicada a tentativa de conciliação em razão da ausência da parte autora (fl. 1.009).

Em 15.08.11 vieram os autos conclusos (fl. 1.014).

Em 21.08.12 os autos foram inspecionados (fl. 1.014v.).

É o relatório.

Ao Revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Vícios da construção. Legitimidade da CEF. Requisitos.* Em julgamento de recurso submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça definiu os requisitos para que a CEF integre a lide nas ações em que se discute a responsabilidade pelos danos causados por vícios da construção de imóvel financiado no âmbito do SFH. São eles, cumulativamente: *a)* contrato celebrado entre 02.12.88 e 29.12.09; *b)* vinculação do instrumento ao FCVS (apólice pública, ramo 66); e *c)* demonstração do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.
> 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66).
> 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide.
> 3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.
> 4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC.
> 5. Na hipótese específica dos autos, tendo o Tribunal Estadual concluído pela ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexiste interesse jurídico da CEF para integrar a lide.
> 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes.
> (STJ, Emb. Decl. nos Emb. Decl. no REsp nº 1.091.393, Rel. Min. Maria Isabel Galotti, j. 10.10.12)

Os dois primeiros requisitos são objetivos e aferidos pela análise do contrato. O último requisito envolve questões pertinentes à política atuarial e deve ser resolvido em favor da CEF, que, por ser o órgão gestor do FCVS, tem a aptidão para aquilatar o impacto do conjunto de demandas individuais nos recursos financeiros do fundo.

Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS. Caixa Econômica Federal - CEF. Legitimidade. União. Ilegitimidade. Nas ações em que são discutidos contratos de financiamento pelo SFH com cláusula de aplicação do FCVS, pacificou-se o entendimento de que a Caixa Econômica Federal - CEF é parte passiva legítima e que a presença da União no pólo passivo da ação é desnecessária, dado que, com a extinção do Banco Nacional de Habitação - BNH, a Caixa Econômica Federal - CEF tornou-se sua única sucessora no tocante aos direitos e obrigações, cabendo à União tão-somente normatizar o FCVS:

> EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA PARTICULAR. REGIME DO SFH. FCVS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO DA CEF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
> (...)
> 4. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a CEF deve figurar no pólo passivo da ação de consignação relativa a imóvel financiado pelo regime do SFH, sob o pálio do FCVS - Fundo de Compensação de Variações Salariais, deslocando-se a competência para a Justiça Federal.
> 5. Em tais processos, todavia, não é necessária a presença da União como litisconsorte passiva, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à CEF, cabendo à União, pelo Conselho Monetário Nacional, somente a atividade de normatização, o que não a torna parte legítima para a causa (...).
> (STJ, 2ª Turma, REsp nº 310.306-PE, Rel. Min. Castro Meira, unânime, j. 18.08.05, DJ 12.09.05, p. 263)

> EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. IRRESIGNAÇÃO PRESENTE NA INICIAL. COBERTURA DO FCVS. RECONHECIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRECEDENTES.
> (...)
> 5. Esta Corte já firmou o entendimento de que a União não é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que têm como objeto o reajuste das prestações da casa própria, sendo uníssona a jurisprudência no sentido de se consagrar a tese de que a Caixa Econômica Federal, como sucessora do BNH, deve responder por tais demandas. A ausência da União como litisconsorte não fere, portanto, o conteúdo normativo do artigo 7º, III, do Decreto-Lei nº 2.291, de 1986. Precedentes (...).
> (STJ, 1ª Turma, REsp nº 739.277-CE, Rel. Min. José Delgado, unânime, j. 16.08.05, DJ 12.09.05, p. 248)

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - FUNDO DE COMPENSAÇÃO POR VARIAÇÕES SALARIAIS - FCVS - DECRETO-LEI 2065/83 - SALDO RESIDUAL (...).
> 2. A jurisprudência do E. STJ consolidou-se no sentido de que a União não tem legitimidade para figurar no pólo passivo das ações propostas por mutuários do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, vez que os direitos e obrigações do Banco Nacional da Habitação - BNH foram transferidos tão-somente à CEF. Assim, não tem procedência a preliminar de litisconsórcio necessário da União Federal.

(...).
(TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AC nº 2000.61.04003383-2-SP, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j 26.06.06, DJ 03.10.06, p. 391)

CEF. Legitimidade ad causam ainda que cedente dos créditos à EMGEA. A Medida Provisória nº 2.196-3, de 24.08.01, permitiu a criação da Empresa Gestora de Ativos - EMGEA, nos termos seguintes:

> Art. 7º. Fica a União autorizada a criar a Empresa Gestora de Ativos - EMGEA, empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Fazenda.
> § 1º. A EMGEA terá por objetivo adquirir bens e direitos da União e das demais entidades integrantes da Administração Pública Federal, podendo, em contrapartida, assumir obrigações destas.
> § 2º. A EMGEA terá sede e foro em Brasília, Distrito Federal.
> § 3º. O estatuto da EMGEA será aprovado por decreto.
> § 4º. A EMGEA, enquanto não dispuser de quadro próprio, poderá exercer suas atividades com pessoal cedido por órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Como se vê, a União foi autorizada a constituir empresa com o objetivo de assumir determinados créditos. Pelo Decreto nº 3.848, de 28.06.01, art. 1º, foi efetivamente criada tal Empresa Gestora de Ativos - EMGEA, a qual passou a ter responsabilidade pela satisfação de certos créditos, dentre eles os decorrentes dos contratos de financiamento vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, nos quais figurava como credora a Caixa Econômica Federal - CEF, a qual procedeu à respectiva cessão, acompanhada da notificação do devedor, em cumprimento ao art. 1.069 do Código Civil, matéria atualmente tratada no art. 290 do novo Código.

Não parece haver dúvida que a cessão de crédito opera seus efeitos próprios, de modo que a cessionária é parte legítima para a respectiva cobrança judicial. Mas semelhante demanda não se confunde com a concretamente proposta por mutuário para a discussão do contrato de financiamento, em relação ao qual a Caixa Econômica Federal - CEF permanece como gestora ou agente financeiro. As eventuais infrações à lei ou ao contrato, na medida em que são atribuídas à CEF, ensejam a sua própria legitimidade para figurar no pólo passivo, independentemente da participação da EMGEA no processo.

A EMGEA pode ou não ter interesse em ingressar nos autos, considerando sua condição de cessionária do crédito. Mas essa Empresa não tem o condão de impedir o exercício do direito de ação por parte do mutuário, que se abalança a discutir com a CEF o modo pelo qual esta veio a executar os seus deveres contratuais. No pólo ativo da demanda, claro está, figura o mutuário na condição de credor (titular de certo direito decorrente do contrato, ainda que restrito à sua fiel execução), e a aludida cessão restringe-se ao crédito da CEF, mas não, obviamente, aos seus deveres em relação à outra parte contratante. É certo que a EMGEA pode assumir as obrigações da CEF (MP nº 2.196-3/01, art. 7º, § 1º), mas seria necessária a anuência do mutuário para que se processe tal transferência.

Cumpre acompanhar o entendimento jurisprudencial no sentido de que a CEF deve ser mantida no pólo passivo da ação, ainda que tenha ela feito cessão de crédito em favor à EMGEA, que, por sua vez, pode validamente participar da relação processual, como segue:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. CESSÃO DE CRÉDITO À EMPRESA GES-

TORA DE ATIVOS - EMGEA. ILEGITIMIDADE ATIVA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA.
1. A Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo em ação relativa a financiamento imobiliário em que houve cessão de crédito imobiliário à Empresa Gestora de Ativos - Emgea. Precedentes.
2. Embargos de declaração acolhidos para negar provimento ao agravo de instrumento.
(STJ, EDcl no Ag nº 1069070/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.04.10)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - SFH. LEI Nº 4.380/64. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES DE ACORDO COM AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL POR CATEGORIA PROFISSIONAL - PES/CP. REPETIÇÃO EM DOBRO. MATÉRIA PRELIMINAR SUSCITADA PELA CEF AFASTADA.
(...)
4. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a Caixa Econômica Federal deve figurar nas ações relativas a contratos de mútuo hipotecário onde haja comprometimento do Fundo de Compensação pela Variação Salarial - FCVS. Preliminar rejeitada.
(...)
6. Tendo em vista que nos contratos de mútuo habitacional o seguro decorre de imposição legal, figurando a instituição financeira, a Caixa Econômica Federal, como intermediária da seguradora, é ela parte legítima para a ação em que se pretende a cobertura securitária. Preliminar afastada.
7. De acordo com o entendimento pacificado pela Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo em ação relativa a financiamento imobiliário em que houve cessão de crédito imobiliário à Empresa Gestora de Ativos - Emgea (EDAG - 200801577070 (1069070), Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJE: 10/05/2010).
(...)
(TRF da 3ª Região, AC nº 200703990463982, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 02.09.10)

SFH. CONTRATO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO. RESCISÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL. INCLUSÃO DA EMGEA.
1. A EMGEA - Empresa Gestora de Ativos, criada pelo Decreto nº 3.848, de 26 de junho de 2001, deve compor o pólo passivo da demanda, em face da cessão dos créditos hipotecários relativos ao contrato sob exame.
2. Mantida a CEF no pólo passivo por ser administradora do contrato, na qualidade de agente financeiro.
3. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.
(TRF da 4ª Região, Ag. nº 200204010219350-SC, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 12.08.03)

Seguro habitacional. Vícios de construção. Cobertura caracterizada. Há precedentes no sentido de que os vícios de construção encontram-se compreendidos na cobertura securitária dos contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação (STJ, REsp nº 813.898, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.02.07; TRF da 3ª Região, AC nº 311.666, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 05.10.99). O argumento de que somente estariam cobertos os danos decorrentes de "causa externa" não é persuasivo, pois ainda que assim não seja, o resultado é o mesmo: perecimento do bem com conseqüências desastrosas para a execução do contrato de mútuo com garantia hipotecária. Sendo certo que é essa intercorrência que, em última análise, pretende-se obviar mediante o seguro, resulta evidente que os vícios de construção, na esteira de precedentes jurisprudenciais, encontra-se coberto pelo seguro.

Seguro habitacional. Desmoronamento. Cobertura caracterizada. Independentemente da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor, há precedentes no sentido da cobertura securitária de sinistro relativo a desmoronamento ou respectivo risco (TRF da 4ª Região, 1ª Turma Suplementar, AC nº 2004710200007915-RS, Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lipmann Júnior, unânime, j. 27.06.06., DJ 06.09.06; AC nº 20071050003281-RS, Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior, unânime, j. 29.11.05, DJ 28.06.06, p. 670). Com efeito, nada justifica uma interpretação restritiva e limitadora das cláusulas contratuais ou daquelas integrantes da apólice para o efeito de excluir sinistro dessa espécie.

Seguro habitacional. Indenização destinada a amortização do saldo devedor. Caracterização. A previsão de seguro no contrato de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação tem duas finalidades precípuas: *a*) afiançar a instituição financeira contra o inadimplemento; *b*) garantir aos mutuários a aquisição do imóvel (STJ, 3ª Turma, REsp nº 811.670-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. 16.11.06, DJ 04.12.06, p. 313). Com efeito, o agente financeiro transfere ao mutuário um certo numerário para que possa adquirir o imóvel. Na hipótese de sinistro, pode suceder que dele decorra a inviabilidade do adimplemento pelo mutuário das prestações pactuadas, visto que, por vezes, daí não resultaria nenhum proveito econômico (*v.g.*: pagar prestações de casa destruída por incêndio ou inundação). Por outro lado, dessa mesma situação surge o risco de o agente financeiro vir a perder o capital mutuado, o que igualmente conspira contra a segurança do Sistema, notadamente quando a concessão de novos financiamentos prejudicados pela inadimplência. Por essa razão, o valor da indenização é prioritariamente destinado à amortização do saldo devedor, o que livrará o mutuário do dano correspondente ao pagamento pelo imóvel cuja propriedade perdera ou depreciara seu valor econômico. Na hipótese e remanescer saldo a seu favor, cumpre ser-lhe entregue. Pode-se objetar que as prestações já saldadas serão perdidas ou que seria aconselhável que o próprio imóvel e sua habitabilidade fossem seguradas. No entanto, isso depende de previsão expressa, não se podendo presumir que da imposição genérica e legal de que o contrato de financiamento sujeite-se a seguro haja implícita cobertura do imóvel dissociadamente de sua função no contrato de financiamento.

Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Dispõe o art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil que se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Ao falar em compensação, o dispositivo aconselha, por motivos de eqüidade, que cada parte arque com os honorários do seu respectivo patrono.

Do caso dos autos. A parte autora propôs a presente ação em 07.12.06 com o fito de que seja determinado à seguradora que arque com os custos de reforma do imóvel, pois "(...) embora a requerida tenha assumido o compromisso de indenizar os autores em novembro de 2004, isto não ocorreu até a presente data, o que acarretou enormes prejuízos aos autores, haja vista que agravou-se muito a situação do imóvel, tornando-se irrisório o valor oferecido naquela data a título de indenização para a reforma do mesmo" (*sic*, fls. 2/18).

Foram concedidos os benefícios da justiça gratuita (fl. 158).

A CEF apresentou contestação, juntando documentos (fls. 169/360), assim como o fez a Caixa Seguradora S.A. (fls. 371/471).

Foram proferidas decisões deferindo a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 473/474 e 478), contra as quais foram opostos embargos de declaração (fls. 518/520 e fls. 527/529) e interpostos agravos de instrumentos (fls. 532/540, fls. 603/617 e fls. 627/641). Foi dado provimento aos embargos de declaração (fls. 542/543) e foi negado seguimento ao agravo de

instrumento nº 2007.03.00.034863-0 (fls. 570/574).

O pedido dos autores para suspensão dos efeitos da tutela, concedida anteriormente por meio das decisões interlocutórias, foi concedido à fl. 622 para evitar alterações no imóvel que influenciassem o resultado da perícia. Contudo, aos agravos de instrumento nº 2007.03.00.048836-0 e 2007.03.00.052589-7, esta 5ª Turma deu parcial provimento para afastar a determinação anterior para que as rés procedessem à reforma do objeto do mencionado contrato (o imóvel ao qual se relaciona o financiamento), mantendo, entretanto, a determinação de que a proposta de indenização oferecida pela Caixa Seguradora S.A. fosse lançada contra o saldo devedor, independentemente de outra providência administrativa (fls. 710/714).

Os autores apresentaram impugnação às contestações (fls. 492/510). A Caixa Seguradora e os autores requereram a produção de prova pericial (fl. 521 e fls. 557/559), pedidos que restaram deferidos às fls. 595/596.

Foi indicado assistente técnico e foram apresentados quesitos para realização da perícia técnica pelos autores (fls. 652/653) e pela Caixa Seguradora S.A (fls. 717/721).

O laudo pericial foi juntado às fls. 734/783 e as partes manifestaram-se às fls. 788, 794/795 e 803/813.

Foi designada audiência de tentativa de conciliação em 09.06.08, que restou infrutífera (fls. 837 e 852/853), ao que foi proferida a sentença de fls. 863/872 e fls. 883/884.

Interpostas apelações pela CEF e pela Caixa Seguradora (fls. 888/893 e fls. 902/910, respectivamente), foram apresentadas contrarrazões (fls. 927/934 e fls. 936/941).

Ante a informação trazida pelos autores de que o Comitê de Recursos do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - CRSFH decidiu excluir a cobertura do seguro, foi deferida, em 07.10.09, a antecipação da tutela recursal para suspender cobranças e impedir inscrição do nome dos autores em órgãos de proteção ao crédito até final julgamento da demanda (cfr. fls. 947/949 e fls. 962/963).

Consta que, em 30.06.97, foi concedido financiamento pela CEF em favor dos autores (fls. 24/42), no âmbito do SFH e vinculado a contrato obrigatório de seguro, segundo as Cláusulas 19ª e seguintes:

> Cláusula Décima Nona - Seguros - Durante a vigência deste contrato de financiamento são obrigatórios os seguros previstos pela Apólice Compreensiva Habitacional ou que venham a ser adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH, os quais serão processados por intermédio da CEF, obrigando-se os devedores a pagar os respectivos prêmios.
> (fls. 35/36)

Segundo o documento de fl. 42, Comunicado de Seguro/Habitação, a CEF comunicou ao adquirente que, "(...) em virtude da operação realizada segundo o contrato acima identificado, encontram-se em vigor os seguros previstos na Apólice de Seguro Habitacional do SFH, sujeitando-se às condições nela estabelecidas (...)". Referidas condições encontram-se nos documentos de fls. 417/469v., juntados aos autos pela Caixa Seguradora S.A.

Em fevereiro de 2004 os mutuários informaram a CEF acerca de rachaduras existentes no imóvel, que haveria de ser desocupado em 01.06.04 (fl. 43), sendo que, em 03.11.04, a seguradora enviou proposta de indenização (fls. 44/45) na ordem de R$ 16.337,55 (dezesseis mil trezentos e trinta e sete reais e cinqüenta e cinco centavos).

Segundo os autores, como os recursos não foram liberados a tempo, em 19.08.05 foi solicitada à Caixa Seguros nova avaliação dos danos, que teriam se agravado (fl. 251). Em 29.09.05,

foi apresentado parecer técnico pela Fundação para o Desenvolvimento de Bauru - Fudeb (fls. 47/100), solicitado pela Caixa Seguros, cujas conclusões foram as seguintes:

> 9. Conclusões
> À vista do observado na construção original e na ampliação executada é nosso parecer:
> I - que, quando da vistoria, a edificação encontrava-se parcialmente ocupada, apresentando-se com elevado grau de deterioração e compromete o uso da mesma para os fins a que se destina, devido à insalubridade dos ambientes e ao risco de colapso parcial da edificação com risco a pessoas que ali residem e ao patrimônio envolvido;
> II - que a fundação, nos dois locais analisados, foi executada em estacas de reduzidíssimo comprimento, apoiadas em baldrames de tijolos e/ou concreto. Que devido ao pequeno comprimento das estavas e as características do solo superficial, que apresenta baixa capacidade suporte, como foi anteriormente discutido, a luz da prospecção e sondagem realizadas, aliado a infiltração de água por aberturas e trincas no revestimento das calçadas, houve um considerável recalque diferencial, nas fundações da região frontal da edificação, impondo uma enorme superfície de separação transversalmente disposta em todo o corpo da edificação, fazendo com que essa parcela da construção sofresse um deslocamento para frente do imóvel;
> III - que o solo de suporte das fundações da edificação vistoriado, representativo do típico do solo encontrado em grande parte do Estado de São Paulo, e constituído por uma areia fina silto-argilosa, com alta porosidade, não saturado, de características colapsíveis;
> IV - que, por tratar-se de um solo arenoso fino, muito fofo e de características colapsíveis, a solução adotada, contraria a NBR 6122 - Projeto e execução de fundações, e as boas técnicas da Engenharia Nacional;
> V - que, mesmo contrariando as normas existentes, as fundações não apresentaram comprometimento a estrutura da edificação por aproximadamente 15 anos, segundo informações do atual mutuário;
> VI - que, foram implementadas reformas e acréscimos na obra, em particular a Garagem coberta na fachada, que não observaram nem as Normas Técnicas pertinentes e vigentes à época, nem a prática recomendada para se lograr uma "boa construção";
> VII - que ao vistoriar a residência, o Engenheiro da Caixa, deu anuência à solicitação de financiamento requerido pelo atual proprietário, não atentando para problemas já existentes na estrutura da edificação;
> VIII - a ação de intempéries (chuvas intensas acompanhadas de fortes ventos) podem ter acelerado os recalques diferenciais e a consequente manifestação das patologias;
> IX - há riscos iminentes de ruína do imóvel, que pode provocar danos irreparáveis a seus usuários se imediatas medidas corretivas e de recuperação não forem adotadas.
> Diante do exposto, tanto na implantação quanto nas reformas executadas, o prédio guarda patologias congênitas e executivas gravíssimas, conferindo ao imóvel um risco de desabamento iminente, ao longo de sua vida útil, colocando em perigo a vida, a integridade física dos moradores e usuários, e os recursos já investidos na edificação.
> (fls. 98/99)

Com fundamento no referido documento e no laudo de fls. 218/219, a Caixa Seguros, por conclusão do Comitê de Recursos do Seguro Habitacional do SFH - CRSFH, determinou que a responsabilidade pelos danos haveria de ser arcada pelo Engenheiro Civil Sérgio Carneiro, responsável pelas obras referentes ao imóvel (fl. 37). Sérgio Carneiro apresentou, então, o parecer técnico jurídico de fls. 321/332, no qual se exime de responsabilidade técnica pelo estado do imóvel, mesmo porque não consta da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART como responsável pela execução e direção técnica da construção (fl. 335).

À vista de tal documento, a seguradora solicitou à CEF a identificação do responsável

técnico pela edificação tanto do projeto original quanto das áreas ampliadas (fl. 336), sendo que a CEF informou que as ampliações não foram executadas por profissionais identificados, restando prejudicada a conclusão acerca da responsabilidade técnica pelas anomalias na construção (fls. 343/346).

A Caixa Seguradora se recusa a pagar o valor exigido pelo autor ao argumento de que deve responder apenas pelos riscos que assumiu, o que não é o caso de danos causados por eventos decorrentes de vícios de construção. Ademais, alega que o valor a que se propôs a pagar é suficiente para recuperar a área do imóvel originalmente segurada, nos termos da avaliação de fls. 470/471, bem como que apenas danos advindos de "eventos externos" estariam segurados.

Estão presentes os requisitos para que a CEF integre a presente lide, conforme o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça: *a)* o contrato foi celebrado em 30.06.97, portanto entre 02.12.88 e 29.12.09; *b)* o instrumento está vinculado ao FCVS (apólice pública, ramo 66), como se vê do documento de fls. 577/578; e *c)* a Caixa Seguradora S.A. manifestou expressamente que eventual condenação implicará comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA (cf. fl. 376).

Do mesmo modo, não medram as alegações de que a EMGEA e a União haveriam de constar obrigatoriamente do pólo passivo da ação, como supra fundamentado. Tampouco assiste razão à Caixa Seguradora no que tange à prescrição, como bem apontado pelo MM. Juízo *a quo*:

> Constato não ter ocorrido a hipótese prevista no artigo 178, parágrafo sexto, inciso II, do antigo Código Civil.
> A norma em comento, versando a questão sobre cobertura de seguro envolvendo imóvel objeto de contrato de financiamento habitacional firmado com a CEF, indica como destinatária final dos recursos relativos à cobertura securitária a própria Caixa Econômica Federal, na medida em que o imóvel segurado representa garantia do mútuo pactuado. Assim, o prazo prescricional anual previsto na norma em comento à CEF se dirige, e não aos mutuários.
> Considere-se, também, que a prescrição da ação de cobrança do prêmio do seguro só se inicia na data em que o segurado é comunicado da negativa da cobertura, pois antes disso ele sequer poderia ajuizar ação e, se o fizesse, ocorreria a extinção do processo por falta de interesse de agir. No caso presente, a Caixa Seguradora admite, em contestação, que o pedido de pagamento da cobertura encontra-se "... pendente de parecer do Comitê de Recurso, Órgão ligado a Secretaria do Tesouro Nacional ..." (*sic* - fl. 378), de forma que o prazo para ajuizamento da ação sequer teve fixado seu termo inicial.
> Por fim, ressalto que o contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do SFH, em que consta estipulação securitária, diverge dos contratos de seguro firmados livremente entre particulares e seguradoras, sendo assim a eles inaplicável o art. 178, § 6º, inciso II do Código Civil de 1916.
> (fls. 868/869)

Firmou-se a jurisprudência no sentido de que o texto do inciso II do § 6° do artigo 178 do Código Civil de 1916 mencionava que a ação "do segurado contra o segurador e vice-versa" prescrevia em um ano, de modo que uma terceira figura (o beneficiário do seguro) não poderia ser atingido pelo prazo prescricional que contra ele não fora previsto (STJ, REsp nº 174.728/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 09.11.98; REsp nº 188.401/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.06.00; REsp nº 285.852/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 28.05.01).

Superadas tais questões, insta verificar a existência e a extensão da responsabilidade das rés quanto à cobertura do sinistro referente ao imóvel segurado.

O vício de construção foi exaustivamente reconhecido pelo MM. Juízo *a quo*, com fundamento nas diversas vistorias e nos laudos juntados aos autos. Em princípio, afigura-se a responsabilidade da CEF e da Caixa Seguros S.A. na demanda proposta pelos recorridos, na medida em que a primeira intercede como estipulante do contrato de seguro a que obrigou a Caixa Seguradora, bem como por ser a CEF beneficiária, em tese, do valor da indenização, pois este é predestinado à amortização do saldo devedor, nos termos da Cláusula 20ª (vigésima) do contrato de financiamento:

> Cláusula Vigésima - Sinistro - Em caso de sinistro, fica a CEF autorizada a receber diretamente da companhia seguradora o valor da indenização, aplicando-o na solução ou na amortização da dívida e colocando o saldo, se houver, à disposição dos devedores.
> (fls. 35/36)

Há, com efeito, responsabilidade, pois subsiste o vínculo jurídico decorrente do contrato de financiamento e de seguro. No entanto, é necessário delimitar essa responsabilidade.

Os limites da responsabilidade referem-se, por sua vez, à extensão securitária. O Comitê de Recursos do Seguro Habitacional do SFH - CRSFH, em sua 128ª reunião ordinária, de 19.03.09, decidiu por negar a cobertura pelo seguro, "(...) por se tratar de sinistro decorrente de Vício Construtivo em imóvel com mais de cinco anos de habite-se, constatado pelo Laudo Técnico de Instituto - LTI emitido pela Fundação para o Desenvolvimento de Bauru - FUNDEB - Faculdade de Engenharia de Bauru - UNESP, sem que haja possibilidade do SH obter ressarcimento" (fl. 951).

A respeito dessas questões, é intuitivo que o sinistro (risco de desmoronamento) encontra-se incluído na apólice: não haveria outra explicação para a Caixa Seguradora S/A prontificar-se a efetuar o pagamento da indenização, ainda que para tanto tenha que recorrer a instâncias administrativas superiores. Há previsão expressa de cobertura securitária quanto a danos provenientes de ameaça de desmoronamento (cf. fl. 42), e a alegação de que apenas danos causados por "eventos externos" seriam passíveis de cobertura sequer representaria óbice à pretensão dos autores, haja vista que eventos externos influenciaram a situação do imóvel, como bem apontou o MM. Juízo *a quo*:

> Ocorre que, em que pese ter sido constatada pelo perito deste Juízo a efetiva existência de vícios na construção, também verificou o *expert* que as chuvas intensas e fortes ventos que castigaram a cidade de Sorocaba em janeiro de 2004 - mesmo evento climático que ocasionou a enchente que vitimou o antigo prédio da Justiça Federal nesta cidade e que, indubitavelmente, representa evento de causa externa que provocou o risco de desabamento - "agravaram extraordinariamente os danos na edificação, aceleraram consequentemente as manifestações das patologias existentes, ocasionando um considerável recalque diferencial nas fundações da região frontal e lateral da edificação, impondo uma enorme superfície de separação transversalmente disposta em todo o corpo principal da edificação, fazendo com que essa parcela da construção sofresse um descolamento para a frente e para a lateral esquerda do imóvel (*sic* - fl. 745).
> (cf. fls. 870/871)

Ainda que assim não fosse, os vícios de construção encontram-se compreendidos na cobertura securitária dos contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação (STJ, REsp nº 813.898, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.02.07; TRF da 3ª Região, AC nº 311.666, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 05.10.99).

Quanto ao valor da indenização e o seu destino, cumpre observar o seguinte. A responsabilidade, no caso, é contratual e decorre dos termos pactuados. A perícia técnica realizada por profissional de confiança do Juízo apurou o quanto segue:

> Em: 26 de maio de 1983
> No terreno de propriedade de Mario Gomes Ferreira (...) a Prefeitura Municipal de Sorocaba aprovou o projeto para a construção de uma residência, com 66 m² de área construída (...), elaborado pelo Eng. Sérgio Carneiro (...).
> Em: 04 de julho de 1985
> A Prefeitura Municipal de Sorocaba, após vistoria realizada no local, expediu a certidão de conclusão e regularização da construção de 66 metros quadrados de área construída, conforme Habite-se de nº 382/85 (fls. 294).
> Contendo as seguintes irregularidades construtivas:
> 1. a fundação foi executada em estacas de reduzidíssimo comprimento, apoiadas em baldrames de tijolos e/ou concreto. Que devido ao pequeno comprimento das estacas e as características do solo superficial, que apresenta baixa capacidade de suporte, constatada pela prospecção e sondagem realizadas (fls. 104 e 105),
> 2. as fundações da edificação foram apoiadas em solo muito fofo e de características colapsíveis, constituído por uma areia fina silto-argilosa, com alta porosidade, não saturado.
> 3. a solução adotada contraria a NBR 6122 - Projeto e execução de fundações e as boas técnicas da Engenharia Nacional, por tratar de um solo arenoso fino, muito fofo e de características colapsíveis.
> Em: 29 de outubro de 1990
> O proprietário, Mario Gomes Ferreira, ampliou residência, com acréscimo de 26,71 metros quadrados, de construção, no mesmo terreno, junto ao corpo principal da casa, no corredor da lateral direita, de quem da rua olha para o imóvel e em particular a garagem coberta, cujo corte efetuado, provocou alívio de pressão, propiciando que a água fluísse pelo local, carreasse consigo, partículas finas, constituintes do solo, reduzindo a resistência e capacidade de carga do solo local, no recuo da fachada da frente (...), sem responsável técnico pela construção (vide declaração do ex-proprietário) e sem observar as Normas Técnicas pertinentes e vigentes à época e a prática recomendada para se lograr uma "boa construção", requereu averbação na matrícula do imóvel (...), a fim de que nela conste que sobre o terreno foi construído um prédio com a área de 92,71 metros quadrados (...).
> Em: 30 de junho de 1997
> Os requerentes obtiveram junto a Caixa Econômica Federal, financiamento com fundos do Sistema Financeiro da Habitação, para adquirirem o imóvel, de Dario Araújo Souza, composto por terreno de 300 m², com área construída de 92,71 m² (...).
> Quando da aquisição do referido imóvel, o mesmo foi vistoriado por profissional engenheiro da Caixa Econômica Federal que deu anuência para a liberação do financiamento pleiteado não atentando para problemas já existentes na estrutura da edificação.
> Após a aquisição do imóvel, o proprietário não efetuou nenhuma ampliação do mesmo, tendo executado a remoção da parede entre a copa e a cozinha (varanda do fundo), o fechamento com paredes da varanda do fundo (cozinha), a abertura de acesso pelo corredor para a varanda do fundo, fechamento da porta que da varanda da frente dava acesso ao dormitório 1 e a abertura e porta do corredor do dormitório 1 (croquis fls. 286).
> (cf. fls. 741/745)

Conclui-se que, ao contrário do que pretendem fazer crer as rés, o objeto do contrato de seguro é o imóvel com 92,71 m², que foi vistoriado pela CEF após a realização da reforma que aumentou sua área original, conforme consta, inclusive, do contrato de financiamento (cf.

fl. 25). A perícia realizada pela Fundação para o Desenvolvimento de Bauru - FUNDEB, da Faculdade de Engenharia de Bauru - UNESP, confirmado pelo laudo do perito judicial (fls. 753/754), concluiu que as obras de expansão do imóvel concorreram para o agravamento dos danos do imóvel; contudo, referidas obras não foram realizadas pelos requerentes, pois já haviam sido realizadas quando da aquisição do imóvel e da inspeção realizada pelo agente da CEF. O seguro, portanto, deve cobrir a integralidade da área do imóvel.

Quanto ao valor da condenação e a forma de atualização, a sentença determinou o seguinte:

> (...) entendo que o valor básico a ser considerado para cobertura securitária, por metro quadrado, deve corresponder ao fixado como média do custo da construção civil em São Paulo (Tabela CUB - Custo Unitário Básico do SINDUSCON/Projeto R8N), que em julho/2008 totalizava R$ 774,87 (setecentos e setenta e quatro reais e oitenta e sete centavos). Tendo em vista que no contrato de financiamento habitacional de fls. 24/41 consta que a metragem do imóvel considerada na época da pactuação era 92,71 m^2, o montante a ser pago aos autores a titulo de indenização, corresponde a R$ 71.838,19 (setenta e um mil oitocentos e trinta e oito reais e dezenove centavos), valor este que deve ser atualizado, na data do efetivo pagamento, pela mesma tabela CUB anteriormente mencionada, devendo desse total, ainda, ser descontado o valor devido à co-ré Caixa Econômica Federal a título de saldo devedor do financiamento. (fls. 871/872)

O valor não se mostra exorbitante, sendo suficiente para cobrir os danos sem causar enriquecimento sem causa dos autores. Aponte-se que consta da apólice que a indenização será igual ao valor necessário à reposição do bem sinistrado, sendo adequada a forma de cálculo adotada pela sentença (cf. Cláusula 12ª, fl. 423v.).

Quanto à forma de atualização do débito, devem ser observados os termos do Capítulo IV, "Ações condenatórias em geral", do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, do Conselho da Justiça Federal, de 21 de dezembro de 2010.

Desse modo, o montante será corrigido desde a data do pedido da cobertura securitária. Os índices são os oficiais e a TR deve ser substituída pelo INPC (ADIn nº 493), como consta do Manual. A partir de 11.01.03, quando entrou em vigor o Novo Código Civil, incide tão somente a Selic (NCC, art. 406 c. c. art. 48, I, da Lei nº 8.981/95). Por cumular correção monetária e juros, a incidência da Selic impede o simultâneo cômputo de juros moratórios ou remuneratórios.

Incidirão juros moratórios, a partir da citação, de 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916, até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando, então, deve-se aplicar a regra contida no art. 406 deste último diploma legal, a qual corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se a não-incidência de correção monetária, pois é fator que já compõe a referida taxa (STJ, REsp nº 200700707161, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.02.11).

Já o destino do numerário, ao contrário do que entendem os autores, prioritariamente, é a amortização do saldo devedor. Semelhante providência livra ou os demandantes do encargo econômico do contrato de mútuo ou, pelo menos, mitiga os prejuízos decorrentes da operação financeira que se encontra prejudicada pela situação real do imóvel.

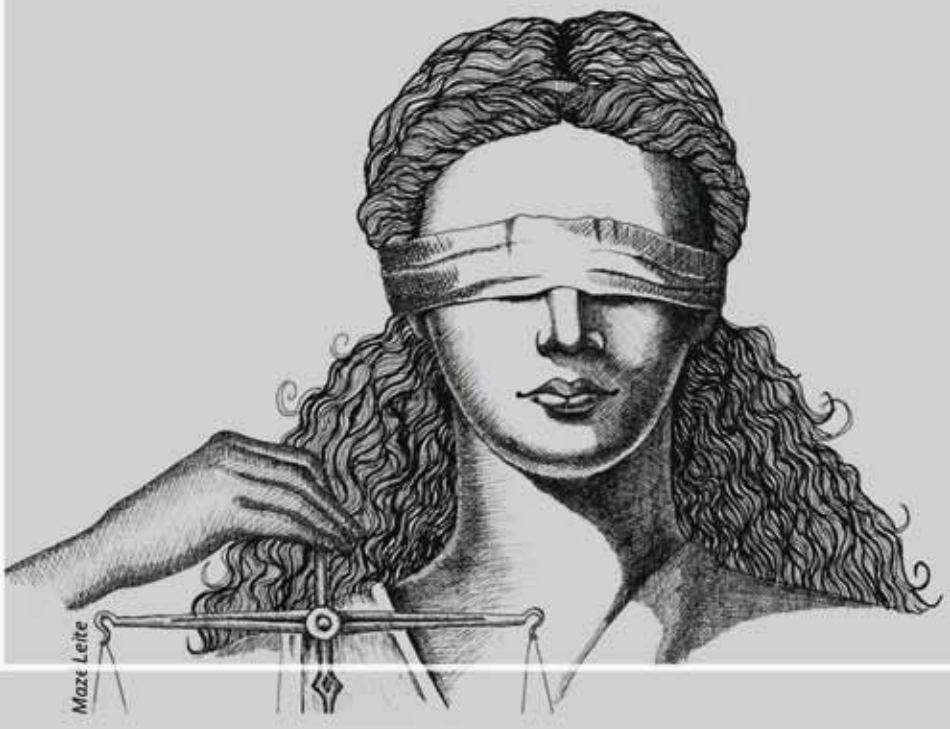
Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação da Caixa Econômica Federal - CEF e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da Caixa Seguradora S.A. apenas para determinar

que o débito seja atualizado nos termos explicitados. Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Penal



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0003274-08.1999.4.03.6104
(1999.61.04.003274-4)

Apelante: PEDRO VITAL DA SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: ACr 42114
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2013

EMENTA

PENAL. DELITOS DOS ARTIGOS 184, § 2º E 334, DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO.
- Hipótese dos autos em que a juíza de primeiro grau, verificando que o réu, citado por edital, não compareceu nem constituiu advogado, determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional no mesmo ato judicial em que designou audiência para fins de produção antecipada de prova, na qual pela segunda vez determinou a suspensão do feito e da prescrição.
- Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional que são fenômenos concomitantes, o segundo sendo efeito do primeiro, não havendo que se cogitar de sua ocorrência em momentos distintos e concluindo-se que a suspensão do prazo prescricional ocorreu na data da audiência de instrução. Inteligência do artigo 366 do CPP.
- Processo e prazo prescricional que voltaram a fluir com o comparecimento do acusado para acompanhar o feito, momento que corresponde ao termo final do período de suspensão, na hipótese dos autos ocorrendo com a intimação do acusado acerca de decisão que revogou prisão preventiva e designou audiência para interrogatório.
- Regulando-se a prescrição, na espécie, em razão da pena aplicada, considerada sem o aumento do concurso formal (artigo 119 do CP), pelo prazo de quatro anos e decorrido tal lapso temporal da data do recebimento da denúncia até o dia da publicação da sentença, é de ser declarada a extinção da punibilidade dos delitos. Aplicação dos artigos 107, inciso IV, primeira figura, c.c. 109, inciso V, 110, § 1º e 119, todos do Código Penal.
- De ofício declarada a extinção da punibilidade dos delitos pela prescrição da pretensão punitiva estatal, julgado prejudicado o recurso.

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, de ofício declarar a extinção da punibilidade dos delitos pela prescrição da pretensão punitiva estatal, julgando prejudicado o recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de abril de 2013.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Pedro Vital da Silva foi denunciado como incurso nos artigos 334, "caput", 1ª e 2ª parte, e 184, § 2º, ambos do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela denúncia que como apresentada se transcreve:

> Noticiam os inclusos autos de inquérito policial que, aos 7 de janeiro de 1999, policiais militares, em virtude de denúncia anônima que indicava a prática de crime de contrabando, dirigiram-se à Rua Amador Bueno nº 353, em Santos, e lograram encontrar no interior do galpão da residência os objetos elencados no auto de exibição e apreensão de fl. 04, quais sejam: 1.080 CD's de músicas, 474 CD's de jogos, 350 CD players, 323 fitas cassete, 760 caixas de CD vazias, 67 caixas de CD quebradas, 132 motores e várias peças de ventilador de som *stereo sistem*, todos desacompanhados da documentação legal pertinente. Encontrava-se no local Jonatan Vitor Vidal da Silva, filho adolescente do denunciado (fl. 06).
> Restou apurado no procedimento investigatório que os objetos apreendidos pertenciam ao denunciado e a Rene Reis (não localizado), os quais pretendiam vendê-los a camelôs, bem como que se tratavam de produtos provenientes do Paraguai.
> Quanto aos CD's e fitas cassete, o laudo pericial de fls. 11/14 concluiu serem falsos. Já o laudo de fls. 97/98 atesta que todas as mercadorias apreendidas são consideradas de origem estrangeira, tendo sido avaliadas em R$ 9.347,00 (nove mil e trezentos e quarenta e sete reais). Desta forma, o denunciado, ao realizar a importação de CD's produzidos com violação de direito autoral, objetivando revendê-los, praticou os delitos previstos nos artigos 334, *caput*, 1ª parte, e 184, § 2º, do Código Penal. Em relação aos demais objetos importados sem o devido recolhimento de tributos (CD players, aparelho de som e ventiladores) responde o denunciado pelo delito de descaminho, capitulado no artigo 334, *caput*, 2ª parte, do Código Penal.

Não tendo o acusado comparecido em juízo para interrogatório, embora citado e intimado por edital, foi determinada em 21 de maio de 2002 a suspensão do processo e do prazo prescricional, bem como expedido mandado de prisão preventiva, o qual foi cumprido em 10 de julho de 2006, tendo sido proferida em 12 de julho de 2006 decisão revogando a custódia cautelar e prosseguindo o andamento do feito.

A sentença proferida é de condenação pelos delitos dos artigos 184, "caput", § 2º e 334, "caput", 2ª parte c.c. 70, todos do Código Penal, a um ano e nove meses de reclusão, em regime inicial aberto, e dezoito dias-multa no valor unitário de 1/10 do salário-mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo.

Recorre a defesa, no arrazoado que apresenta pretendendo a absolvição do acusado com alegações de afronta aos princípios da legalidade, reserva legal e taxatividade ao fundamento de que o artigo 184, § 2º, do Código Penal contém conceito vago e indeterminado, também aduzindo ausência de dolo, sustentando a incidência dos princípios da insignificância, da intervenção mínima e da adequação social, ainda postulando a declaração de nulidade do feito ao argumento de que o depoimento do filho do acusado foi colhido na fase policial sem a presença de defensor e alegando que as penas cominadas ao delito "extremamente severas, mormente porque [...] existem outros meios de combate à atividade considerada fraudulenta".

Com contrarrazões subiram os autos.

O procurador regional da república oficiante no feito manifestou-se pelo provimento do recurso e, caso não se entenda pela aplicação do princípio da insignificância, "pela reforma da

sentença de 1º grau, em face da inconformidade da pena de multa com o artigo 334 do Código Penal e pelo afastamento da solução dada ao conflito de normas nos autos, devendo prevalecer o delito de contrabando e a violação de direito autoral à espécie".

O julgamento foi convertido em diligência para fins de expedição de ofício à delegacia da Receita Federal em Santos/SP para proceder ao cálculo dos valores dos tributos devidos à época da apreensão, bem como os respectivos valores atualizados, com relação a cada item descrito na Relação de Mercadorias Apreendias (RMA) de fls. 83/86.

Com a juntada da resposta da Receita Federal ao ofício expedido, foi dada vista dos autos às partes, tendo o órgão ministerial reiterado os termos do parecer.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): O caso dos autos é de recurso da defesa contra sentença que condenou o réu como incurso nos artigos 184, "caput", § 2º e 334, "caput", 2ª parte c.c. 70, todos do Código Penal, a respectivamente um ano e seis meses de reclusão e dezesseis dias-multa e um ano de reclusão e dez dias-multa, com aplicação do aumento do concurso formal no percentual de 1/6 sobre a pena mais grave, ficando as penas definidas em um ano e nove meses de reclusão e dezoito dias-multa.

Preliminarmente, reputo necessário analisar se ocorreu ou não a prescrição da pretensão punitiva estatal que, na espécie, regula-se em razão da pena aplicada, pelo prazo de quatro anos, anotando-se que o artigo 119 do Código Penal determina que, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

A consumação dos referidos delitos ocorreu em 07.01.1999, data em que as mercadorias foram apreendidas.

A denúncia foi recebida em 16.04.2001 (fl. 130).

Em decisão proferida em 21.05.2002, a juíza "a quo", verificando que o réu, citado por edital, não compareceu nem constituiu advogado, acolheu manifestação ministerial para, "com base no art. 366 do CPP (com redação dada pela Lei nº 9.271/96), determinar a suspensão do processo bem como do prazo prescricional pelo prazo de 08 (oito) anos", decretar a prisão preventiva do acusado e determinar produção antecipada da prova testemunhal, designando audiência para o dia 24.07.2002 (fls. 198/199).

Na audiência a juíza de primeiro grau, entre outras providências, deliberou: "cumpra-se o determinado na decisão de fls. 198/199, suspendendo-se o processo bem como o prazo prescricional pelo prazo ali mencionado".

O mandado de prisão foi cumprido em 10.07.2006, conforme certidão de fl. 239 vº.

Em 12.07.2006 foi proferida decisão revogando a prisão preventiva e designando audiência para interrogatório do réu (fls. 254/255), no mesmo dia tendo o réu sido intimado de seus termos (fls. 268 vº e 270 vº).

O processo percorreu seus trâmites regulares, sobrevindo sentença condenando o réu por delitos artigos 184, "caput", § 2º e 334, "caput", 2ª parte c.c. 70, todos do Código Penal, publicada em 01.06.2009 (fl. 315).

Do acima relatado, verifica-se que não decorreu o prazo de quatro anos entre a data da consumação do delito (07.01.1999) até o recebimento da denúncia (16.04.2001), cabendo então analisar se houve o transcurso do prazo a partir de tal causa interruptiva da prescrição até a publicação da sentença condenatória.

Tendo em vista que na hipótese dos autos houve suspensão do prazo prescricional e que tal medida influi no cálculo, faz-se necessário identificar os respectivos termos inicial e final.

Quanto ao termo inicial, observa-se que, no caso dos autos, a juíza de primeiro grau determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional no mesmo ato judicial em que designou audiência para fins de produção antecipada de prova, na qual pela segunda vez determinou a suspensão do feito e da prescrição, impondo-se delinear a qual destes dois momentos corresponde o termo "a quo".

Uma primeira consideração a ser feita é que, consoante preleciona Damásio de Jesus, em comentário ao artigo 366 do Código de Processo Penal (2012, p. 325), a *suspensão do processo* "não é automática, dependendo de pronunciamento judicial", ao passo que a *suspensão do prazo prescricional* é efeito "decorrente da suspensão do processo, é automático", ou seja, o pronunciamento judicial "é dispensável, embora não proibido".

No mesmo sentido são as lições de Tourinho Neto ("Suspensão do processo e da prescrição ante a Lei 9.271/96", 1997, p. 16), segundo o qual "a suspensão da prescrição é decorrência da suspensão do processo, independentemente de pronunciamento judicial".

Depreende-se, portanto, que para fins do disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional são fenômenos concomitantes, o segundo sendo efeito do primeiro, de sorte que não há se cogitar de sua ocorrência em momentos distintos.

Com essa premissa, imperioso analisar se a suspensão do processo e, de conseguinte, do prazo prescricional ocorreu com a primeira ou a segunda determinação judicial.

Da leitura do artigo 366 do Código de Processo Penal nota-se que o texto normativo possui duas partes, a primeira sendo: "se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional", e a segunda: "podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312", partes estas que devem ser interpretadas com vistas a imprimir um sentido coeso ao artigo de lei, o que, a meu juízo, só é possível entendendo-se que o magistrado somente poderá determinar a suspensão do processo e, por conseqüência, do prazo prescricional após serem produzidas as provas que considerar urgentes.

Com efeito, se audiência de instrução é ato processual, ou seja, ato do processo, e se suspender é "impedir de executar", "fazer cessar", "fazer parar" (Michaelis - Moderno Dicionário da Língua Portuguesa), não há como admitir que o processo esteja suspenso no momento da realização da audiência. Vale dizer, se foi designada audiência, o processo não estava paralisado, mas em trâmite.

Em outras palavras, se o artigo de lei previu hipótese de suspensão do processo e do prazo prescricional, permitindo a produção antecipada das provas consideradas urgentes, está implícito que a suspensão somente ocorrerá após a colheita da prova.

A mesma exegese foi adotada, dessa vez de forma expressa, no texto do artigo 93 do Código de Processo Penal, "verbis":

> Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, *o juiz criminal poderá*, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, *suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente*. [...] (grifo nosso)

Em comentário ao referido artigo 93 aduz Tourinho Filho ("Manual de Processo Penal", 2009, p. 399):

> Quer dizer, então, que o Juiz penal só poderá suspender o curso da ação penal, na hipótese do art. 93, depois de inquiridas as testemunhas e de realizadas as outras provas, de natureza urgente.

E não se patenteia nenhum motivo para se aplicar ao artigo 366 solução diversa à adotada expressamente pelo legislador no artigo 93, ambos do Código de Processo Penal.

Conclui-se, destarte, que no caso dos autos o termo inicial da suspensão do processo e do prazo prescricional não pode corresponder a outra data senão à data da audiência de instrução (24.07.2002).

Com relação ao termo final, é de utilidade o disposto no § 4º do artigo 393 do Código de Processo Penal, segundo o qual "comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código", que concernem à instrução processual, elucidando Damásio de Jesus que, "sobrestado o processo, o prazo prescricional cessa o seu curso até o comparecimento do acusado, data em que novamente começa a correr" ("Código de Processo Penal Anotado", 2012, p. 327).

Logo, é com o comparecimento do acusado para acompanhar o feito que voltarão a fluir o processo e o prazo prescricional, no caso dos autos constatando-se que no dia 12.07.2006 o réu foi intimado acerca da decisão que revogou a prisão preventiva e designou audiência para seu interrogatório, data esta que, portanto, corresponde ao termo "ad quem".

Estabelecidos o termo inicial e o termo final da suspensão do prazo prescricional e com registro de que, "cessada a suspensão, a prescrição prossegue, levando-se em conta, no cálculo, o tempo anteriormente decorrido", verifica-se que transcorreu o prazo de quatro anos da data do recebimento da denúncia (16.04.2001) até a publicação da sentença condenatória (01.06.2009), já computado o período em que o prazo permaneceu suspenso (24.07.2002 a 12.07.2006), pelo que é de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, com fulcro nos artigos 107, inciso IV, primeira figura, c.c. 109, inciso V, 110, § 1º, e 119, todos do Código Penal, na redação da Lei nº 7.209/84.

Diante do exposto, de ofício declaro a extinção da punibilidade dos delitos pela prescrição da pretensão punitiva estatal, julgando prejudicado o recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003895-65.1999.4.03.6181
(1999.61.81.003895-7)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, RICARDO ALAVER PEIXOTO E RODNEY CEZAR STOCHMANN
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACr 39868
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2013

EMENTA

PENAL - PROCESSO PENAL - CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA IMPUTADO A POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - PERDA DO CARGO PÚBLICO - EFEITO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - ARTIGO 92 DO CÓDIGO PENAL - DECISÃO FUNDAMENTADA - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO - RECURSO DO MPF QUE VISA A MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE GENÉRICA DE ABUSO DE PODER A QUE TAMBÉM SE NEGA PROVIMENTO - SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA.

1. *Materialidade e autoria.* Materialidade e autoria delitivas comprovadas.

2. No caso dos autos, a prova apontando os réus como autores do crime, veio constituída pelas declarações do próprio denunciante e vítima MANOEL na fase extrajudicial [declarações de fls. 08/09 e seu aditamento de fls. 28/29], pelo ofício do Serviço Operacional do Banco 24 horas dirigido à Delegacia de Polícia do Aeroporto de Guarulhos, informando que houve uma retenção de cartão magnético, bandeira "Ourocard Visa Banco do Brasil", pertencente a Manoel Hélio, no terminal do caixa eletrônico 24 horas, existente no saguão daquele aeroporto [fl. 32], na data e horário dos fatos narrados na peça exordial acusatória, o que dá credibilidade a versão de Manoel, e por fim, pelo auto de infração lavrado pelo policial rodoviário federal RODNEY apenas quatorze dias após a ocorrência, e não no dia dos fatos, como alegado por ele [fls. 61/65] e pela prova testemunhal colhida na fase judicial, ou seja, a oitiva da testemunha de acusação, Dario dos Santos Zapata [fls. 196/198] que confirmou a versão que lhe foi transmitida pela vítima e denunciante Manoel de que os policiais rodoviários federais lhe solicitaram dinheiro para não autuá-lo, tendo acompanhado Manoel até o terminal do caixa eletrônico e após presenciar a retenção do cartão magnético de Manoel pelo equipamento eletrônico, conduziu a vítima até a delegacia de polícia dentro do aeroporto.

3. Assim, as declarações do denunciante Manoel Hélio, perante a autoridade policial, a qual é bem verdade, não foi confirmada em Juízo, por não ter sido localizado, em que pese todos os esforços do Juízo para encontrá-lo [com expedição de ofícios à Receita Federal, TRE, Telefônica, Telesp, BCP, Empresa de Energia Elétrica do Estado de São Paulo, etc.], não restou isolada nos autos e encontrou ressonância nas demais provas

coligidas na instrução criminal.
4. Consigna-se que o delito de corrupção passiva é de natureza formal, que se consuma com a simples solicitação da vantagem indevida pelo funcionário público, em razão de sua função, como ocorreu neste caso em exame, sendo que os elementos probatórios constantes nos autos são suficientes a comprovação da autoria delitiva, conforme exposto acima.
5. *Perda do cargo público. Decisão motivada*. A perda do cargo público é efeito da sentença penal condenatória, desde que haja o reconhecimento expresso dos requisitos previstos no aludido art. 92 do Código Penal. E não assiste razão à Defesa, quanto a esse aspecto, pois a douta Juíza sentenciante, de maneira fundamentada, asseverou que os acusados violaram dever para com a Administração Pública ao agirem desonestamente, e pela extensão da gravidade do delito cometido, entendeu a magistrada ser absolutamente insustentável e incompatível a permanência dos dois policiais no exercício da função pública, ao infringir com seus deveres funcionais, o que, de acordo, com o artigo 92, inciso I, letra "a", do Código Penal, enseja tal efeito, em decorrência da condenação.
6. *Recurso do MPF. Insatisfação quanto à dosimetria da pena*. No que diz respeito à dosimetria da pena a decisão do juízo *a quo* também não merece qualquer reparo.
7. *Da pena-base*. Viu-se que a Magistrada, de forma concisa, mas motivada, exacerbou a pena base aplicada aos réus, ora apelados, ao analisar as circunstâncias judiciais que envolveram o caso concreto (artigo 59 do Código Penal). Como se percebe as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal já foram sopesadas pela Douta Juíza, sendo que o grau de instrução, o cargo público por eles ocupado e a conduta social reprovável pesou em desfavor dos acusados, e por isto teve a sua pena-base motivadamente exasperada.
8. *Reconhecimento de circunstância agravante genérica*. Quanto a pretensão ministerial de agravamento da pena pela incidência do artigo 61, II, "g", do CP (art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime (...) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão), não reconhecida pela Juíza sentenciante, acredito, s.m.j, que é intrínseco ao crime de corrupção passiva o abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo. Nesse sentido, entendo não ser aplicável essa circunstância agravante à espécie.
9. Recurso da defesa a que se nega provimento. Recurso da acusação que visa majoração de pena improvido. Sentença integralmente mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso da defesa dos réus RICARDO ALAVER PEIXOTO e RODNEY CEZAR STOCHMANN, bem como ao do Ministério Público Federal, mantendo-se integralmente a r. sentença condenatória.

São Paulo, 05 de agosto de 2013.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO:

Trata-se de Apelação Criminal interposta pela defesa dos réus RICARDO ALAVER PEIXOTO e RODNEY CEZAR STOCHMAN contra a r. decisão de fls. 424/428 e verso e de fls. 442/443 [em sede de embargos para correção de erro material], proferida pela MM. Juíza Federal Substituta da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP, que os condenou pela prática da infração penal prevista no art.317, *caput*, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal, cada qual, na pena de 01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 14 dias-multa, cada dia multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime, substituindo as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Penais. E por fim, aplicou a ambos os réus a pena acessória de perdimento do cargo público por força do art. 92, I, "a" do CP, sob o fundamento de que os réus na qualidade de policiais rodoviários federais deveriam ter zelado pela segurança nas rodovias, agindo com lealdade para com a Administração Pública. E ainda, diante de uma situação de risco [condutor não habilitado para dirigir moto], preferiram solicitar propina do condutor, colocando em risco os demais motoristas e pedestres, a fim de satisfazer anseios pessoais, o que não se coaduna com o perfil necessário para o exercício de tão relevante cargo público.

Consta da denúncia, em apertada síntese que, no dia 21/12/1998, os denunciados RICARDO ALAVER PEIXOTO e RODNEY CEZAR STOCHMANN, na qualidade de policiais rodoviários federais, abordaram e solicitaram para si, diretamente, e em razão da função pública por eles exercida, vantagem pecuniária indevida, consistente na quantia de R$ 300,00 [trezentos reais] a Manoel Hélio Gomes de Souza, que conduzia uma moto na rodovia Hélio Smidt, para que não praticassem ato de ofício, consistente na apreensão da motocicleta e autuação do condutor que a pilotava sem a devida habilitação legal (fls. 02/04).

Os réus RICARDO e RODNEY foram interrogados (fls. 162/164 e 165/167), tendo o defensor constituído por eles apresentado defesa prévia [fls. 173/174].

Foi ouvida uma testemunha de acusação [fls. 196/198] e duas da Defesa [fls. 215/217 e 261/262]. A acusação desistiu da oitiva da testemunha Manoel Hélio Gomes de Souza a quem supostamente foi solicitado a "propina", tendo sido a desistência homologada pelo Juízo singular [fls. 178/179].

Na antiga fase do artigo 499 do CPP nada foi requerido pelas partes.

Posteriormente o MPF para fins de alegações finais requereu a oitiva da testemunha Manoel Hélio Gomes a qual havia desistido, para que fosse ouvida na qualidade de testemunha do Juízo, entendendo que seu depoimento se torna imprescindível para a apuração dos fatos e busca da verdade real, eis, que vítima e única testemunha do delito, não tendo sido ouvida por dificuldades na sua localização, requerendo expedição de ofício a órgãos públicos [como Receita Federal, TRE, Telefônica, Telesp, etc] para que informem o endereço onde possa ser encontrada [fls. 298/299].

O pedido foi indeferido pelo Juízo *a quo* em face da desistência do MPF na oitiva da testemunha faltante, nada tendo sido requerido pelo MPF na fase de diligências, apresentando-se injustificável tal oitiva na fase de alegações finais [fl. 300].

Em alegações finais, a acusação requereu a condenação dos réus (fls. 303/306), enquanto que a Defesa dos réus RICARDO e RODNEY pugnou pela absolvição [fls. 332/336].

Em que pese a decisão proferida de indeferimento da oitiva da testemunha Manoel Hélio à fl. 300 dos autos, invocando o princípio da verdade real buscada no Processo Penal, a Juíza singular, de modo diverso ao decido anteriormente, entendeu necessária a conversão do feito em diligência para atender ao pedido ministerial de fls. 298/299 [fl. 338].

Baldados todos os esforços para localizar a testemunha acima citada [fls. 387, 411, 414/415 e 417] apesar de todas as diligências empregadas para localizá-la, houve a dispensa da sua oitiva pela Juíza monocrática, por se tratar de testemunha do Juízo, determinando que os autos viessem conclusos para sentença [fls. 420/421].

A sentença condenatória foi prolatada às fls. 424/428 e verso e publicada em 13/08/2009 [fl. 429].

A Defesa dos réus opuseram embargos declaratórios, em razão da douta Juíza sentenciante ter incorrido em erro material no cálculo da pena ao não aplicar a pena-base mais benigna em vigor na data dos fatos [princípio da irretroatividade da lei mais severa ou da retroatividade da lei mais benigna].

Os embargos declaratórios foram conhecidos e acolhidos para corrigir erro material contido no bojo da sentença, alterando o cálculo da pena fixada aos réus, constando como pena definitiva o montante acima mencionado (fls. 442/443).

O Ministério Público Federal demonstrou seu inconformismo, requerendo a revisão da dosimetria da pena, sustentando em apertada síntese que:

a) - a pena-base deve ser majorada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis aos réus - art. 59 do CP, quais sejam, a reprovabilidade da conduta, culpabilidade intensa dos acusados, conduta social reprovável, circunstâncias e motivos do crime. Sendo que o delito foi cuidadosamente planejado pelos acusados que tiveram a ganância como único móvel da prática delitiva, cada qual, com alto grau de instrução e bem remunerados, tendo indevidamente barganhado a quantia solicitada à vítima, uma vez que, ela não dispunha da quantia inicialmente pedida por eles.

b) - As penas deverão ainda ser agravadas, uma vez que os policiais rodoviários federais agiram com abuso de poder, o que deve ser levado em conta na fixação da pena a agravante prevista no art. 61, II, alínea "f" do CP [fls. 447/455].

A Defesa dos réus ofereceu contrarrazões ao recurso ministerial [fls. 458/472].

Por sua vez a Defesa constituída dos réus RICARDO e RODNEY também apelou, ofertando as suas razões recursais, às fls. 473/489, em que propugna pela reforma da r. sentença condenatória, requerendo a absolvição, sob os seguintes argumentos:

a) - Há inexistência de provas, admitidos pela própria acusação [fls. 298/299] e pela douta magistrada [fl. 338] que converteu o feito em diligência tentando ouvir a pseudo vítima por vários anos e não a encontrando, ignorou a realidade dos autos para sem provas condenar os réus.

b) - Os réus em todas as oportunidades em que foram ouvidos nos autos, tanto na fase inquisitiva quanto em juízo, negaram veemente o delito a eles imputado.

c) - A r. sentença de primeiro grau, utilizou-se das provas colhidas na fase inquisitiva [sem o princípio do contraditório] para embasar o édito condenatório, negando vigência ao artigo 155 do CPP. Os apelantes foram condenados sem que fosse ouvido, sobre o crivo do contraditório, o agente infrator de trânsito, suposta vítima da solicitação de "propina".

d) - Após 06 anos tentando ouvir a vítima [única testemunha presencial da solicitação de dinheiro indevida] a D. Magistrada, às fls. 420/421, simplesmente desistiu de sua oitiva,

e para grande surpresa e estupefação da Defesa, mesmo sem a oitiva da vítima, considerada prova *sine qua non*, proferiu a equivocada sentença condenatória.

Subsidiariamente, em caso de confirmação da condenação, a aguerrida Defesa dos réus requer:

a) - a redução da pena-base no patamar mínimo legal, pois, a circunstância judicial sopesada para a exacerbação da pena-base procedida pela MM. Juíza sentenciante [culpabilidade exacerbada pela condição pessoal de policial rodoviário federal/funcionário público] já está contemplada no próprio tipo penal pelo qual foram condenados, sendo condenados pelo mesmo motivo por duas vezes [pena base acima do mínimo legal pela maior culpabilidade por ostentarem a condição pessoal de policiais + qualificadora do 1º do art. 317 do CP].

b) - Por fim, requer, a manutenção do cargo público, pois, existem apenas suposições para condenar e determinar a perda do cargo público, constando nos autos que não há qualquer fato anterior a desabonar a conduta dos apelantes, os quais, antes dos fatos aqui tratados e 10 anos após, tem suas vidas sem qualquer mácula, com exceção do presente feito, por maldade e má-fé do agente infrator de trânsito.

O MPF ofereceu suas contrarrazões ao apelo de Defesa às fls. 494/514.

Parecer às fls. 517/523, da lavra da i. Procuradora da República, Dra. Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, opina pelo provimento do recurso dos recorrentes Ricardo e Rodney, não havendo provas seguras da conduta imputada a eles na denúncia e, por fim, ainda que mantida a condenação, opina também pelo improvimento do recurso ministerial, pois, não há fundamento razoável para exacerbação da pena.

À revisão na forma regimental.

É O RELATÓRIO

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Imputação. Ricardo Alaver Peixoto e Rodney Cezar Stochmann foram denunciados e condenados pela prática do crime do art. 317, *caput*, cc. o art. 29, ambos do Código Penal. Segundo a denúncia, RICARDO e RODNEY, no exercício do cargo de policiais rodoviários federais, no dia 21 de dezembro de 1998, por volta das 14 h e 20 m, em serviço na rodovia Hélio Smidt, abordaram um motociclista chamado Manoel Hélio Gomes que trafegava por aquela rodovia conduzindo uma moto e ao constatarem que o condutor da moto não possuía a devida habilitação legal para dirigir motocicleta, os policiais rodoviários federais, solicitaram, para si, vantagem pecuniária indevida, inicialmente no valor de R$ 300,00 [trezentos reais], ao final, reduzido o valor para R$ 50,00 [cinqüenta reais] para não autuá-lo pela infração de trânsito e em seguida proceder à apreensão da motocicleta. Consta ainda na denúncia que os denunciados de posse do certificado de propriedade da moto e da carteira de habilitação da vítima, acompanharam-no até um caixa eletrônico, localizado no interior do aeroporto internacional de Guarulhos/SP, para que ele fizesse a retirada da quantia solicitada, ficando combinado que estariam esperando por ele com a quantia solicitada num posto de gasolina existente no Km 4 daquela rodovia. Contudo, a vítima ao introduzir o cartão magnético no caixa eletrônico não lhe foi possível concluir o saque pela retenção do cartão magnético pelo equipamento [Caixa automático de autoatendimento 24 horas], razão pela qual, sentindo-se desorientado o Sr. Ma-

noel se dirigiu à 3ª Delegacia de Polícia no interior do Aeroporto Internacional de Guarulhos, onde relatou os fatos à autoridade policial ali presente [fls. 02/04].

Materialidade e autoria delitivas. O inquérito policial que antecedeu a presente ação penal se originou de *notitia criminis* do próprio infrator de trânsito, Manoel Hélio Gomes perante a douta autoridade policial da 3ª Delegacia de Polícia, localizada no interior do aeroporto internacional de Guarulhos/SP, onde naquela ocasião, relatou a digna autoridade policial que os ora apelantes teriam solicitado a ele vantagem indevida para não praticar ato de oficio, qual seja, lavratura do auto de infração e apreensão da moto em razão do condutor trafegar em rodovia com sua motocicleta sem habilitação legal para dirigir este tipo de veículo.

Interrogado na fase policial [fls. 08/09], naquela ocasião, o denunciante Manoel declarou que:

> (...) declarou na data de hoje, por volta das 14:20 hrs, pilotava a motocicleta (...) quando ao entrar na rodovia Helio Smidt, foi abordado por um Policial Rodoviário Federal, de cor branca, aparentando 27 anos, cabelos castanhos, corpo médio, com aproximadamente 1,70 de altura, que solicitou do declarante os documentos da moto e posteriormente a sua carteira de habilitação. O declarante apresentou o documento referente à motocicleta e a carteira de habilitação para dirigir veículo, informando não ser habilitado para pilotar motos. *O declarante pediu para não ser autuado pela infração, ao que o policial respondeu que lhe daria então "um número fácil" para liberá-lo, e esse número era R$ 300,00 (trezentos reais). O declarante informou não possuir tal quantia, e então o policial disse que poderia ser R$ 100,00 (cem reais), os quais seriam divididos entre o solicitante e seu colega que se encontrava no interior da viatura, o qual o declarante descreve como sendo de cor branca, alto, magro, cabelos loiros escuros, aparentando cerca de 34 anos. O declarante então alegou que dispunha apenas de R$ 50,00 (cinqüenta reais) em sua conta bancária no Banco do Brasil. O primeiro policial propôs que o declarante se dirigisse ao caixa eletrônico localizado no interior deste Aeroporto e sacasse a quantia acordada. Para tanto, a viatura acompanhou o declarante até o posto de gasolina existente no KM 4 da mesma Rodovia, onde os patrulheiros o aguardariam, ficando de posse dos documentos do declarante*. Este, sentindo-se prejudicado, procurou o posto da Polícia Militar neste Aeroporto, onde foi orientado a comunicar o fato à Autoridade Policial. [destaquei]

Posteriormente aditou suas declarações na fase inquisitorial [fls. 28/29] acrescentando que:

> (...) *antes de procurar o posto da Polícia Militar e informar que policiais rodoviários federais haviam solicitado dele quantia em dinheiro, dirigiu-se ao caixa eletrônico denominado "Banco 24 horas", localizado no Terminal 1 deste Aeroporto. Ciente de que tal terminal bancário atende o Banco do Brasil, do qual é correntista, a fim de sacar da conta 1848-1, agência 2875-4 - Parque Industrial Cumbica, a quantia de R$ 50,00 (cinqüenta reais), para satisfazer a solicitação dos policiais*. Ocorreu que, *ao introduzir o cartão magnético da mencionada conta no equipamento, digitar a senha e a operação desejada, a máquina emitiu a mensagem "cartão recusado", retendo porém o cartão do declarante. E por não ter obtido êxito em retirar a quantia desejada, o declarante buscou auxílio na Companhia da Polícia Militar, relatando os fatos*. O declarante informa ainda, que aproximadamente quatro dias após a data dos fatos, compareceu à agência da qual é correntista, comunicando a retenção do cartão pelo equipamento a um funcionário da agência. Foi informado de que necessitaria de um novo cartão, e para tanto deveria pagar uma taxa. O declarante decidiu não solicitar o cartão naquela ocasião, e apenas efetuou a mudança da senha do antigo. [destaquei]

Ricardo e Rodney em seus interrogatórios, prestados tanto na fase policial [fls. 12/14 e 20/21] quanto na fase judicial [fls. 162/164 e 165/167], negaram peremptoriamente as acusações de solicitação de "propina" para liberação da motocicleta feita por seu condutor, Manoel Hélio Gomes, que naquela ocasião trafegava irregularmente em via pública sem a devida habilitação legal para dirigir. A versão dada pelos policiais destoa das versões de Manoel, acima reproduzidas. Segundo, os policiais rodoviários, após procederem à abordagem de Manoel e conferir seus documentos pessoais, constataram que sua carteira de habilitação [categoria "d"] não lhe autorizava a dirigir motocicleta, momento em que encaminharam o infrator até o distrito policial do aeroporto internacional de Guarulhos e comunicaram o chefe de equipe, Erisvaldo Lopes, e, por fim, escoltaram Manoel até o estacionamento do aeroporto destinado a motos. Lá o infrator perguntou aos policiais rodoviários se a moto seria liberada, foi-lhe respondido que sim, caso se apresentasse um condutor habilitado para conduzi-la. Manoel então pediu para dar um telefonema para um conhecido seu, o que lhe foi permitido, adentrando o saguão do aeroporto sozinho, enquanto Rodney que era o condutor da viatura ficou no veículo preenchendo a notificação de infração. Como acharam que o infrator estava demorando demais, o policial rodoviário Ricardo foi até o distrito policial no interior do aeroporto e voltou estupefato, dizendo ao colega Rodney que Manoel já lá se encontrava. Disseram, por fim, que exibiram a ocorrência à autoridade policial e que em nenhum momento solicitaram qualquer quantia em dinheiro para liberar o infrator de trânsito.

A única testemunha de acusação, Dario dos Santos Zapata, policial militar, ouvido em Juízo às fls. 196/198, ratificou suas declarações prestadas anteriormente na fase policial [fls. 10/11], afirmando que na data dos fatos narrados na denúncia trabalhava no aeroporto de Guarulhos e foi abordado por Manoel que lhe pediu orientação de como proceder, contando-lhe a sua versão de haver sido abordado por policiais rodoviários federais que lhe solicitaram dinheiro para não autuá-lo. Acrescentando em seu depoimento judicial que entrou em contato com seu comandante que o orientou a acompanhar a vítima até o caixa eletrônico para efetuar o saque, ocasião em que o cartão magnético de Manoel foi retido pelo equipamento eletrônico. Logo após, conduziu a suposta vítima à delegacia no interior do aeroporto, chegando os dois policiais rodoviários em seguida, tendo sido lavrada a ocorrência pelo crime de corrupção passiva. Declarou, por fim, que os policiais rodoviários Ricardo e Rodney lhe exibiram um auto de infração e disseram que tinham de fato abordado Manoel e que este lhes tinha pedido para fazer um telefonema. Confira-se excertos de seus depoimentos prestados perante a douta autoridade policial [fls. 10/11] e em Juízo [fls. 196/198], *in verbis*:

Depoimento em Inquérito Policial:

> (...) que na data de hoje, por volta das 14:45 hrs, compareceu na sala da 3ª CIA, localizada no Mezanino do Terminal 1 deste Aeroporto Internacional, o Sr. Manoel Hélio G. Souza, *informando que fora abordado por Policiais Rodoviários Federais, os quais, em virtude de não ser o Sr. Manoel habilitado para dirigir motocicleta, solicitaram a quantia de R$ 300,00 para liberarem o condutor. Em razão de não possuir a quantia solicitada, a vítima acordou com os policiais o pagamento de R$ 50,00, os quais sacaria de um caixa eletrônico localizado neste Aeroporto.* O depoente, ciente dos fatos, acompanhou a vítima até esta Delegacia para as providências cabíveis.

Depoimento judicial:

> (...) *Que se recorda dos fatos narrados na denúncia, informando que foi procurado por um indivíduo que solicitava orientação de como proceder, em razão de haver sido abordado por*

> *policiais rodoviários federais que lhes solicitaram dinheiro para não autuá-lo. O depoente entrou em contato com o comandante, que orientou o depoente e a vítima a efetuarem o saque no caixa eletrônico, ocasião em que o cartão magnético foi retido pela máquina. Após, conduziu a vítima até a delegacia dentro do Aeroporto e logo em seguida chegaram os dois policiais, e foi feita a ocorrência, não sabendo informar por infração a qual crime.* (...) Que antes dos fatos não conhecia o motociclista, Manoel Hélio Gomes Souza, sendo que depois do ocorrido nunca mais o viu. *Que não conhecia os acusados antes dos fatos.* (...) *Que não se recorda de valores, mas se recorda de que o motociclista lhe disse que os policiais rodoviários federais estariam lhe exigindo quantia em dinheiro para não autuá-lo.* Que quando chegaram até a delegacia no Aeroporto o estado de ânimo dos policiais rodoviários era normal. *Que reconhece os acusados aqui presentes como sendo os policiais rodoviários federais presentes na delegacia no dia dos fatos.* (...) *Que se recorda que foi apresentado pelos policiais um auto de infração, não sabendo dizer quando foi elaborado.* (...) Que é comum a presença de policiais rodoviários federais na DP do Aeroporto. *Que quando chegaram ao DP os policiais informaram que de fato abordaram o cidadão e que este teria pedido para fazer um telefonema.* [os destaques são nossos]

Completando o material probatório coligido durante a instrução criminal, temos os depoimentos de duas testemunhas de defesa, Erisvaldo Lopes, comandante da Polícia Rodoviária Federal, a quem os réus estavam subordinados, e, finalmente, Mardilher Ramalho, também policial rodoviário federal, ambos ouvidos em Juízo, às fls. 215/217 e 261/262, respectivamente. Nesta oportunidade o chefe imediato dos réus, Erisvaldo Lopes, afirmou ter sido comunicado da ocorrência logo após os fatos e que quando presente na delegacia de polícia onde foi lavrada a ocorrência por suposta prática de crime previsto no art. 317 do CP, os policiais rodoviários Ricardo e Rodney lhe exibiram de pronto o auto de infração lavrado em desfavor do infrator Manoel Hélio. Já a outra testemunha, Mardilher, esclareceu que os réus foram inocentados no Processo Administrativo Disciplinar instaurado pela Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal e que da mesma forma que ocorreu neste processo judicial, a pessoa que acusou os réus de solicitarem a ele "propina" para ser liberado com sua moto, não compareceu no procedimento administrativo para confirmar esta acusação.

Trago à baila os seguintes excertos de seus depoimentos, *in verbis:*

> (...) Que o depoente é chefe imediato dos dois acusados, e informa que no dia dos fatos, por volta das 1400min ou 1410min foi comunicado por um dos dois acusados que estavam encaminhando uma ocorrência para a delegacia de polícia situada no Aeroporto Internacional de Guarulhos; *que é de praxe quando há necessidade de deslocamento da viatura a comunicação ao superior hierárquico. Que após quinze ou vinte minutos desta comunicação os acusados contactaram o depoente novamente, informando que estava havendo um problema, razão pela qual solicitavam a presença do depoente na delegacia do aeroporto. Que chegando ao aeroporto o depoente tomou ciência de que os réus estavam sendo acusados de solicitar dinheiro para se omitirem de dever legal.* (...) *Que os acusados informaram ao depoente que em fiscalização de rotina abordaram uma pessoa que estava pilotando uma motocicleta sem que fosse habilitado para tanto, e encaminharam a ocorrência à delegacia do aeroporto.* Que, salvo engano, foi o próprio condutor quem levou a motocicleta até o aeroporto. *Que dependendo da proximidade é normal que um indivíduo não habilitado conduza o veículo até uma determinada localidade, desde que escoltado pela viatura da polícia, mesmo porque os policiais não dispõem de equipamento de segurança, como por exemplo o capacete.* (...) *Que ao chegar na delegacia o depoente solicitou aos acusados o auto de infração, que foi apresentado de pronto.* Que não teve contato direto com a delegada, *porém em sua convicção o depoente acredita que não foi efetuada a prisão em flagrante por falta de elementos. Que houve a instauração de procedimento administrativo pela corregedoria da polícia rodoviá-*

> *ria federal, sendo que em quatro oportunidades tentaram localizar a pretensa vítima, sem sucesso.* (...) Que na época dos fatos, assim como atualmente, existe uma orientação no sentido de que o veículo somente será apreendido em último caso. Estando a documentação do veículo em ordem, e havendo alguém habilitado a conduzi-lo, o bem pode ser liberado. [destaquei]

Depoimento de Mardilher Ramalho:

> (...) Teve conhecimento dos fatos através de processo administrativo disciplinar. Embora não tivesse participado da comissão de processo, o depoente na época atuou na Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal. *Segundo suas lembranças, os dois acusados foram inocentados no referido processo administrativo por falta de provas. Pelo que se recorda, o próprio denunciante não teria comparecido para ser ouvido.* Pode informar que os acusados são policiais ilibados, cumpridores de suas obrigações, sendo eles freqüentemente convocados para participarem de sindicância. Não conhece nenhum fato que desabone a conduta deles. Na época dos fatos, inclusive, chegou a trabalhar com os acusados em rodovia. O depoente é conhecido como uma pessoa exigente, fiel cumpridor das leis, sendo certo que nada viu de irregular na conduta dos acusados. [destaquei]

É bem verdade que os interrogatórios dos réus prestados tanto na fase inquisitorial quanto judicial foram coesos e harmônicos entre si, no sentido de que escoltaram o infrator Manoel que foi dirigindo sua moto, acompanhando-o com a viatura da Polícia Rodoviária Federal até o terminal do aeroporto internacional de Guarulhos para elaborar a ocorrência policial da infração de trânsito na delegacia de polícia localizada no interior do aeroporto, e que lá chegando, os policiais rodoviários federais RICARDO e RODNEY autorizaram Manoel para dar um telefonema a um conhecido seu, exigindo que fosse um condutor habilitado para conduzir a moto, pois, sob estas condições a moto lhe seria liberada. O infrator de trânsito então adentrou o saguão do aeroporto sozinho, tendo os policiais rodoviários federais RICARDO e RODNEY ficado do lado de fora do aeroporto, dentro da viatura, aguardando o infrator de trânsito retornar da ligação a ele permitida.

Ora, tal conduta dos policias é no mínimo suspeita e viola as regras normais de procedimento, pois, como bem colocado pela douta Juíza sentenciante no bojo de sua sentença, não é crível que policiais rodoviários federais que abordam todo tipo de veículo automotor todos os dias [motos, carros de passeio, caminhões, etc.] ao conduzirem um infrator de trânsito à delegacia para lavratura da ocorrência, antes de apresentar o infrator à autoridade policial, o autorize a fazer uma ligação sem que nenhum dos policiais o acompanhe, principalmente ambientes onde circulem um grande número de pessoas como é o caso do aeroporto internacional de Guarulhos, ainda que tenha retido os seus documentos. Sendo que a ligação poderia perfeitamente ser feita na própria delegacia de polícia existente no interior do aeroporto, antes ou logo após a lavratura do auto de infração, como comumente acontece quando pessoas são detidas e pedem ao policial que está atendendo à ocorrência para dar um telefonema para comunicar um parente próximo, o cônjuge ou mesmo um amigo.

E mais, o policial rodoviário federal RODNEY que era o condutor da viatura policial, alegou em seu interrogatório em Juízo a fl. 166, que enquanto aguardavam o infrator Manoel que foi autorizado a fazer uma ligação no saguão do aeroporto, permaneceu no estacionamento dentro da viatura preenchendo a notificação relativa à infração cometida por Manoel e que ele e seu colega exibiram a ocorrência à autoridade policial. Contudo a única ocorrência lavrada pelo policial rodoviário federal RODNEY que foi anexada aos autos, às fls. 61/65, foi lavrada

não na data dos fatos em 21 de dezembro de 1998, mas sim, na data de 04 de janeiro de 1999, ou seja, quatorze dias após a ocorrência dos fatos narrados na denúncia.

Infelizmente, é bom que se diga, restaram baldados todos os esforços do Juízo para localizar Manoel, não tendo sido ouvido no decorrer da instrução processual. Melhor sorte não se teve na seara administrativa, sendo que a comissão disciplinar da Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal também não logrou êxito em ouvi-lo no Processo Administrativo Disciplinar - PAD.

Há que se considerar que a prova testemunhal, chamada por muitos autores como a "prostituta das provas", devido a falibilidade do testemunho humano, pode, em alguns casos, decorrer de uma percepção errônea da realidade ou de versão mentirosa dos fatos. No entanto, o processo penal não pode simplesmente prescindir da prova testemunhal, que muitas vezes é a única que se apresenta ao julgador. Cabe ao juiz agir com bom-senso e cautela, não aceitando a prova testemunhal como definitiva, mas, sim, examiná-la dentro da soma das diversas circunstâncias que cercam o fato, e de acordo com todo o conjunto probatório coligido nos autos.

E é bom que se diga que até mesmo a prova indiciária pode ensejar uma condenação. Como ensina Júlio Fabbrini Mirabete, em seu *Manual de Processo Penal*, *in verbis*:

> Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra (item VII). Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado. (*in Manual de Processo Penal*; Mirabete, Júlio Fabbrini; 17ª Edição; 2005; Editora Atlas; p. 344)

No caso dos autos, a prova apontando os réus como autores do crime, veio constituída pelas declarações do próprio denunciante e vítima MANOEL na fase extrajudicial [declarações de fls. 08/09 e seu aditamento de fls. 28/29], pelo ofício do Serviço Operacional do Banco 24 horas dirigido à Delegacia de Polícia do Aeroporto de Guarulhos, informando que houve uma retenção de cartão magnético, bandeira "Ourocard Visa Banco do Brasil", pertencente a Manoel Hélio, no terminal do caixa eletrônico 24 horas, existente no saguão daquele aeroporto [fl. 32], na data e horário dos fatos narrados na peça exordial acusatória, o que dá credibilidade a versão de Manoel, e por fim, pelo auto de infração lavrado pelo policial rodoviário federal RODNEY apenas quatorze dias após a ocorrência, e não no dia dos fatos, como alegado por ele [fls. 61/65] e pela prova testemunhal colhida na fase judicial, ou seja, a oitiva da testemunha de acusação, Dario dos Santos Zapata [fls.196/198] que confirmou a versão que lhe foi transmitida pela vítima e denunciante Manoel de que os policiais rodoviários federais lhe solicitaram dinheiro para não autuá-lo, tendo acompanhado Manoel até o terminal do caixa eletrônico e após presenciar a retenção do cartão magnético de Manoel pelo equipamento eletrônico, conduziu a vítima até a delegacia de polícia dentro do aeroporto.

Assim, as declarações do denunciante Manoel Hélio, perante a autoridade policial, a qual é bem verdade, não foi confirmada em Juízo, por não ter sido localizado, em que pese todos os esforços do Juízo para encontrá-lo [com expedição de ofícios à Receita Federal, TRE, Telefônica, Telesp, BCP, Empresa de Energia Elétrica do Estado de São Paulo, etc.], não restou isolada nos autos e encontrou ressonância nas demais provas coligidas na instrução criminal.

Observo que não há qualquer elemento de prova, nos autos, capaz de comprovar uma "armação" do infrator de trânsito e vítima da corrupção passiva, Manoel Hélio, para incriminar os policiais rodoviários federais RICARDO e RODNEY.

Consigno que o delito de corrupção passiva é de natureza formal, que se consuma com a simples solicitação da vantagem indevida pelo funcionário público, em razão de sua função, como ocorreu neste caso em exame, sendo que os elementos probatórios constantes nos autos são suficientes a comprovação da autoria delitiva, conforme exposto acima.

Por fim, registro que os réus RICARDO e RODNEY acabaram sendo absolvidos dessa mesma imputação, na seara administrativa por insuficiência de provas. No entanto, como é cediço a absolvição dos apelantes na esfera administrativa, por insuficiência de provas, em nada influencia o processou penal, em face da independência das instâncias administrativa e penal.

Ademais, apenas em um juízo hipotético, mesmo que os apelantes RICARDO e RODNEY obtivessem êxito na busca da absolvição com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, como ora pretendem, ainda assim não conseguiriam afastar o eventual ato punitivo levado a efeito na seara administrativa, o que só ocorreria se a decisão absolutória viesse embasada nos incisos I ou V, do artigo 386 do Código de Processo Penal, ou seja, teria que se reconhecer a inexistência do fato ou de sua autoria. Na verdade, no Direito Penal só se pune por fato tipificado como crime, corolário lógico do Princípio da Legalidade (art. 1º do Código Penal e art. 5º, inciso XXXIX da Carta Magna).

Assim sendo, há de ser mantida a r. sentença condenatória.

A aguerrida Defesa dos apelantes RICARDO e RODNEY requer, por fim, alternativamente, em caso de confirmação da condenação, no que diz respeito à aplicação da pena, que seja a pena-base reduzida ao seu mínimo legal.

No que diz respeito à dosimetria da pena, entendo que a decisão do juízo *a quo* também não merece qualquer reparo.

A magistrada fixou a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em razão de os apelantes apresentarem uma culpabilidade mais grave, por serem policiais pertencentes ao quadro da Polícia Rodoviária Federal - PRF, cuja função precípua é combater os crimes nas rodovias e estradas federais do nosso país, assim como monitorar e fiscalizar o tráfego de veículos automotores, razão pela qual com muito mais rigor lhes era exigida uma atuação conforme as regras sociais de boa conduta e de acordo com os ditames legais, dado que eles conheciam a legislação penal e tinham o dever legal de prevenir e reprimir os crimes nas rodovias federais, e não cometê-los, tendo se valido os apelantes de sua profissão e poder de polícia, para a perpetração do delito, demonstrando desonestidade e cupidez, desonrando a nobre classe policial à qual pertencem, tendo eles violado dever ético e moral inerente à profissão.

E, ainda, não houve *bis in idem* como alegado pela Defesa, pois, a Juíza sentenciante na *primeira fase* da dosimetria da pena exacerbou a pena-base em decorrência das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal [conduta social, culpabilidade, personalidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime]. Na *segunda fase* da dosimetria da pena não reconheceu circunstâncias agravantes ou atenuantes, e ao final, na *terceira e última fase* da dosimetria da pena [causas de aumento e de diminuição] é que aumentou a pena em 1/6 [um sexto] em razão da causa de aumento prevista no § 1º do art. 317 do CP, ou seja, violação do dever funcional, pois, como servidores públicos federais, deixaram de praticar ato de ofício - lavratura do auto de infração.

Agiu, portanto, corretamente a Juíza sentenciante na dosagem da pena, utilizando o sistema trifásico de Nelson Hungria perfilhado pelo nosso Código Penal - artigo 68.

Por fim, requer a manutenção do cargo público, pois, a condenação foi com base em suposições e com exceção do presente feito, não há qualquer fato anterior que desabone a conduta dos apelantes, e mesmo dez anos após os fatos aqui tratados, mantiveram suas vidas sem qualquer mácula, alegando a Defesa, que houve má-fé e maldade do agente infrator de trânsito.

Pois bem. De acordo com o disposto na alínea "a" do inciso I do art. 92 do Código Penal, *há perda do cargo*, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, exatamente a hipótese dos autos, em que os réus foram condenados às penas de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

A perda do cargo público é efeito da sentença penal condenatória, desde que haja o reconhecimento expresso dos requisitos previstos no aludido art. 92 do Código Penal. E não assiste razão à Defesa, quanto a esse aspecto, pois a douta Juíza sentenciante, de maneira fundamentada, asseverou que os acusados violaram dever para com a Administração Pública ao agirem desonestamente, e pela extensão da gravidade do delito cometido, entendeu a magistrada ser absolutamente insustentável e incompatível a permanência dos dois policiais no exercício da função pública, ao infringir com seus deveres funcionais, o que, de acordo, com o artigo 92, inciso I, letra "a", do Código Penal, enseja tal efeito, em decorrência da condenação.

E nem se diga que a fundamentação foi sucinta, pois, o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, reiteradamente, no sentido de que a circunstância de conter a sentença fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida. (STF, RTJ 73/220). Assim, somente se anula a sentença (leia-se efeito da sentença condenatória relativo à perda do cargo público) quando ela não está motivada, o que não é o caso.

Nesse mesmo sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS-CORPUS*. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. REEDIÇÃO DE PEDIDO EFETUADO EM WRIT JÁ JULGADO POR ESTE STJ. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA DE TAL VÍCIO. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. CONSTRAGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.
> - Inexiste nulidade no acórdão que, no julgamento de *habeas-corpus*, apesar de apresentar sucinta fundamentação, decide acerca de todas as questões suscitadas, trazendo os fundamentos necessários para a denegação da ordem.
> (...)
> (RHC 2002.0061863-1. Relator VICENTE LEAL. 6ª Turma. v.u. DJ 02/09/2002. Página 246)

Assim, por todos os ângulos que se vê, é de rigor a manutenção da r. decisão condenatória.

Passo, neste momento, a análise do mérito do recurso interposto pela acusação.

O MPF pleiteia a majoração da pena-base aplicada com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis aos apelados. Sendo que os réus, ora apelados, planejaram cuidadosamente o delito, tendo como único móvel da prática delitiva a cupidez. Sendo que, cada qual, com alto grau de instrução [ambos cursando curso superior, Ricardo matriculado no curso de História e Rodney no curso de Direito] e bem remunerados, além, de terem barganhado a quantia indevidamente solicitada. Por fim, requer a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, alínea "f", do Código Penal repressivo [não levada em consideração na sentença de primeiro grau], pelo fato dos policiais rodoviários federais terem agido com abuso de poder.

No que diz respeito à dosimetria da pena-base levada a cabo pelo Juízo "a quo", entendo que não merece qualquer reparo.

Viu-se que a Magistrada, de forma concisa, mas motivada, exacerbou a pena base aplicada aos réus, ora apelados, ao analisar as circunstâncias judiciais que envolveram o caso concreto (artigo 59 do Código Penal).

Como se vê as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal já foram sopesadas pela Douta Juíza, sendo que o grau de instrução, o cargo público por eles ocupado e a conduta social reprovável pesou em desfavor dos acusados, e por isto teve a sua pena-base motivadamente exasperada.

Entendo ter restado bem justificada a aplicação da sanção acima do mínimo legal, e no montante fixado pelo Juízo *a quo*, que entendo razoável, em razão das circunstâncias do caso concreto (artigo 59 do Código Penal).

Quanto a pretensão ministerial de agravamento da pena pela incidência do artigo 61, II, "g", do CP (art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime(...) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão*)* não reconhecida pela Juíza sentenciante, acredito, s.m.j, que é intrínseco ao crime de corrupção passiva o abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo. Nesse sentido, entendo não ser aplicável essa circunstância agravante à espécie.

Diante do exposto, *nego provimento* aos recursos da Defesa dos apelantes RICARDO ALAVER PEIXOTO e RODNEY CESAR STOCHMANN e do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, mantida a decisão de primeiro grau em seu inteiro teor.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0009930-31.2005.4.03.6181
(2005.61.81.009930-4)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, FRANCISCO SALES DA SILVA E MARIA AMORIM DA SILVA
Apelados: OS MESMOS
Não oferecida denúncia: ANTONIO DOMINGOS ELIZEU
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 42525
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. LEI Nº 8.137/1990, ARTIGO 1º, INCISO I. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ CONCLUSÃO DA DISCUSSÃO NA ESFERA CÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO DA REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO.
1. A persecução penal referente ao crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990 pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, o que se atinge mediante o esgotamento da discussão na esfera administrativa. Na via judicial cível, busca-se a desconstituição do crédito, do que não depende a incriminação. Assim, não procede o pedido de suspensão do processo penal até a conclusão da discussão na esfera cível.
2. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/1990, artigo 1º, inciso I), é de rigor a confirmação da solução condenatória proclamada em primeiro grau de jurisdição.
3. O expressivo valor da sonegação autoriza a exasperação da pena-base pelo crime previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/1990.
4. Não há exagero na fixação de prestação pecuniária na proporção de menos de um salário mínimo por mês de pena de reclusão substituída.
5. A suspensão dos direitos políticos, como consequência da condenação penal, decorre de previsão constitucional (Constituição Federal, artigo 15, inciso III), não podendo ser afastada.
6. A fixação do valor mínimo da reparação pelos danos causados pela infração pressupõe pedido da vítima. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
7. Recursos providos 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 ao recurso dos réus, ao fim de excluir da sentença a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração; e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, ao fim de elevar as penas impostas ao réu Francisco Sales da Silva, para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa; e à ré Maria Amorim da Silva, para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2013.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelações interpostas, de um lado pelo *Ministério Público Federal* e, de outro, por *Francisco Sales da Silva* e *Maria Amorim da Silva*, em face de sentença proferida pela MM. Juíza Substituta da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo, SP, que, ao acolher a denúncia, condenou os réus como incursos nas disposições do art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/1990, a 2 (dois) anos de reclusão, inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no importe de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestações pecuniária e de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Consta da denúncia que Francisco Sales da Silva e Maria Amorim da Silva omitiram, fraudulentamente, rendimentos ou receitas recebidos, respectivamente, nos exercícios de 2003 e 2004, com o objetivo de suprimir e reduzir Imposto de Renda Pessoa Física, omissões estas caracterizadas pela apuração de valores creditados em contas-correntes de suas titularidades.

Em suas razões recursais, a defesa dos réus pugna pela decretação da nulidade da ação penal em decorrência de vício na representação fiscal que instruiu o feito, enquanto, no mérito, sustenta a inexistência de fato típico, em vista de que a eles não pertenciam os valores apurados em suas contas-correntes e a ausência de dolo na conduta, pois são pessoas simples, humildes e sem conhecimento contábil; subsidiariamente, ainda alega indevida a pena substitutiva de prestação pecuniária, a inconstitucionalidade da suspensão de seus direitos políticos e a ilegalidade do valor mínimo fixado para a reparação dos danos, além de requerer a redução da pena pecuniária. Por fim, também requer o sobrestamento do processo penal até o julgamento da ação cível relativa à representação fiscal.

De sua vez, o Ministério Público Federal, por suas razões recursais, pleiteia a reforma da r. sentença quanto à dosimetria das penas, a fim de majorá-las em atenção ao alto valor não recolhido.

A defesa apresentou contrarrazões, assim como o Ministério Público Federal.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Janice Agostinho Barreto Ascari, opina pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento do recurso da acusação.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Cumpre examinar, de início, o pedido de suspensão do processo penal até que se conclua a discussão judicial instaurada na esfera cível.

Com a devida vênia, referido pleito deve ser rejeitado. Para a persecução penal, exige-se a *constituição* do crédito tributário, o que, evidentemente, se dá mediante o esgotamento da discussão na esfera administrativa. Na esfera judicial, busca-se a *desconstituição* do crédito tributário, do que não depende, frise-se, a incriminação.

A materialidade do delito está comprovada pelos documentos que integram o procedimento administrativo fiscal, a evidenciar que os apelantes omitiram informações ao Fisco e, com isso, lograram suprimir imposto de renda de pessoa física.

Deveras, o expressivo volume de recursos depositados em contas bancárias dos apelantes, sem qualquer comprovação de origem, somado à omissão de declaração das receitas configura o delito em questão.

Destaque-se, por oportuno, que não procede - até porque despida de provas - a alegação de que o dito numerário não pertencia aos apelantes, mas a uma igreja; e que apenas teria transitado pelas ditas contas, sem que lhes pertencesse.

Ora, se o dinheiro pertencia a alguma instituição religiosa, em nome desta haveria de ter sido aberta uma conta bancária, não escusando, de modo algum, os apelantes a mera alegação de que ditos recursos não lhes pertenciam.

Também não lhes socorre a alegação de que são pessoas simples e sem conhecimento contábil. É do conhecimento corrente que o ingresso de receitas é fato tributável e que, desse modo, a correspondente declaração deve ser efetuada ao Fisco.

O que se depreende dos autos, é, em suma, que os réus, agindo com perfeita consciência, omitiram informação fiscal relevante e, assim, suprimiram o tributo devido, incorrendo, destarte, nas disposições do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990.

No que concerne às penas, assiste razão ao Ministério Público Federal, uma vez que a magnitude da sonegação é circunstância relevante para a fixação da pena-base.

Deveras, o apelante Francisco Sales da Silva sonegou, há mais de dez anos, quase R$ 300.000,00 (trezentos mil reais); e a apelante Maria Amorim da Silva, por sua vez, mais de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Desse modo, ainda que se tomem como favoráveis todas as demais circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, os valores das sonegações de um e de outro réus impõem a exasperação das respectivas penas-base.

Assim, ao réu Francisco Sales da Silva elevo as penas para *2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa*, tornando-as definitivas à míngua de atenuantes, agravantes ou causas especiais de modificação da pena.

À ré Maria Amorim da Silva, por sua vez, elevo as penas para *2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa*, igualmente as tornando definitivas à falta de atenuantes, agravantes ou causas especiais de modificação da pena.

Para ambos os réus, o regime prisional inicial há de ser o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, mantenho a substituição

das penas privativas de liberdade por prestações pecuniária e de serviços à comunidade.

A prestação pecuniária, de 20 (vinte) salários mínimos para cada réu, não revela exagero e não merece redução, mesmo porque estabelecida em patamar inferior a um salário mínimo por mês de pena substituída. Lembre-se, por oportuno, de que, uma vez solvida, referida prestação haverá de ser abatida do valor tributário devido.

A prestação de serviços à comunidade será disciplinada pelo juízo da execução e observará as diretrizes dos artigos 46 e 55 do Código Penal.

A suspensão dos direitos políticos também deve ser mantida, porquanto prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Por fim, assiste razão aos réus na parte em que se voltam contra a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados. Vejam-se os seguintes julgados, a amparar a pretensão recursal em questão:

> EMEN: RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. NORMA DE DIREITO MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. 1. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, dada a natureza privada e exclusiva da vítima. 2. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa. 3. A inovação legislativa introduzida pela Lei nº 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV, do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando que na sentença seja fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, ao contemplar norma de direito material mais rigorosa ao réu, não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência. 4. Recurso especial provido. (STJ, 5ª Turma, REsp nº 1290263, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 2.10.2012, DJE de 9.10.2012)

> EMEN: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. NECESSIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. EFETIVA APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DA ARMA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS (TESTEMUNHAS E VÍTIMA). ART. 157, § 2º, V, DO CP. COMPROVADA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA POR APROXIMADAMENTE 15 (QUINZE) MINUTOS. MAJORANTE CONFIGURADA. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. UTILIZAÇÃO EM FASES DIFERENTES DA FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. ACÓRDÃO ESTADUAL, QUANTO A ESSE ÚLTIMO PONTO, EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. 1. São cabíveis embargos de declaração quando houver no julgado ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, bem como para sanar a ocorrência de erro material. Excepcionalmente, quando o saneamento de algum desses vícios implicar a alteração do resultado do julgamento embargado, aos embargos de declaração devem ser atribuídos efeitos modificativos. 2. A apreensão da arma de fogo e a perícia são irrelevantes como causa de aumento de pena do crime de roubo, quando houver efetiva comprovação do uso da arma durante o crime. 3. A causa de aumento

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

prevista no art. 157, § 2º, V do CP, demanda, tão-somente, para sua incidência, a restrição da liberdade da vítima, que, uma vez caracterizada, autoriza a exasperação da reprimenda de um terço até a metade. 4. A posse de arma de fogo com a numeração raspada ou suprimida, mesmo que de uso permitido, é equiparada à posse de arma de fogo de uso restrito, para fins de reconhecimento da *abolitio criminis* temporária, uma vez que o artefato com o número de série adulterado ou suprimido não é passível de regularização, já que impossibilitado de ser registrado. 5. Para que seja fixado na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, com base no art. 387, inciso IV, do Código Penal, deve haver pedido formal nesse sentido pelo ofendido, além de ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. 6. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao recurso especial do *parquet*.
(STJ, 5ª Turma, EDREsp nº 1286810, rel. Des. Conv. TJ/PR Campos Marques, j. em 23.4.2013, DJE de 26.4.2013)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso dos réus, ao fim de excluir da sentença a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração; e dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, ao fim de elevar as penas impostas ao réu Francisco Sales da Silva, para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa; e à ré Maria Amorim da Silva, para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa. Quanto ao mais, fica mantida a r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003737-63.2006.4.03.6181
(2006.61.81.003737-6)

Apelantes: EDITORA ABRIL S/A E ROBERTO CIVITA
Apelados: ITAIPU BINACIONAL E JORGE MIGUEL SAMEK
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 26241
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. PEDIDO DE DIREITO DE RESPOSTA. NÃO RECEPÇÃO DA LEI 5.250/67 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. VIGÊNCIA DO INSTITUTO POR FORÇA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL. CONTEÚDO CALUNIOSO DA MATÉRIA PUBLICADA EM PERIÓDICO. ADEQUAÇÃO DO ESPAÇO CONCEDIDO E DO CONTEÚDO DO TEXTO DE RESPOSTA. DESPROVIMENTO.

1. É pacífico o entendimento das Cortes Superiores, assentado no próprio acórdão da ADPF nº 130 do STF, que o direito de resposta continua assegurado pelo disposto no artigo 5º, inciso V, da Carta Magna, a despeito do afastamento do texto que o normatizava no plano infraconstitucional por sua não recepção na ordem jurídica vigente (STF, AI-AgR 787215, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 24/08/2010; STJ, RESP 200601847978, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ: 21/05/2010).

2. Não há dúvida de que a matéria incriminada confere a aparência de certeza a meras conjecturas ao conjugar no seu conteúdo os rumores comentados em trecho de um diálogo telefônico interceptado com autorização judicial nos autos nº 2005.70.00.029546-2, que tramitaram perante a 2º Vara Federal Criminal de Curitiba, com uma narrativa de fatos eivada de equívocos e distorções, induzindo o leitor a uma conclusão ofensiva à honra dos requerentes. Descabimento da alegação de exclusivo *animus narrandi* do veículo de comunicação responsável pelo periódico.

3. As declarações feitas pelos requerentes em resposta à matéria jornalística incriminada trazem a sua versão destinada a contraditar as afirmações caluniosas nela consignadas e restabelecer a verdade quanto aos acontecimentos por ela descritos, coadunando-se com a finalidade do instituto em questão.

4. Impende assinalar que o fato da diretoria da requerente haver, por iniciativa própria, publicado texto de resposta em outros veículos de comunicação de grande circulação mediante a aquisição de espaço publicitário não faz exaurir o direito de resposta que neste voto se confirma, tendo em vista que o instituto pressupõe que a contraposição se dê nos mesmos moldes da ofensa irrogada, de modo a alcançar o mesmo público que com esta teve contato, e que atenda à finalidade sancionatória do órgão de imprensa responsável pela divulgação, impondo-lhe os custos da publicação.

5. É certo que o direito de resposta não deve implicar contraposição abusiva à publicação incriminada. No entanto, cabe ressaltar que tal juízo não deve se restringir à

estrita comparação do número de linhas de um e de outro texto, principalmente se há pluralidade de ofendidos e se a matéria original se vale de notas de destaque para alavancar a sua divulgação e venda de exemplares.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de fevereiro de 2013.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Descrição fática: Trata-se de pedido de resposta à matéria jornalística, veiculada na REVISTA VEJA, edição nº 1946, de 08/03/06, por ITAIPU BINACIONAL e seu Diretor-Geral JORGE MIGUEL SALEK, com fulcro no art. 32 da Lei 5.520/67, em face da EDITORA ABRIL S.A., na pessoa do seu Diretor- Responsável ROBERTO CIVITA, pois a referida publicação seria ofensiva às suas reputações ao expor fatos inverídicos a respeito de ambos os requerentes.

Sentença (*fls. 454/465*): a r. sentença prolatada pelo Juiz da 9ª Vara Federal de São Paulo julgou procedente o pedido inicial para o fim de assegurar o direito de resposta da ITAIPU BINACIONAL e de JORGE MIGUEL SAMEK e determinar à EDITORA ABRIL S.A., na pessoa do seu Diretor-Responsável ROBERTO CIVITA, que publique de imediato o texto retificador, sob pena de multa diária e sem prejuízo do disposto no § 8º do art. 32 da Lei 5.250/67.

Apelante - EDITORA ABRIL S.A. e ROBERTO CIVITA - (fls. 584/587): Alegam, em suma: a) que o pedido de resposta não aponta as inverdades ou erronias contidas na matéria publicada, mas apenas confirma o seu conteúdo, tendo aquela exclusivo *animus narrandi*; b) que o texto de resposta contém ofensas e acusações a terceiros, o que não se admite pelo art. 34, IV, da Lei 5.250/67; c) que o espaço concedido pela sentença para a resposta dos autores é desproporcionalmente maior do que o do próprio texto reputado como ofensivo. Aduz que já houve ampla publicidade da resposta dos Apelados nos outros veículos de imprensa, ainda que sem o julgamento definitivo.

Contrarrazões de apresentadas às fls. 640/651.

Parecer da Procuradoria Regional da República (*Dra. Janice Agostinho Barreto Ascari - fls. 664/666*): Opina pela prejudicialidade da apreciação do recurso, em virtude da não-recepção da Lei 5.520/67 pelo ordenamento jurídico ancorado na Constituição Federal de 1988, conforme decidido pelo STF na ADPF nº 130.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

De início, cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130, j. 30/04/2009, DJe 05/11/2009, de relatoria do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, decidiu que não houve recepção de todo o conteúdo da Lei nº 5.250/1967 pela Constituição Federal de 1988.

No entanto, é pacífico o entendimento das Cortes Superiores, assentado no próprio acórdão da ação constitucional que o direito de resposta continua assegurado pelo disposto no artigo 5º, inciso V, da Carta Magna, a despeito do afastamento do texto que o normatizava no plano infraconstitucional (STF, AI-AgR 787215, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 24/08/2010; STJ, RESP 200601847978, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ: 21/05/2010).

Ressalte-se que tal instrumento ostensta ainda índole convencional, reconhecida por sua previsão expressa no art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica. No julgamento da ADPF nº 130, pontuou o eminente Ministro Celso de Mello em seu voto:

> Cabe mencionar, ainda, fragmento da Opinião Consultiva nº 7/86, proferida, em 29 de agosto de 1986, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao ressaltar a essencialidade desse instrumento de preservação dos direitos da personalidade, *entendeu que o direito de resposta deve ser aplicado independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica*:
> "A tese de que a frase 'nas condições que estabeleça a lei', utilizada no art. 14.1, somente facultaria aos Estados Partes a criar por lei o direito de retificação ou de resposta, sem obrigá-los a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule, não se compadece nem com o 'sentido corrente' dos termos empregados nem com o 'contexto' da Convenção. Com efeito, a retificação ou resposta em razão de informações inexatas ou ofensivas dirigidas ao público em geral se coaduna com o artigo 13.2.a sobre liberdade de pensamento ou de expressão, que sujeita essa liberdade ao 'respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas' (...); com o artigo 11.1 e 11.3, segundo o qual '1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade' '3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas' e com o artigo 32.2, segundo o qual 'Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática'. O direito de retificação ou de resposta é um direito ao qual são aplicáveis as obrigações dos Estados Partes consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção. E não poderia ser de outra maneira, já que o próprio sistema da Convenção está direcionado a reconhecer direitos e liberdades às pessoas e não a facultar que os Estados o façam (Convenção Americana, Preâmbulo, O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 74 e 75), Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A, n. 2, parágrafo 33)." (g.n.)

Deste modo, ao menos em tese, remanesce amparada pelo ordenamento jurídico a pretensão veiculada nos presentes autos, bem como o direito dos ora apelantes à reapreciação da matéria em instância recursal.

Deve ser conhecida, portanto, a apelação interposta.

Adentrando ao exame do mérito, não merece prosperar o pleito dos recorrentes.

Consta da sentença recorrida (fls. 459/460) que:

> Houve, *in casu*, um desacerto na informação contida na notícia veiculada no periódico da requerida, exsurgindo o direito dos requerentes, atingidos em sua reputação, de ver publicada, no mesmo jornal, sua resposta, com a reposição da verdade aos seus devidos limites, esclarecendo-se o público leitor acerca do tópico em que ocorreu dissonância entre o teor do noticiado e os fatos concretos.
> A reportagem em foco, examinada em seu contexto, noticia a prática de corrupção que desdourou a vida política do país, tendo como expoentes, de um lado, Marcos Valério, e, de outro, Roberto Bertholdo, ex-membro do conselho de administração de ITAIPU, apontado na matéria jornalística como o 'encarregado de operar o mensalão dentro do PMDB'. Para ilustrar o ambiente de devassidão em que estava envolvido Roberto Bertholdo, com base em conversa gravada entre este e seu ex-sócio Sérgio Renato Costa Filho - que foi destacada no corpo da matéria - a reportagem divulga a existência de corrupção passiva na direção de ITAIPU BINACIONAL, que teria, por seu Diretor-Geral JORGE SAMEK, perdoado uma dívida de 200 milhões da empresa VOITH SIEMENS, recebendo, para tanto, 6 milhões de dólares como 'propina'.
> Impende destacar que consta expressamente da matéria em questão que: 'Bertholdo diz que o diretor-geral de Itaipu, o petista Jorge Samek, cobrou 6 milhões de dólares da empresa Voith Siemens para perdoar uma dívida de 200 milhões de dólares para com a estatal (...)'
> Ademais, em trecho posterior, a matéria jornalística infunde no leitor a plausibilidade da ocorrência de práticas de corrupção e de prejuízo ao erário público na ITAIPU, pois reitera que o requerente JORGE SAMEK perdoou uma 'multa gorda' de 18,6 milhões de dólares da empresa VOITH SIEMENS e que 'o mimo saiu na forma de um despacho, de três páginas, assinado pelo diretor-geral JORGE SAMEK'.

Não há dúvida de que a matéria incriminada confere a aparência de certeza a meras conjecturas ao conjugar no seu conteúdo os rumores comentados em trecho de um diálogo telefônico interceptado com autorização judicial nos autos nº 2005.70.00.029546-2, que tramitaram perante a 2º Vara Federal Criminal de Curitiba, com uma narrativa de fatos eivada de equívocos e distorções, induzindo o leitor a uma conclusão ofensiva à honra dos requerentes.

Descabe a invocação de que estaria presente na publicação exclusivamente o *animus narrandi* da parte da revista Veja, admitido no contexto da liberdade de expressão.

Embora apareça no trecho publicado da conversa entre o ex-conselheiro da ITAIPU BINACIONAL S/A Roberto Bertholdo e seu ex-sócio Sérgio Renato Costa Filho a expressão "*parece que rolou grana*", que relativiza a veracidade das acusações dali extraídas, na sequência, registra o texto que: "O que torna essa gravação perturbadora é o fato de que a Voith Siemens, de fato, tinha um negócio de quase 200 milhões de dólares com Itaipu e que, de fato, uma dívida sua com a estatal foi perdoada - de um modo heterodoxo. Em 2000, a Voith Siemens comprometeu-se a entregar duas novas turbinas para Itaipu, num negócio de 184,6 milhões de dólares, mas não conseguiu cumprir o prazo. Sofreu uma multa de 2,6 milhões de dólares, que foi devidamente paga, mas também tinha de sofrer outra multa, de 18,6 milhões de dólares. A multa gorda, porém, foi perdoada e o prazo para entrega das turbinas foi estendido. O mimo saiu na forma de um despacho, de três páginas, assinado pelo diretor-geral Jorge Samek" (grifamos).

A requerente ITAIPU BINACIONAL S/A apresentou farta documentação para confrontar o noticiado, inclusive cópia do contrato celebrado entre ela e as empresas integrantes do consórcio CEITAIPU para a implantação, na usina hidrelétrica de Itaipu, de duas unidades geradoras de energia elétrica (fls. 197/244), que demonstra que a execução geral do empreendimento incumbia à empresa ABB ALSTOM POWER BRASIL LTDA (cláusula 34ª), e não à Voith Siemens, que também compunha o consórcio.

Ademais, não foi comprovado o suposto perdão de "uma dívida de 200 milhões de dólares" a que alude a matéria, tampouco que tal ato houvesse sido praticado pelo então diretor-geral da ITAIPU, e ora apelado, JORGE SAMEK.

Pelo contrário, o estatuto da empresa pública internacional (fls. 44/52) esclarece a decisão quanto a atos desta natureza competiria ao Conselho de Administração da ITAIPU (art. 13º), escapando às atribuições do seu diretor-geral, que não tem voto naquela esfera orgânica da entidade.

Consta ainda dos documentos relativos à execução do contrato, juntados pela apelada às fls. 268/440, que houve a aplicação de uma multa no valor de US$ 2,6 milhões por atrasos intermediários, sendo que o consórcio estava sujeito a outra multa, por atraso no marco final, configurado em 01/10/2005 (cf. aditamento nº 02 ao contrato - fl. 240), que somada à primeira corresponderia a 10% do valor total da avença (US$ 184.600.000,00).

Todas essas explicações integram o texto de resposta apresentado pelos requerentes juntamente com a exordial, estando patente a sua pertinência para o propósito de atestar o teor inverídico da matéria veiculada pelo periódico que afetou sua reputação ao atribuir ao diretor-geral o cometimento de crime de corrupção passiva.

Vale destacar que o mencionado documento justifica também a postergação do marco final do contrato, formalizada pelo aditamento acima citado, em decorrência de falhas técnicas, o que se deve admitir por verdadeiro diante da falta de provas em sentido contrário, tal como ocorre com relação ao suposto "perdão" da multa incidente por este motivo.

Em síntese, as declarações feitas pelos requerentes em resposta à matéria jornalística incriminada trazem a sua versão destinada a contraditar as afirmações caluniosas nela consignadas e restabelecer a verdade quanto aos acontecimentos por ela descritos, coadunando-se com a finalidade do instituto em questão.

Afasta-se também a alegação do recorrente de que o texto de resposta dos autores conteria termos ofensivos e injuriosos a terceiros, de modo a lhes permitir igualmente o exercício de direito de resposta, conforme prevê o art. 34, IV, da Lei 5.250/67.

Ainda que se admita tal restrição, que não encontra mais arrimo normativo, diante da exclusão do referido diploma legal da ordem jurídica vigente, não vislumbro caráter atentatório à honra alheia na assertiva "ITAIPU afirma que sua relação com as empresas que compõem o consórcio CEITAIPU tem sido conflituosa, inclusive com discussões em juízo acerca de contratações anteriores, mas sem prejuízo do respeito que deve existir num relacionamento entre uma entidade de direito internacional público e empresas privadas", o que apenas retrata a existência de litígios entre a requerente e o dito consórcio, sem expor qualquer juízo de valor que o desabone.

Impende assinalar que o fato da diretoria da ITAIPU BINACIONAL S/A haver, por iniciativa própria, publicado texto de resposta em outros veículos de comunicação de grande circulação (fls. 492/494) mediante a aquisição de espaço publicitário não faz exaurir o direito de resposta que neste voto se confirma, tendo em vista que o instituto pressupõe que a contraposição se dê nos mesmos moldes da ofensa irrogada, de modo a alcançar o mesmo público que com esta teve contato, e que atenda à finalidade sancionatória do órgão de imprensa responsável pela divulgação, impondo-lhe os custos da publicação.

Por fim, insurgem-se os apelantes contra o espaço fixado em primeiro grau, reservado à publicação do texto retificador na revista Veja, consistente no limite de 200 (duzentas) linhas.

Neste particular, mostra-se descabida a apreciação do dispositivo legal utilizado como fundamento para a mensuração do referido espaço (art. 30, § 1º, "a", *in fine*, da Lei 5.250/67) devido à declaração de sua incompatibilidade com a Carta de 1988 no julgamento da ADPF nº 130 do STF.

Com efeito, a análise de eventual excesso na entrega jurisdicional deve se dar à luz do princípio constitucional da proporcionalidade.

É certo que o direito de resposta não deve implicar contraposição abusiva à publicação incriminada. No entanto, cabe ressaltar que tal juízo não deve se restringir à estrita comparação do número de linhas de um e de outro texto, principalmente se a matéria original se vale de notas de destaque para alavancar a sua divulgação e venda de exemplares.

No caso dos autos, além de se tratar de dois ofendidos, o que por si só torna razoável a concessão de espaço maior para que possam redargüir adequadamente as ofensas sofridas - tal como consignou o juízo *a quo* - assinalo que a referida reportagem recebeu proeminente chamada entre as manchetes estampadas no semanário, aparecendo associada à manchete principal "O MENSALÃO II", da seguinte forma: "E MAIS: FITAS EXPLOSIVAS - Propina para perdoar dívida com Itaipu", seguida de trechos editados extraídos dos diálogos acima mencionados, logo abaixo do desenho de uma fita cassete: "Seis paus em dólar?" e "Temos que pegar pelo menos três".

Considerando a imensa tiragem da revista (1.199.972 exemplares distribuídos na edição em apreço, consoante registrado na sua página 8) e o alcance nacional, tendo o singelo teor de sua capa exposição suficiente para gerar enorme repercussão na sociedade brasileira, bem como o espaço de 5 (cinco) páginas ocupado pela matéria em que estão contidas as afirmações ofensivas à reputação dos apelados, entre fotos e texto, revela-se adequado e proporcional o espaço concedido para a publicação do texto de retificação.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0011862-49.2008.4.03.6181
(2008.61.81.011862-2)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E ANDERSON DRAIJE DA SILVA (réu preso)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 38721
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2013

EMENTA

PENAL. FURTO QUALIFICADO. ARTIGO 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. MATERIALIADADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA PAPILOSCÓPICA CATEGÓRICA. DOSIMETRIA DA PENA. SISTEMA TRIFÁSICO. PENA BASE ACIMA DO MINIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL DESFAVORÁVEIS AO RÉU. MAUS ANTECEDENTES. PENA PECUNIÁRIA. PROPORCIONALIDADE. RESSARCIMENTO DA VÍTIMA.
Custódia cautelar é necessária para a garantia da aplicação da lei penal. Ademais, o réu respondeu ao processo preso, o que legitima a manutenção da prisão.
Materialidade do delito amplamente comprovada pelo Ofício da Caixa Econômica Federal que encaminhou o CD contendo as imagens do ato delituoso gravadas pelo sistema de segurança da agência furtada e pelo Laudo de Exame de Local (Arrombamento).
Autoria cabalmente comprovada. Coincidência entre as impressões digitais do réu com aquelas colhidas nos terminais arrombados de auto-atendimento e nos objetos suspeitos de manipulação encontrados na agência e no percurso supostamente traçado pelo acusado naquele local.
Ausência de provas de que o réu exercia atividade lícita a propiciar a aquisição dos bens encontrados em seu poder e propriedade. Também a versão de mera coincidência em relação às outras 3 (três) detenções em decorrência de furtos semelhantes ao deste caso é inverossímil, o que evidencia que o réu praticou o crime.
Dosimetria da pena. Observância do sistema trifásico.
As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu. elevada culpabilidade, a existência de maus antecedentes, conduta social reprovável e personalidade vocacionada para o crime ante a reiteração das práticas delituosas. Pena base fixada acima do mínimo legal do tipo.
Na segunda fase não foram verificadas atenuantes e agravantes, e também se mostraram ausentes as causas de diminuição ou de aumento da pena quando do exame da terceira fase.
A pena de multa deve manter a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Redimensionamento para 243 (duzentos e quarenta e três) dias-multa.
Majoração do valor unitário da multa pecuniária, considerando que a documentação acostada aos autos dá prova da existência de diversos bens em nome do acusado, os quais, inclusive, foram objeto de medidas assecuratórias a fim de garantir o res-

sarcimento da vítima. Fixação em 5/9 do valor do salário-mínimo vigente à época, corrigido monetariamente.

Apelação do réu não provida. Apelação do Ministério Público Federal provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento à apelação do réu e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal* para fixar a pena pecuniária em 243 (duzentos e quarenta e três) dias-multa, no valor unitário de 5/9 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente, restando mantida no mais a r. sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2013.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Trata-se de recursos de apelação interpostos, respectivamente, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pelo réu ANDERSON DRAIJE DA SILVA, contra a r. sentença de fls. 487/497, proferida pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo, que o condenou à pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Nas razões recursais (fls. 507/518) o Ministério Público Federal requer o redimensionamento da pena privativa de liberdade e da multa pecuniária, alegando, em síntese, que:

a) as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu são extremamente reprováveis, verificando-se a existência de culpabilidade acentuada, bem como de vários maus antecedentes a caracterizar a personalidade voltada para o crime e a conduta social censurável, e que os motivos e as conseqüências do crime não são as comuns à espécie, o que enseja a majoração para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão;

b) guardada a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, também deve a multa pecuniária ser majorada para 272 (duzentos e setenta e dois) dias-multa, devendo a somatória do valor unitário ser compatível com os prejuízos causados, no montante de ½ salário-mínimo cada;

c) subsidiariamente, caso mantida a pena privativa de liberdade como fixada na sentença, requer seja recalculada a multa de forma a respeitar a proporcionalidade, sendo fixada em 243 (duzentos e quarenta e três) dias multa, no valor de 5/9 do salário-mínimo; ou, ainda, se mantidos os 200 (duzentos) dias multa como lançado na sentença, que o valor seja alterado para 2/3 do salário-mínimo, pelos mesmos fundamentos.

O réu *Anderson Draije da Silva*, por sua vez, sustenta nas razões de fls. 533/546 a ausência de provas suficientes a comprovar a autoria do delito, considerando que apenas a prova papiloscópica não demonstra, de forma irrefutável, a sua culpabilidade, pleiteando, assim, pela

absolvição, nos termos do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Alega, também, a nulidade da sentença ante a não observância do sistema trifásico para a dosimetria da pena, sendo a mesma desprovida de fundamentação apta à justificar a exacerbação da pena base.

Por fim, requer a revogação da prisão preventiva e o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade.

Contrarrazões pelas partes às fls. 547/552 e 560/565.

O Ministério Público Federal, às fls. 567/576, no parecer da lavra da E. Procuradora da República, Dra. Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, opinou pelo parcial provimento do recurso do *parquet* para majorar a pena de multa para 243 (duzentos e quarenta e três) dias-multa, no valor unitário de 5/9 do salário-mínimo vigente, mantendo o réu segregado cautelarmente, e pelo improvimento do recurso do réu.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

ANDERSON DRAIJE DA SILVA foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Consta da inicial que:

> No dia 30 de abril de 2008, por volta das 00h:04min, na Avenida João Dias, nº 1669, Santo Amaro, São Paulo, no interior da Agência da Caixa Econômica Federal, *Anderson Draije da Silva,* consciente e voluntariamente, subtraiu para si coisa alheia move, consistente no dinheiro da instituição financeira, por meio da destruição de obstáculos, quais sejam, os caixas eletrônicos.
> Consta dos autos que *Anderson* adentrou do interior da Agência da Caixa Econômica Federal e virou as câmeras que estavam direcionadas para os caixas eletrônicos violados a fim de evitar que as imagens da ação criminosa fossem gravadas.
> Após, *Anderson* procedeu a violação de três caixas eletrônicos a fim de retirar o dinheiro contido nos referidos objetos.
> O denunciado conseguiu retirar dinheiro de apenas dois caixas eletrônicos, causando um prejuízo de R$ 60.292,00 (sessenta mil, duzentos e noventa e dois reais) à Caixa Econômica Federal.
> A autoria restou demonstrada pelo Laudo de Perícia Papiloscópica de fls. 68/71, o qual atestou que as impressões digitais levantados nos caixas eletrônicos da Agência da Caixa Econômica Federal da João Dias (fls. 35/36) são de *Anderson*.
> A materialidade delitiva ficou comprovada pelo Laudo de exame do local (arrombamento - fls. 28/33), no qual restou declinado o modo como a ação criminosa foi praticada.

Por primeiro, analiso o pedido de concessão do direito de apelar em liberdade.

Quando da prolação da sentença, a MMª. Juíza *a quo* ressaltou:

> (...) Incabível a concessão de liberdade provisória nessa fase, uma vez que permanecem inalterados os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, já que o acusado possui

> antecedentes, conduta social e personalidade desfavoráveis, de modo que sua colocação em liberdade colocaria em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal. (...) (fl. 497)

Do extrato supratranscrito, depreende-se que está devidamente justificada a necessidade da manutenção da custódia cautelar do ora apelante, por meio dos requisitos objetivos e subjetivos.

Verifico, também, que não houve modificação dos fatos a ensejar o direito de recorrer em liberdade.

Desta feita, a custódia cautelar é necessária para a garantia da aplicação da lei penal. Ademais, o fato de ANDERSON ter respondido ao processo preso legitima a manutenção da prisão.

Confira-se, neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILEGAL DE ENTORPECENTES. DIREITO DE APELAR EM *LIBERDADE*. EXTENSÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO CONCESSIVA DA ORDEM A CO-RÉU QUE RESPONDEU O PROCESSO EM *LIBERDADE*. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.
> (...) O direito de apelar em *liberdade* de sentença condenatória não se aplica ao réu preso cautelarmente, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva - Precedentes do STJ e do STF. Ademais, o recolhimento à prisão para apelar não ofende a garantia da presunção da inocência. Incidência da Súmula 9/STJ.
> 4. Conforme pacífico magistério jurisprudencial, eventuais condições pessoais favoráveis ao paciente - tais como primariedade, bons antecedentes, endereço certo, família constituída ou profissão lícita - não garantem, por si sós, o direito à *liberdade* provisória.
> 5. Ordem denegada.
> STJ - HC - Processo: 200501417181 - UF: AM - QUINTA TURMA - Fonte DJ DATA: 05/06/2006 - Relator(a) ARNALDO ESTEVES LIMA

Passo à análise em conjunto dos recursos de ANDERSON DRAIJE DA SILVA e do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Do exame dos autos verifico que a materialidade do delito restou amplamente comprovada pelo Ofício nº 0418/08/RESEG da Caixa Econômica Federal que encaminhou o CD contendo as imagens do ato delituoso gravadas pelo sistema de segurança da agência furtada e pelo Laudo de Exame de Local (Arrombamento) juntado às fls. 28/33, do qual constam fotos do local e dos caixas eletrônicos arrombados.

Também a autoria, ao contrário do que sustenta a defesa, restou cabalmente comprovada nos autos. Senão vejamos.

Segundo a acusação, o réu Anderson, juntamente com outro ou outros indivíduos não identificados, cortou a parte frontal de 03 (três) equipamentos de auto-atendimento da Agência da Caixa Econômica Federal da Avenida João Dias, logrando subtrair de 02 (dois) deles a quantia de R$ 60.292,00 (sessenta mil, duzentos e noventa e dois reais).

Embora não tenha sido preso em flagrante naquele ato, em 12 de março de 2009 foi flagrado praticando crime análogo contra outra agência da Caixa Econômica Federal, ocasião em que foi detido. A perícia, então, confrontou as impressões digitais do réu com aquelas colhidas nos terminais arrombados de auto-atendimento e nos objetos suspeitos de manipulação encontrados na agência da Avenida João Dias e no percurso supostamente traçado pelo acusado

naquele local, e concluiu que são coincidentes (fls. 68/72).

Em sede policial o réu manifestou seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fls. 82/83), contudo durante toda a fase de instrução a defesa não logrou trazer qualquer explicação convincente quanto a correspondência das suas impressões digitais com aquelas encontradas nos equipamentos arrombados, a existência de antecedentes criminais, inclusive aquele correspondente à sua prisão em flagrante no dia 30/05/2008 na cidade de Valinhos, no Estado de São Paulo, em que foi surpreendido na mesma conduta pela qual foi condenado neste autos.

O laudo de perícia papiloscópica (fls. 68/69 dos autos do inquérito policial) é categórico no sentido de que as impressões digitais colhidas na antepara do caixa eletrônico foram produzidas por Anderson Draije da Silva. Reproduzo a conclusão ali assentada:

> V - CONCLUSÃO
> A impressão digital aposta no campo destinado ao anular direito da Individual Datiloscópica, timbre do Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt - SSp-SP, em nome de *ANDERSON DRAIJE DA SILVA*, RG nº43.853.721 SSP/SP e *o fragmento nº 02, da Informação Técnica nº 031/2008 - NID/SR/DPF/SP*, reveladas em 30 de abril de 2008, nos caixas eletrônicos arrombados, na agência da Caixa Econômica Federal, situada a Av. João Dias, nº1669, São Paulo - SP *foram produzidas pela mesma pessoa*.

Destarte, verifica-se que a versão do réu, colhida no interrogatório na sede judicial, de que nunca esteve na agência em questão não é compatível com os fatos, o que reforça a certeza de que é o autor do delito.

Ainda no que tange à autoria, comungo do entendimento esposado pelo Juízo *a quo* quanto às demais evidências de que o réu praticou o crime, considerando que não há provas nos autos de que exerça atividade lícita a propiciar a aquisição dos bens encontrados em seu poder e propriedade, dentre os quais vários automóveis e motocicletas, bem como não se mostra verossímil a alegação de que nas outras 3 (três) ocasiões em que foi detido em decorrência de furtos semelhantes ao deste caso, apenas estava passando próximo àquelas agências da Caixa Econômica Federal no momento do crime, tratando-se de mera coincidência.

A alegação de nulidade ante a não observância do sistema trifásico na dosimetria da pena, também suscitada pelo réu, confunde-se com as demais questões aduzidas nas apelações, que passo a examinar.

A MM. Juíza Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo condenou o réu à pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão, considerando a elevada culpabilidade, a existência de maus antecedentes, conduta social reprovável e personalidade vocacionada para o crime ante a reiteração das práticas delituosas; por outro lado, entendeu que os motivos são normais à espécie e as consequências próprias da infração.

De fato, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu.

Do exame dos autos e também dos Sistemas de Movimentação Processual desta Corte, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, verifiquei que o réu tem condenações transitadas em julgado em 2 (dois) processos, quais sejam:

* 0011811-38.2008.4.03.6181, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal Federal de São Paulo;

* 0039779-36.2005.8.266.0050, que tramitou perante a 1ª Vara do Fórum Central Criminal da Barra Funda.

Destes feitos, apenas o primeiro o delito foi cometido após o registrado nestes autos, não podendo ser considerado como maus antecedentes. Contudo, tais condenações demonstram a culpabilidade acentuada do réu e a sua personalidade direcionada para o crime, uma vez que se dedica à prática de delitos, o que justifica a fixação da pena base acima do mínimo legal, o que foi bem balizado pelo D. Juízo *a quo* em patamar correspondente com a adversidade das circunstâncias judiciais do réu, devendo, assim, ser mantida no *quantum* arbitrado.

Nessa esteira, corrobora a afirmada conduta social reprovável a recente decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 255.215 - SP impetrado pelo ora réu perante o Superior Tribunal de Justiça, onde a E. Ministra Maria Thereza de Assis Moura manteve a v. acórdão do C. Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve a r. decisão do I. Juiz da Vara de Execuções Criminais que indeferiu o pedido de progressão do regime prisional para o semi-aberto em razão daquele ter incorrido em falta disciplinar de natureza grave, não preenchendo o requisito subjetivo do artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Na segunda fase não foram verificadas atenuantes e agravantes, e também se mostraram ausentes as causas de diminuição ou de aumento da pena quando do exame da terceira fase, restando definida a pena no *quantum* fixado na primeira fase, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão, que ora confirmo.

No que tange à pena de multa, assiste razão ao Ministério Público Federal quando pede o seu redimensionamento de modo a manter a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

O delito cometido pelo réu se enquadra no inciso I do parágrafo 4º do artigo 155 do Código Penal, podendo a pena base ser fixada entre 2 (dois) e 8 (oito) anos de reclusão e multa.

In casu, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em 6 (seis) anos de reclusão, devendo a multa obedecer a mesma proporção de aumento, atingindo o total de 243 (duzentos e quarenta e três) dias-multa, como bem observado pelo *Parquet*.

Também procede o apelo do Ministério Público Federal quanto à majoração do valor unitário da multa pecuniária, considerando que a documentação acostada aos autos dá prova da existência de diversos bens em nome do acusado, os quais, inclusive, foram objeto de medidas assecuratórias a fim de garantir o ressarcimento da vítima.

O montante furtado da Caixa Econômica Federal foi de R$ 60.292,00 (sessenta mil, duzentos e noventa e dois reais). Dividido esse montante pelo total de dias-multa ora fixados, qual seja, 243, o valor unitário deste é R$ 248,11 (Duzentos e quarenta e oito reais e onze centavos).

O fato criminoso se deu em 30 de abril de 2008, ocasião em que o salário-mínimo oficial era de R$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), pelo que o valor unitário do dia-multa equivale aproximadamente à 5/9 do valor do salário-mínimo vigente à época, corrigido monetariamente.

Por esses fundamentos, *nego provimento à apelação do réu e dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal* para fixar a pena pecuniária em 243 (duzentos e quarenta e três) dias-multa, no valor unitário de 5/9 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente, restando mantida no mais a r. sentença de primeiro grau.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0007693-77.2012.4.03.6181
(2012.61.81.007693-0)

Apelantes: DANILO VICENTE GOMES E RODRIGO DA SILVA ALVES (réus presos)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ACr 52926
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. ARTIGO 157, § 2º, INCISO II DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE RECEPTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. ATOS INFRACIONAIS. NÃO PODEM SER CONSIDERADOS MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA ALTERADO PARA O SEMIABERTO. RECURSOS - PARCIALMENTE PROVIDOS. PREJUDICADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

1. A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/09), auto de reconhecimento (fls. 18/19), bem como o auto de apreensão (fls. 16). O Laudo nº 3331/212-NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 145/155) registra toda a dinâmica dos fatos, permitindo constatar a similaridade entre os indivíduos da filmagem e os acusados, mormente tendo em conta que as roupas usadas são semelhantes àquelas apreendidas na posse dos acusados.

2. A autoria delitiva também restou demonstrada pelas provas colhidas na fase inquisitorial, ratificadas pelas provas produzidas em juízo, consistentes nos depoimentos da vítima e das testemunhas.

3. Não prospera a alegação de nulidade do reconhecimento pessoal realizado, vez que foram obedecidos os preceitos do art. 226 do Código de Processo Penal, e a defesa não faz qualquer prova em sentido contrário, tendo, inclusive, deixado de alegar referida nulidade em sede de alegações finais. Ademais, o reconhecimento feito em sede inquisitorial foi ratificado em juízo.

4. Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese. Precedentes do STJ.

5. Ambos os apelantes, quando interrogados em juízo, afirmaram que na hora dos fatos estavam na casa de Daniele Gomes dos Santos. Entretanto, referida versão não foi comprovada pela defesa, pois as testemunhas Daniele Gomes dos Santos e Júlio César de Jesus não compareceram à audiência de instrução, sendo certo que o próprio defensor desistiu de suas oitivas.

6. A tese defensiva no sentido de desclassificação do delito de roubo para o de recep-

tação não merece prosperar, porquanto tanto a vítima quanto as demais testemunhas reconheceram os apelantes, em juízo, como autores do delito de roubo. O funcionário dos Correios, Carlos Marcos dos Santos, em seu depoimento judicial, afirmou que os apelantes simularam portar arma de fogo, no momento da subtração das encomendas, razão pela qual resta caracterizada a grave ameaça, necessária à configuração do delito de roubo.
7. Não merece prosperar o pleito defensivo, quanto à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, pois a pena mínima do delito de roubo é de 4 (quatro) anos de reclusão.
8. Os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena-base. Precedentes do STJ. Pena-base fixada no mínimo legal.
9. Percentual da causa de aumento decorrente do concurso de agentes reduzido para 1/6 (um sexto), pois a suposta não recuperação dos objetos subtraídos não é motivo suficiente para majorar a pena de metade, vez que não guarda pertinência com o fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes.
10. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser alterado para o semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do Código Penal, pois se trata de réu primário, que não ostenta maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 não lhe são desfavoráveis. Súmula 440 do STJ.
11. Prejudicado o pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade, em razão do julgamento do presente recurso.
11. Apelações parcialmente providas para reduzir as penas aplicadas e alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações, para reduzir as penas de ambos os apelantes, fixando-as em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo mensal vigente na época dos fatos, prejudicado o pedido de recorrer em liberdade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2013.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): O Ministério Público Federal denunciou DANILO VICENTE GOMES e RODRIGO DA SILVA ALVES pela prática do delito capitulado no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Segundo narra a denúncia, *verbis*:

> Conforme consta dos autos do apuratório em referência, os acusados DANILO VICENTE GOMES e RODRIGO A SILVA ALVES subtraíram, mediante grave ameaça, mercadorias

transportadas pelos Correios, o dia 20 de julho de 2012.
No referido dia, os acusados anunciaram assalto ao funcionário da EBCT, Carlos Marcos dos Santos, quando este efetuava entrega de encomendas à empresa C.B. AUTOPEÇAS, em endereço sito à Av. Marechal Tito, nº 5628, Itaim Paulista, nesta capital.
Segundo informou a vítima, os acusados e um terceiro não identificado anunciaram o assalto e obrigaram-na a permanecer na parte traseira do veículo de entregas, e em seguida deslocaram o veículo até uma rua próxima onde efetuaram a retirada das mercadorias (perfumes e carregador de celular descritos à fl. 71) e evadiram-se.
Logo em seguida, os policiais Carlos Cesar Gregório e Sandra Alvves Tabosa, atendendo ao chamado da ocorrência relacionada a este delito, lograram encontrar os denunciados - cuja descrição conferia com a informada pela vítima - próximos ao local do crime, portando as mercadorias subtraídas.

Denúncia recebida em 07 de agosto de 2012 (fls. 89/90).

Após regular instrução, sobreveio sentença (fls. 235/248), que julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, para condenar DANILO VICENTE GOMES e RODRIGO DA SILVA ALVES como incursos nas sanções do artigo 157, "caput", e § 2º, inciso II, do Código Penal, respectivamente, às penas de *6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa*, no valor unitário e 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos; e *7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 90 (noventa) dias-multa*, no valor unitário e 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Opostos embargos de declaração pela defesa de ambos os réus (fls. 266/275), os quais foram recebidos, porém, rejeitados (fls. 278 e verso).

Inconformada, a defesa de *Danilo Vicente Gomes* apela, em cujas razões recursais (fls. 321/344) alega, em síntese:

a) a absolvição, em razão da falta de provas de que o apelante tenha concorrido para o crime;

b) "que o reconhecimento realizado está eivado de nulidade, uma vez, que não fora respeitado os preceitos do artigo 226 do Código de Processo Penal, haja vista, o apelante ter sido apontado para a vitima pelo milicianos como autor dos fatos antes do reconhecimento pessoal (na rua), tornando-se viciado e nulo o ato do reconhecimento pessoal realizado na delegacia" (SIC);

c) a desclassificação do crime de roubo para a receptação, disposto no art. 180, *caput*, do Código Penal;

d) a suspensão condicional do processo, conforme disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95;

e) a aplicação da pena no mínimo legal, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal;

f) o afastamento da qualificadora prevista no § 2º, inciso II, do art. 157, do Código Penal;

g) o não reconhecimento da exasperação da pena em metade, na terceira fase, uma vez que a mera indicação acerca da existência de qualificadoras não constitui fundamentação idônea apta a ensejar o recrudescimento da carcerária, nos termos da Súmula 443 do STJ;

h) o direito de recorrer em liberdade.

Por sua vez, apela *Rodrigo da Silva Alves*, em cujas razões recursais (fls. 346/371) alega, em síntese:

a) a absolvição, em razão da falta de provas de que tenha praticado o delito, inclusive porque não foi reconhecido pela vítima tanto na fase inquisitorial quanto em juízo;

b) a desclassificação do crime de roubo para a receptação, disposto no art. 180, *caput*, do Código Penal, com a consequente fixação da pena no mínimo legal;

d) a suspensão condicional do processo, conforme disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95;

e) a fixação da pena-base no mínimo legal, por ser primário e não possuir maus antecedentes, uma vez que os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes, nos termos da Súmula 444 do STJ;

f) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal;

g) a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando, nos termos da Súmula 440 do STJ e Súmulas 718 e 719 do STF;

g) o afastamento da qualificadora prevista no § 2º, inciso II, do art. 157, do Código Penal;

g) o não reconhecimento da exasperação da pena em metade, na terceira fase, uma vez que a mera indicação acerca da existência de qualificadoras não constitui fundamentação idônea apta a ensejar o recrudescimento da carcerária, nos termos da Súmula 443 do STJ;

h) o direito de recorrer em liberdade.

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 372/379), nas quais requer o desprovimento das apelações interpostas pela defesa de ambos os réus.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 399/405-v), no qual pleiteia o desprovimento dos recursos interpostos.

É o relatório.

À revisão.

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 razão do julgamento do presente recurso.

Não assiste razão à defesa quanto à alegação de que o delito de roubo e sua autoria delitiva não restaram comprovados.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/09), auto de reconhecimento (fls. 18/19), bem como o auto de apreensão (fls. 16), no qual foram relacionadas duas encomendas e uma embalagem tipo SEDEX, além de outros objetos, encontrados com os apelantes, na data dos fatos.

O Laudo nº 3331/212-NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 145/155) registra toda a dinâmica dos fatos, permitindo constatar a similaridade entre os indivíduos da filmagem e os acusados, mormente tendo em conta que as roupas usadas são semelhantes àquelas apreendidas na posse dos acusados.

Às fls. 154/155 há fotos dos dois moletons de cor azul marinho que os réus vestiam quando foram presos, os quais parecem os usados pelos indivíduos nas fotos que revelam a cronologia da conduta delituosa (fls. 150/153).

No tocante à alegação da defesa, no sentido de não haver semelhança entre as roupas

apreendidas com as utilizadas pelos acusados, bem ressaltou o Ministério Público Federal:

> Como já alegado pela defesa, e devidamente refutado pela d. Magistrada, o questionamento a respeito de não haver semelhança entre as roupas apreendidas com as utilizadas pelos acusados não merece prosperar. O laudo de fls. 145/150 e as imagens que dão sequência ao registro da ação delituosa (fls. 151/154) tem como objetivo demonstrar o encaminhamento dos três indivíduos ao veículo dos Correios, de modo que a baixa resolução das imagens não se presta para o reconhecimento da fisionomia e dos detalhes das vestimentas dos roubadores. (fls. 378)

A autoria delitiva também restou demonstrada pelos depoimentos colhidos em juízo.

O funcionário da EBCT, Carlos Marcos dos Santos, ouvido na condição de testemunha comum (fls. 159/159-vº), relatou que:

> (...) não conhece os réus pelo nome; que em relação aos fatos ocorridos em 20 de julho deste ano, o depoente estava em um veículo dos CORREIOS fazendo entregas; que fez a primeira entrega e logo que parou no sinal foi abordado por dois indivíduos; que eles abriram a porta do carro e entraram no veículo, tendo colocado o depoente no baú; que simularam estar armados; que foram para uma determinada rua e descarregaram as mercadorias; que depois deram a chave do veículo ao depoente e disseram para que fosse embora; que no retorno o depoente ligou para o serviço 190 e depois encontrou uma viatura da PM; que uma das viaturas acabou prendendo os dois roubadores; que o depoente chegou a realizar apenas a primeira entrega; (...) que reconhece sua assinatura no termo 14/15; que ratifica a informação prestada no termo no sentido de que eram três os roubadores; que entre a hora em que encontrou a primeira viatura e a que chegou até a polícia decorreram cerca de 40 minutos; que a abordagem dos roubadores foi feita pela segunda viatura e não pela que o depoente encontrou em primeiro lugar; *que na delegacia fez o reconhecimento, tendo sido mostradas 05 pessoas ao depoente; que reconheceu com plena certeza uma das pessoas;(...) que procedido ao reconhecimento, estando os réus em sala contígua a presente, juntamente com outras três pessoas, o depoente reconheceu o ré DANILO como um dos roubadores*. Grifei

Os policiais Carlos Cesar Gregório e Sandra Alves Tabosa efetuaram o flagrante após o atendimento da chamada de ocorrência relacionado a esse delito e, em juízo, prestaram os seguintes depoimentos (fls. 160/161):

> CARLOS CESAR GREGÓRIO
> (...) *Que reconhece os réus presentes em audiência*; que não se lembra exatamente a data mas recebeu uma comunicação via COPOM, quando estava em atividade de patrulhamento, de que havia sido praticado um roubo contra carteiro; que avistou duas pessoas numa rua as quais quando viram a viatura, pularam o muro e foram para outra rua; que nesta pularam outro muro e ingressaram em prédios que não tinham portões; que foram abordados e nas vestes deles foram encontrados produtos que pareciam encomendas dos CORREIOS (...)" que salvo engano, os produtos estavam em um saco com código de barras dos CORREIOS (...). Grifei
>
> SANDRA ALVES TABOSA
> (...) *que reconhece os réus presentes em audiência*; que estava em atividade de patrulhamento quando foi noticiado um roubo pelo COPOM; que foi noticiado que o veículo havia sido levado; que a depoente e seu colega encontraram a vítima e depois souberam que o veículo foi encontrado perto de onde a vítima estava; que localizaram os réus correndo em uma rua sem saída e eles se esconderam em um estacionamento de um prédio da rua de baixo;

> (...) que os desodorantes estavam em um saco de encomenda da SEDEX, que o saco estava jogado próximo aos réus; que na ocasião eles disseram que viram o carteiro realizando a entrega e que fizeram o roubo porque achavam que estava fácil (...). Grifei

Embora os réus tenham negado, em juízo, participação na conduta delituosa, o funcionário dos CORREIOS fez o reconhecimento do apelante Danilo, na fase inquisitorial, ratificado em juízo, quando relatou em seu depoimento: "que procedido ao reconhecimento, estando os réus em sala contígua a presente, juntamente com outras três pessoas, o depoente reconheceu o réu DANILO como um dos roubadores".

Não prospera a alegação de nulidade do reconhecimento pessoal realizado, vez que foram obedecidos os preceitos do art. 226 do Código de Processo Penal, e a defesa não faz qualquer prova em sentido contrário, tendo, inclusive, deixado de alegar referida nulidade em sede de alegações finais. Ademais, o reconhecimento feito em sede inquisitorial foi ratificado em juízo.

Também não há qualquer respaldo na alegação de que a vítima teria sido "obrigada" pelos policiais a reconhecer, pelo menos, um dos réus como autor do delito, além da afirmação dos acusados.

Por sua vez, o apelante Rodrigo também foi reconhecido em audiência de instrução e julgamento pelos policiais Carlos César Gregório (fls. 160/160-v) e Sandra Alves Tabosa (fls. 161/161-v).

Os Tribunais Superiores já firmaram entendimento no sentido de que a qualidade de policial não macula o depoimento das testemunhas. Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> EMEN: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. *WRIT* PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.
> (...)
> 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese.
> (...)
> (HC 201000498769 - Rel. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ) - DJE DATA: 09/08/2012)

Ambos os apelantes, quando interrogados em juízo, afirmaram que na hora dos fatos estavam na casa de Daniele Gomes dos Santos. Entretanto, referida versão não foi comprovada pela defesa, pois as testemunhas Daniele Gomes dos Santos e Júlio César de Jesus não compareceram à audiência de instrução, sendo certo que o próprio defensor desistiu de suas oitivas. Como bem salientou o Ministério Público Federal:

> Se tal alegação dos acusados correspondesse à verdade, não haveria sentido algum em dispensar a oitiva de tais testemunhas, pois constituiriam a prova cabal de que os réus não praticaram o delito pelo qual foram condenados. (fls. 377)

A tese defensiva no sentido de desclassificação do delito de roubo para o de receptação não merece prosperar, porquanto tanto a vítima quanto as demais testemunhas reconheceram os apelantes, em juízo, como autores do delito de roubo.

O funcionário dos Correios, Carlos Marcos dos Santos, em seu depoimento judicial, afirmou que os apelantes simularam portar arma de fogo, no momento da subtração das encomendas, razão pela qual resta caracterizada a grave ameaça, necessária à configuração do delito de roubo.

Nesse sentido, decisão do TRF da 1ª Região:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME DE ROUBO TENTADO - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS - USO, PELO RÉU, DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO - CONFIGURAÇÃO DE GRAVE AMEAÇA - CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 157, § 2º, I, CP) - INOCORRÊNCIA - CANCELAMENTO DA SÚMULA 174 DO STJ - INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE NÃO DEMONSTRADAS - REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, PELA APLICAÇÃO DE ATENUANTE - SÚMULA 231 DO STJ - ENTENDIMENTO DO STF - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DO VALOR DA MULTA - CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO RÉU - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CONCESSÃO - LEI 1.060/50 - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. I - Competência da Justiça Federal para processar e julgar os fatos apurados nos presentes autos, tendo em vista que o crime foi praticado contra Agência dos Correios de Santa Tereza do Tocantins/TO, local em que o réu, por meio de grave ameaça, exercida com simulacro de arma de fogo, tentou subtrair, para si, valores pertencentes à referida empresa pública, fato não consumado, por motivos alheios à vontade do acusado. II - A materialidade do crime de roubo, configurado na forma tentada, está devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante, pelos depoimentos prestados, perante a autoridade policial e em Juízo, bem como pelo Auto de Apresentação e Apreensão de simulacro de arma de fogo usado na prática delituosa. III - *Embora o emprego de simulacro de arma de fogo não tenha o condão de configurar a qualificadora do crime de roubo (art. 157, § 2º, I, CP), consoante proclamado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - que cancelou o enunciado de sua Súmula 174 -, caracteriza ele grave ameaça à pessoa, ajustando-se ao tipo previsto no art. 157 do Código Penal.* IV - Ao contrário do sustentado no recurso da defesa, a tese de que não restou configurada grave ameaça à pessoa, como elementar do tipo penal imputado ao acusado - que, na ocasião, teria sido facilmente imobilizado pelas pessoas que estavam na Agência dos Correios, em Santa Tereza do Tocantins/TO -, não encontra respaldo no acervo probatório produzido, especialmente na prova testemunhal. Afastada a pretendida desclassificação do delito para o de furto.
> (...)
> (ACr 201043000002939 - Rel. Des. Fed. Assuste Magalhães - e-DJF1 03/04/2012)

Por fim, requer a defesa a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, que assim dispõe:

> Art. 89. Nos crimes em que *a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano*, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Grifei

Por óbvio não merece prosperar o pleito defensivo, vez que o primeiro requisito exigido pelo dispositivo supra já não se encontra preenchido, pois a pena mínima do delito de roubo é de 4 (quatro) anos de reclusão.

Por tais razões, não há como afastar a condenação dos apelantes pela prática do delito de roubo.

DA DOSIMETRIA.

I - DANILO VICENTE GOMES

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 4 (quatro) anos, razão pela qual deve ser mantida.

Na segunda fase, não foram consideradas atenuantes ou agravantes.

Já na terceira fase, a pena foi majorada de ½ (metade), em razão do concurso de pessoas, nos termos do art. 157, § 2º, do Código Penal.

A defesa requer a exclusão da referida causa de aumento, alegando não ter sido comprovada a identidade de desígnios para a prática delitiva.

Sem razão, entretanto.

A vítima, ouvida como testemunha, afirmou em juízo que estava parada com o veículo no sinal, quando os indivíduos, que eram três, vieram a pé, entrando, um pelo lado direito, o outro pelo lado esquerdo e o terceiro pela porta traseira (fls. 159). Do que se conclui que possuíam identidade de desígnios, tendo planejado uma estratégia para a abordagem da vítima.

Ressalte-se, ainda, que na ocasião do flagrante, os policiais localizaram as mercadorias subtraídas na posse dos dois apelantes, o que também evidencia a unidade de desígnios entre ambos.

Além disso, o Laudo nº 3331/2012-NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 151/154) demonstra o encaminhamento dos três indivíduos ao veículos dos Correios.

De outra parte, entendo que a majoração de ½ (metade), em decorrência do concurso de pessoas é excessiva.

O Juízo de 1º grau assim fundamentou a majoração da pena:

> (...) Tenho que a pena deva ser aumentada de metade, uma vez que não há notícia de terem sido os objetos recuperados, salvo os dois que foram apreendidos.

Entendo ser excessivo o percentual da majoração, pois, além de terem sido apreendidos vários outros objetos, conforme se depreende do auto de apreensão de fls. 16, a suposta não recuperação dos objetos subtraídos não é motivo suficiente para majorar a pena de metade, vez que não guarda pertinência com o fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes.

Por tais razões, entendo que a pena deve ser majorada de 1/6 (um sexto), restando fixada, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo mensal vigente na época dos fatos.

Deve ser mantido o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do Código Penal, e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Em se tratando de crime praticado mediante grave ameaça à pessoa, bem como por ter a pena ultrapassado o patamar de 4 (quatro) anos, não é cabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44, I, CP).

II - RODRIGO DA SILVA ALVES

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base do apelante foi majorada para 5 (cinco) anos de reclusão e, para tanto, assim fundamentou a magistrada sentenciante:

> a) Em relação às circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal) a culpabilidade deve ser considerada em grau acentuado, pela análise das folhas de antecedentes do acusado.
> O réu é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo perfeitamente exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da mencionada culpabilidade.
> No que tange aos antecedentes, o apontamento de fls. 157/158, embora se refira a ato praticado enquanto o réu ainda era menor, demonstra a existência de uma conduta social reprovável e de uma personalidade voltada para o cometimento de ilícitos.
> Desse modo, a despeito de conteúdo da Súmula nº 444, do STJ, dela divirjo veementemente e, não se tratando de enunciado com natureza vinculante, mantenho o agravamento da pena base nesse aspecto.
> Os motivos do crime são normais à espécie. As conseqüências são próprias da infração em questão. A vítima não favoreceu a ocorrência dos fatos delitivos.
> Em face do acima exposto, fixo a pena base privativa de liberdade para o crime em 5 (cinco) anos de reclusão.

Contudo, não é possível agravar a pena com alusão ao desajuste na personalidade e na conduta social do acusado se tal avaliação se funda no registro de atos infracionais (fls. 157/158), ainda que com trânsito em julgado, visto que tal juízo choca-se com o princípio da presunção de inocência, na linha da Súmula 444 do STJ.

A avaliação da personalidade do acusado e também da sua conduta social devem estar assentadas em elementos idôneos e devidamente demonstrados nos autos, não servindo para tal fim os registros supracitados.

Nesse sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS REFERENTES À CULPABILIDADE, À PERSONALIDADE DO AGENTE E AOS MAUS ANTECEDENTES.
> 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.
> 2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.
> 3. *Nos termos da orientação desta Corte Superior de Justiça, os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena-base. Precedentes.*
> 4. O descumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo, con-

> quanto não se preste a fundamentar o aumento da pena-base no tocante à personalidade do agente, pode justificar validamente a exasperação com base na conduta social, ensejando, do mesmo modo, a majoração da pena, em igual patamar. Precedente.
> 5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados. (HC 122506/MS - Rel. Min. Laurita Vaz - Dje 21/06/2010)

Pois bem, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não foram consideradas atenuantes ou agravantes.

Já na terceira fase, a pena foi majorada de ½ (metade), em razão do concurso de pessoas, nos termos do art. 157, § 2º, do Código Penal.

A defesa requer a exclusão da referida causa de aumento, alegando não ter sido comprovada a identidade de desígnios para a prática delitiva.

Sem razão, entretanto.

A vítima, ouvida como testemunha, afirmou em juízo que estava parada com o veículo no sinal, quando os indivíduos, que eram três, vieram a pé, entrando, um pelo lado direito, o outro pelo lado esquerdo e o terceiro pela porta traseira (fls. 159). Do que se conclui que possuíam identidade de desígnios, tendo planejado uma estratégia para a abordagem da vítima.

Ressalte-se, ainda, que na ocasião do flagrante, os policiais localizaram as mercadorias subtraídas na posse dos dois apelantes, o que também evidencia a unidade de desígnios entre ambos.

Além disso, o Laudo nº 3331/2012-NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 151/154) demonstra o encaminhamento dos três indivíduos ao veículos dos Correios.

De outra parte, entendo que a majoração de ½ (metade), em decorrência do concurso de pessoas é excessiva.

O Juízo de 1º grau assim fundamentou a majoração da pena:

> (...) Tenho que a pena Eva ser aumentada de metade, uma vez que não há notícia de terem sido os objetos recuperados, salvo os dois que foram apreendidos.

Entendo ser excessivo o percentual da majoração, pois, além de terem sido apreendidos vários outros objetos, conforme se depreende do auto de apreensão de fls. 16, a suposta não recuperação dos objetos subtraídos não é motivo suficiente para majorar a pena de metade, vez que não guarda pertinência com o fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes.

Por tais razões, entendo que a pena deve ser majorada de 1/6 (um sexto), restando fixada, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo mensal vigente na época dos fatos.

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser alterado para o semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do Código Penal, pois se trata de réu primário, que não ostenta maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 não lhe são desfavoráveis.

Ademais, assim dispõe a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça:

> Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais

gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Em se tratando de crime praticado mediante grave ameaça à pessoa, bem como por ter a pena ultrapassado o patamar de 4 (quatro) anos, não é cabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44, I, CP).

Em face do exposto, dou parcial provimento às apelações, para reduzir as penas de ambos os apelantes, fixando-as em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo mensal vigente na época dos fatos. Prejudicado o pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

"HABEAS CORPUS"
0009631-89.2013.4.03.0000
(2013.03.00.009631-7)

Impetrante: BRUNO LUIS DE MORAES DEL CISTIA
Paciente: TULIO CENCI MARINES
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Investigada: ILKA MARIA VILELA
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: HC 53854
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO DE POBREZA PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ADVOGADO. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.
1. O benefício da assistência judiciária não exige miserabilidade, mas que aquele que o pretende não tenha condições de suportar as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.
2. O fato de declaração de pobreza estar sujeita a controle posterior não elimina a tipicidade da conduta, sob pena de se transferir àquele que é o destinatário da declaração falsa a responsabilidade sobre a conduta do declarante.
3. A conduta de quem apresenta declaração nesse sentido deve ser analisada em cada caso concreto a fim de se evitar o apenamento de quem, sem dolo, simplesmente manifesta seu entendimento de não poder arcar com as custas. O mesmo vale para o advogado; se, a princípio, não é a sua declaração, mas da parte, não deve ele ser apenado.
4. Não é qualquer indeferimento do pedido de gratuidade de justiça que leva à conclusão do cometimento de um crime. A parte pode entender serem os gastos com a demanda suficientemente altos a ponto de comprometer sua subsistência, e ter seu pedido indeferido, por manifestar o Juiz entendimento diverso.
5. Não caracterizado o delito por parte da declarante, não há que se falar em coautoria ou participação por parte do advogado, à luz da teoria monista consagrada no art. 29 do Código Penal.
6. Ordem concedida.

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, CONCEDER A ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, para determinar o trancamento do inquérito policial Nº 0478/2012-4 - DPF/SOD/SP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de julho de 2013.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado por *Bruno Luís de Moraes Del Cistia*, advogado inscrito na OAB/SP sob o nº 204.896, em favor de TULIO CENCI MARINES, contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Sorocaba/SP, objetivando o trancamento de inquérito policial em que o paciente figura como investigado.

O impetrante alega, em síntese, ser ilegal o ato da autoridade impetrada, consistente na determinação de instauração de inquérito policial para apurar supostas condutas que configurariam os delitos previstos nos arts. 299 e 304 do Código Penal, haja vista inexistir justa causa para tanto, pois os fatos são atípicos.

Requer a concessão liminar da ordem, para trancamento do inquérito policial, bem como, ao final, sua confirmação.

A liminar foi parcialmente deferida, determinando-se a suspensão do inquérito policial nº 0478/2012-4 - DPF/SOD/SP, até o julgamento deste *writ* pelo colegiado. Na oportunidade, foi decretado o sigilo do feito, com a permanência do mesmo sob segredo de justiça.

Foram solicitadas informações à autoridade impetrada, que as prestou (fls. 747/748).

A Procuradoria Regional da República ofereceu parecer (fls. 750/753), opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): O presente *habeas corpus* objetiva o trancamento de inquérito policial que apura as condutas de firmar e de usar declaração de hipossuficiência falsa para fins de obtenção dos benefícios da gratuidade de justiça, o que configuraria os delitos descritos nos arts. 299 e 304, ambos do Código Penal, que ora transcrevo:

> *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 relevante:
>
> *Uso de documento falso*
> Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:
> Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

O Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Sorocaba/SP, após realizar diligências e indeferir, nos autos dos embargos de terceiro nº 0005731-43.2009.403.6110, o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita formulado pelo paciente na qualidade de advogado da Sra. Ilka Maria Vilela, determinou a instauração do competente inquérito policial, o que foi atendido pela autoridade policial (IPL nº 0478/2012-4 - DPF/SOD/SP).

Consta da portaria da instauração do noticiado inquérito, a título de "considerando", o fato de Ilka Maria Vilela possuir veículos em seu nome, ser sócia-administradora de sociedade empresarial, além de possuir outros bens móveis e imóveis (fls. 15).

Entretanto, importante lembrar que o benefício da assistência judiciária não exige miserabilidade, mas que aquele que o pretende não tenha condições de suportar as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

Por ocasião da decisão liminar, assim ponderei a respeito da alegada atipicidade da conduta:

> Com efeito, doutrina e jurisprudência se inclinam no sentido de que não configura os delitos de falsidade ideológica (CP, art. 299) e/ou uso de documento falso (CP, art. 304), a apresentação de declaração de pobreza para concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. A propósito, a lição de Guilherme de Souza Nucci (*In*: *Código penal comentado*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1117):
> *Declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita*: não pode ser considerada documento para os fins deste artigo, pois é possível produzir prova respeito do estado de miserabilidade de quem pleiteia o benefício da assistência judiciária. O juiz pode, à vista das provas colhidas, indeferir o pedido (art. 6º, Lei 1.060/50), sendo, pois, irrelevante a declaração apresentada (destaques no original).
> No mesmo sentido, trago, a título exemplificativo, as seguintes ementas de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:
> "*HABEAS CORPUS*. ARTIGOS 299 E 304 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DECLARAÇÃO DE POBREZA FALSA. OBJETIVO DE OBTENÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDUTAS ATÍPICAS. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Somente se configura o crime de falsidade ideológica se a declaração prestada não estiver sujeita a confirmação pela parte interessada, gozando, portanto, de presunção absoluta de veracidade.
> 2. Esta Corte já decidiu ser atípica a conduta de firmar ou usar declaração de pobreza falsa em juízo, com a finalidade de obter os benefícios da gratuidade de justiça, tendo em vista a presunção relativa de tal documento, que comporta prova em contrário.
> 3. Ordem concedida para trancar a ação penal."
> (STJ, *Habeas Corpus* 218.570/SP, Reg. nº 2011/0220172-0, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.02.2012, v.u., DJe 05.03.2012)
> "*HABEAS CORPUS*. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E DE USO DE DOCUMENTO FALSO. DECLARAÇÃO DE POBREZA PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. A conduta daquele que apresenta, em processo judicial, declaração de hipossuficiência inidônea, declarando-se pobre em desacordo com a realidade ou com as hipóteses taxativas da Lei nº 1.060/50, não pode ser enquadrada como crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP) ou de uso de documento falso (art. 304 do CP), pois aludida manifestação não pode ser considerada documento para fins penais, já que é passível de comprovação posterior, seja por provocação da parte contrária seja por aferição, de ofício, pelo magistrado da causa. Precedentes do STJ e do STF; magistério de Guilherme de Souza Nucci e de Juarez Tavares.
> 2. Ordem concedida para trancar a ação penal."
> (STJ, *Habeas Corpus* 217.657/SP, Reg. nº 2011/0210566-3, 6ª Turma, Relator Ministro Vasco Della Giustina [Desembargador Convocado do TJ/RS], j. 02.02.2012, v.u., DJe 22.02.2012)
> Outrossim, se Ilka Maria Vilela, cliente do ora paciente, juntou declaração de imposto de renda e dissertou sobre sua situação particular, não se pode afirmar de forma peremptória que ela falseou. Ela manifestou seu entendimento no sentido de que faria jus à justiça gratuita,

> apresentando seus fundamentos e documentos, inclusive sua declaração de imposto de renda. Assim, como ela não parece ter omitido sua condição financeira, não se pode considerar que houve falsidade.
> Então, a questão é de opinião: a autora dos embargos entende que, a partir do alegado, faz jus ao benefício da assistência judiciária gratuita. O juiz considera que não. Pronto. A questão é de interpretação a partir dos fatos narrados e documentos apresentados.
> Em situações como essas, o juízo poderia indeferir o pleito, poderia considerar até existir litigância de má-fé, conforme o caso. Poderia, como o fez, indeferir o pedido e multiplicar o valor das custas. Mas não verifico como o indeferimento de pedido fundamentado possa ser tratado como conduta criminosa.

Reitero o entendimento pessoal no sentido de que não se pode, *a priori*, considerar atípica a conduta de prestar declaração falsa em processo judicial. Não se trata, simplesmente, de *economizar o valor das custa e despesas processuais*, mas sim de *iludir o juízo*.

E, não é o fato de essa declaração ser sujeita a controle posterior que elimina a tipicidade da conduta. O fato de ser *posterior* o controle não pode alterar conduta já praticada, sob pena de se transferir àquele que é o destinatário da declaração falsa a responsabilidade sobre a conduta do declarante.

Assim, deve ser analisada, em cada caso concreto, a conduta de quem apresenta declaração nesse sentido - naturalmente, com o necessário cuidado, a fim de se evitar o apenamento de quem, sem dolo, simplesmente manifesta seu entendimento de não poder arcar com as custas.

O mesmo vale para o advogado; se, a princípio, não é a sua declaração, mas da parte, não deve ele ser apenado. Mas, é de se verificar, no caso a ser examinado, se há participação sua na conduta, e se o presente o dolo.

Em síntese, deve-se proceder ao cotejo do valor das custas e demais possíveis despesas processuais em atenção aos rendimentos da parte e também de suas despesas, o que de fato não ocorreu na presente situação.

Além disso, não é qualquer indeferimento do pedido de gratuidade de justiça que leva à conclusão do cometimento de um crime. Afinal, a parte pode entender serem os gastos com a demanda suficientemente altos a ponto de comprometer sua subsistência, e ter seu pedido indeferido, por manifestar o Juiz entendimento diverso. Novamente, para se entender presente conduta delituosa deve saltar aos olhos a falsidade e o dolo na conduta.

No caso em exame, a declaração prestada consistiu na afirmação de que a autora "não possui condições de arcar com as custas processuais, assim como quaisquer outras despesas decorrentes do processo, sem prejuízo próprio e/ou de sua família, pleiteando assim os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita" (fls. 32).

Verifico, portanto, que no caso concreto a requerente não apontou valor diverso do seu ganho real, apenas declarou hipossuficiência e manifestou que os bens que possui não produzem rendimentos. Em abono a suas alegações, a paciente juntou aos autos cópia da declaração do imposto de renda, a fim de demonstrar a alegação de que não possui rendimentos, com exceção do pagamento dos alugueres devidos pela empresa *Valec Distribuidora de Veículos Ltda.*, os quais afirma não receber há mais de dois anos.

Por tudo quanto foi dito, evidencia-se o desejo da parte de obter o benefício, por meio de articulado bem apresentado por seu advogado, ora paciente, que pode ou não ser deferido pelo magistrado; mas, daí não se vislumbra a presença de vontade de falsear a verdade ou dolo na conduta da paciente. Ausente, assim, o elemento subjetivo essencial para a caracterização dos

delitos em tela, não havendo previsão legal para a modalidade culposa.

Ademais, não caracterizado o delito por parte da declarante, não há que se falar em coautoria ou participação por parte do advogado, à luz da teoria monista consagrada no art. 29 do Código Penal.

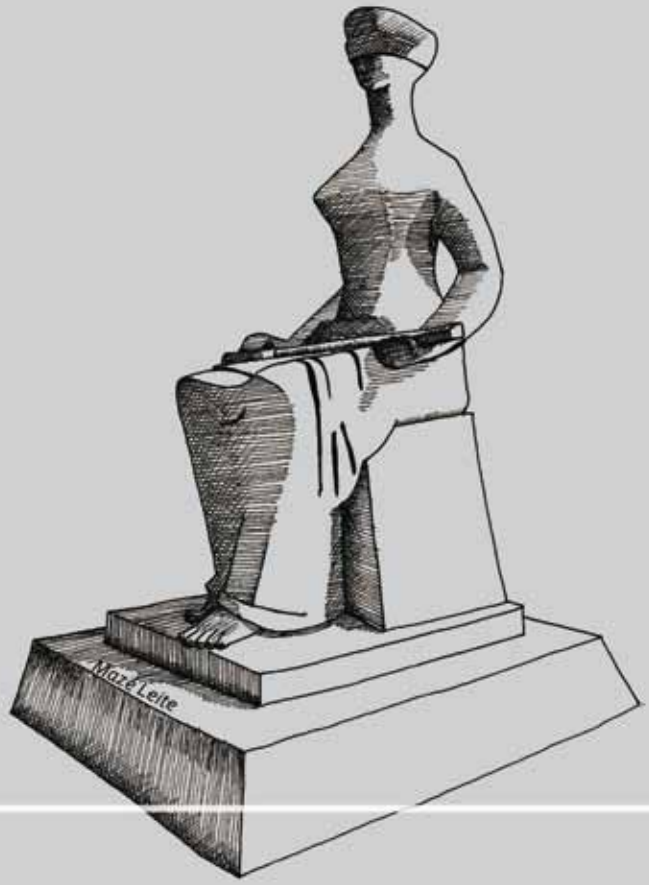
Assim, sendo patente a ilegalidade da persecução penal, impõe-se a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Posto isso, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus*, para determinar o trancamento do *inquérito policial nº 0478/2012-4 - DPF/SOD/SP*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

Direito Previdenciário



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0010792-88.2008.4.03.6183
(2008.61.83.010792-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 137/139
Apelante: NATHALI REGINA DA SILVA SOUZA (incapaz)
Representante: ALESSANDRA REGINA DA SILVA CASSIOLI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1777093
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/03/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA.

I - O falecido se encontrava em situação de desemprego posteriormente ao último vínculo empregatício (setembro de 2000), dada a inexistência de anotação em CTPS ou de registro na base de dados da autarquia previdenciária. Cumpre ressaltar que tal ilação decorre do exame da vida laborativa do *de cujus*, posto que este sempre procurou manter-se empregado, consoante se infere de seus vários vínculos empregatícios constantes do extrato do CNIS, não tendo alcançado tal objetivo em razão das dificuldades existentes no mercado de trabalho. Ademais, o *de cujus* teria direito ao seguro-desemprego, posto que a dispensa relativamente a seu último vínculo empregatício foi sem justa causa, por iniciativa da empresa empregadora, consoante se verifica do termo de rescisão de contrato de trabalho acostado aos autos.

II - O "... registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social", constante da redação do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, constitui prova absoluta da situação de desemprego, o que não impede que tal fato seja comprovado por outros meios de prova, como fez a r. decisão agravada. Na verdade, a extensão do período de "graça" prevista no aludido preceito tem por escopo resguardar os direitos previdenciários do trabalhador atingido pelo desemprego, de modo que não me parece razoável cerceá-lo na busca desses direitos por meio de séria limitação probatória.

III - Configurada a situação de desemprego, é de se concluir que o falecido fazia jus à prorrogação do período de "graça" por mais 12 meses, a teor do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, totalizando, assim, 24 meses. Desse modo, considerando a data do termo final de seu último vínculo empregatício (setembro de 2000), é de se reconhecer que ele estava albergado pelo período de "graça" no momento do óbito (23.07.2002), ostentando, assim, a qualidade de segurado.

IV - Agravo do INSS desprovido (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 pelo INSS, na forma prevista no art. 557, § 1º, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2013.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS com fundamento no art. 557, § 1º, do CPC, em face de decisão de fls. 137/139, que deu provimento à apelação da parte autora, para julgar procedente o pedido, condenando o INSS a conceder-lhe o benefício de pensão por morte, no valor a ser apurado segundo o critério inserto no art. 75 da Lei nº 8.213/91, a contar da data do óbito.

Objetiva o réu, ora agravante, a reconsideração de tal decisão ou o provimento do presente agravo, alegando que o *de cujus* houvera perdido a qualidade de segurado, uma vez que quando do óbito, já havia sido ultrapassado o prazo de 12 (doze) meses desde o último vínculo empregatício; que a parte autora não demonstrou, através de prova documental, que o falecido havia procedido ao registro da situação de desemprego em órgão próprio do Ministério do Trabalho; que a ausência de anotação em CTPS não substitui tal registro.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): A matéria de fundo veiculada pelo presente agravo cinge-se na questão acerca da qualidade de segurado do falecido, notadamente quanto à prorrogação do período de "graça" em razão do reconhecimento da situação de desemprego, nos termos do art. 15, § 2º da Lei nº 8.213/91.

Relembre-se que o falecido se encontrava em situação de desemprego posteriormente ao último vínculo empregatício (setembro de 2000; fl. 39), dada a inexistência de anotação em CTPS ou de registro na base de dados da autarquia previdenciária. Cumpre ressaltar que tal ilação decorre do exame da vida laborativa do *de cujus*, posto que este sempre procurou manter-se empregado, consoante se infere de seus vários vínculos empregatícios constantes do extrato do CNIS (fl. 39), não tendo alcançado tal objetivo em razão das dificuldades existentes no mercado de trabalho. Ademais, o *de cujus* teria direito ao seguro-desemprego, posto que a dispensa relativamente a seu último vínculo empregatício foi sem justa causa, por iniciativa da empresa empregadora, consoante se verifica do termo de rescisão de contrato de trabalho de fl. 29.

Importante esclarecer que o "... registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social", constante da redação do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, constitui prova absoluta da situação de desemprego, o que não impede que tal fato seja comprovado

por outros meios de prova, como fez a r. decisão agravada. Na verdade, a extensão do período de "graça" prevista no aludido preceito tem por escopo resguardar os direitos previdenciários do trabalhador atingido pelo desemprego, de modo que não me parece razoável cerceá-lo na busca desses direitos por meio de séria limitação probatória.

Portanto, configurada a situação de desemprego, é de se concluir que o falecido fazia jus à prorrogação do período de "graça" por mais 12 meses, a teor do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, totalizando, assim, 24 meses. Desse modo, considerando a data do termo final de seu último vínculo empregatício (setembro de 2000), é de se reconhecer que ele estava albergado pelo período de "graça" no momento do óbito (23.07.2002), ostentando, assim, a qualidade de segurado.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo interposto pelo réu*, na forma do art. 557, § 1º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0052082-81.2008.4.03.9999
(2008.03.99.052082-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 124/126
Apelante: LUZIA DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRAVINHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 1366365
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/08/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. FATO CONSTITUTIVO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO.
1 - O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.
2 - Até a data da cessação de seu benefício de auxílio-doença, em 04/4/2008, o genitor proveu os meios de subsistência da parte autora.
3 - Anote-se que, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil, se, no curso da lide, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento, caberá ao Juiz considerá-lo, de ofício ou a requerimento das partes, no momento de proferir a sentença.
4 - Assim, a parte autora preencheu todos os requisitos necessários para a concessão do benefício somente a partir de 04/4/2008, pois a família não possuía qualquer fonte de renda após tal data.
5 - No mais, a decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante.
6 - Agravo parcialmente provido, para fixar o termo inicial do benefício em 04/4/2008.

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, dar parcial provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de

agravo interposto pelo INSS em face da decisão de fls. 124/126, que deu provimento à apelação da parte autora e antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, para determinar a imediata implantação do benefício.

Sustenta o agravante, em síntese, que não restou preenchido o requisito da miserabilidade. Alega não ter sido observado o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, apesar de a decisão proferida na ADIn 1.232/DF ser eficaz e vinculante, nos termos do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99. Argumenta, ainda, não ter sido demonstrada a incapacidade laboral da parte autora. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do termo inicial do benefício na data da cessação do benefício de auxílio-doença do genitor (04/4/2008), porquanto somente a partir de tal data o núcleo familiar deixou de possuir qualquer fonte de renda.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento.

Quanto à impugnação do termo inicial do benefício, assiste razão ao agravante.

A decisão agravada, embora tenha reconhecido que o núcleo familiar sobrevivera com o benefício de auxílio-doença recebido pelo genitor da parte autora até 04/4/2008, conferiu o direito à percepção do amparo social ao deficiente à parte autora desde 19/10/2006.

Assim, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil e por ter a parte autora preenchido o requisito da hipossuficiência econômica apenas por ocasião da cessação do benefício do genitor, o termo inicial do benefício assistencial deve ser fixado em 04/4/2008.

No mais, a decisão agravada deve ser mantida, porquanto abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Pretende a parte agravante, em sede de agravo, rediscutir argumentos já enfrentados pela decisão recorrida.

Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:

> (...)
> Em conclusão, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, como absoluto e único para a aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros, como se conclui da legislação acima citada.
> No caso dos autos, a autora, que contava com 62 (sessenta e dois) anos de idade na data do ajuizamento da ação (20/09/2006), requereu o benefício assistencial por ser deficiente. No laudo médico de fls. 87/91, constatou o perito judicial ser a mesma portadora de "artrose nos joelhos, hipertensão arterial e obesidade mórbida." Concluiu pela incapacidade, parcial e permanente, para o trabalho.
> Cumpre ressaltar que a parte autora, conta, atualmente, com 64 anos de idade, estudou somente até a 2ª série do ensino fundamental e, em razão das doenças de que é portadora, seu campo de atuação está restrito a trabalhos que não requeiram esforço físico. Com efeito, a constatação do laudo pericial não é absoluta deve-se analisar o contexto da situação em sua plenitude, respeitando, ainda, o princípio do *in dubio pro misero*.
> Constata-se, mediante o estudo social de fls. 68/72, que a autora reside com seu cônjuge e um neto.
> A renda familiar era composta do auxílio-doença recebido pelo cônjuge. Todavia, o referido

benefício foi cessado, conforme consulta às informações do CNIS/DATAPREV.
Possuem despesas com água (R$ 66,00), luz (R$ 100,00), alimentação (R$ 350,00), medicamentos (R$ 150,00), gás (R$ 35,00) e funerária (R$ 45,00).
Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20, da Lei nº 8.742/93, regulamentado pelo Decreto nº 1.744/95, impondo-se a reforma da r. sentença.
(...)

Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido nenhuma infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo, para fixar o termo inicial do benefício na forma acima indicada. No mais, mantenho a decisão agravada tal como lançada.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0001407-83.2009.4.03.6118
(2009.61.18.001407-2)

Agravante: DIRCEU LEMES
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 135/138
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: AC 1794566
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO SENDO AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. AUSENTE INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE OU TEMPORÁRIA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.
- O recurso de embargos de declaração ora em análise pretende rediscutir a causa decidida monocraticamente, assumindo, dessarte, caráter infringente. Assim, consoante iterativa jurisprudência, deve ser recebido como sendo agravo legal, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.
- Faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado incapaz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante a condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.
- Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social.
- Quanto ao auxílio-doença, por seu turno, é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos de forma temporária. No mais, possui requisitos idênticos à aposentadoria por invalidez. É certo, ainda, que nos termos do artigo art. 62 da Lei de benefício, o benefício deve perdurar até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência, ou quando não-recuperável, for aposentado por invalidez.
- O laudo médico juntado às fls. 41/47, o perito judicial atestou de forma concludente que o periciando não possui doença incapacitante. Assevera que não obstante o autor seja portador de Distimia e Somatizações, esta condição médica não o incapacita para o trabalho. Assevera a depressão psíquica é leve.
- Atestados e exames particulares juntados não possuem o condão de alterar a convicção formada pelas conclusões do laudo, esse produzido sob o pálio do contraditório. Ademais, os novos documentos apresentados pela parte autora, embora apontem

a existência de moléstia diversa do pedido inicial da presente ação, não indicam a existência de incapacidade laborativa.
- Assim, conquanto preocupado com os fins sociais do direito, não pode o juiz julgar com base em critérios subjetivos, quando patenteado no laudo a ausência de incapacidade para o trabalho.
- Lembro, por oportuno, que prevalece, no direito processual civil brasileiro, o livre convencimento motivado. O magistrado não está adstrito ao laudo, consoante o artigo 436 do CPC.
- Desse modo, não comprovada a incapacidade total e permanente ou temporária, resta indevida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e/ou auxílio-doença.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de julho de 2013.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto por DIRCEU LEMES contra decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação, para manter a r. sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de auxílio-doença e/ou aposentadoria por invalidez.

Em sede deste agravo legal o agravante alega, em síntese, que restaram cumpridos os requisitos para a concessão de aposentadoria por invalidez e/ou auxílio-doença. Aduz que a apresentação de documentos médicos, com novos problemas de saúde enseja a renovação da perícia médica. Pleiteia a aplicação do caráter infringente ao presente embargo de declaração.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Cuida, na hipótese, de embargos de declaração opostos em face da r. decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação, para manter a r. sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de auxílio-doença e/ou aposentadoria por invalidez.

Nota-se, todavia, que o recurso ora em análise pretende rediscutir a causa decidida monocraticamente, assumindo, dessarte, caráter infringente. Assim, consoante iterativa jurisprudência, deve ser recebido como sendo agravo legal, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

Nesse sentido:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO DE QUE TRATA A RESOLUÇÃO STJ Nº 12/2009. NATUREZA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE SÓ UMA RECLAMAÇÃO IMPUGNAR ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM DIFERENTES AÇÕES.
> 1. Consoante se depreende das razões recursais, as embargantes, a pretexto de existência de omissão na decisão recorrida, pretendem, na verdade, emprestar efeitos modificativos aos declaratórios. Assim sendo, em face do nítido caráter infringente, recebe-se os embargos de declaração como agravo regimental, fundamentado nos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual.
> 2. (...).
> 6. Agravo regimental desprovido.
> (STJ; 2ª Seção; Proc. EDRCL 201002139008; Rel. Min. RAUL ARAÚJO; DJE 17/02/2011; Grifos nossos)
>
> PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE CLÁUSULA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 10. INEXISTÊNCIA, *IN CASU*, DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADMINISTRATIVO. HOMOLOGAÇÃO DE CERTIFICADO. CURSO DE VIGILANTE. INQUÉRITO POLICIAL EM CURSO. PROFISSIONAL INDICIADO CRIMINALMENTE. POSSIBILIDADE DE REGISTRO. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO STF E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Admite-se o recebimento de embargos declaratórios opostos à decisão monocrática do relator como agravo interno, em atenção aos princípios da economia processual e da fungibilidade recursal.
> 2. (...).
> 5. Agravo regimental não provido.
> (STJ; Proc. EERESP 200901299391; Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES; DJE 08/02/2011)
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AUXÍLIO-TRANSPORTE PAGO EM PECÚNIA. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STF. REALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS.
> 1. Por inexistir omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada e pelo princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes Aclaratórios como Agravo Regimental.
> 2. (...).
> 7. Agravo Regimental parcialmente provido.
> (STJ; Proc. EDRESP 201000754250; 2ª Turma; Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; DJE 02/02/2011)

Assim, passo ao exame dos presentes embargos como agravo legal.

Não assiste razão à parte agravante.

Com efeito, o benefício de aposentadoria por invalidez tem previsão no artigo 42 da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.
> § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.
> § 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.
> Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.
> § 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
> a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> § 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Quanto ao auxílio-doença, a matéria vem disciplinada a partir do artigo 59 da Lei 8.213/91.

> Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.
> Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.
> Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> § 1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.
> § 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> § 4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correpondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.

> Art. 61. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
> Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Assim, faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado incapaz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante a condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.

Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social. Por fim, a carência é dispensada, ainda, aos segurados especiais, bastando apenas, nesta hipótese, a comprovação do exercício da atividade rural no período anterior ao requerimento do benefício pelo número de meses correspondentes à carência.

Quanto ao auxílio-doença, por seu turno, é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos de forma temporária. No mais, possui requisitos idênticos à aposentadoria por invalidez.

É de se observar, ainda, que, em caráter excepcional, é devido o benefício de auxílio-doença/invalidez mesmo quando o segurado se encontre incapacitado de forma parcial. Isso porque, além dos elementos previstos no artigo 42 da Lei nº 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, devem ser considerados no momento da aferição dos requisitos.

Trago, a propósito, julgados do C. Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL. TRABALHADOR BRAÇAL. ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. ENUNCIADO 83/STJ.
> *- É firme o entendimento nesta Corte de Justiça de que a concessão da aposentadoria por invalidez deve considerar, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo pericial apenas tenha concluído pela sua incapacidade parcial para o trabalho. Precedentes.*
> Agravo regimental improvido.
> (STJ, AgRg no AgREsp 165.059/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 29/05/2012, DJe 04/06/2012)

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42 DA LEI 8.213/91. REEXAME DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I - A aposentadoria por invalidez, regulamentada pelo art. 42, da Lei nº 8.213/91 é concedida ao segurado, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, quando for esse considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.
II - Tendo as instâncias de origem fundamentado suas razões nos elementos probatórios colacionados aos autos, que, por sua vez, atendem ao comando normativo da matéria, sua revisão, nessa seara recursal, demandaria a análise de matéria fático-probatória. Incidência do óbice elencado na Súmula nº 07/STJ.
III - Esta Corte registra precedentes no sentido de que a concessão da aposentadoria por invalidez deve considerar não apenas os elementos previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91, mas também aspectos sócio-econômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo pericial tenha concluído pela incapacidade somente parcial para o trabalho.
IV - Agravo regimental desprovido.
(STJ, AgRg no Ag 1425084/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012)

Noutro ponto, a qualidade de segurado deve ser aferida no momento do fato gerador do benefício. Neste aspecto, cabe ao perito médico judicial dizer com precisão quando a doença incapacitante surgiu, devendo esta remontar pelos menos ao período de graça concebido no art. 15, da Lei 8.213/91.

No caso dos autos o ponto controvertido é unicamente o requisito incapacidade.

De acordo com o laudo médico juntado às fls. 41/47, o perito judicial atestou de forma concludente que o periciando não possui doença incapacitante. Assevera que não obstante o autor seja portador de Distimia e Somatizações, esta condição médica não o incapacita para o trabalho. Assevera a depressão psíquica é leve.

Atestados e exames particulares juntados não possuem o condão de alterar a convicção formada pelas conclusões do laudo, esse produzido sob o pálio do contraditório. Ademais, os novos documentos apresentados pela parte autora, embora apontem a existência de moléstia diversa do pedido inicial da presente ação, não indicam a existência de incapacidade laborativa.

Assim, conquanto preocupado com os fins sociais do direito, não pode o juiz julgar com base em critérios subjetivos, quando patenteado no laudo a ausência de incapacidade para o trabalho.

Lembro, por oportuno, que prevalece, no direito processual civil brasileiro, o livre convencimento motivado. O magistrado não está adstrito ao laudo, consoante o artigo 436 do CPC.

Nestes autos, contudo, o conjunto probatório não autoriza convicção em sentido diverso do laudo pericial.

É o que expressa a orientação jurisprudencial predominante:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE NÃO COMPROVADA.
1 - O laudo pericial (fls. 153/160) identificou a existência das seguintes patologias: a) artrose de grau moderado da coluna cervical; b) artrose de grau mínimo da coluna lombossacra; c) artrose de grau mínimo do pé direito; d) osteopenia; e) hipertensão arterial sem complicações. Após exame clínico e análise dos documentos médicos apresentados, concluiu o perito

inexistir um quadro de incapacidade para o exercício de suas atividades habituais.
2 - Diante do conjunto probatório, especialmente o laudo pericial de fls. 153/160, e considerado o princípio do livre convencimento motivado, conclui-se que o estado de coisas reinante não implica incapacidade laborativa atual da parte autora, razão pela qual não faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, tampouco ao auxílio-doença. 3-Agravo a que se nega provimento.
(AC 00028605720024039999, JUIZ CONVOCADO HELIO NOGUEIRA, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/09/2012 FONTE REPUBLICACAO:)

PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO LEGAL - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUXÍLIO DOENÇA - INCAPACIDADE TOTAL - INOCORRÊNCIA - LAUDO PERICIAL - CONDIÇÕES PESSOAIS - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.
I. Para concessão de aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado, o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho. O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressalvando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária.
II. O autor, apesar das queixas relatadas, não se mostrou com incapacidade em grau suficiente para fazer jus ao recebimento do benefício.
III. Quanto às condições pessoais do segurado, é prestigiando o entendimento de que a avaliação das provas deve ser realizada de forma global, aplicando o princípio do livre convencimento motivado.
IV. Agravo legal improvido.
(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1672154 Processo: 0033670-97.2011.4.03.9999 UF: SP Órgão Julgador: NONA TURMA Data do Julgamento: 16/04/2012 Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/04/2012 Relator: JUIZ CONVOCADO LEONARDO SAFI)

Desse modo, não comprovada a incapacidade total e permanente ou temporária, resta indevida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e/ou auxílio-doença.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL
0002577-87.2009.4.03.9999
(2009.03.99.002577-0)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessada: NEIDE FOGAÇA LORENCETTI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PARAGUAÇU PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1392110
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/07/2013

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA SANAR A OMISSÃO, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Uma vez reconhecida a omissão pelo E. STJ, os embargos declaratórios devem ser acolhidos para que o vício seja sanado.
2. Não prospera a alegação feita pelo INSS no sentido de descaracterizar o trabalho rurícola em regime de economia familiar, tão somente pelo tamanho ou valor da propriedade rural, consoante jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça.
3. Conforme consta em documento, a Fazenda São Pedro, cuja área total é de 150 alqueires, pertence a várias pessoas, sendo que o cônjuge da autora detinha apenas uma parte desta propriedade.
4. O regime de economia familiar não deve ser descaracterizado pelo argumento de produção em larga escala, tendo em vista que a propriedade pertencia a mais pessoas, não apenas ao cônjuge da parte autora.
5. O simples fato de o cônjuge da parte autora estar enquadrado como “Empregador Rural II-B”, perante o INCRA, não descaracteriza a condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar, se o exercício do labor no campo ocorreu sem a utilização de empregados.
6. Verificados todos os requisitos para a aposentadoria por idade rural, bem como restando caracterizado o regime de economia familiar, é de se manter a concessão do referido beneplácito.
7. Embargos acolhidos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes.

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, acolher os embargos de declaração para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de julho de 2013.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de embargos de declaração do INSS opostos em face de acórdão que, por unanimidade, negou provimento ao agravo, interposto em face de decisão monocrática que deu provimento à apelação da parte autora, para conceder a aposentadoria por idade rural, no valor de um salário mínimo mensal, a partir da citação (11/03/2008), com o pagamento de juros e correção monetária.

Alega a autarquia, por meio de embargos, omissão quanto à ausência de comprovação da atividade rural em regime de economia familiar, pela parte autora, tendo em vista a extensa área da propriedade, a existência de produção em larga escala, bem como a condição do esposo, qualificado como empregador rural (empresário), motivos pelos quais sustenta ser indevida a concessão do referido benefício.

Admitido o recurso especial interposto pela autarquia, o e. Desembargador Federal Vice-Presidente remeteu os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso especial, para, cassando o acórdão proferido em sede de embargos de declaração, determinar que outro seja proferido com o exame da questão suscitada.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Uma vez reconhecida a omissão pelo E. STJ, os embargos declaratórios devem ser acolhidos para que o vício seja sanado.

Com efeito, é de se observar que o conceito de segurado especial não está atrelado à extensão de área de terra, mas ao regime exclusivo da economia familiar, sem a utilização de empregados. De qualquer sorte, acrescento que o Decreto 4.845, de 24.12.03, que altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06.05.99, apresenta um novo conceito de economia familiar, utilizando o módulo fiscal como parâmetro, fazendo-o nos seguintes termos:

> Art. 1º. O art. 9º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> (...)
> II - a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou pesqueira por intermédio de prepostos, sem o auxílio de empregados, observado o disposto no § 18.
> (...)
> § 18. Não descaracteriza a condição de segurado especial a outorga de até cinqüenta por cento de imóvel rural, cuja área total seja de no máximo quatro módulos fiscais, por meio de contrato de parceria ou meação, desde que outorgante e outorgado continuem a exercer a respectiva atividade individualmente ou em regime de economia familiar.

O Art. 11, § 1º, da Lei 8.213/91, dispõe que "entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados".

Não prospera a alegação feita pelo INSS no sentido de descaracterizar o trabalho rurícola

em regime de economia familiar, tão somente pelo tamanho ou valor da propriedade rural, consoante jurisprudências do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA RURAL POR IDADE - REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - EXTENSÃO DA PROPRIEDADE.
> 1. Não prequestionada a tese relativa à suposta violação do art. 480 do CPC, incide na espécie a Súmula 282/STF.
> 2. O tamanho da propriedade rural, por si só, não tem o condão de descaracterizar o regime de economia familiar quando preenchidos os demais requisitos legalmente exigidos.
> 2. Recurso especial não provido.
> (REsp 1319814/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 18/04/2013)
>
> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRABALHADOR RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. DIMENSÃO DA PROPRIEDADE RURAL. NÃO-DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME. APOSENTADORIA POR IDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. *A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o tamanho da propriedade rural não é capaz de descaracterizar o regime de economia familiar do segurado, se preenchidos os demais requisitos necessários a sua configuração, quais sejam: ausência de empregados e a mútua dependência e colaboração da família no campo.*
> 2. *In casu*, o tempo de serviço rural restou demonstrado, mediante início de prova material corroborada por prova testemunhal.
> 3. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1042401/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 16/02/2009)

Ademais, anoto que, conforme consta no documento de fls. 13/15, a Fazenda São Pedro, cuja área total é de 150 alqueires, pertence a várias pessoas, sendo que o cônjuge da autora detinha apenas uma parte desta propriedade.

Da mesma forma, verifico que o regime de economia familiar não deve ser descaracterizado pelo argumento de produção em larga escala, tendo em vista que a propriedade da Fazenda São Pedro pertencia a mais pessoas, não apenas ao cônjuge da parte autora.

Ademais, o simples fato de o cônjuge da parte autora estar enquadrado como "Empregador Rural II-B", perante o INCRA, não descaracteriza a condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar, se o exercício do labor no campo ocorreu sem a utilização de empregados, como é possível observar pelos termos do Decreto-Lei 1.166, de 15-04-1971, *in verbis*:

> Art. 1º Para efeito do enquadramento sindical, considera-se:
> I - *Omissis*
> II - empresário ou empregador rural:
> a) *omissis*
> b) quem, proprietário ou não e mesmo sem empregado, em regime de economia familiar, explore imóvel rural que lhe absorva toda a força de trabalho e lhe garanta a subsistência e progresso social e econômico em área igual ou superior à dimensão do módulo rural da respectiva região;
> c) *omissis*.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência desta e de outras Cortes Regionais, bem como do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. ENQUADRAMENTO NA CATEGORIA DE EMPREGADOR RURAL II-B. AUSÊNCIA DE EMPREGADOS.
> I - Os embargos de declaração destinam-se a sanar omissões e aclarar contradições ou obscuridades. Ocorrendo tais hipóteses, merecem acolhida as razões invocadas pela parte embargante.
> *II - O simples fato de a autora estar enquadrada como "Empregador Rural II-B", nas guias de recolhimento de ITR, não descaracteriza a condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar, se o exercício do labor no campo ocorreu sem a utilização de empregados.*
> III - Recurso parcialmente provido.
> (Embargos de Declaração em Apelação/Reexame necessário nº 0031952-85.1999.4.03.9999/SP, 8ª Turma, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, julgado em 30 de agosto de 2010, publicado em 23/09/2010)

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. EMPREGADOR RURAL II-B. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. COMPLEMENTAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL. IDADE MÍNIMA. RECONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS.
> 1. Reconhecimento de tempo de serviço prestado na condição de trabalhador rural exige início razoável de prova material. É inadmissível prova exclusivamente testemunhal.
> 2. A prova material indiciária é eloqüente, no sentido da qualificação da requerente como segurado especial da Previdência Social, na condição de pequeno produtor rural, em regime de economia familiar. A certidão de casamento, indica a profissão do marido da autora como lavrador, condição extensível à ela. A existência de três pequenas propriedades rurais (fls. 30/32 e 98/108), está em dissonância com os demais fatos comprovados, sobretudo pela ausência de registro de empregados e as declarações de produtor rural que indicam produção apenas para a subsistência (fls. 39/41).
> 3. *O argumento de que o marido da autora é empregador rural, como óbice à concessão da prestação previdenciária a que tem direito, mostra-se absolutamente inconsistente, seja por conta das provas produzidas, seja em virtude das disposições do Decreto-lei 1.166/71, segundo o qual a qualificação de empregador II-B é uma referência a quem, proprietário ou não, mesmo sem empregado, em regime de economia familiar, explore imóvel rural que lhe absorva toda a força de trabalho e lhe garanta a subsistência, em área não superior a dois módulos rurais da respectiva região.*
> 4. Prova documental complementada pela prova testemunhal (fls. 152/153). As testemunhas, unânimes, informaram que a autora é pequena proprietária rural e trabalha em regime de economia familiar, sem auxílio de empregados.
> 5. A sentença, no presente caso, merece ser reformada, com relação ao deferimento do benefício da aposentadoria rural de segurado especial por idade, a que faz jus a autora, a partir do requerimento administrativo. (DER - 05/06/1992 - fl. 55).
> 6. A situação dos autos abrange relação de trato sucessivo, de forma que, subsistindo o próprio direito de fundo, a inércia do titular macula com a prescrição as prestações anteriores ao qüinqüênio que precede à propositura da ação. Nesse sentido, a Súmula 85 do STJ.
> 7. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
> 8. Os juros de mora de 1% a.m. devem ser contados da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e da data do vencimento, para as posteriores, de acordo com entendimento pacífico desta Turma.

9. No tocante aos honorários de advogado, esta Corte estabilizou o entendimento de que são devidos na ordem de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 20, § 3º, do CPC.
10. O INSS goza de isenção de custas nas causas ajuizadas na Justiça Estadual de Minas Gerais, por força do disposto no art. 10, inciso I, da Lei estadual nº. 14.939, de 29 de dezembro de 2003, que revogou a Lei nº. 12.427, de 27 de dezembro de 1996.
11. Apelação da autora parcialmente provida, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial.
(TRF 1ª Região, AC nº 2008.01.99.004902-7, Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, j. 29/6/09, v.u., DJ 20/8/09)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. TRABALHADOR RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. EXTENSÃO DA PROPRIEDADE. EMPREGADOR RURAL II-B. CONSECTÁRIOS LEGAIS. 1. O tempo de serviço rural pode ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea. 2. Implementado o requisito etário (55 anos de idade para mulher e 60 anos para homem) e comprovado o exercício da atividade agrícola no período correspondente à carência (art. 142 da Lei nº 8.213/91), é devido o benefício de aposentadoria por idade rural. 3. A extensão da propriedade não constitui óbice, por si só, ao reconhecimento da condição de segurado especial, devendo ser analisada juntamente com o restante do conjunto probatório que, na hipótese, confirmou o exercício da atividade rural somente pelo grupo familiar. *4. A denominação de empregador II-B nos comprovantes de pagamento do Imposto Territorial Rural ou certificados de cadastro do INCRA, a teor do art. 1º, II, "b", do Decreto-Lei nº 1.166/71, não descaracteriza a qualidade de segurado especial.* 5. A correção monetária deve ser calculada conforme o IGP-DI, incidindo a partir da data do vencimento de cada parcela, nos termos dos Enunciados das Súmulas 43 e 148 do STJ. 6. Os juros moratórios são devidos à taxa de 1% ao mês, a contar da citação, na forma dos Enunciados das Súmulas 204 do STJ e 03 do TRF da 4ª Região e precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 7. Os honorários advocatícios, a cargo do INSS, são devidos no patamar de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação deste julgado, excluídas as parcelas vincendas, a teor da Súmula 111 do STJ e 76 deste Tribunal. 8. Às ações previdenciárias tramitadas na Justiça Estadual do Paraná, aplica-se o comando do Enunciado da Súmula nº 20 deste Tribunal, devendo as custas processuais a cargo do INSS serem pagas integralmente.
(TRF4, AC 2008.70.99.001826-0, Quinta Turma, Relator Artur César de Souza, D.E. 07/01/2009)

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. TRABALHADOR RURAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL, AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ENQUADRAMENTO NA CATEGORIA DE EMPREGADOR RURAL EM VIRTUDE DO TAMANHO DA TERRA PARA EFEITO DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. AUSÊNCIA DE EMPREGADOS. PLANTIO PARA SUBSISTÊNCIA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR CARACTERIZADO.
1. A divergência jurisprudencial não está caracterizada. O julgado trazido a confronto não apresenta similitude fática com o presente caso.
2. *Não descaracteriza o regime de economia familiar o fato de o Autor ser enquadrado como empregador rural apenas para fins de contribuição (art. 1º, inciso II, alínea b, do Decreto-lei nº 1.116/71, redação dada pela Lei nº 9.701/1998), se ficar comprovada a ausência de empregados e a mútua dependência e colaboração da família no labor rural.*
3. Para a configuração do regime de economia familiar é exigência inexorável que o labor rurícola seja indispensável à subsistência do trabalhador, o que acontece na hipótese dos autos,

conforme aferido pelo Tribunal de origem mediante o exame das provas.
4. Recurso especial não conhecido.
(STJ, REsp nº 540.900/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/5/04, v.u., DJ 2/8/04)

No documento de fls. 36, o cônjuge da parte autora está qualificado, no exercício de 1984 e 1985, como "Empregador Rural II-B" perante o INCRA, sem a presença de assalariados.

Debatidos todos estes pontos, observo que restou caracterizado o regime de economia familiar.

Assim, verificados todos os requisitos para a aposentadoria por idade rural, apreciados no *decisum*, é de se manter a concessão do referido beneplácito.

Ante o exposto, voto por acolher os embargos de declaração para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0011446-41.2009.4.03.6183
(2009.61.83.011446-8)

Agravante: CARLOS AUGUSTO PACINI
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 205/207
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: AC 1626101
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). SENTENÇA, DECISÃO MONOCRÁTICA E *DECISUM* EMBARGADO *EXTRA PETITA*. NOVA DECISÃO PROFERIDA. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL EM ESPECIAL. OPERADOR DE PREGÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. PROCEDÊNCIA.

1 - Existência de nulidade nas decisões proferidas em razão de *error in procedendo* consistente em julgamento *extra petita*, o que constitui matéria de ordem pública que pode ser conhecida em qualquer fase processual, *ex officio* ou em observância ao efeito translativo dos recursos.

2 - Novo pronunciamento mediante aplicação analógica do art. 515, § 3º, do CPC.

3 - Em se tratando de aposentadoria especial, são considerados somente os períodos trabalhados nesta condição, descabendo a conversão dos lapsos temporais com a aplicação do fator de conversão 1.40 ou 1.20, uma vez que inexiste alternância com tempo de trabalho comum.

4 - Utilização de laudos técnicos emprestados e elaborado em benefício da categoria profissional, uma vez que a medição técnica do ruído foi feita no mesmo local de trabalho onde o autor desempenhava suas atividades.

5 - Inviabilidade de realização da perícia nos dias atuais, já que a fusão da Bolsa de Valores de São Paulo e da Bolsa de Mercadorias e Futuros acarretou o fechamento das salas de negociações.

6 - Com o somatório dos períodos reconhecidos, o autor possuía, em 29 de outubro de 2007, por ocasião do requerimento administrativo, 28 anos, 2 meses e 18 dias de tempo de serviço, suficientes à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição integral em especial.

7 - Agravo legal do autor 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, 15 de julho de 2013.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) oposto por CARLOS AUGUSTO PACINI contra a decisão monocrática de fls. 205/207, que negou seguimento à sua apelação, em ação objetivando a conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial.

Razões recursais às fls. 216/220, oportunidade em que o autor insiste no acerto da pretensão inicial.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator): A decisão ora recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

> Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada por segurado aposentado contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o reconhecimento à renúncia de seu benefício e à concessão de novo benefício de aposentadoria mais vantajoso.
> A r. sentença monocrática julgou improcedente a ação, dando ensejo à interposição, por parte do segurado, de recurso de apelação, devidamente processado e encaminhado a esta Corte.
> É o relato do essencial.
> Vistos, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.
> A Seguridade Social, nos moldes delineados pela Constituição Federal de 1988, é um conjunto de princípios, regras e institutos destinados a estabelecer uma rede de proteção social abrangendo diversos eventos, tais como acidente, doença, velhice, morte, dentre outros.
> O direito da seguridade social tem conotação coletiva, pois é interesse da comunidade que o Estado, através de ações previstas em lei, assegure um sistema de pagamento de benefícios para eventos determinados e gerencie as fontes de custeio para manutenção do sistema.
> De fato, o legislador previu várias formas de financiamento aos benefícios geridos pela seguridade social, que vão muito além da contribuição individual dos segurados que a integram.
> O princípio da solidariedade social, eleito pelo constituinte, determina que toda a sociedade, de forma direta e indireta, contribua para o sistema.
> Nessa linha, até segurados já contemplados com benefícios previdenciários, podem ser chamados a permanecer contribuindo para o financiamento da seguridade social, como ocorre com os servidores públicos.
> Aliás, essa posição foi resultado do julgamento pelo STF da ADI 3105-DF (DJ 18/02/1005, p. 4).
> Diante desse quadro, é evidente a natureza publicista do direito da seguridade social, e seu intuito de proteção que a sociedade proporciona a seus membros, mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais.
> Nas palavras de Wladimir Novaes Martinez "... inigualável e quase irrealizável poupança coletiva obrigatória indisponível, verdadeiro milagre comunitário, em que enorme parcela de inativos, pessoas não mais produtivas, subsiste graças a reservas técnicas compulsórias pretéritas do indivíduo e da comunidade, em experiência impar na história moderna." (*Curso de Direito Tributário*, Tomo II, LTR, 2ª. Edição p. 96).
> Acrescento, ainda, não haver correlação entre parcelas pagas e benefício auferido, dado o já mencionado caráter solidário da seguridade social.
> Disso tudo se extrai que as inúmeras relações jurídicas presentes no âmbito do direito previ-

denciário são de direito público e devem vir tratadas em lei. Esse cunho publicístico norteia toda atividade hermenêutica e servira de parâmetro para o julgado.
Feitas essas considerações e, partindo para o caso *sub judice*, de rigor consignar que o ato de aposentação enseja uma relação jurídica institucional perante a Previdência Social, norteada pelo direito público, constitucional e administrativo. Nos termos da Lei nº 8.213/91, a aposentadoria fica vinculada ao seu ato concessório, que por sua vez, mantém vínculo com os fatos ocorridos, via de regra, até a data do requerimento administrativo do benefício.
O argumento do segurado de que, uma vez que permanecera em atividade, continuou a contribuir para o Sistema da Previdência, e, portanto, deveria obter, em contrapartida, a consideração deste tempo para a concessão de nova benesse, não se sustenta.
Oportuno dizer que o valor da renda mensal inicial é inerente ao ato de concessão do benefício e consolida, a partir deste, uma nova situação jurídica ao trabalhador: a condição de aposentado, beneficiário da Previdência Social. Em caso de retorno ao trabalho, não pode pretender alterar os termos em que foram definidas essa condição.
Ora, permitir-se a modificação do ato concessório do benefício, com a inclusão de períodos de trabalho posteriores, implicaria em violação do ato jurídico perfeito.
Ao se admitir a hipótese, incorre-se até em malferimento ao princípio da segurança das relações jurídicas, pois, no caso de o segurado se aposentar e, posteriormente, optar por continuar seu labor, impraticável seria para a Autarquia chegar a um valor definido acerca de sua RMI, visto que esta iria consistir em valor suscetível de inúmeras variações à mercê da vontade do "aposentado" em permanecer ou não em atividade e, em caso positivo, pelo tempo que desejasse, implicando em imprevisíveis modificações.
Em outras palavras, admitindo-se o entendimento do autor, seria muito cômodo, de maneira geral, a qualquer trabalhador aposentar-se a partir do cumprimento dos requisitos mínimos e, a partir do momento em que aposentado fosse, continuar seu labor remunerado, recebendo, assim, o benefício de aposentadoria e os proventos decorrentes do trabalho, até obter a conversão para o benefício que melhor lhe conviesse, ou culminando por completar o tempo necessário a obter a conversão de sua aposentadoria para integral, com todos os benefícios a esta atinentes. Nesse passo, seria totalmente inviável que qualquer segurado optasse unicamente pela concessão da aposentadoria integral aos 35 anos de serviço, visto que, nos últimos cinco anos de labor, teria uma única remuneração advinda de seu salário.
Não foi esse o espírito do legislador.
O segurado, diante do preenchimento dos requisitos que o habilitam a perceber o benefício de aposentadoria, tem direito de requerê-la perante a Administração Pública e, dentre esse universo, pode optar por exercê-lo imediatamente ou deixar para mais tarde.
Preenchidos os requisitos legais, o direito ao benefício já integrou seu patrimônio jurídico tendo natureza jurídica de "direito subjetivo".
Alterações legislativas posteriores podem ter o condão de transmudar o direito subjetivo em "adquirido"; em outras palavras, se o indivíduo poderia ter exercido seu direito, mas não exerceu, a legislação posterior que suprimir ou alterar determinado direito, não afetara a sua situação. Nesse caso, o direito subjetivo passou a seara do direito adquirido.
No entanto, caso opte por exercitar "direito subjetivo", este transmuda-se em "direito realizado", hábil a configurar uma situação jurídica definitiva correlata ao ato jurídico perfeito.
Essa distinção entre direito subjetivo, adquirido e realizado não é nova na doutrina e seus efeitos, como se vê, não são meramente acadêmicos.
Nesse passo, oportunas as considerações de José Afonso da Silva, extraída de parecer efetuado acerca da reforma da Previdência:
"Retomo aqui algumas considerações sobre direito adquirido e direito exercido ou situação jurídica definitivamente constituída, expendidas no parecer ora em complementação. Ou seja, se o direito subjetivo não foi exercido, vindo lei ou emenda constitucional nova, ele se transforma em direito adquirido, porque já incorporado no patrimônio do titular. Se, porém,

o direito subjetivo já foi exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica definitivamente constituída (direito satisfeito, direito realizado, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Exemplo, quem tinha o direito de aposentar-se, aposentou-se, seu direito foi exercido, consumou-se; lei nova ou emenda constitucional nova não tem o poder de desfazer o direito assim exercido; não pode desaposentar o aposentado nem os efeitos jurídicos dela, só porque estabeleceu regras diferentes para a aposentadoria. Aqui o direito subjetivo recebeu consagração definitiva por meio de um ato do Poder Público, gerando uma situação jurídica mais forte do que o direito adquirido, porque se dá o encontro entre o direito subjetivo, direito já incorporado no patrimônio do titular, e um ato jurídico do Poder Público que o consagra em definitivo, ato jurídico esse que, expedido regularmente, consolida definitivamente a situação jurídica subjetiva de vantagem no patrimônio do titular com a força inderrogável do ato jurídico perfeito e acabado.

9. Vale dizer, o direito subjetivo já exercido não é direito meramente adquirido, porque passa a ser uma situação jurídica subjetiva definitivamente constituída, em que se conjugam o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, transmudando-se, portanto, em novo tipo de relação jurídica, que não pode desfazer-se nem ser simplesmente modificada em qualquer de seus elementos. Em princípio, até mesmo o poder constituinte originário, que pode afastar a incidência do direito adquirido em caso determinado, não pode atingir os direitos já exercidos, consolidados, consumados, definitivamente constituídos, porque seria uma violência. Assim, por exemplo, se se tem o direito subjetivo de casar-se, casou-se, exerceu-se o direito, consumou-se a situação jurídica subjetiva; não se colocará mais essa situação à vista da superveniência de nova lei sobre o casamento, como certamente se colocaria no caso de o casamento já estar marcado, com proclamas lavrados, afixados e devidamente publicado etc. O mesmo se dá com a aposentadoria, como foi exemplificado acima."

Desta forma, tendo o beneficiário/autor optado pela implementação de seu benefício previdenciário, consolidou-se situação jurídica irradiadora de efeitos na esfera previdenciária. Uma vez consumado o ato, sua reversão somente pode ser feita nas hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico, tais como erro, dolo, fraude, coação, etc.

Por fim, a renúncia, como ato unilateral, somente poderia afetar a esfera jurídica do postulante e teria como pressuposto um direito disponível, o que obviamente não ocorre.

De qualquer sorte, essa não é a situação que se verifica nos autos.

A parte autora não pretende renunciar a sua aposentadoria e simplesmente deixar de recebê-la. Pretende, na verdade, a sua substituição por outra mais vantajosa. A isso, propriamente, não há de se chamar "renúncia" e sim modificação de ato de aposentação com base em novos critérios e sem absoluta previsão legal.

Dessa forma, inviável o acolhimento da pretensão inicial.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *nego seguimento à apelação* (fls. 205/207).

Em suas razões de recurso, alega o agravante que a pretensão apresentada na peça inicial não se coaduna com a matéria tratada na decisão agravada, uma vez que "não pretende agregar contribuições posteriores a sua aposentação" (fl. 217).

Com razão o agravante.

Verifico que, tanto a sentença proferida em primeiro grau quanto a decisão monocrática proferida por este Relator padecem de nulidade, por terem incorrido em *error in procedendo*, o que constitui matéria de ordem pública, podendo ser conhecida, em qualquer fase processual, *ex officio* ou em observância ao efeito translativo dos recursos (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 803656/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJE 13/11/2009).

O *error in procedendo* noticiado consiste no julgamento *extra petita*, uma vez que fora apreciado pedido de desaposentação (renúncia de uma aposentadoria para concessão de outra

com pedido de cômputo de período posterior a DIB), enquanto a exordial aborda a possibilidade de conversão da aposentadoria por tempo de contribuição integral para especial, sem a inclusão de períodos posteriores à data de concessão.

Assim, como corolário lógico, tem-se a necessidade de desconstituição da sentença, da decisão monocrática e do *decisum* proferido em sede de declaratórios, pois todos não apreciaram a lide nos limites em que posta.

À primeira vista, este Relator ver-se-ia inclinado a anular as decisões e determinar a remessa dos autos à Vara de origem, para a prolação de nova decisão e apreciação do pedido de conversão da aposentadoria por tempo de serviço integral em especial.

Entretanto, o § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, possibilitou a esta Corte, nos casos de extinção do processo sem apreciação do mérito, dirimir de pronto a lide, desde que a mesma verse sobre questão exclusivamente de direito ou esteja em condições de imediato julgamento, o que "veio atender aos reclamos da sociedade em geral pela simplificação e celeridade do processo, dando primazia ao julgamento final de mérito das causas expostas ao Poder Judiciário, pelo que não há qualquer ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, princípio constitucional inferido apenas implicitamente e que pode ser melhor definido pela lei, em atenção também aos demais princípios constitucionais de amplo acesso à Justiça." (AC nº 1999.61.17.000222-3, TRF 3ª Região, Rel. Juiz Souza Ribeiro, Segunda Turma, un., DJU 09.10.2002, p. 408).

À semelhança do que ocorre nas hipóteses de extinção do processo sem apreciação do mérito, também no caso de julgamento *extra* ou *citra petita* o magistrado profere sentença divorciada da pretensão deduzida em Juízo ou aquém do pedido, razão pela qual entendo possível a exegese extensiva do referido parágrafo ao caso em comento.

Neste mesmo sentido é o pensamento da jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA URBANA POR IDADE. EMPREGADA DOMÉSTICA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. CPC, ART. 128 C/C O ART. 460. NULIDADE DA SENTENÇA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NOVA DECISÃO.
> 1. Consoante dispõem os arts. 128 e 460 do CPC, o julgador, ao decidir, deve adstringir-se aos limites da causa, os quais são determinados conforme o pedido das partes. Assim, viola o princípio da congruência entre o pedido e a sentença - *ne eat iudex ultra vel extra petita partium* -, proferindo julgamento *extra petita*, o juiz da causa que decide causa diferente da que foi posta em juízo. (Cf. TRF1, AC 95.01.10699-3/MG, Primeira Turma Suplementar, Juiz João Carlos Mayer Soares, DJ 29/05/2002; RO 95.01.00739-1/MG, Primeira Turma, Juíza convocada Mônica Jacqueline Sifuentes, DJ 18/12/2000; AC 1999.01.00.031763-9, Terceira Turma, Juiz Eustáquio Silveira, DJ 25/02/2000.)
> 2. Por se tratar de matéria de ordem pública, a nulidade de sentença por esse fundamento - violação ao princípio da congruência entre parcela do pedido e a sentença - pode ser decretada independentemente de pedido da parte ou de prévia oposição de embargos de declaração, em razão do caráter devolutivo do recurso. (Cf. STJ, RESP 327.882/MG, Quinta Turma, Ministro Edson Vidigal, DJ 01/10/2001, e RESP 180.442/SP, Quarta Turma, Ministro César Asfor Rocha, DJ 13/11/2000.)
> 3. Anulação, de ofício, da sentença. Apelação da autora prejudicada.
> (TRF1, 1ª Turma, AC nº 1997.01.00.031239-2, Rel. Juiz Fed. Conv. João Carlos Mayer Soares, j. 17/02/2004, DJU 18/03/2004, p. 81)

Sendo assim, passo a proferir nova decisão:

O primeiro diploma legal brasileiro a dispor sobre a aposentadoria especial foi a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS), que estabelecia no art. 31, como requisitos para a concessão da aposentadoria, o limite mínimo de idade de 50 (cinqüenta) anos, 15 (quinze) anos de contribuições, além de possuir 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, pelo menos, de trabalho na atividade profissional, considerada, para esse efeito, penosa, insalubre ou periculosa.

O requisito idade foi abolido, posteriormente, pela Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968, sendo que o art. 9º da Lei nº 5.980/73 reduziu o tempo de contribuição de 15 (quinze) para 5 (cinco) anos.

A atual Carta Magna manteve o benefício, disciplinando-o, em seu art. 202 (redação original) da seguinte forma:

> 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*:
> (...)
> II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei: (grifei).
> (...)
> § 1º: É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.

Em obediência à nova ordem constitucional, preceituava a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em seu art. 57, na redação original, que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade.

O artigo acima referido, em seu § 3º, disciplinou, ainda, sobre as relações daqueles em que o exercício em atividades prejudiciais não perduraram por todo o período, tendo sido executado em parte, garantindo o direito à conversão de tempo especial em comum.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a matéria passou a ser regulada pelo § 1º do art. 201 do Texto Constitucional, determinando a vedação de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral da previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudicassem a saúde e a integridade física, definidos em lei complementar.

A permanência em vigor dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, na redação vigente à data da publicação da mencionada Emenda Constitucional, até a edição da lei complementar a que a se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, foi assegurada pelo seu art. 15. O art. 3º da mesma disposição normativa, por sua vez, destacou a observância do direito adquirido à concessão da aposentadoria por tempo de serviço a todos aqueles que até a data da sua publicação, tivessem cumprido todos os requisitos legais, com base nos critérios da legislação então vigente.

Preceitua a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nos arts. 52 e seguintes, que o benefício de aposentadoria por tempo de serviço (que passou a ser por tempo de contribuição com a

alteração ao art. 201 da CF/88, introduzida pela EC nº 20/98), será devido ao segurado que, após cumprir o período de carência constante da tabela progressiva estabelecida pelo art. 142 do referido texto legal, completar 30 (trinta) anos de serviço, se homem, ou 25 (vinte e cinco), se mulher, iniciando no percentual de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício até o máximo de 100% (cem por cento) para o tempo integral, aos que completarem 30 (trinta) anos de trabalho para mulher e 35 (trinta e cinco) anos de trabalho para o homem.

Foram contempladas, portanto, três hipóteses distintas à concessão da benesse: segurados que cumpriram os requisitos necessários à concessão do benefício até a data da publicação da EC 20/98 (16/12/1998); segurados que, embora filiados, não preencheram os requisitos até o mesmo prazo; e, por fim, segurados filiados após a vigência daquelas novas disposições legais.

No caso em apreço, verifica-se que o requerente é titular da benesse de aposentadoria por tempo de contribuição integral (fl. 172 - DIB: 29.10.2007) e pretende convertê-la para aposentadoria especial, sob o fundamento do desempenho de atividade especial por mais de 25 anos até a data de concessão.

Quanto a esta questão, importante observar que a norma aplicável sobre a conversibilidade do período é aquela vigente ao tempo da prestação do trabalho do segurado, em face do princípio *tempus regit actum*.

Sobre o tema, confiram-se o julgado que porta a seguinte ementa:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. LEI 8.213/91, ART. 57, §§ 3 E 5º.
> O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. Recurso desprovido.
> (STJ, 5ª Turma, REsp nº 392.833/RN, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.03.2002, DJ 15.04.2002)

Por oportuno, destaco que, para o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida e a conversão desse intervalo especial em comum, cabe ao segurado demonstrar o trabalho em exposição a agentes agressivos, uma vez que as atividades constantes em regulamentos são meramente exemplificativas.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, inclusive, após reiteradas decisões sobre a questão, editou a Súmula nº 198, com o seguinte teor:

> Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.

Nesse sentido, julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 395988, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 630; 5ª Turma, REsp nº 651516, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 291.

Cumpre salientar que, em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas

em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído, sendo tratada originalmente no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.
> (...)
> § 3º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.

Sobre o tema, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 440955, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18.11.2004, DJ 01.02.2005, p. 624; 6ª Turma, AgRg no REsp nº 508865, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07.08.2003, DJ 08.09.2003, p. 374.

A Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu § 4º, passando a exigir *a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos*. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

Saliente-se que o rol dos agentes nocivos contidos no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, vigoraram até o advento do Decreto Regulamentar nº 2.172/97, de 5 de março de 1997, do Plano de Benefícios, o qual foi substituído pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

Destaco, ainda, a alteração trazida pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 e reedições posteriores, que modificou substancialmente o *caput* do art. 58 da Lei de Benefícios, incluindo novos parágrafos, exigindo, em síntese, a comprovação das atividades especiais efetuadas por meio de formulário preenchido pela empresa contratante, *com base em laudo técnico*, observando-se os ditames da redação dada aos parágrafos pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

Conforme já exposto neste voto, mediante o brocardo *tempus regit actum*, aplicar-se-á a lei vigente à época da prestação do trabalho. Pondero, contudo, que a exigência do laudo técnico pericial tão-somente poderá ser observada após a publicação da Lei nº 9.528/97. Neste sentido, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 5ª Turma, REsp nº 602639, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 25.05.2004, DJ 02.08.2004, p. 538; 5ª Turma, AgRg no REsp nº 641291, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.09.2004, DJ 03.11.2004, p. 238.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28 de maio de 1998, nos termos do que dispôs o seu art. 28, revogou-se o § 5º do art. 57 da Lei de Benefícios, acrescentado pela Lei nº 9.032/95, extinguindo-se, contudo, o direito de conversão do tempo especial em comum, garantido no citado § 5º, a partir de então.

A Autarquia Previdenciária, ato contínuo, editou a Ordem de Serviço nº 600, de 2 de junho de 1998 e a de nº 612, de 21 de setembro de 1998 (que alterou a primeira), dispondo que o direito à conversão seria destinado apenas aos segurados que demonstrassem ter preenchido todos os requisitos à aposentadoria até a véspera da edição da edição da Medida Provisória nº 1.663-10/98, extrapolando, dessa forma, os limites legalmente estabelecidos, uma vez que as referidas Medidas Provisórias dispuseram somente sobre a revogação do citado § 5º do art. 57, não abordando o tema sobre o direito de conversão do efetivo período trabalhado anteriormente exercido.

Cumpre ressaltar que, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, a competência para expedição de decretos e regulamentos que visem a fiel execução das leis é privativa do Presidente da República. O ato administrativo que dela deriva, não pode alterar disposição legal ou criar obrigações diversas àquelas nela prescrita.

Mediante esta abordagem, verifica-se indiscutível a ilegalidade das supramencionadas Ordens de Serviços editadas pela Autarquia Previdenciária, o que mais se evidencia com a edição da Medida Provisória nº 1.663/13, de 27 de agosto de 1998, reeditada até a conversão na Lei nº 9.711, de 21 de novembro de 1998, onde a questão foi regulada nos seguintes termos:

> Art. 28 - O Poder Executivo estabelecerá critérios para conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nº 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

Ademais, o art. 70 e parágrafos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com nova redação dada pelo Decreto nº 4.827, de 3 de setembro de 2003, afastaram definitivamente a interpretação dada pelas citadas Ordens de Serviços da Autarquia Previdenciária, ao prescrever, *in verbis*:

> Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:
> (...)
> § 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.
> § 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Em observância ao disposto no § 2º acima citado, há que ser utilizado, no caso de segurado do sexo masculino, o fato de conversão 1.4.

Por oportuno, destaco, ainda, que o Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, atenuou o conceito de trabalho permanente, passando o art. 65, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, a vigorar com o seguinte teor:

> Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da

> prestação do serviço.
> Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.

Assim, incontestável o direito à conversão do tempo de trabalho especial em qualquer período, independentemente de o segurado possuir ou não direito adquirido.

Resta claro, portanto, o direito ao reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional até o advento da Lei nº 9.032/95, ou pela exposição a qualquer dos agentes nocivos descritos nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, devidamente comprovada por meio da apresentação de SB 40, documento declaratório que descreve, detalhadamente, todas as atividades consideradas perigosas, penosas e insalubres do empregado, ressalvado o laudo técnico no caso de atividade com exposição a ruídos, fornecido pelo Instituto Autárquico e preenchido pela empresa.

Com relação a período posterior à edição da referida Lei, a comprovação da atividade especial deverá ser feita mediante formulário DSS-8030 (antigo SB 40), o qual goza da presunção de que as circunstâncias de trabalho ali descritas se deram em condições especiais, *não sendo, portanto, imposto que tal documento se baseie em laudo pericial*, com exceção ao limite de tolerância para nível de pressão sonora (ruído) já mencionado. Os referidos Decretos mantiveram a sua eficácia até a edição do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória nº 1523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, a qual passou a exigir a apresentação de laudo técnico.

Ao caso dos autos.

Observo que, em se tratando de aposentadoria especial, hipótese em que são considerados, como é cediço, somente os períodos trabalhados nessa condição, *descabe a conversão dos lapsos temporais referidos*, com a aplicação do fator de conversão 1.40 ou 1.20, uma vez que inexiste alternância com tempo de trabalho comum. A esse respeito, dispõe o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, vigente à época da propositura do feito:

> Art. 57. (...)
> § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudicais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

Da leitura da norma em comento, verifica-se que a mesma alude ao exercício alternado de tempo de serviço em atividades comuns e especiais, fazendo presumir que o segurado laborou em condições insalubres, entremeada com o labor em atividades comuns.

Outra não é a orientação expressa no art. 64 do Decreto nº 2.172/97:

> Art. 64. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que foram, sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, aplicando a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício: (...)

> Parágrafo único. Para o segurado que houver exercido sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos serão somados após conversão, considerada a atividade preponderante.

Dessa forma, a conversão pretendida se opera somente na hipótese de aposentadoria por tempo de serviço.

Para o deslinde da questão posta a julgamento, repita-se, os lapsos temporais trabalhados serão considerados sem a conversão, e fará jus à aposentadoria especial se comprovados os 25 anos de trabalho nessa condição.

Para a comprovação dos períodos em que teria trabalhado no pregão da Bolsa de Mercadorias e Futuros, sujeito a agentes agressivos, juntou o autor laudos periciais produzidos em processos trabalhistas de terceiros e por pedido do sindicato da categoria (fls. 62/117).

Conforme exposto linhas acima, a comprovação da atividade especial pode ser feita através do simples enquadramento da categoria profissional nas funções previstas pela legislação previdenciária. Tal possibilidade, no entanto, perdurou até a data de 28.04.1995, quando se tornou necessária a apresentação de formulário emitido pela empregadora, sendo que após 05.03.1997 também passou a ser exigido a exibição de laudo pericial.

Não obstante, no caso do ruído, o laudo técnico é prova indispensável e suficiente para a demonstração da especialidade, uma vez que elaborado por profissional especializado mediante o uso de instrumento capaz de informar com precisão o nível de exposição ao agente agressivo.

Pois bem, muito embora a regra seja a comprovação da insalubridade mediante provas periciais diretas e produzidas de maneira individual, considerando a especificidade do caso, serão aceitos os laudos técnicos emprestados e em especial aquele elaborado em benefício de toda a categoria profissional. Isso porque, na hipótese *sub judice*, a medição técnica do ruído foi feita no mesmo local de trabalho onde o autor desempenhava suas atividades.

Ademais, importante lembrar que hoje a realização da perícia seria inviável já que com a fusão da Bolsa de Valores de São Paulo e da Bolsa de Mercadorias e Futuros houve o fechamento de salas de negociações, as quais passaram a ser feitas de modo eletrônico.

Neste sentido, colaciono o seguinte aresto prolatado nesta Corte:

> PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL CARACTERIZADA. RUÍDO. EMPRESA SIMILIAR. EFEITOS INFRINGENTES.
> I - O § 4º do art. 58 da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.528/97 impõe ao empregador o dever de fornecer ao empregado, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia do perfil profissiográfico previdenciário, abrangendo as atividades desenvolvidas e as condições ambientais.
> II - Ante as alterações físicas ocorrida na Bolsa de Valores, com a extinção do sistema de negociação viva-voz, é de se admitir a força probatória do Perfil Profissiográfico Previdenciário e laudos técnicos, elaborados por peritos judiciais que em visita à empresa paradigma, obteve níveis de ruídos equivalente a 92,57 decibéis, com exposição a período superior às 05 horas diárias, tidas como limite máximo à exposição pelas normas da Portaria 3214/78, NR-15 do Ministério do Trabalho, sem qualquer tipo de proteção, vez que inviabilizaria o exercício da atividade profissional.
> III - Adequada a realização de perícia indireta em estabelecimento similar, sobretudo em situações em que a insalubridade decorra de ambiente ruidoso.
> IV - Embargos de declaração da parte autora acolhidos para negar provimento à apelação

do INSS e à remessa oficial, restabelecendo a sentença que condenara a autarquia a conceder ao autor o benefício de aposentadoria especial, desde 25.02.2010, data do requerimento administrativo.
V - A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência, independentemente da data do ajuizamento da ação (EREsp 1.207.197/RS; REsp 1.205.946/SP), e a incidência dos juros de mora até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AgR 492.779/DF).
VI - Embargos de declaração do autor acolhidos, com efeitos infringentes.
(TRF3, 10ª Turma, APELREEX nº 0002885-91.2010.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 26.06.2012, e-DJF3 04.07.2012)

Assim, considerando que os laudos técnicos paradigmas indicam a exposição dos trabalhadores do pregão a níveis de ruído de 92,57 a 103 db, é de se considerar como especiais os lapsos de 02.05.1973 a 03.09.1973, 04.09.1973 a 21.07.1977, 02.09.1977 a 13.09.1978, 14.09.1978 a 01.08.1979, 01.07.1984 (data pleiteada pelo autor) a 12.07.1985, 15.07.1985 a 20.08.1999, 25.09.2000 a 03.01.2003 e 06.11.2003 a 29.10.2007 (data de concessão da benesse de aposentadoria por tempo de contribuição).

Cumpre observar que, com a superveniência do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, houve redução do nível de ruído para 85 (oitenta e cinco) decibéis. Portanto, com fundamento nos Decretos nº 53.831/64, nº 2.172/97 e nº 4.882/03, a atividade é considerada insalubre se constatada a sujeição do trabalhador ao nível de pressão sonora da seguinte forma: até 5 de março de 1997, superior a 80 (oitenta) decibéis; entre 06 de março de 1997 e 18 de novembro de 2003, superior a 90 (noventa) decibéis; e, a partir dessa data (edição do Decreto nº 4.882/03, já referido), superior a 85 (oitenta e cinco) decibéis, não havendo que se falar em aplicação retroativa deste último diploma legal, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp nº 1.146.243/RS - 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE 12/03/2012).

Saliento que a utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI não cria óbice à conversão do tempo especial em comum, uma vez que não extingue a nocividade causada ao trabalhador, cuja finalidade de utilização apenas resguarda a saúde e a integridade física do mesmo, no ambiente de trabalho. A propósito, julgado desta Egrégia Corte Regional: 8ª Turma, AC nº 1999.03.99.106689-8, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 03.11.2003, DJU 29.01.2004, p. 259.

Somando-se os períodos ora reconhecidos, o autor possuía, em 29 de outubro de 2007, por ocasião do requerimento administrativo (fl. 23 - NB 145.370.028-2), *28 anos, 2 meses e 18 dias de tempo de serviço, suficientes, portanto, à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição integral em especial, a qual exige o tempo mínimo de 25 anos de trabalho.*

Também restou amplamente comprovada pelo conjunto probatório acostado aos autos, a carência de 138 (cento e trinta e oito) contribuições, prevista na tabela do art. 142 da Lei de Benefícios, haja vista o implemento de 25 anos de serviço em 2004.

Tratando-se de conversão de aposentadoria, com alteração da RMI, o termo inicial deveria ser mantido na data do requerimento administrativo (29.10.2007), época em que o requerente já havia preenchido os requisitos legais para a obtenção da benesse. No entanto, em observância aos estritos limites do pedido inicial, estabeleço a data de citação do INSS

nesta demanda para início da benesse (28.01.2010).

Com relação à correção monetária das parcelas em atraso, a mesma deve incidir nos moldes do Provimento nº 64/05 da Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, da Lei nº 6.899/81 e das Súmulas nº 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nº 8 deste Tribunal.

Esta Turma firmou entendimento no sentido de fixar os juros de mora em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02; após, à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09, refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Em observância ao art. 20, § 3º, do CPC e à Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, esta Turma firmou o entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença.

A Autarquia Previdenciária é isenta do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96 e do art. 6º da Lei nº 11.608/03, do Estado de São Paulo. Tal isenção não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo legal* para anular a sentença de fls. 175/181, a decisão monocrática de fls. 205/207 e o *decisum* embargado de fls. 212/214 e, com base no art. 515, § 3º, do CPC, em nova decisão, julgo procedente o pedido do autor, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0040054-47.2009.4.03.9999
(2009.03.99.040054-3)

Agravante: IRIS CRISTINA FELIX DE SOUZA E OUTROS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: HENRIQUE FELIX DE SOUZA (incapaz) e FELIPE GABRIEL FELIX DE SOUZA (incapaz)
Representante: IRIS CRISTINA FELIX DE SOUZA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE LIMEIRA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1469932
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PENSÃO POR MORTE. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. CONTRIBUIÇÃO *POST MORTEM*. IMPOSSIBILIDADE.

1. Requerendo a parte autora o rejulgamento da causa, em atenção aos princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas, merece o recurso ser recebido como agravo legal.
2. Fica afastada a inscrição e regularização do débito (*post mortem*), bem como a condenação do INSS ao pagamento do benefício de pensão por morte, pois nestes autos, o exercício da atividade do *de cujus* como "pintor autônomo" restou embasado apenas em prova testemunhal, bem como ante a inexistência de inscrição e contribuições regulares nesta condição.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo legal 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, receber os embargos de declaração como agravo legal e negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de julho de 2013.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de embargos de declaração opostos pelos autores em face de decisão monocrática que, nos termos do art.

557 do Código de Processo Civil, deu provimento à apelação do INSS, para julgar improcedente o pedido de concessão de pensão por morte.

A parte autora sustenta, em síntese, a possibilidade de regularização das contribuições em atraso, eis que o *de cujus* era autônomo. Requer a reconsideração da decisão ou, que o recurso seja levado em mesa. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Constatada a sua tempestividade, apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF, 3ª Região.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Depreende-se das razões recursais o nítido propósito de rediscutir a tese jurídica adotada singularmente. Assim, a irresignação deve ser recebida como agravo legal, por ser a sede adequada para obter o rejulgamento da causa. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada contra o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, na qual os autores pleiteiam a concessão de pensão por morte.

Alegam os autores que o Sr. José Jailton de Souza, falecido em 22/04/2005, era trabalhador autônomo, à época de seu falecimento, cuja filiação é automática ao RGPS como contribuinte individual. Sustentam que têm direito ao recolhimento de contribuições (após o óbito) em atraso, e do respectivo parcelamento das mesmas com abatimento/compensação de 30% sobre os proventos do próprio benefício de pensão por morte.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido para reconhecer a qualidade de segurado de Nilson Sabino de Oliveira, à época de seu falecimento, como contribuinte individual, bem como o direito ao benefício de pensão por morte.

Apelou o INSS alegando perda da qualidade de segurado, bem como impossibilidade de recolhimento de contribuições do ex-segurado após a morte.

A decisão recorrida (fls. 133/140) deu provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido.

Neste recurso, os autores sustentam a possibilidade de efetuarem o recolhimento das contribuições previdenciárias em atraso, após a morte do segurado.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do *de cujus*, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97; Lei nº 10.666/03).

Os recorrentes são esposa e filhos do falecido (conforme certidão de casamento e nascimento, acostadas aos autos às fls. 20/22), cuja dependência econômica é presumida nos termos do artigo 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91.

No que tange à qualidade de segurado do falecido, verifica-se que ele exerceu atividade remunerada com vínculo empregatício anotado em CTPS, de 01/11/1988 a 11/09/1989, 14/08/1990 a 14/05/1992, 03/01/1994 a 30/06/1994 (fls. 12/17). Recebeu parcelas do Seguro Desemprego nas competências 08/94, 09/94, 10/94 e 11/94 (fl. 17).

Assim, manteve a sua qualidade de segurado do RGPS até 15/08/1996, tendo em vista ter recolhido menos de 120 (cento e vinte) contribuições (fls. 12/17), nos termos do art. art. 15, §4, Lei 8.213/91.

Dessa forma, entre a data da rescisão do seu último vínculo empregatício e a data do óbito (22/04/2005), transcorreram mais de 24 (vinte e quatro) meses, de modo a suplantar o período de "graça", conforme o art. 15 e incisos da Lei nº 8.213/91, o que implica na perda da qualidade de segurado junto ao Regime Geral de Previdência Social.

Oportunamente, anoto que ato normativo do próprio INSS, conforme se verifica do *art. 282, inciso III, alínea "a", da Instrução Normativa INSS/DC Nº 118, de 14 de abril de 2005*, revogada pela Instrução Normativa INSS/PR nº 11, de 20 de setembro de 2006, e que estava em vigor à época do óbito dispõe, *verbis:*

> Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS.
> ....
> III - admitir-se-á ainda a regularização espontânea do débito por parte dos dependentes, nas seguintes hipóteses:
> a) *exista inscrição e contribuições regulares*, efetivadas pelo segurado, com paralisação dos recolhimentos por período superior aos prazos estabelecidos para manutenção da qualidade de segurado;
> ...

Todavia, fica afastada a regularização do débito, pois nestes autos, o exercício da atividade como "pintor autônomo" restou embasado apenas em prova testemunhal, eis que não foi juntado aos autos início de prova documental do exercício da atividade como autônomo, nem a existência de inscrição e contribuições regulares nesta condição.

Dessa forma, resta mantida a decisão recorrida, eis que o falecido não havia atingido os requisitos necessários para qualquer aposentadoria quando de seu falecimento, bem como já não contribuía com o sistema de Previdência Social há mais de 10 anos, o que, por sua vez, ensejou a perda de sua qualidade de segurado.

Ante o exposto, RECEBO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO LEGAL E NEGO-LHE PROVIMENTO.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0006110-10.2011.4.03.0000
(2011.03.00.006110-0)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: MARIA APARECIDA DE CAMARGO
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CIRO BRANDANI
Classe do Processo: AR 7939
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2013

DECISÃO

Trata-se de ação rescisória aforada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS com fundamento no art. 485, V (violação literal a disposição de lei) e IX (erro de fato), do Código de Processo Civil, em face de Maria Aparecida de Camargo, visando à desconstituição da decisão monocrática terminativa de fls. 163/165, proferida pela Egrégia Nona Turma desta Corte no julgamento da Apelação Cível nº 2006.03.99.007445-6, sob a Relatoria da Exma. Juíza Federal Convocada Monica Nobre, na qual dera provimento ao recurso para reformar a sentença de improcedência proferida na origem e conceder à autora o benefício previdenciário de aposentadoria por idade rural, com o pagamento das parcelas vencidas desde o requerimento administrativo (1993), observada a prescrição das prestações vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação (Súmula 85 STJ).

Sustenta o autor ter o julgado rescindendo incidido em erro de fato ao reconhecer o exercício da atividade rural pela ré no regime de economia familiar, ante a ausência de início de prova material acerca do labor rural até o ano de 1993, além da prova testemunhal ter sido contraditória a tal respeito.

Afirma que o cônjuge da ré se encontra aposentado por invalidez rural desde o ano de 1981, além de a própria ré admitir ter trabalhado somente até o ano de 1988. Afirma ainda que o endereço residencial declinado pela ré se situa na zona urbana e é diverso da propriedade rural em nome de seu cônjuge, além de ser este proprietário de mais de um imóvel rural.

Alega ainda a violação à Lei Complementar nº 11/71, em vigor no regime anterior à Lei nº 8.213/91, à época em que a ré implementou o requisito etário, pois completou 55 anos de idade em 20.06.1983, de forma a violar o disposto art. 4º, par. único, da Lei Complementar referida, que veda a concessão do benefício a mais de um membro da família. Invoca ainda a violação à Lei nº 8.213/91, pois a ré não comprovou o exercício de atividade rural no período imediatamente anterior e equivalente à carência de 60 (sessenta) meses exigida pelo art. 142 da lei referida.

Requer, assim, a suspensão da execução da r. decisão que se pretende rescindir, mediante a antecipação de tutela de mérito, considerando o receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao erário, de forma que presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Citada, a ré contestou o pedido inicial, arguindo preliminar de carência da ação e, no mérito, afastou a alegada violação a disposição literal de lei, pois o benefício foi requerido administrativamente no ano de 1993, na vigência da Lei nº 8.213/91, sob a qual a idade exigida passou a ser de 55 anos e o benefício passou a contemplar a mulher, pois no regime da Lei Complementar nº 11/71 esta não era beneficiária de aposentadoria por idade a trabalhador

rural, além de não ter implementado o requisito etário de 65 anos então exigido para a concessão do benefício. Alega ainda que o parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar nº 11/71 não foi recepcionado pela atual Constituição, por sua incompatibilidade com a igualdade entre homens e mulheres na chefia da sociedade conjugal instituída pelo art. 226, § 5º da CF.

De outra parte, afirma ter sido comprovado o labor campesino pelo prazo previsto na Lei nº 8.213/91, em período anterior à sua vigência, com base nas provas testemunhal e documental produzidas, consistente esta na declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Itaberá, devidamente homologada pelo Ministério Público, no período de 1947 a 1993, além de comprovante de cadastro no INCRA no período de 1988 a 2003, de forma contínua e ininterrupta. Afirma que a eventual má-apreciação da prova ou a injustiça da decisão não são suficientes para configurar a existência de erro de fato ensejador da desconstituição do julgado.

Feito o breve relatório, decido.

Inicialmente, verifico que a presente ação rescisória foi proposta dentro do biênio legal, com o preenchimento de todos os pressupostos processuais e condições da ação, razão pela qual passo ao exame do pedido de antecipação de tutela formulado.

Cumpre, de início, anotar que a concessão de tutela antecipada, em ação rescisória, é medida a ser tomada em situações excepcionais, ante a verossimilhança do alegado, sob pena de tornar-se inócua a regra inserta no artigo 489 do CPC.

A intangibilidade da coisa julgada material encontra proteção no Código de Processo Civil, sendo a sua violação uma das estritas hipóteses de cabimento da ação rescisória.

No caso presente, verifico a existência de manifesta contradição entre a prova documental que integrou o material fático-probatório da ação originária e aquela foi considerada na decisão rescindenda para o reconhecimento do labor rural da ré.

A decisão rescindenda assim se pronunciou sobre o assunto:

> Em atendimento à exigência de juntada de início razoável de prova material, foram carreadas aos autos a Certidão de Casamento da autora (fl. 11), celebrado em 05/07/1947, da qual consta a qualificação de seu marido como lavrador.
> Consta, também, em nome do cônjuge, os Certificados de Cadastro, as Notificações de Lançamento, declarações e comprovantes de pagamento do ITR (fls. 15/20), datadas entre 1988 e 2003.
> Destaque-se, ainda, a Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Itaberá - SP (fl. 13), devidamente homologada pelo Ministério Público, em 11/03/1993, demonstrando o exercício de atividades rurais pela autora, no período compreendido entre 1947 e 1993.
> Esse documento atende ao, expressamente, disposto na redação original do artigo 106, inciso III, da Lei 8.213/91, vigente na época da elaboração do documento. Por oportuno, transcrevo o referido dispositivo legal:
> "Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural far-se-á, alternativamente, através de:
> ...
> III - declaração do sindicato de trabalhadores rurais, desde que homologada pelo Ministério Público ou por outras entidades constituídas definidas pelo CNPS;"
> Consultado o CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, constatou-se, em nome do cônjuge, dados relativos à condição de segurado especial a partir de 2007, bem como a percepção de aposentadoria por invalidez oriunda de atividade rural, datada de 01/05/1981.
> De outro norte, os relatos das testemunhas, de fl. 76/77, colhidos por ocasião da audiência de instrução e julgamento, convergem no sentido de serem verdadeiras as alegações aduzidas na peça exordial.

> Tem-se, portanto, que da conjugação de ambas as provas produzidas, testemunhal e documental, resta comprovado o exercício de atividades rurais no período exigido em lei.
> Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos exigidos pelo artigo 143 da Lei nº 8.213/91 para a concessão do benefício pretendido, impondo-se a reforma da decisão de primeira instância.

Como se vê, a decisão rescindenda invocou a qualificação de lavrador do cônjuge da ré para reconhecer a condição desta de trabalhadora rural, fazendo-o ainda com base na Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Itaberá -SP (fl. 22), homologada pelo Ministério Público em 11/03/1993, na qual estaria demonstrado o exercício de atividade rural pela ré no período compreendido entre 1947 e 1993.

No entanto, a aludida declaração possui presunção *iuris tantum* de veracidade, fazendo prova do labor rural desde que ausente prova em contrário, na esteira do precedente seguinte:

> PREVIDENCIÁRIO - CONTAGEM DE TEMPO RURAL - PROVA - DECLARAÇÃO SINDICAL HOMOLOGADA PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA - SUFICIÊNCIA, ANTE AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO - DOCUMENTOS COM POSSÍVEL ADULTERAÇÃO DESCONSIDERADOS E REMETIDOS AO MP - PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DE DECLARATÓRIA REJEITADA - CARÊNCIA DE PARTE DO PEDIDO - SENTENÇA MANTIDA NO MAIS.
> 1. Até o advento da Lei 9.063, de 14/6/95, a declaração emitida por sindicato de trabalhadores rurais, homologada pelo Ministério Público, era meio hábil para comprovar trabalho rural, gozando de presunção "iuris tantum" de veracidade.
> 2. É razoável reconhecer o trabalho rural desde a adolescência, quando por volta dos vinte anos tal profissão consta da certidão de casamento e os noivos residem na propriedade rural, posto que ninguém se iniciava na profissão de rurícola apenas quando adulto. Caso em que o patrão figura como testemunha do casamento.
> 3. Se o INSS reconheceu, administrativamente, parte do período total pretendido, o autor é carecedor nessa parte, por desnecessidade da prestação jurisdicional.
> 4. A ausência de condições da ação pode ser objeto de análise ainda que não alegada, ante sua natureza de ordem pública.
> 5. Preliminar rejeitada; apelo do INSS improvido. Sentença de procedência corrigida para parcial procedência, em face de carência do autor quanto a parte do pedido.
> (TRF 3ª Região, Quinta Turma, Apelação Cível nº 00496077519964039999, Rel. Juiz Convocado Higino Cinacchi, DJU DATA: 06/12/2002)

No caso presente, tem-se que a presunção de veracidade da Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Itaberá (fls. 22) cede passo ante os elementos de prova coligidos aos autos originários e que contradizem o labor rural da ré até o ano de 1993 nela declarado.

A primeira contradição se verifica da confrontação da Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Itaberá com a declaração firmada pelo cônjuge da ré, Ataliba Camargo, datada de 12 de março de 1993, constante de fls. 54, na qual este afirma ter trabalhado juntamente com a ré no imóvel rural de sua propriedade, em regime de economia familiar, no período de 1947 a 1993.

No entanto, o documento de fls. 103 comprova que o declarante já se encontrava aposentado por invalidez rural desde o ano de 1981, de forma a evidenciar que declaração prestada apresenta contradição, considerando as demais provas dos autos.

Na mesma declaração, o cônjuge da ré declara residir no imóvel rural "Sítio Barreiro II," em Itaberá, quando na própria Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de

Itaberá (fls. 22), bem como no requerimento de benefício apresentado pela ré (fls. 57), datado de 22.06.1993, esta declara ter domicílio situado em endereço urbano, na Rua Francisco Alves Negrão nº 130, na cidade de Itaberá.

Nota-se ainda do mesmo requerimento administrativo que a própria ré afirma ter deixado de trabalhar nas lides rurais no ano de 1988.

Desta forma, os elementos de convicção que já integravam o conjunto probatório constituído na ação originária evidenciaram a verossimilhança do pedido rescisório formulado pela autora, ao revelarem ter a decisão rescindenda se fundado, a priori, em erro de fato, apurável pelo simples cotejo da prova documental, apto a lançar fundada dúvida acerca da efetividade do labor rural da ré nela reconhecido, nos termos dos §§ 1º e 2º e do inciso IX, ambos do art. 485 do CPC.

Frise-se que não houve controvérsia ou pronunciamento judicial acerca do motivo da rescindibilidade alegado no pleito rescisório, pois em nenhum momento o julgado rescindendo se manifestou expressamente acerca da presunção de veracidade da Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais e sua contradição com os demais elementos de prova coligidos na lide originária.

Consoante consignado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Rescisória nº 3460, "é de se concluir pela configuração de erro de fato, porquanto não houve valoração suficiente do conjunto probatório coligido aos autos, sendo este o posicionamento já assentado por esta Terceira Seção, conforme o acórdão proferido na Ação Rescisória nº 1.276/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima (DJe 1º/2/2010), assim ementado: 'Desconsiderada a prova constante dos autos da ação originária, resta caracterizada a ocorrência de erro de fato, a autorizar a procedência da ação rescisória.' No mesmo sentido: Ação Rescisória nº 1.364/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 3/11/2009 e Ação Rescisória nº 2.972/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 12/12/2007."

De outra parte, constato, conforme consulta realizada ao sistema processual informatizado nessa E. Corte, que foi efetuado o pagamento do precatório nº 20120014151, no valor de R$ 89.439,38 (oitenta e nove mil, quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e oito centavos), expedido nos autos da ação originária, versando o pagamento dos valores em atraso devidos à ré e relativos à condenação imposta ao INSS na decisão rescindenda.

Ante o exposto, presentes os requisitos do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para suspender a execução do julgado rescindendo até o final julgamento da presente ação rescisória e para determinar a imediata cessação do benefício previdenciário de aposentadoria por idade rural concedida à ré.

Comunique-se o teor da presente decisão ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Itapeva - SP, a fim de que suspenda, de imediato, o andamento da execução nº 0006636-87.2011.4.03.6139 e para que determine a imediata cessação do benefício previdenciário de aposentadoria por idade rural concedida à parte ré, Maria Aparecida de Camargo (NB 152.167.911-5 - DIB: 22.06.1993).

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 01 de agosto de 2013.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0006568-66.2012.4.03.9999
(2012.03.99.006568-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 159/161
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: JOÃO LUCAS CARNEIRO DOS SANTOS (incapaz), JESSICA BRENDA CARNEIRO DOS SANTOS (incapaz) E JENNIFER LAYANE CARNEIRO
Representante: JOSEFA DIAS CARNEIRO DOS SANTOS
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE DIADEMA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI
Classe do Processo: ApelReex 1721111
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/08/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Agravo interposto pelo INSS, sustentado não ser possível a concessão do benefício, porque o último salário do segurado supera o limite legal de renda, eis que, no caso dos autos, o último salário-de-contribuição (em setembro de 2009), do segurado preso em 06 de setembro de 2010, correspondia a R$ 1.620,74 (um mil seiscentos e vinte reais e setenta e quatro centavos), superior, portanto, ao limite para a época, pois, conforme a Portaria 333 de 2010, equivaleria a R$ 810,18 (oitocentos e dez reais e dezoito centavos).

II - O artigo 80, da Lei nº 8.213/91 estabelece que: "o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço". Acrescenta o seu parágrafo único que: "o requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário". Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 20/98, disciplinou, em seu artigo 13 que: "até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social". Sendo vedada a concessão desse benefício aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91.

III - Os dispositivos mencionados foram regulamentados pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 116 a 119. Frisa a necessidade de manutenção da qualidade de segurado e a presença da dependência econômica (§ 1º do art. 116). Estabelece, ainda, que "serão aplicados ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do

segurado, a preexistência da dependência econômica" (§ 3º do art. 116) e que "a data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior" (§ 4º do art. 116). É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26, I, da Lei nº 8.213/91.

IV - Na hipótese dos autos, a inicial veio instruída com certidões de nascimento dos autores, em 08.03.1993, 01.03.1997 e 01.02.2002; atestado de permanência carcerária do genitor, indicando sua prisão em 06.09.2010); CTPS do pai, com registros de labor urbano, de 01.03.2007 a 23.09.2009, de forma descontínua; e comunicação do indeferimento administrativo do benefício de auxílio-reclusão, requerido em 28.09.2010, ao argumento de que o último salário-de-contribuição do segurado supera o previsto na legislação. Os autores acostam atestado atualizado de permanência carcerária do genitor. A ex-empregadora confirma o vínculo empregatício do recluso, de 17.03.2009 a 23.09.2009, conforme documentos que envia. O INSS colaciona, com a contestação, extratos do sistema Dataprev, com registros de labor urbano do pai, de 01.09.1993 a 23.09.2009, de forma descontínua, com as remunerações de 2009. A certidão de recolhimento prisional acostada aos autos indica a prisão em flagrante do genitor, em 06.09.2010, e a progressão para o regime aberto, em 05.09.2011, confirmada por documentos. Os autores comprovam ser filhos do recluso, por meio das certidões de nascimento, sendo, nesse caso, dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

V - Quanto à qualidade de segurado, verifica-se que o último vínculo empregatício do genitor cessou em 23.09.2009 e, assim, não há dúvidas de que, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 8.213/91, ostentava a qualidade de segurado, quando do recolhimento à prisão, em 06.09.2010.

VI - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. (Precedente do C. STF: RE 587365/SC)

VII - No que tange ao limite da renda, o segurado não possuía rendimentos à época da prisão, vez que se encontrava desempregado. Dessa forma, inexiste óbice à concessão do benefício aos dependentes, por não restar ultrapassado o limite previsto no art. 13 da Emenda Constitucional nº 20 de 1998.

VIII - A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

IX - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

X - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o

entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.
XI - Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de julho de 2013.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil e artigos 250 e 251, do Regimento Interno desta E. Corte, em face da decisão monocrática de fls. 159/161 que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do CPC, não conheceu da remessa oficial e deu parcial provimento à apelação do Instituto Autárquico, apenas para estabelecer os critérios de incidência da correção monetária e dos juros de mora, mantendo, no mais, a r. sentença que julgou procedente o pedido de concessão de auxílio-reclusão a partir de 25.10.2010 (data da negativa administrativa), vigente até 05.09.2011, data em que o recluso passou ao regime aberto, tendo em vista o disposto no art. 116, § 5º, do Decreto nº 3.048/99, e a tutela anteriormente concedida. A correção monetária das prestações em atraso fixada 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. Juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação, 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. Por fim, condenou o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor das parcelas vencidas até a sentença (Súmula 111 do E. STJ). Isentou-o de custas.

Sustenta, em síntese, não ser possível a concessão do benefício, porque o último salário do segurado supera o limite legal de renda, eis que, no caso dos autos, o último salário-de-contribuição (em setembro de 2009), do segurado preso em 06 de setembro de 2010, correspondia a R$ 1.620,74 (um mil seiscentos e vinte reais e setenta e quatro centavos), superior, portanto, ao limite para a época, pois, conforme a Portaria 333 de 2010, equivaleria a R$ 810,18 (oitocentos e dez reais e dezoito centavos). Pede, em juízo de retratação, que a decisão proferida seja reavaliada, para dar provimento ao recurso e que, caso não seja esse o entendimento, requer que o presente agravo seja apresentado em mesa.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Não procede a insurgência do agravante.

Neste caso, cuida-se de pedido de concessão de auxílio-reclusão, com a condenação do INSS no pagamento dos valores em atraso, vez que os autores são dependentes do pai que, ao tempo do recolhimento à prisão (06.09.2010), possuía a qualidade de segurado e, desempregado desde 23.09.2009, seu genitor não auferia quaisquer rendimentos.

O Julgado dispôs expressamente:

> (...) Inicialmente, não é o caso de se submeter a decisão ao reexame necessário, nos termos do § 2º do art. 475 do CPC, tendo em vista que a condenação não excede 60 salários mínimos.
> O benefício de auxílio-reclusão encontra-se disciplinado pelo art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 20/98, art. 80 da Lei nº 8.213/91 e arts. 116 a 119, do Decreto nº 3.048/99.
> O art. 201, inciso IV, da CF, prescreve: "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda".
> Por sua vez, dispõe o artigo 80, da Lei nº 8.213/91 que o "auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço".
> Acrescenta o seu parágrafo único: "O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário".
> A Emenda Constitucional 20/98, disciplinou, em seu artigo 13: "até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social".
> Os dispositivos mencionados foram regulamentados pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 116 a 119. Frisa a necessidade de manutenção da qualidade de segurado e a presença da dependência econômica (§ 1º do art. 116). Estabelece, ainda, que "serão aplicados ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica" (§ 3º do art. 116) e que "a data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior" (§ 4º do art. 116).
> É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26, I, da Lei nº 8.213/91.
> Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado, que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91.
> Bem, na hipótese dos autos, a inicial é instruída com certidões de nascimento dos autores, em 08.03.1993, 01.03.1997 e 01.02.2002 (fls. 19/21); atestado de permanência carcerária do genitor, indicando sua prisão em 06.09.2010 (fls. 25); CTPS do pai, com registros de labor urbano, de 01.03.2007 a 23.09.2009, de forma descontínua (fls. 26/28); e comunicação do indeferimento administrativo do benefício de auxílio-reclusão, requerido em 28.09.2010, ao argumento de que o último salário-de-contribuição do segurado supera o previsto na legislação (fls. 29).

Os autores acostam atestado atualizado de permanência carcerária do genitor, a fls. 53.
A ex-empregadora confirma o vínculo empregatício do recluso, de 17.03.2009 a 23.09.2009, conforme documentos que envia (fls. 55/65).
O INSS colaciona, com a contestação, extratos do sistema Dataprev, com registros de labor urbano do pai, de 01.09.1993 a 23.09.2009, de forma descontínua, com as remunerações de 2009 (fls. 71/74).
A certidão de recolhimento prisional de fls. 95 indica a prisão em flagrante do genitor, em 06.09.2010, e a progressão para o regime aberto, em 05.09.2011, confirmada pelos documentos de fls. 149/157.
Os autores comprovam ser filhos do recluso, por meio das certidões de nascimento, sendo, nesse caso, dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.
Quanto à qualidade de segurado, verifica-se que o último vínculo empregatício do genitor cessou em 23.09.2009 e, assim, não há dúvidas de que ostentava a qualidade de segurado, quando do recolhimento à prisão, em 06.09.2010, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 8.213/91.
No que tange ao limite da renda, o segurado não possuía rendimentos à época da prisão, vez que se encontrava desempregado.
Dessa forma, inexiste óbice à concessão do benefício aos dependentes, por não restar ultrapassado o limite previsto no art. 13 da Emenda Constitucional nº 20 de 1998.
Vale frisar que o § 1º do art. 116 do Decreto n.º 3048/99 permite, nesses casos, a concessão do benefício, desde que mantida a qualidade de segurado, *in verbis*:
"Art. 116 (...)
§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado"
No mesmo sentido é a jurisprudência desta C. Corte, que ora colaciono:
"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IRREVERSIBILIDADE. CAUÇÃO.
1. Encontrando-se o segurado desempregado no momento de seu recolhimento à prisão, evidenciada, portanto, a ausência de renda superior ao limite de que trata o art. 13 da EC nº 20/98, os seus dependentes fazem jus ao benefício de auxílio-reclusão.
2. Não é parâmetro aferidor da renda, para fins de concessão do auxílio-reclusão, salário-de-contribuição verificado em momento muito anterior à prisão do segurado, porquanto não tem aptidão de revelar, quando do encarceramento, condição de suficiência financeira que constitua óbice ao deferimento do benefício. Aliás, o § 1º do art. 116 do Decreto nº 3.048/99 sinaliza no sentido de que o salário-de-contribuição a se considerar é aquele da data do efetivo recolhimento à prisão, tanto assim que dispôs ser devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurando quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.
3. Diante do regramento estabelecido pela Lei nº 9.494/97, é ínsita a possibilidade de concessão de tutela antecipada e execução provisória contra pessoa jurídica de direito público.
4. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, como é o caso do benefício previdenciário, não se pode falar em irreversibilidade da medida antecipatória da tutela, pois ela não esgota a um só tempo o objeto da demanda, podendo o pagamento do benefício ser suspenso a qualquer tempo, se alterada a situação fática que alicerçou a tutela antecipada.
5. Dispensável a caução, nos termos do disposto no § 2º do art. 588, c.c. o § 3º do art. 273, ambos do CPC. 6. Agravo de instrumento improvido."
(TRF3 - AG 200203000430311 - AG - Agravo de Instrumento - 164969 - Décima Turma - DJU data:25/05/2005, página: 492 - Data da decisão 26/04/2005 - Data da Publicação 25/05/2005 - Relator Juiz Galvão Miranda)
"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. TUTELA

ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS.
I - Prevê o art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.
II - Considerando que o segurado recluso não percebia renda à época de seu recolhimento à prisão, vez que estava desempregado, há que se reconhecer que restaram preenchidos os requisitos necessários para a concessão do provimento antecipado.
III - Agravo de instrumento do INSS improvido."
(TRF - 3ª Região - AI 201003000074047 - AI - Agravo de Instrumento - 400821 - Décima Turma - DJF3 CJ1 data:25/08/2010 página: 396 - Juiz Sergio Nascimento)
Em suma, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão do auxílio-reclusão, o direito que perseguem os autores merece ser reconhecido.
O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do indeferimento administrativo (25.10.2010), à míngua de apelo para sua alteração.
O termo final deve ser fixado em 05.09.2011, data em que o recluso passou ao regime aberto, tendo em vista o disposto no art. 116, § 5º, do Decreto nº 3.048/99.
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, 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.
Pelas razões expostas, não conheço do reexame necessário e, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao apelo do INSS, apenas para estabelecer os critérios de incidência da correção monetária e dos juros de mora, conforme fundamentado.
O benefício é de auxílio-reclusão, devido nos termos do art. 80 da Lei nº 8.213/91, aos menores João Lucas Carneiro dos Santos, Jessica Brenda Carneiro dos Santos e Jennifer Layane Carneiro Santos, representados por sua genitora Josefa Dias Carneiro dos Santos, com DIB em 25.10.2010 (data do indeferimento administrativo). Mantenho a antecipação da tutela.
(...). (grifei)

Tem-se que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao Código de Processo Civil ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA

ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, inocorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.
II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.
(...)
(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data: 16/05/2005; página: 412; Relator: GILSON DIPP)

EMENTA: *Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.*
(Origem: STF - Supremo Tribunal FederalClasse: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Por fim, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Nesse sentido, destaco:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO PREVISTO NOS ARTS. 250 E 251 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ADESÃO DA EMBARGANTE AO REFIS - DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE EXTINÇÃO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 269, V, DO CPC - AUSÊNCIA DE RENÚNCIA EXPRESSA - AGRAVO IMPROVIDO.
1. Decisão que indeferiu pedido de extinção do feito, formulado pelo INSS com fulcro no art. 269, V, do CPC, sob o fundamento de que a embargante não renunciou expressamente ao direito sobre que se funda a ação.
2. Considerando que a extinção do feito, nos termos do art. 269, V, do CPC se consubstancia em julgamento de mérito, é necessário que haja renúncia expressa do direito em que se funda a ação, da parte autora, o que, na hipótese, não ocorreu.
3. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto nos arts. 250 e 251 da Regimento Interno desta Corte Regional, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando, como no caso, bem fundamentada e sem qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
4. Agravo improvido.
(TRF 3ª Região - 5ª Turma - Apelação Cível nº 338444 - autos nº 96.03.073621-0-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 22.11.2006 - p. 154) - grifei

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO SUJEITA A RECURSO PRÓPRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 8º DA LMS.

1 - É incabível a concessão do writ contra decisão judicial sujeita a recurso próprio. O mandado de segurança não é sucedâneo recursal. Art. 5º, Lei nº 1.533/51. Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal.

2 - O entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça é no sentido de que em sede de agravo regimental não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator, quando bem fundamentada, e desde que ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

3 - Agravo regimental desprovido.

(TRF 3ª Região - Primeira Seção - Mandado de Segurança nº 171134 - autos nº 96.03.013348-5-SP - Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto - DJU 08.10.2002 - p. 324) - grifei

Assim, não merece reparos a decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0012330-63.2012.4.03.9999
(2012.03.99.012330-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 219/226
Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E RIAN DE LIMA BERTOLINO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE VOTUPORANGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AC 1731193
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. AUSÊNCIA DE VARA FEDERAL NA COMARCA DO DOMICÍLIO DO BENEFICIÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE ATIVA PARA ATUAR NA JUSTIÇA FEDERAL. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE SOCIAL. ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.
I - Tratando-se de causas que envolvam segurados e previdência social, não havendo na comarca domicílio do beneficiário, Vara do Juízo Federal, as ações poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual.
II - Admite-se a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público, inclusive, em defesa de direitos individuais homogêneos, que apresentem interesses sociais constitucionalmente relevantes, situação em que se enquadra a presente ação.
III - É possível se admitir que o Ministério Público Estadual possua legitimidade ativa para atuar nas causas da competência da Justiça Federal, conforme se depreende da leitura do artigo 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com a redação dada pela Lei nº 8.078/90, que prevê o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida referida lei.
IV - A assistência social é paga ao portador de deficiência ou ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela sua família (CF, art. 203, V, Lei nº 8.742/93, Lei nº 9.720/98 e Lei nº 10.741/03, art. 34).
V - A parte autora faz jus ao amparo assistencial, uma vez demonstrado o implemento dos requisitos legais.
VI - Matéria preliminar rejeitada. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de decisão monocrática que, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, deu parcial provimento à sua apelação, para determinar a forma de incidência de correção monetária e juros de mora.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Estadual, bem como a ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual, por se tratar de demanda da competência da Justiça Federal; a ilegitimidade ativa do Ministério Público nas causas de interesse individual de direito disponível; a inadequação da via eleita para tutelar interesses estritamente individuais e, ainda, a ocorrência da coisa julgada. No mérito, alega que não restou demonstrado o requisito miserabilidade, pois a renda *per capita* do grupo familiar supera ¼ do salário mínimo, não sendo observado o decidido na ADIN 1232-1-DF, violando, por conseguinte, o disposto no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99, bem como que deveria ter sido observado o disposto no artigo 97 da Constituição Federal.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Preliminarmente, no que tange à alegação de incompetência absoluta da Justiça Estadual, note-se que a Constituição Federal preceitua, em seu artigo 109, § 3º:

> § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Com efeito, a presente demanda cuida de "benefício de prestação continuada", previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93, que se submete à disciplina da Assistência Social, "direito do cidadão e dever do Estado", que "é Política de *Seguridade Social* não contributiva, que provê os mínimos sociais", nos termos do artigo 1º do referido diploma legal, e, portanto, pode-se entender que o pretendente que faz jus ao benefício há de ser o *beneficiário* e que o mesmo, sob a *Seguridade* Social, é um *segurado*.

Saliente-se que não há Vara do Juízo Federal na comarca do domicílio da parte autora, sendo adequado o processamento e julgamento na Justiça Estadual.

Em mesmo sentido, este E. Tribunal Regional Federal publicou a Súmula nº 22:

> É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

Desta forma, há de ser afastada a alegação de incompetência absoluta da Justiça Estadual.

Com relação às preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público para atuar nas causas de interesse individual de direito disponível e de inadequação da via eleita para tutelar interesses estritamente individuais, oportuno os seguintes esclarecimentos.

A Constituição Federal de 1988, conforme o disposto em seus artigos 127 e 129, inciso III, atribuiu ao Ministério Público ampla legitimação para a propositura de ações civis publicas, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e *dos interesses sociais* e individuais indisponíveis.

Cumpre notar ainda que a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, disciplinou em seu artigo 3º que: "As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público".

Ademais, o próprio E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública versando sobre matéria previdenciária, como se vê no aresto abaixo transcrito, citado a título ilustrativo (grifos nossos):

> *DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL* - CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO - RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA - DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS - PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL - EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - *AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO"* (CF, ART. 129, II) - DOUTRINA - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
> - O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações.
> - A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, com o mandado de segurança ou a própria ação civil pública.
> - *O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas.* Doutrina. Precedentes.
> (STF, RE-AgR 472489 RS, Segunda Turma, v.u., Relator Ministro Celso de Melo, julgamento em 29/04/2008, publicado em 29/08/2008)

Nesse sentido ainda (grifos nossos):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITOS DA DECISÃO.
I - A teor dos artigos 74 e 81, ambos da Lei nº 10.741/2003 e artigo 3º da Lei nº 7.853/89, *o Ministério Público possui legitimidade para ingressar com ação civil pública para defender interesse individual homogêneo.*
II - Em atenção ao princípio da isonomia, o disposto no parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003 deve ser aplicado, também, quando se tratar de benefício previdenciário no valor de um (01) salário mínimo, quer seja por incapacidade ou idade, não se restringindo somente ao benefício assistencial.
III - O prazo para cumprimento da decisão agravada deve ser estendido para 06 (seis) meses, haja vista o grande número de benefícios a serem revisados em cotejo com as condições técnico-humanas de que dispõe o ente autárquico.
IV - A imposição de multa à Autarquia, bem como o enquadramento do administrador ao disposto no artigo 319 do Código Penal, em caso de não atendimento à decisão judicial, tem por escopo compelir o cumprimento da ordem exarada.
V - Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.
(TRF 3ª Região, AG 200603000478076 MS, Décima Turma, v.u., Relator Juiz Federal Convocado David Diniz, DJU 12/03/2008, p. 652)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS POR PARTE DOS INTERESSADOS. TERMO INICIAL. REVISÃO LEGAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.
I - A Constituição Federal, em seu art. 129, inciso III, prevê a legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública, em defesa de interesses difusos e coletivos.
II - O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 210, I) e a Lei Complementar nº 75/93 incluem, na competência do Ministério Público Federal, a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos à criança e ao adolescente.
III - A jurisprudência é pacífica no sentido de que o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública. Precedentes.
(...)
XV - Recurso da Autarquia parcialmente provido.
(TRF da 3ª Região, AC 00105984120024036105, Desembargadora Federal Marianina Galante, Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/12/2011)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. *BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. INTERVENÇÃO COMO *CUSTUS LEGIS*. IMPOSSIBILIDADE. EXAME INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. POSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. INEXISTÊNCIA.
1. É de se ter por interposta a remessa oficial quando proferida contra a fazenda pública sentença cujo proveito econômico não se afigura prontamente aferível como de valor inferior a 60 salários mínimos.
2. Não se conhece do recurso de apelação quando veicula matéria dissociada dos fundamentos da decisão recorrida.
3. O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos que sejam identificáveis com interesses sociais constitucionalmente relevantes, situação em que se enquadra o direito ao benefício assistencial de que trata o inciso V do art. 203 da CF/88.
4. Sendo o Ministério Público Federal autor da ação civil pública, não é de se admitir sua concomitante intervenção no feito como *custus legis*. Precedentes desta Corte e do Colendo STJ.

5. Inexiste usurpação de competência do STF quando procedido apenas de forma incidental o exame da constitucionalidade da Lei que estipula os requisitos para o deferimento do benefício assistencial. Precedentes do STF.
6. A exceção prevista no art. 34 do Estatuto do Idoso - concernente à exclusão de valores de benefício assistencial para a aferição da renda familiar *per capita* que torna o sujeito elegível para o benefício assistencial, à luz do primado da igualdade e atento à inexistência de discrímen constitucional para o alcance do benefício assistencial aos idosos e deficientes, deve ser estendida também ao benefício previdenciário percebido pelo idoso, bem como aos benefícios assistenciais ou previdenciários, sempre de valor até um (01) salário minimo, percebidos pelos portadores deficiência.
(TRF da 4ª Região, AC 2007.71.06.000329-6, José Francisco Andreotti Spizzirri, Sexta Turma, D.E. 23/03/2010)

Nesse contexto, em que se admite a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público, inclusive, em defesa de direitos individuais homogêneos, que apresentem interesses sociais constitucionalmente relevantes, situação em que se enquadra a presente ação, é possível, outrossim, se admitir que o *Ministério Público Estadual* possua legitimidade ativa para atuar nas causas da competência da Justiça Federal, conforme se depreende da leitura do artigo 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com a redação dada pela Lei 8.078/90, que prevê o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida referida lei.

A doutrina já manifestou entendimento nesse sentido:

A expressa autorização para o litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública (art.5º, § 5º, Lei Federal nº 7.347/85) revela nitidamente a possibilidade de o Ministério Público poder demandar em Justiça que não lhe seria correspondente. Esse litisconsórcio é facultativo e unitário; como tal, exige que cada um dos litisconsortes, sozinho, tenha legitimidade para demandar o mesmo pedido, fato que por si só já demonstra o acerto da tese ora defendida. (DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. v. 4. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 350/351)

Corroborando, inclusive esse entendimento, segue o seguinte julgado (grifo nosso):

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. INTERESSES DE INCAPAZES*. CPF. AGRAVO REGIMENTAL.
I - Se a Constituição atribui ao Ministério Público a legitimidade para propor a ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos, quando tais interesses, oponíveis ao INSS, digam respeito aos civilmente incapazes, residentes no interior, em comarca que não seja sede de Vara Federal, por analogia, é sustentável admitir, em caráter excepcional a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.
II - Não se pode exigir a apresentação de CPF próprio aos portadores de deficiência mental ou os surdos-mudos que não podem se expressar, entre outros, eis que os mesmos não podem sequer requerer o benefício assistencial junto ao INSS, senão através de seus respectivos curadores, após procedimento de interdição.
III - O *periculum in mora* resta configurado no fato de se tratar de prestação alimentícia, com agravante de o benefício somente ser concedido em casos de renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo, haja vista que pela própria natureza da incapacidade, por doença, exige maiores dispêndios para a sobrevivência do paciente.
IV - Agravos Regimentais não providos.

> (TRF1, MC - MEDIDA CAUTELAR - 2004.01.00.034393-4, SEGUNDA TURMA DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, DJ DATA: 21/09/2006 PAGINA: 29)

Desse modo, é possível se admitir, mesmo na esfera da competência da Justiça Federal, a atuação do Ministério Público Estadual para propor ação civil pública, nos casos de defesa dos interesses e direitos de que cuida Lei da Ação Civil Pública.

No tocante à alegação de existência de coisa julgada, em razão de ter sido anteriormente ajuizada ação, em 14-03-2007, na 1ª Vara Cível da Comarca de Votuporanga - SP, com mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, sob o nº 0057503-52.2008.4.03.9999, verifica-se que essa espécie de benefício de prestação continuada, pressupõe a possibilidade de alteração nas condições fáticas.

No presente caso, observa-se a modificação do quesito da miserabilidade, em relação à situação apresentada na ação anteriormente proposta, ao se considerar que, atualmente, a Sra. Andréia Márcia de Lima Bertolino, mãe do menor absolutamente incapaz, Rian de Lima Bertolino, deixou de exercer atividade laborativa e, portanto, de contribuir para o sustento do grupo familiar (fls. 54/58 e 147/149).

Dessa forma, constatada a alteração da renda *per capita* em relação à ação ajuizada anteriormente, não há que se falar em coisa julgada, nos termos do artigo 471, I, do Código de Processo Civil.

Rejeitadas as preliminares, passo à análise da questão.

Assevero que muito embora pretenda a parte agravante a inversão do resultado da r. decisão proferida monocraticamente por este Relator, o conjunto probatório permite concluir que a parte autora preenche os requisitos necessários.

A r. decisão recorrida amparou-se no entendimento de que:

> Quanto à insuficiência de recursos para subsistência, ressalte-se que o objetivo da assistência social é prover o mínimo para a sobrevivência do deficiente ou do idoso, de modo a assegurar uma existência digna. Por isso, para sua concessão não há que se exigir uma situação de miserabilidade absoluta, bastando a caracterização de que o beneficiário não tem condições de prover à própria manutenção e de que não pode ser sustentado por sua família.
> Assim, o legislador constituinte de 1988, tendo em vista as enormes desigualdades sociais já então existentes do seio da sociedade brasileira, procurou através desse dispositivo constitucional, minorar a situação de penúria e miserabilidade em que se encontrava grande e significativa parcela da população, já configurando no dispositivo os requisitos essenciais da prestação continuada.
> Todavia, as autoridades governamentais tomaram inúmeras iniciativas legislativas, com o objetivo claro e inequívoco de mitigar e até frustrar o exercício desse direito a pretexto da expressão "conforme dispuser a lei" inserida no final do comando do mencionado inciso V do artigo 203 da CF, como se a expressão pudesse conceder ao legislador infraconstitucional licença para limitar esse direito constitucional.
> Como muito bem observou o Desembargador Federal FABIO PRIETO, da Quinta Turma deste Egrégio Tribunal, no voto condutor do acórdão unânime publicado na Revista do TRF-3ª Região, vol. nº 48, págs. 209/210, cujas doutas conclusões adoto, a "lei ordinária de 1993 não pode ser entendida como termo inicial de eficácia de direito adquirido, desde 1988, por força de norma constitucional", acrescentando que "a lei ordinária pode regulamentar esse direito, não condicioná-lo fora do âmbito da Constituição Federal" (TRF-3ª Região, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto de Souza, Ap. Civ. 515602, Processo nº 1999.03.99.072322-1/SP, DJU 17/04/2001, pág. 574).

Assim, a lei não pode criar parâmetros ou critérios fixos de miserabilidade econômica, como a que dispõe como unidade familiar hipossuficiente, aquela que perceba renda *per capita* igual ou inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, como se este tivesse sido estabelecido em valores vigentes em países do chamado primeiro mundo e não nos valores irrisórios em que vêm sendo estabelecidos no Brasil.

De se notar ainda, que, depois de 1988, quando o legislador constituinte se preocupou com a significativa massa de excluídos então existente na sociedade brasileira, essa situação deteriorou-se sobremaneira de lá para cá, fruto da adoção de políticas sociais e econômicas desumanas, excludentes e muitas vezes cruéis, sobrevalorizando o capital financeiro em detrimento do trabalho e das políticas sociais compensatórias, como a saúde e a seguridade social, tudo sob o equivocado dogma neoliberal da chamada Escola de Chicago, segundo o qual "não existe almoço grátis", com isso aumentando a miséria e a exclusão social e, em consequência, o número de cidadãos desamparados pelo poder público e necessitados do benefício de que trata estes autos.

Portanto, não cabe ao legislador, sob pretexto de ajuste fiscal ou contenção de despesas públicas, dificultar o acesso daquelas pessoas ao amparo social através de leis e regulamentos que, por via oblíqua, nada mais pretendem do que negar o próprio direito àquela garantia constitucional que, como mencionado na ementa do acórdão do STJ acima citada, "*foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência*".

Ademais, a decisão proferida na ADIN nº 1.232-1 diz que o § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 estabelece situação objetiva pela qual se presume pobreza de forma absoluta, mas não impede o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do segurado e de sua família (precedentes do STJ).

Sendo assim, o decidido pela Suprema Corte, contudo, não tem o condão de afastar a possibilidade de deferimento da assistência social prevista no artigo 20, da Lei nº 8.742/93, uma vez que nada impede que seja a efetiva necessidade de recebimento do benefício apurado segundo outras circunstâncias que assim o indique.

Saliente-se, ainda, que o Exmo. Min. Gilmar Mendes, recentemente, em medida cautelar, na Reclamação nº 4.374-6/PE, observou "que o Supremo Tribunal Federal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20 da Lei nº 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma."

Completou o Eminente Ministro Gilmar Mendes, na mencionada Reclamação, que, "de fato, não se pode negar que a superveniência de legislação que estabeleceu novos critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais - como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) - está a revelar que o próprio legislador tem reinterpretado o art. 203 da Constituição da República."

Ressalte-se que não se trata de declarar a inconstitucionalidade da norma prevista no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, mas, apenas esclarecer que referida norma não impede o julgador de levar em conta outros dados a fim de identificar a situação de vida do idoso ou deficiente, razão pela qual não há que se falar em inobservância ao disposto no artigo 97 da Carta Magna.

No presente caso, o estudo social, realizado em 20-05-2011, nas fls. 54/58, demonstrou que a família em questão é composta pelo interessado, Rian de Lima Bertolino, com 5 (cinco) anos, pela sua irmã gêmea, Raiane Hosana de Lima Bertolino, com 5 (cinco) anos, pelo seu irmão, Renan de Lima Bertolino, com 14 (quatorze) anos e pelos seus genitores, Andréia Márcia de

Lima Bertolino, com 32 (trinta e dois) anos, e, Juraci Bertolino, com 37 (trinta e sete) anos. A família reside em casa própria, financiada pela "Caixa", e possui 3 (três) quartos, sala, cozinha e banheiro, em bom estado de conservação e acabamento, construída de alvenaria, coberta com laje e recoberta com telhas de cerâmica. A mobília é adequada aos componentes da moradia e encontra-se bem conservada. A família possui um veículo da marca Chevrolet, modelo Monza, do ano de 1996. A renda familiar é proveniente do exercício da função de auxiliar de produção pelo genitor de Rian, no valor de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

De acordo com a assistente social, Rian de Lima Bertolino "necessita do benefício pleiteado, visto que é pessoa totalmente dependente físico / psicológico, pois, além de ser menor de idade possui paralisia cerebral e conforme laudo médico anexo ao processo seu problema é incurável e irreversível, ou seja, ele nunca terá um desenvolvimento normal para ser uma pessoa independente, contudo será sempre dependente de outros para ter suas necessidades fisiológicas, higiene pessoal e locomover-se. Salientamos que a mãe do autor não pode exercer atividades laborativas remuneradas, pois, necessita disponibilizar seu tempo integral aos cuidados do filho, assim sendo, não pode complementar a renda e consequentemente proporcionar ao Rian suas necessidades básicas primordiais e imprescindíveis para que ele obtenha um padrão de vida digno." (fl. 55).

Importante notar que, ao se comparar o estudo social realizado em 26-03-2007 (nos autos da ação anteriormente proposta, fls. 147/149) e o estudo social realizado na presente ação, em 20-05-2011, verifica-se que a Sra. Andréia Márcia de Lima Bertolino, mãe do menor absolutamente incapaz, Rian de Lima Bertolino, deixou de exercer atividade laborativa e, portanto, de contribuir para o sustento do grupo familiar, por ter que se dedicar integralmente aos cuidados dos filhos, em especial, de Rian, de modo que se instituiu um quadro de vulnerabilidade do ponto de vista sócio-econômico, pois toda a renda familiar, atualmente, advém de apenas um único membro da família, ou seja, do trabalho do Sr. Juraci, sendo de grande auxílio, neste caso, o benefício assistencial de prestação continuada para a manutenção das necessidades básicas de Rian.

Dessa forma, há de se perceber desamparo, que enseja a concessão do benefício requerido.

Observe-se que se, por um lado, a Lei nº 8.742/93, em seu artigo 20, § 3º, exige renda familiar inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo para a concessão do amparo social, *a Constituição Federal garante um salário mínimo* de benefício mensal *à pessoa portadora de deficiência ou idosa* que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, por outro lado.

Deve-se entender que o Poder Constituinte Originário assegurou a *cada* deficiente ou idoso que não tenha condições de se sustentar e não tenha parente que possa mantê-lo, *ao menos*, a quantia de 1 (um) salário mínimo, que não deve servir para complementar a renda da família, mas para suprir as *suas* necessidades especiais e proporcionar-lhe sobrevivência digna.

Convém esclarecer que se opera integração e interpretação sistemática da Lei nº 8.742/93 ante a Constituição Federal, ao se desconsiderar o valor de 1 (um) salário mínimo conforme o número de idosos e/ou deficientes no cálculo da renda familiar, não havendo que se pautar especialmente pelo disposto no parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03 -, que apenas confirma tal procedimento em caso mais específico.

Assim, ao se considerar as condições de saúde de Rian de Lima Bertolino, as condições de moradia, as despesas com suas necessidades vitais básicas e descontar valores, na proporção de idosos e/ou deficientes, no cálculo da renda mensal, através dos fundamentos acima esposados, observar-se-á que o saldo remanescente é inferior ao limite de ¼ (um quarto) do salário mínimo, descrito no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, atendendo, portanto, ao critério socioeconômico.

Por tais razões, Rian de Lima Bertolino faz jus à percepção do benefício assistencial de prestação continuada, uma vez demonstrado que preencheu os requisitos legais, a ser concedido no valor de 1 (um) salário mínimo. Ressalta-se, outrossim, que devem ser descontadas das

> parcelas atrasadas os valores já pagos pelo Instituto a título de benefício assistencial de prestação continuada, concedido por força da antecipação dos efeitos da tutela deferida pelo MD. Juízo *a quo*. (fls. 221/225)

Desta forma, o conjunto probatório forneceu elementos suficientes para a convicção do relator, o qual aplicou sua livre convicção devidamente motivada, bem como a legislação vigente e jurisprudência dominante em casos análogos.

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento ao agravo*, para manter integralmente a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

Direito Processual Civil

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL
0000496-14.2008.4.03.6116
(2008.61.16.000496-2)

Embargantes: UNIÃO FEDERAL E IBÉRIA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 1052/1055
Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Autora: FEDERAÇÃO DOS EMPREGADOS RURAIS ASSALARIADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1557993
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2013

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL AOS TRABALHADORES DO SETOR SUCROALCOOLEIRO.
I - A questão quanto ao alcance da "contabilidade específica", não prevista na lei, é remetida à fase de execução, onde poderão as partes - Ministério Público e usinas - questionar a forma de manutenção dessa contabilidade. Nessa parte os declaratórios opostos por Ibéria Industrial e Comercial LTDA. devem ser acolhidos.
II - O erro material apontado por Ibéria Industrial e Comercial LTDA. deve ser corrigido, porque o Acórdão se refere ao art. 26 da Lei nº 4.870/65, quando o correto seria o art. 36, até porque o art. 26 foi revogado pelo Decreto-Lei nº 308/67.
III - Configurada a omissão alegada pela União quanto à aplicação da multa diária pelo descumprimento da obrigação. Tratando-se de obrigação de fazer, a multa diária pelo descumprimento pode ser aplicada à Fazenda Pública. Obviamente essa multa não pode ser aplicada quando se trata de obrigação de pagar porque, nessa hipótese, aplica-se o rito dos precatórios e requisições de pequeno valor.
IV - Embargos de declaração opostos por Ibéria Industrial e Comercial LTDA. e pela União parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de julho de 2013.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Embargos de Declaração opostos por IBÉRIA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. e pela UNIÃO.

A Embargante IBÉRIA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. sustenta que o Acórdão padece de omissão e de erro material.

Insurge-se contra a obrigação de manter conta bancária e contabilidade exclusivas ao argumento de que a verba prevista no item "b" do art. 36 da Lei nº 4.870/65 traduz obrigação imposta aos fornecedores de cana, cabendo às usinas ou destilarias "unicamente o dever de reter os valores a serem pagos pela aquisição de cana e depositá-los em conta específica, a ser indicada pela associação de classe dos fornecedores". Sustenta que a petição inicial "não separou a obrigação imputada à Apelante daquela devida pelos fornecedores", tratando o PAS "como um todo, sem qualquer distinção", sendo que nenhum órgão específico daquela classe participa da ação, movida apenas contra a Usina e a União Federal. Se a decisão abrange o PAS devido pelos fornecedores, torna-se inexequível porque não foram indicadas as respectivas contas bancárias e nem as associações de fornecedores. Quanto ao PAS devido pelas usinas, não há na lei ou regulamento qualquer obrigação de manutenção de conta bancária exclusiva. Também quanto à obrigação de manter contabilidade específica, a embargante sustenta a inexistência de previsão legal e a contabilidade padrão permite sejam identificadas as verbas e sua correta aplicação pela fiscalização.

A embargante também se insurge contra a aplicação de multa diária porque, independentemente do PAS, já está destinando parte de seu faturamento a favor de seus trabalhadores, conforme relatório de benefícios que apresentou na administrativa.

A mesma embargante sustenta, ainda, que o Acórdão contém erro material porque se refere ao art. 26 da Lei nº 4.870/65, quando o correto seria o art. 36, até porque o art. 26 foi revogado pelo Decreto-Lei nº 308/67.

Por fim, a embargante requer o prequestionamento dos arts. 35 e 36 da Lei nº 4870/65; da Lei nº 7347/85; dos arts. 3º, 77 e 78 do CTN; do art. 81 da Lei nº 8.078/90; dos arts. 128, 458, 460 e 273 do CPC; dos arts. 1º, 93, IX, 127, 129, 145, 146, 149, 154, 167, 170, 173, 174, 194, 195 e 198 da Constituição Federal.

A União também opôs Embargos de Declaração. Sustenta que há omissão no Acórdão porque há "nítido caráter normativo" no julgado no ponto em que determina à União que fiscalize as demais empresas do setor sucroalcooleiro estabelecidas na área de jurisdição do juízo federal de Assis, porque não há lei que lhe imponha a obrigação de fiscalizar os recursos do PAS. A decisão configura violação ao princípio da Separação dos Poderes porque cabe ao Legislativo regular a questão. Também não se omitiu na fiscalização da implantação do PAS porque, com a extinção do IAA, bem como da carreira de Fiscal de Tributo do Açúcar e do Álcool, houve uma "desestruturação administrativa referente à fiscalização das atividades relacionadas com a indústria canavieira, inclusive no que toca à fiscalização do PAS". E, ainda, não houve definição normativa quanto a órgãos e agentes que passariam a exercer essas atividades. Sustenta que as atribuições do Ministério da Agricultura e do Abastecimento não abrangem a de fiscalizar a aplicação dos recursos do PAS, "que era definida por lei específica e atribuída a órgão específico". Sustenta que "dentre as atribuições afetas as quadros de servidores existentes no âmbito daquele Ministério não se encontra nenhuma atribuição compatível com as atribuições anteriormente exercidas pelos antigos Fiscais de Tributos do Açúcar e do Álcool"; que no Ministério da Agricultura existe um quadro de Fiscais Agropecuários, com atribuições

previstas no art. 3º da Lei nº 10.883/2004, que não abrangem a fiscalização pretendida nesta Ação Civil Pública, o que só poderá ser feito por lei.

A União também sustenta que há omissão do julgado em relação à imposição de multa diária, matéria arguida na apelação e não apreciada no julgamento. Argumenta que a multa diária pelo descumprimento não pode ser imposta contra a Fazenda Pública.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora designada para o Acórdão

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): O julgado embargado, por maioria, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar a União também a fiscalizar a implantação do Plano de Assistência Social previsto na Lei nº 4.870/1965 por todas as demais empresas do setor sucroalcooleiro estabelecidas na área de jurisdição do juízo federal de Assis - SP. E, por unanimidade, afastou a preliminar e negou provimento às demais apelações.

Sustentam os Embargos de Declaração da IBÉRIA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. que o julgado não determinou o alcance da "contabilidade específica", não prevista na lei.

Nessa parte os declaratórios devem ser acolhidos, para remeter a questão à fase de execução do julgado, onde poderão as partes - Ministério Público e usina - questionar a forma de manutenção dessa contabilidade.

A obrigação de manter conta bancária exclusiva não depende de lei e visa, por óbvio, facilitar a atividade de fiscalização.

Os mesmos Embargos de Declaração também sustentam que os fornecedores de cana de açúcar não são partes nesta Ação Civil Pública, de modo que a obrigação de manutenção de conta bancária exclusiva, se existente, deve se restringir ao açúcar e ao álcool. A pretensão não se sustenta em face do disposto no § 2º do art. 36 da Lei 4.870/65, que lhe impõe o dever de descontar e recolher a quantia relativa ao PAS. Quanto ao órgão de classe, o mesmo dispositivo é claro no sentido de ser o "órgão específico da classe dos fornecedores", e a usina, por certo, pode identificá-lo.

Quanto à multa diária a embargante não tem razão. A multa tem caráter punitivo em razão do descumprimento da decisão judicial. Se, como alega, a embargante já cumpre o julgado, obviamente não incorrerá na sanção, de modo que nada há a aclarar no julgado nessa parte.

Tem razão a embargante quando sustenta que há erro material no julgado, de modo que, nessa parte, deve ser corrigido.

Os Embargos de Declaração da União não podem ser acolhidos porque não está configurada a apontada omissão.

Sustenta a União que o julgado invade a esfera legislativa ao lhe impor a fiscalização da execução do PAS. Ao contrário do que alega, o voto do Relator foi claro nesse ponto:

> ... Ora, já vimos que a Seguridade Social compreende a assistência social, de modo que é razoável que a União, que fiscaliza citadas contribuições, também fiscalize o plano assistencial em questão.
> Além disso, outrora o plano de assistência social era fiscalizado pelo IAA, órgão da União. Se a própria União o extinguiu e não transferiu a atribuição fiscalizatória para outro órgão,

> significa que assumiu ela própria a função, não podendo invocar omissão legislativa para se livrar do cumprimento de sua obrigação.
> Aliás, a União Federal possui quadro funcional bem estruturado, com servidores altamente qualificados, que podem perfeitamente exercer as funções de fiscalização e cobrança do PAS. No caso o Poder Judiciário não está desrespeitando o princípio da separação dos poderes. Se nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), segue que é constitucional a condenação do Executivo a exercer efetivamente suas atribuições, quando isso não importe invasão de competências exclusivas daquele poder. Note-se que o Judiciário não está determinando a criação de cargos ou funções de fiscalização, na medida em que a União poderá fiscalizar o plano de assistência social com os servidores que já possui, tais os referidos na decisão antecipatória acima referida.
> ....

Nada há a acrescentar ao julgado, nessa parte.

Na parte em que a União se insurge contra a aplicação da multa diária pelo descumprimento da obrigação, a omissão está configurada.

Tratando-se de obrigação de fazer, a multa diária pelo descumprimento pode ser aplicada à Fazenda Pública. Obviamente essa multa não pode ser aplicada quando se trata de obrigação de pagar porque, nessa hipótese, aplica-se o rito dos precatórios e requisições de pequeno valor. Nesse sentido as decisões recentes do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE *ASTREINTES* CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (*astreintes*) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. *In casu*, o Tribunal de origem registrou que a União somente cumpriu a decisão depois de decorrido um ano da determinação judicial, que consistiu na implementação do pagamento de pensão especial de ex-combatente. Fixou, assim, multa diária em seu desfavor. Não há como o STJ analisar a razoabilidade do prazo estabelecido para o cumprimento da obrigação, pois ensejaria reexame fático, inviável nesta instância extraordinária de acordo com a Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido.
> (AEARESP 201200760388, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamim, DJE 24/08/2012)

> AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUXILIAR LOCAL. ENQUADRAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ART. 243 DA LEI Nº 8.112/90. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ART. 2º-B DA LEI Nº 9.494/97. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. MULTA DIÁRIA. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Possível a execução provisória de ordem concedida para determinar o enquadramento do impetrante como servidor estatutário, nos termos do art. 243 da Lei nº 8112/90 e, por conseguinte, submetê-lo às regras de aposentadoria dos servidores públicos da União. 2. Esta egrégia Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que é permitida a aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública na medida em que reste caracterizado o atraso no cumprimento de obrigação de fazer. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AEXEMS 201200647044, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, DJE 18/09/2012)

Isto posto, acolho parcialmente os Embargos de Declaração opostos por IBÉRIA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA. para remeter à fase de execução do julgado a forma pela qual será mantida a contabilidade específica prevista no julgado embargado, e, ainda, para corrigir o erro material, passando a constar o art. 36 da Lei 4.870/65.

Acolho parcialmente os Embargos de Declaração opostos pela União apenas para suprir a omissão do julgado com relação à multa diária.

Mantenho, no mais, o julgado embargado.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora designada para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
0008171-19.2008.4.03.9999
(2008.03.99.008171-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JAIME ZANGHERI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BARRA BONITA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: AC 1281266
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2013

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. JULGADO QUE DETERMINOU REVISÃO DE APOSENTADORIA E CONTRARIOU O ENTENDIMENTO DO STF QUANTO AO CÁLCULO DO TETO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. ART. 741, INC. II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICABILIDADE. TÍTULO JUDICIAL PARCIALMENTE INEXIGÍVEL. CABÍVEL A ATUALIZAÇÃO DOS 24 (VINTE E QUATRO) SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO ANTERIORES AOS 12 (DOZE) ÚLTIMOS PELA VARIAÇÃO DA ORTN/OTN/BTN, TODAVIA, SEM APURAÇÃO DE DIFERENÇAS EXECUTÁVEIS. SEM CONDENAÇÃO EM VERBAS SUCUMBENCIAIS.
- Julgado que determinou a correção monetária dos salários de contribuição e a incidência de menor valor-teto diverso do legalmente previsto, em interpretação desconforme à Constituição Federal, segundo orientação ministrada do STF.
- O artigo 741, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11.232/05, viabilizou a reapreciação de título judicial, isto é, decisão transitada em julgado, quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja aplicação ou interpretação sejam incompatíveis com texto constitucional, que assume contornos de inexigibilidade, mediante flexibilização da coisa julgada.
- Devida a revisão da renda mensal inicial mediante a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos pela variação da ORTN, observados os tetos preconizados pelos arts. 23 do Decreto nº 89.312/84, com os reajustes legais subsequentes.
- Não são apuráveis, todavia, diferenças positivas a serem executadas em decorrência dessa revisão da renda mensal inicial e dos reajustes regulares das mensalidades subsequentes. Inexistência de valores que justifiquem o prosseguimento da execução.
- Sem condenação em honorários. Parte embargada beneficiária da Justiça Gratuita. Precedentes da 3ª Seção desta E. Corte.
- Apelação parcialmente provida. Julgado condenatório parcialmente reformado, de ofício. Flexibilização da coisa julgada.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, declarar, de ofício, ante o inequívoco descompasso do julgado condenatório com o texto constitucional, a parcial inexigibilidade do título judicial (art. 741, II, parágrafo único, do CPC), e dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de abril de 2013.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY (Relatora):

Cuida-se de apelação interposta pela autarquia federal em face da r. sentença que julgou parcialmente procedentes seus embargos à execução, em sede de ação de revisão de benefício previdenciário, determinando a sucumbência recíproca (fls. 117-118).

Sustenta o apelante que a r. sentença proferida na ação de conhecimento não fundamentou a aplicação da fixação do menor valor-teto correspondente a 50% (cincoenta por cento) do teto de contribuições, pelo quê deve ser nulificada (fls. 122-131).

Contrarrazões (fls. 137-142).

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY (Relatora):

DIGRESSÕES

A ação de cognição foi proposta objetivando, *in verbis* (fls. 02-10 do apenso):

> (...) a) efetuar atualização de todos os salários de contribuição que integram os cálculos do benefício, mês a mês, pela variação das ORTN/OTNs (Lei 6423/77), ou pela média corrigida de salários mínimos, acaso resulte melhor critério do que o efetuado pelo Réu, determinando que o menor valor teto de benefício corresponda a metade do teto de contribuições e que o salário de benefício tenha por teto ou limitação apenas o teto de contribuições, tudo conforme ficar apurados em liquidação;
> b) efetuar o primeiro reajuste do benefício pelo índice integral e não proporcional ao tempo de sua vigência, observando nos reajustes subsequentes a mesma variação do salário mínimo até sua extinção legal;
> c) recalcular a renda inicial e de manutenção do benefício com adoção dos critérios dos itens anteriores, mantendo-o até a extinção pelo mesmo número de salários mínimos que resultar do melhor cálculo, inclusive com a incorporação de vantagens futuras e os percentuais infla-

cionários de junho de 1987 (26,06%), janeiro de 1989 (70,28%) e os IPCs de março e abril de 1990, bem como o IGP de fevereiro de 1991 (21,1%) para todos os fins e efeitos.
d) pagar todas as diferenças atrasadas que se formarem em razão desta, devidamente atualizadas monetariamente, desde o vencimento de cada parcela (Súmula 781-TFR), incluindo os percentuais inflacionários citados no item anterior, além dos juros moratórios de 1% ao mês (CF, artigo 192, § 3º), determinando que o pagamento seja efetivado dentro do mesmo exercício financeiro, atualizado até a data da quitação e mediante simples requisição, dispensando o precatório dado o caráter alimentar dos benefícios (CF, art. 100); e,
e) reembolsar as custas e despesas processuais, bem como ao pagamento da verba honorária que for fixada sobre a condenação e uma anuidade de prestações vincendas e outros consectários legais (...)

A sentença julgou procedente o pedido nos seguintes termos (fls. 37-45 do apenso):

(...) isto posto, julgo procedente em parte o pedido, para o fim de:
a) determinar a atualização monetária dos vinte e quatro primeiros dos trinta e seis salários de contribuição levados em conta no cálculo do benefício, mês a mês, pela variação das ORTN/OTNs ou BTN;
b) a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o benefício será revisado e pago inclusive com a correção, pelos índices do item "a" supra, dos doze últimos salários de contribuição;
c) determinar a aplicação do primeiro índice de reajuste integral e não proporcional ao tempo de vigência do benefício, bem como que, nos reajustes subsequentes ao primeiro, e até a implantação do plano de custeios e benefícios (Lei 8.213/91), seja considerado o salário mínimo então atualizado;
d) aplicados os critérios dos itens acima, será feito reenquadramento para os fins do art. 58 do ADCT e serão incorporadas as diferenças nos benefícios dos índices de inflação expurgados de junho de 1987 (26,06%), janeiro de 1989 (70,28%), IPCs de março (84,32%) e abril de 1990 e abril de 1990 (44,80%) e IGP de fevereiro de 1991 (21,1%);
e) determinar que o menor valor teto do benefício corresponda à metade do teto de contribuições;
f) a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a segunda parcela do benefício que excede o menor valor teto será calculadas da mesma forma que a primeira, sem a incidência de índices previstos no art. 23m inc. II, letra "b", da CLPS de 1984.
Condeno o réu no pagamento de todas as diferenças apuradas em liquidação, acrescidas de correção monetária desde o vencimento de cada prestação em atraso e juros de mora desde a citação.
(...) arcará o réu com as custas em reembolso e despesas processuais, corrigidas desde o reembolso, e ainda, honorários advocatícios, que fixo em dez (10%) sobre as parcelas vincendas (...)

A autarquia federal interpôs apelação (fls. 47-50 do apenso), levada a julgamento pela Primeira Turma deste Egrégio Tribunal. Transcrevo a ementa do v. acórdão, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTAMENTO E REVISÃO DE BENEFÍCIO.
- A pretensão de atualização dos doze últimos salários-de-contribuição para recálculo da renda mensal inicial esbarra no disposto no artigo 21, II e § 1º da CLPS vigente à época da concessão do benefício.
- No cálculo do salário de benefício é aplicável o índice de variação da ORTN/OTN/BTN como fator de correção dos salários-de-contribuição, consoante a Lei nº 6.423/77, vigente à época da concessão do benefício.

- Apelação parcialmente provida para excluir da condenação a atualização dos doze últimos salários-de-contribuição. (fls. 46-48 do apenso)

Interposto recurso especial e embargos declaratórios, foram eles julgados no C. STJ, *in verbis* (fls. 130):

(...) - O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a tese de que, no regime anterior à Lei nº 8.213/91, os salários-de-contribuição anteriores aos últimos doze meses, para efeito de cálculo de aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, devem ser corrigidos pelo índice de variação nominal da ORTN/OTN (Resp 57.715-2/SP, Rel. Min. Costa Lima, *in* DJ de 06.03.1995).
- Em tema de reposição salarial dos segurados do INSS, decorrente da legislação que instituiu os planos econômicos governamentais, o C. Supremo Tribunal Federal consagrou, em relação aos mesmos, a tese de que não têm direito adquirido ao reajuste salarial instituído pelo Decreto-lei nº 2.335, de 12.06.1987, no percentual de 26,06%, relativo à inflação do mês de junho de 1987.
- Em sede de liquidação de sentença, o cálculo da correção monetária deve ser efetuado de modo a refletir a efetiva desvalorização da moeda, provocada pelo fenômeno da inflação, sendo descabido o uso de índices que contenham expurgos ditados pela política governamental.
- A correção monetária calculada com base no índice de variação dos títulos da divida pública (OTN e BTN) implica redução do valor real da dívida, pois no preço de tais títulos não se computou, plenamente a desvalorização da moeda.
(...)
- Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido (...) (fls. 130 do apenso).

(...) A jurisprudência desta Corte, sufragando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é pacífica no sentido de que os beneficiários do INSS não têm direito adquirido ao reajuste mensal de seus benefícios previdenciários pela incorporação dos índices inflacionários expurgados, que não se confunde com a correção monetária dos débitos cobrados em juízo, cuja incidência é devida.
- Embargos de declaração acolhidos. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido (...) (fls. 143 do apenso)

Rejeitados os embargos de declaração opostos pela parte segurada (fls. 50-61 do apenso), inadmitidos os recursos especiais (fls. 88-89 do apenso); foi certificado o trânsito em julgado em 25.08.97 (fls. 99 do apenso).

DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Iniciada a execução (fls. 398-414 do apenso), com o valor de R$ 41.851,61 (quarenta e um mil, oitocentos e cinquenta e um reais e sessenta e um centavos) citado o INSS, (fls. 425 do apenso), opôs embargos do devedor (fls. 02-06), nos quais sustenta o excesso de execução.

Realizada perícia contábil, na qual foram apuradas diferenças de R$ 40.024,34 (quarenta mil, vinte e quatro reais e trinta e quatro centavos) (fls. 92-107).

Os embargos à execução foram parcialmente acolhidos, com a adoção dos cálculos apresentados pelo Perito Judicial (fls. 117-118).

DO MENOR VALOR-TETO

O pedido formulado na ação subjacente, no sentido de que *o menor valor teto de benefício corresponda a metade do teto de contribuições* é incompatível com o texto constitucional.

No caso, para o cálculo das rendas mensais iniciais, deve-se observar o preconizado no artigo 21 do Decreto 89.312/84, que determinava a utilização dos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade, devendo ser corrigidos os 24 (vinte e quatro) salários de contribuição, anteriores ao 12 (doze) últimos, para a apuração do salário de benefício.

Como o benefício da parte segurada foi concedido em 1984, somente poderiam lograr a aplicação da correção monetária prevista na Lei nº 6423/77, os 24 (vinte e quatro) salários de contribuição precedentes aos 12 (doze últimos) pelas ORTN/OTN/BTN.

A propósito, o Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984 que estabelecia, em seu artigo 21:

> Art. 21. O benefício de prestação continuada, inclusive o regido por normas especiais, tem seu valor calculado com base no salário-de-benefício, assim entendido:
> I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio reclusão, 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses;
> II - para as demais espécies de aposentadoria e para o abono de permanência em serviço, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.
> § 1º Nos casos do item II, os salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses são previamente corrigidos de acordo com índices estabelecidos pelo MPAS.
> § 2º Para o segurado empregador, o facultativo, o autônomo, o empregado doméstico ou o que está na situação do artigo 9º, o período básico de cálculo termina no mês anterior ao da data da entrada do requerimento.
> § 3º Quando no período básico de cálculo o segurado recebeu benefício por incapacidade, sua duração é contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal.
> § 4º O salário-de-benefício não pode ser inferior ao salário-mínimo da localidade de trabalho do segurado nem superior ao maior valor-teto na data do início do benefício.

De outro vórtice, a utilização de menor valor-teto diferenciado, qual seja, correspondente à metade do teto de contribuições, não tem guarida no ordenamento jurídico.

Destaque-se a jurisprudência referente ao artigo 202 da Constituição da República, fazendo menção, também, ao chamado teto previdenciário:

> EMENTA: 1. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. 2. Benefício previdenciário: recálculo da renda mensal inicial. CF, art. 202, *caput*: eficácia. Ao decidir pela constitucionalidade do par. único do art. 144 da L. 8.213/91 (RE 193.456, Pleno, red. Maurício Corrêa, DJ 7.11.97), o Supremo Tribunal partiu de que a norma do art. 202, *caput*, da Constituição, dependia de regulamentação. 3. Benefício previdenciário: limitação do valor dos salários de benefícios ao teto dos respectivos salários de contribuição, nos termos da L. 8.213/91: é da jurisprudência do Supremo Tribunal que cabe ao legislador ordinário definir os critérios necessários ao cumprimento do disposto na norma constitucional.
> (STF, RE nº 489307 ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma. v.u, DJU 10.11.06, p. 056)
>
> (...) Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário tirado de acórdão no qual se discute a revisão dos valores da renda mensal inicial dos agravantes e

a imposição de teto ao salário de benefício (fls. 83-96). 2. Nas razões do RE, os agravantes alegam que o acórdão recorrido teria contrariado o disposto no artigo 202, § 2º, da Constituição Federal, ao determinar que a renda mensal inicial deveria ser calculada de acordo com os limites previstos na Lei 8.213/91. 3. O recurso não merece prosperar. O Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que a Constituição Federal assegurou tão-somente o direito ao reajuste do benefício previdenciário, atribuindo ao legislador ordinário a fixação de critérios para a preservação de seu valor real - o que foi implementado pelas Leis 8.212 e 8.213/91. Outrossim, em diversos julgados, decidiu esta Corte que os referidos diplomas estão harmônicos com as garantias constitucionais. Nesse sentido o AI 511.213/RJ, rel. Min. Cezar Peluso; AI 641.700/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia; e AI 727.760/MG, rel. Min. Menezes Direito (DJ 27.9.2004, 13.8.2008 e 26.5.2009, respectivamente). Com base nesse entendimento, não se pode considerar inconstitucional o art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91, por estabelecer que o salário-de-benefício não será inferior ao salário mínimo, nem superior ao limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício (...).
(AI 694557, Rel Min. ELLEN GRACIE, julgado em 31.08.2010, DJe-170 PUBLIC 14.09.2010)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE RECURSO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC ALTERADO PELA LEI 9.756/98. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. LIMITE MÁXIMO. ART. 202 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 29, § 2º, E 33 DA LEI 8.213/91.
1. A jurisprudência firmou-se no sentido de que inocorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, deserto, ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.
2. O Plano de Benefícios da Previdência Social, ao definir o cálculo do valor da renda inicial, em cumprimento ao art. 202 da Carta Magna, fixou limite mínimo para o valor do salário-de-benefício - nunca inferior ao salário mínimo vigente na data do início do benefício - e máximo - nunca superior ao limite do salário-de-contribuição vigente à mesma data - a teor do estabelecido no art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91.
3. Agravo Regimental conhecido, mas improvido.
(STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, proc. 200501736417, v. u., DJU 18-09-2006, p. 358)

PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL - ART. 202 DA CF - NORMA QUE NÃO SE APLICA A BENEFÍCIOS ANTERIORES À CF/88 - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO - LEI Nº 6423/77 - SÚMULA Nº 260 DO TFR - PRESCRIÇÃO - ARTIGO 58 DO ADCT - DESCONTO DE VALORES PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - CUSTAS PROCESSUAIS - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE CONHECIDA E IMPROVIDA - APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.
- Quanto à prescrição qüinqüenal, matéria já devidamente versada pela r. sentença, a apelação da parte autora não é conhecida, ante a falta de interesse recursal.
- No que tange ao lapso prescricional, em se tratando de revisão de proventos, indevidas somente as prestações vencidas anteriormente ao qüinqüênio que precede a propositura da ação.
- Descabe a atualização dos 36 (trinta e seis) últimos salários de contribuição para os benefícios concedidos antes da promulgação da atual Carta Magna, por não ter o artigo 202 da CF efeito retroativo.
- Ademais, o artigo 202, *caput*, da Constituição Federal, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, não é norma de eficácia plena, e carecia da devida regulamentação

pelo legislador ordinário, o que veio a ocorrer com a Lei nº 8213/91.
- A correção monetária dos 24 salários de contribuição anteriores aos 12 últimos pelas ORTN/OTN limita-se aos benefícios por idade ou tempo de serviço, concedidos entre a edição da Lei nº 6423/77 e a promulgação da CF/88.
- Embora o benefício tenha sido concedido anteriormente à Constituição Federal, caso em que seria aplicável a Súmula nº 260 do TFR, eventuais diferenças dela decorrentes foram atingidas pelo lapso prescricional, porque a ação foi ajuizada após decorridos cinco anos do início da vigência do artigo 58 do ADCT.
- O art. 58 do ADCT, que prevê a equivalência dos benefícios previdenciários com o número de salários mínimos da data da concessão, tornou-se eficaz de abril/89 em diante e perdeu sua eficácia em virtude da regulamentação da Lei nº 8213/91.
- Eventuais diferenças já pagas administrativamente deverão ser descontadas por ocasião da execução de sentença.
- Deve ser mantida a r. sentença no tocante à sucumbência recíproca, arcando cada parte com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.
- A correção monetária dos valores devidos deve ser apurada consoante dispõem as Súmulas nº 148 do Colendo STJ e 08 desta E. Corte e Resolução nº 242, de 09-07-2001, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal.
- Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a teor do que dispõem os artigos 219 do CPC e 1.062 do Código Civil de 1916. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do artigo 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês.
- As custas não são devidas, tendo em vista que a autarquia é isenta de seu pagamento.
- Apelação da parte autora parcialmente conhecida e improvida. Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.
(TRF - 3ª Região, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Eva Regina, proc. 200103990277930, v. u., DJU 16-08-2007, p. 311)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NULIDADE. ARTIGO 144, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.213/91. ART. 58 DO ADCT. TETO. DIB POSTERIOR A CF/88. EFEITO MODIFICATIVO.
I - Em se constatando que o v. acórdão decidiu causa diversa daquela posta em discussão, cabível dar efeito modificativo aos embargos de declaração (precedentes do E. STJ).
II - A imposição de limites máximo e mínimo sobre os benefícios concedidos posteriormente à promulgação da Constituição da República não afronta qualquer disposição constitucional, eis que o art. 29, inclusive seu § 2º, da Lei nº 8.213/91 veio a regulamentar o disposto no art. 202 da Carta Maior.
III - Somente aos benefícios concedidos antes da Constituição da República, é devida a aplicação do artigo 58 do ADCT/88, não sendo, pois, o caso dos presentes autos, cuja data inicial se deu sob a égide da Lei nº 8.213/91.
IV - Os benefícios concedidos no período entre a promulgação da Constituição da República de 1988 (05/10/88) e a regulamentação do seu art. 202 através da Lei nº 8.213/91 (05/04/1991), aplicar-se-á a previsão contida no artigo 144 e seu parágrafo único, em que determina o recálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios concedidos a esse tempo, porém, com efeitos patrimoniais a partir de junho de 1992.
V - Embargos de declaração acolhidos.
(TRF - 3ª Região, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, proc. 199903991050880, v. u., DJU 28-09-2005, p. 542)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. RMI. VALOR-TETO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. REAJUSTES POSTERIORES DO BENEFÍCIO. CRITÉRIOS. DECADÊNCIA. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. INÉPCIA DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PREJUDICIALIDADE.

I - Presentes os requisitos do art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei nº 1.060/50, é de ser deferido o requerimento de concessão dos benefícios da justiça gratuita formulado pelo réu, não apreciado até o julgamento da presente ação.

II - Ao deduzir o não cabimento da presente ação rescisória, em vista da ausência de indicação da causa de rescisão do acórdão arrostado, quis o réu referir-se à inépcia da inicial, defeito que não se mostra presente, porquanto, embora peque por não especificar em qual dos incisos do art. 485, CPC se baseia a insurgência ventilada no feito, da exordial é possível se extrair que a causa de pedir refere-se à violação a literal disposição das normas constitucionais e legais ventiladas na peça vestibular (arts. 195, § 5º, 201, § 3º e 202, *caput*, da Constituição Federal; art. 28, § 5º, da Lei nº 8.212/91; e arts. 28, § 2º, 41, § 3º, e 144 da Lei nº 8.213/91), daí porque não existe empeço à compreensão da pretensão veiculada e, por conseqüência, ao regular desembaraço da plena defesa.

III - A controvérsia examinada pelo STF por conta do recurso extraordinário interposto no processo originário referiu-se exclusivamente à aplicação do artigo 58 do ADCT a benefício previdenciário deferido após a promulgação da Constituição de 1988, razão pela qual não há impedimento a que esta Corte examine a matéria ventilada na presente ação rescisória, em tudo distinta daquela apreciada pelo Excelso Pretório. Preliminar de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido rejeitada.

IV - O início do biênio para a propositura desta ação rescisória deu-se a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STF ¾ 24 de agosto de 1998 ¾, embora a controvérsia ventilada neste feito não tenha sido agitada quer no recurso especial, quer no recurso extraordinário interpostos pelo INSS; tendo a ação rescisória sido ajuizada em 26 de maio de 1999, descabe falar-se na ocorrência de decadência. Precedentes da Seção.

V - O tema versado nesta ação rescisória dá ensejo à discussão acerca da aplicação de dispositivos constitucionais e da sujeição, ou não, de dispositivos infraconstitucionais à Constituição, ou seja, não é afeto a texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, por merecer deslinde pelo ângulo constitucional, e não por seu aspecto legal. Incidência do óbice posto pela Súmula nº 343/STF que se afasta.

VI - Em se tratando de aposentadoria por tempo de serviço deferida com data de início em 13 de junho de 1989, não se admite quer a incidência de correção monetária sobre todos os 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição utilizados no cálculo do salário-de-benefício, quer a ausência de limitação ao valor do benefício, seja no período anterior, seja no período posterior à Lei nº 8.213/91. Orientação da jurisprudência do STF e STJ.

VII - Por cuidar-se de benefício previdenciário deferido entre a promulgação da Constituição Federal e a edição da Lei nº 8.213/91, somente os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos devem ser reajustados, e isso por conta do entendimento assentado pelo STF no sentido da não auto-aplicabilidade da norma do artigo 202, *caput*, redação original, da Carta Magna.

VIII - Quanto aos critérios de correção monetária a serem utilizados, observa-se os ditames da Lei nº 6.423/77, cujo art. 1º estabeleceu que "A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)", ao que se soma as alterações legislativas posteriores, que introduziram a OTN e o BTN em substituição à ORTN.

IX - Em síntese, portanto, apenas os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição que antecederam aos 12 (doze) últimos, vale dizer, somente os salários-de-contribuição compreendidos entre junho de 1986 e maio de 1988, em conformidade ao "Demonstrativo de Revisão de Benefício"

> fornecido pelo Instituto serão objeto de correção monetária, utilizando-se, nessa atualização, a ORTN/OTN/BTN até a data do início do benefício, na forma da Lei nº 6.423/77, sendo que o cálculo da renda mensal inicial deverá observar o disposto no art. 144 da Lei nº 8.213/91.
> X - O requerimento de antecipação da tutela é de ser tido por prejudicado, porque só há a receber diferenças de junho de 1989 a maio de 1992 (entre a DIB e a data da revisão do art. 144 da Lei nº 8.213/91).
> XI - Ação rescisória julgada procedente para rescindir o Acórdão, na parte examinada, com fundamento no art. 485, V, CPC, e, proferindo-se novo julgamento, dar pela parcial procedência do pedido formulado naquele feito, a fim de estabelecer que somente os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos devem ser objeto de correção monetária, aplicando-se, nessa atualização, a ORTN/OTN/BTN até a data do início do benefício, na forma da Lei nº 6.423/77, observado, no cálculo da RMI, o disposto no art. 144 da Lei nº 8.213/91, e a limitação para o valor do benefício em cada mês, segundo a legislação vigente em cada competência.
> (TRF 3ª Região, Terceira Seção, AR 835 - 1999.03.99.020772-4/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 24.03.06, p. 344)

Destarte, a renda mensal da aposentadoria percebida pela parte segurada deve ser calculada com base nos últimos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição, corrigindo-se os 24 (vinte e quatro) anteriores aos 12 (doze) últimos pela variação da ORTN, observando-se os tetos legalmente previstos (arts. 23 do Dec. nº 89.312/84).

No caso em tela, o aspecto do título executivo judicial alusivo ao recálculo do salário-de-benefício com a utilização de teto previdenciário diferenciado é, consoante entendimento pacificado do Excelso Pretório, incompatível com o texto constitucional, pelo quê cabível a flexibilização da coisa julgada.

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A princípio, o artigo 5º da Constituição Federal, inserto no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), estatui, *in litteris*:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...).
> XXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
> (...).

No mesmo rumo, o artigo 6º, § 3º, do Decreto-Lei 4.657/42 (a LICC):

> Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> .....
> § 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

ALEXANDRE DE MORAES pontua, sobre Direitos e Garantias Fundamentais, que:

> O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados ou convenções internacionais.
> A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade: (...).
> (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*, 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 163)

Dos ensinamentos supra extrai-se que o instituto da coisa julgada, *in essentia*, apresenta como atributo determinante a imutabilidade do pronunciamento da parte dispositiva da decisão judicial de mérito, qualidade que, por sua vez, consubstancia segurança jurídica, primado do Estado de Direito Democrático (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal), e direito e garantia individual ou coletiva fundamental (artigo 5º, *caput*, e inciso XXXVI, da Carta Magna).

Entretanto, o mesmo jurista adverte sobre a viabilidade de se flexibilizar tais direitos e garantias, *verbis*:

> Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.
> *Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.*
> Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecerem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.
> Dessa forma, a regra, no estado de Direito, é o pleno respeito às inviolabilidades constitucionais, permitindo-se, porém, excepcionalmente, a violação desses direitos e garantias.
> *Em algumas poucas hipóteses, o próprio texto constitucional prevê expressamente as exceções às inviolabilidades (por exemplo: art. 5º, XI e XII); em outras, existe a autorização genérica e, repitamos, excepcional, para que o legislador ou mesmo o Poder Judiciário, mediante o caso concreto, afaste a inviolabilidade. Ressaltemos, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. É mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da razoabilidade. Em outros termos, tendo em vista a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.*
> (MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 169-170). (grifos nossos)

Evidencia-se dos textos em voga supedâneo de cunho genérico à introdução da possibilidade de se distender a rigidez que cerca a coisa julgada.

Nesse sentido, considerações de extrema importância encontram-se no texto de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, intitulado "Relativizar a Coisa Julgada Material", do qual vale a pena mencionar os seguintes excertos:

> A coisa julgada material, a formal e as preclusões em geral incluem-se entre os institutos com que o sistema processual busca a estabilidade das decisões e, através dela, a segurança nas relações jurídicas. (...) O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciárias, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à Justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV).
> (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Revista de Processo nº 109*, ano 28 (janeiro/março 2003), p. 13)

Outrossim, sobre a coisa julgada material no processo civil de resultados, prossegue aludido doutrinador:

> Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.
> Com preocupações dessa ordem é que, em seguidas manifestações como magistrado e como conferencista, o Min. José Delgado defende uma "conceituação da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica", fórmula essa que em si é uma proposta de visão equilibrada do instituto, inerente ao binômio justiça-segurança. Do mesmo modo, também Humberto Theodoro Júnior postula esse equilíbrio, em parecer onde enfrenta o tema do erro material arredio à autoridade do julgado. E conhece-se também a posição assumida pelo procurador de justiça Hugo Nigro Mazzilli ao defender "a necessidade de mitigar a coisa julgada". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 13)

Continuando, preleciona referido autor, no que tange à análise de propostas de vários juristas acerca da espécie:

> Para ilustrar a assertiva de que se levou longe demais a noção de coisa julgada, Pontes de Miranda discorre sobre as hipóteses em que a sentença é nula de pleno direito, arrolando três impossibilidades que conduzem a isso: impossibilidade cognoscitiva, lógica ou jurídica. (...) *Para esses casos, alvitra uma variedade de remédios processuais diferentes entre si e concorrentes, à escolha do interessado e segundo as conveniências de cada caso como (a) nova demanda em juízo sobre o mesmo objeto, com pedido de solução conforme com a ordem jurídica, sem os óbices da coisa julgada, (b) resistência à execução, inclusive mas não exclusivamente por meio de embargos a ela e (c) alegação incidenter tantum em algum outro processo.*
> Nessa mesma linha, Humberto Theodoro Júnior, invocando o moderno ideário do processo justo, os fundamentos morais da ordem jurídica e sobremaneira o princípio da moralidade que a Constituição Federal consagra de modo expresso, postula uma visão larga das hipóteses de discussão do mérito mediante os embargos do executado. O caso que examinava em parecer

> era de uma dupla condenação da Fazenda a pagar indenizações pelo mesmo imóvel. (...) Em suas conclusões, o conhecido Mestre mineiro propôs o enquadramento do caso na categoria do erro material, para sustentar afinal que, conseqüentemente, "não haverá a *res iudicata* a seu respeito". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 15)

Ainda, o precitado professor, recapitulou pontos que imputa de especial interesse para compreensão da sistemática atual da ciência para com o exame do assunto em pauta, a saber:

> i - o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;
> ii - a moralidade administrativa como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;
> iii - o imperativo constitucional do justo valor das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;
> iv - o zelo pela cidadania e direitos do homem, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;
> v - a fraude e o erro grosseiro como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;
> vi - a garantia constitucional do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado;
> vii - a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da eqüidade;
> viii - o caráter excepcional da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.
> (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 20)

Acerca do tema em comento, qual seja, a relativização da coisa julgada, dispõe, também, JOSÉ AUGUSTO DELGADO:

> Não se pode deixar sem uma meditação mais aprofundada, em face das teorias existentes para justificar a força da coisa julgada, algumas observações que têm sido feitas, na atualidade, pela doutrina, no sentido de limitar os seus efeitos em razão de alguns acontecimentos sentenciais rasgarem os princípios da moralidade e da legalidade, enfrentarem disposições constitucionais e violarem regras básicas que comandam a natureza das coisas.
> (...)
> g) a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado;
> h) os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.
> (...)
> O avanço das relações econômicas, a intensa litigiosidade do cidadão com o Estado e com o seu semelhante, o crescimento da corrupção, a instabilidade das instituições e a necessidade de se fazer cumprir o império de um Estado de Direito centrado no cumprimento da Constituição que o rege e das leis com ela compatível; a necessidade de um atuar ético por todas as instituições políticas, jurídicas, financeiras e sociais, tudo isso submetido ao controle do Poder Judiciário, quando convocado para solucionar conflitos daí decorrentes, são fatores

> que têm feito surgir uma grande preocupação, na atualidade, com o fenômeno produzido por sentenças injustas, por decisões que violam o círculo da moralidade e os limites da legalidade, que afrontam princípios da Carta Magna e que teimam em desconhecer o estado natural das coisas e das relações entre os homens.
> (...)
> Podem ser consideradas como sentenças injustas, ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição, por exemplo, as seguintes:
> (...)
> dd) a que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade;
> (...)
> Esses e outros são exemplos de sentenças que nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente, que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça.
> (DELGADO, José Augusto. *Coisa Julgada Tributária. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*, São Paulo: MP Editora, 2005, p. 247-256)

De outro lado, ao meditar sobre a questão da coisa julgada material na "garantia constitucional", na disciplina legal e no sistema, CANDIDO RANGEL DINAMARCO sublinhou:

> (...) De modo expresso, dois remédios apenas predispõe a lei para a infringência a sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada, a saber, (a) a ação rescisória e, em uma única hipótese (b) os embargos à execução (...).
> (...)
> Alguma abertura, fora desse casos e desses modos processuais para a revisão de sentenças passadas em julgado, existe ainda na disposição contida no art. 463, inc. I, do Código de Processo Civil, autorizador de nova decisão depois de publicada a sentença, em caso de inexatidões materiais ou erros de cálculo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 21)

Em seguida, apresentou método indutivo para o trato da flexibilização proposta, inclusive, à luz da própria coisa julgada, dos efeitos da sentença e das impossibilidades jurídicas, versando que:

> (...) O que há em comum em todos esses casos é a premissa consistente na prevalência do substancial sobre o processual, ou seja, o culto ao valor do justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada.
> (...).
> (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 22)

Prosseguiu, ao argumento de que:

> (...) *incidindo a auctoritas rei judicatae sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material. É o que se dá nas sentenças terminativas, que, pondo fim ao processo sem julgar-lhe o mérito (...), nada dispõem sobre as relações substanciais eventualmente existentes entre os litigantes na vida comum - e tal é a razão por que, segundo entendimento comum e absolutamente pacífico, tais sentenças podem ficar cobertas da coisa julgada formal, mas da material, jamais. Agora, pensando na problemática central do presente estudo, digo que é*

> *isso que se dá também com certas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito juridicamente impossível, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional.*
> (...) Ora, como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida (...), é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se (...), da inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los.
> (...)
> Uma sentença contendo o enunciado de efeitos juridicamente impossíveis é, em verdade, uma sentença desprovida de efeitos substanciais, porque os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na experiência da vida dos litigantes (...).
> (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 23-24)

A partir deste ponto, o autor enveredou por esclarecer a viabilidade de se flexibilizar a coisa julgada, abordando questões tais como a impossibilidade jurídica e a convivência entre princípios e garantias, tese de suma importância para o deslinde do caso *sub examen*:

> *Tornemos agora ao item inicial deste estudo, onde se salienta a necessidade de estabelecer uma convivência equilibrada entre os princípios e garantias constitucionais , a partir da idéia de que todos eles existem para servir o homem e oferecer-lhe felicidade, sem que nenhum seja absoluto ou constitua um valor em si mesmo (...). Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam* (...).
> (...)
> Nessa perspectiva metodológica e levando em conta as impossibilidades jurídico constitucionais acima consideradas, conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia (...).
> (...)
> A premissa conceitual e sistemática é esta: a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir. Passemos agora à busca dos critérios para determinar, com utilidade para a tomada de posição em relação ao caso, quais são essas forças capazes de impedir que a sentença produza os efeitos programados (...).
> (...)
> *Essa comutatividade, sem a qual não há justiça, é reforçada, na ordem constitucional brasileira, pela solene afirmação da moralidade administrativa como valor a ser objeto de muita atenção pelo Estado, por seus governantes, por seus cidadãos e por juízes* (*Const., art. 5º, inc. LXXIII*).
> (...)
> Resulta que o conceito de moralidade administrativa coincide com a idéia de zelo pelo patrimônio moral e material do Estado e dos demais entes públicos; não só os próprios administradores são os institucionais guardiões desse valor, como também os demais órgãos estatais e também o povo. A Constituição Federal manifesta essa intenção, em um primeiro plano,

ao dar aos integrantes do povo, que são os cidadãos, legitimidade para buscar da Justiça a observância dos padrões exigíveis de moralidade administrativa (art. 5º, inc. LXXIII) e, correspondentemente, ao outorgar aos juízes o poder de fazer o controle da moralidade e da improbidade (...).

Nesse quadro, não é justa uma indenização que vá extraordinariamente além do valor de mercado do bem, porque, ao contrariar a regra da moralidade administrativa, ela estará em choque com os próprios objetivos do Estado, traçados na Constituição. Justiça é, na lição sempre respeitada de Norberto Bobbio, a correspondência da norma "com os valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico".

Na linha dos conceitos e do método propostos nos tópicos precedentes, conclui-se portanto (a) que são constitucionalmente impossíveis as determinações do valor indenizatório muito além ou absurdamente aquém do devido; b) que as decisões judiciárias contendo determinações assim absurdas não são capazes de impor os efeitos programados, porque colidiram com aquelas superiores regras constitucionais; c) que, não havendo efeitos substanciais suscetíveis de serem impostos, não incide a coisa julgada material sobre ditas sentenças, porque essa autoridade incide sobre efeitos substanciais e não tem como incidir quando os efeitos forem repudiados por razões superiores - ou seja, quando esses efeitos inexistirem no caso concreto (...).

Os precedentes jurisprudenciais brasileiros colhidos na pesquisa feita apontam exclusivamente casos em que se questionavam indenizações a serem pagas pelo Estado, notando-se até uma preocupação unilateral pela integridade dos cofres públicos, mas o tema proposto é muito mais amplo, porque a fragilização da coisa julgada como reação a injustiças, absurdos, fraudes ou transgressões a valores que não comportam transgressão, é suscetível de ocorrer em qualquer área das relações humanas que são trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material - porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional. (...)

Não me impressiona o argumento de que, sem a rigorosa estabilidade da coisa julgada, a vida dos direitos seria incerta e insegura, a dano da tranqüilidade social. Toda flexibilização de regras jurídico-positivas traz consigo esse risco, como já venho reconhecendo há mais de uma década; mas a ordem processual dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, inclusive mediante a técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos tribunais superiores etc (...).

Para dar efetividade à equilibrada flexibilização da coisa julgada em casos extremos, insisto também na afirmação do dever, que a ordem político-jurídica outorga ao juiz, de postar-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga. Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades (...).

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 24-28)

Outrossim, sobre flexibilizar a coisa julgada, novamente, JOSÉ AUGUSTO DELGADO:

A homenagem que presto às lições acima de Humberto Theodoro, acolhendo-as em toda a sua plenitude, deve-se ao fato de que não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

> (...)
> Apresento, de forma esquematizada, uma síntese dos meus pensamentos sobre a matéria. Dividi-os em dois campos.
> No primeiro, tenho assentado o entendimento de que:
> (...)
> f) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipulem obrigações para o Estado, para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito;
> (...)
> j) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance;
> (...)
> l) a sentença trânsita em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza;
> (...)
> No segundo campo, a minha compreensão está vinculada às proposições que enumero:
> (...)
> f) deve sempre o intérprete, ao se deparar com conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na constituição, averiguar se a solução pela aplicação do superprincípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética, e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniqüidade, uma imoralidade;
> g) o art. 125, III, CPC, impõe ao juiz o deve de prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, mesmo que, para tanto, tenha de não aplicar os efeitos da coisa julgada;
> (...).
> (DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 259-265)

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO advertiu, ainda, quanto à insensatez de se fragilizar o instituto da coisa julgada, esmaecendo-o, de maneira generalizada, em prol do Estado, medida que o aproximaria do totalitarismo, prática que reconhece e repudia, em tópico intitulado "minhas preocupações", dizendo não ser esse, absolutamente, seu intuito com a presente explanação:

> A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e sua infringência se tornasse regra geral.
> (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 30)

ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CASO CONCRETO

Sob tal raciocínio, o artigo 741 do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11232, de

22-12-2005, DOU 23-12-2005, previu a viabilidade de se reapreciar o título judicial constituído, desde que fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal (parágrafo único):

> Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:
> I - falta ou nulidade da citação, se o processo ocorreu à revelia;
> II - inexigibilidade do título;
> III - ilegitimidade das partes;
> IV - cumulação indevida de execuções;
> V - excesso de execução;
> VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;
> VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.
> Parágrafo único. *Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.* (g.n.)

De outro lado, à vista do referido inciso II do artigo 741, parágrafo único, *in fine*, do *codex* processual, o título judicial, quando inconciliável com disposição da Constituição, assume contornos de inexigibilidade.

Acerca do cabimento do dispositivo legal à espécie, TEORI ALBINO ZAVASCKI refere que:

> Realmente, o preceito normativo comentado não tem a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada. É que a sentença pode operar ofensa à Constituição em variadas situações, que vão além das que resultam do controle da constitucionalidade das normas. *A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), mas também quando, por exemplo, (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou (c) aplica dispositivo da Constituição considerado não auto-aplicável, ou (d) deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa a supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.*
> A solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional. Trata-se de solução para situações especiais, e, conseqüentemente, não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade não especificado naquele dispositivo. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da "relativização da coisa julgada", com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns admitindo a "relativização" e outros negando-a peremptoriamente. Admitindo-se, em casos graves em que isso seja inevitável, a necessidade de fazer prevalecer, sobre a coisa julgada, o princípio constitucional ofendido pela sentença, não se descarta a adoção, para tanto, do procedimento do art. 741, parágrafo único do CPC, mesmo que a hipótese extrapole dos limites nele estabelecidos. É que, para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado - por imposição do princípio da instrumentalidade - o que melhor

atende ao fim almejado, de defender a Constituição. Porém, não é essa a utilização a que, ordinariamente, se destina o referido mecanismo.
A força rescisória dos embargos à execução restringe-se, conforme expressa o texto normativo, a "título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal". São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação de lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional.
Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. *E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme a Constituição.*
(...)
O que se busca evidenciar, em suma, é que as três hipóteses figuradas no art. 741, parágrafo único do CPC, supõem a aplicação de norma inconstitucional: ou na sua integralidade, ou para a situação em que foi aplicada, ou com sentido adotado em sua aplicação.
(ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à Execução com Eficácia Rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC*, Revista de Processo nº 125, ano 30, julho/2005, IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82-85.) (grifos nossos)

ALEXANDRE SORMANI perfilha o mesmo entendimento:

(...) Resta, agora, a análise material do aludido dispositivo. Dele pode-se extrair as seguintes características:
a) trata-se de hipótese de inexigibilidade do título executivo judicial e não de invalidade;
b) deve-se basear em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou;
c) *deve-se basear em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição de lei ou de ato normativo.*
Quanto à primeira característica (a), verifica-se que houve o receio de se aventurar na tese da possibilidade de se considerar a coisa julgada inconstitucional. Ao invés de se colocar como hipótese de ação rescisória, ou, adotando a mesma técnica legislativa, como explicação de uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória, preferiu-se manter íntegro o título executivo judicial. Outra justificativa, refere-se ao fato de que a ação rescisória tem prazo decadencial para a sua interposição (art. 495 CPC), o que não se verificaria no uso dos embargos do devedor se a execução fosse feita muito tempo após o trânsito em julgado da sentença exeqüenda.
O fato é que, qualquer que tenha sido a justificativa, o parágrafo único do art. 741 do CPC não estabelece a nulidade do título executivo judicial, mesmo que baseado em coisa julgada inconstitucional, preferindo-se apenas dizer que o título, no caso, é inexigível.
O legislador não é senhor da interpretação do texto legislado. Assim, ao considerar que o título executivo judicial baseado em coisa julgada inconstitucional é inexigível, admitiu a sua validade, pois do contrário o consideraria inválido. Ademais, referindo-se à inexigibilidade, o legislador equiparou a coisa julga inconstitucional a outras hipóteses de inexigibilidade do título, tal como ocorre com a hipótese do art. 572 do CPC: (...)
Invertendo-se os termos do referido dispositivo, no caso de coisa julgada inconstitucional, o título seria exigível até que a lei ou o ato normativo em que se baseou fosse considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou que a interpretação ou a aplicação, da lei ou

do ato normativo, nela usada fosse tida por constitucionalmente incompatível (esse fato, isto é, a decisão de inconstitucionalidade, seria uma condição resolutiva à exigência da sentença). Em outras palavras, se, na época em que a sentença foi proferida, a lei ou ato normativo nela considerado já fosse reconhecido como inconstitucional, estar-se-ia diante de invalidade da sentença e não diante de sua inexigibilidade.
Portanto, a previsão do parágrafo único do artigo 741 do CPC não abrange hipótese em que a decisão exeqüenda se fundamenta em lei que, na época da prolação da decisão, fosse considerada inválida pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja interpretação dada fosse considerada incompatível com pela Corte.
Imagine-se, por exemplo, uma decisão de âmbito previdenciário em que, na época de sua prolação, não havia ainda o posicionamento de que o artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aplicava-se apenas aos benefícios concedidos antes da Constituição Federal. Nesta decisão hipotética, o julgador determinou a aplicação do referido artigo 58 para benefício concedido após a vigência da Constituição. Quando a decisão foi executada, o entendimento jurisprudencial firmou-se no sentido da inconstitucionalidade desta interpretação, pois o citado artigo 58 somente aplicar-se-ia aos benefícios anteriores à Constituição. Caberia, aqui, invocar o parágrafo único do artigo 741 do CPC?
A resposta é afirmativa, pois na época da prolação da decisão a interpretação era tida como válida, somente deixando de sê-la posteriormente.
Na situação invertida, ou seja, em que na época da prolação da decisão determinou-se a aplicação do artigo 58 do ADCT para benefício concedido depois da Constituição e a Suprema Corte já o havia interpretado apenas como aplicável para os benefícios anteriores, não haveria motivo de considerar a decisão inexigível, pois a decisão deveria ser considerada inválida.
(...)
A questão de fundo exige, como visto, análise cuidadosa, pois a aplicação do referido parágrafo único não atinge todas as hipóteses de coisa julgada inconstitucional, matéria já vista em artigo anterior; mas apenas aquelas hipóteses que decorram de título executivo judicial válido quando de sua produção e, posteriormente, tido como inexeqüível por ter se baseado essencialmente em lei ou ato normativo declarado inválido, com força vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal ou então de aplicação ou de interpretação tidas por incompatíveis, com efeito vinculante, na visão da mesma Corte.
(...).
(SORMANI, Alexandre. "http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/julgada", quarta-feira, 29-11-2006, 18:40h) (grifo nosso)

De todas razões adrede explicitadas, quer as teorizações doutrinárias transcritas, a normatização fixada como de regência da matéria ou, ainda, as considerações alinhavadas neste voto, em tópico específico, verifica-se que: (a) é fato que se cuida de coisa julgada, consoante o julgado proferido na ação de conhecimento (mediante o qual se formou o título judicial), b) também o é que se há de admitir a possibilidade de atenuação da rigidez do instituto em epígrafe, a bem de se alcançar o real sentido da norma, via harmonização do texto constitucional, e que c) o remédio para tal aspiração, no específico caso dos autos, encontra-se no artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Confira-se, a respeito do tema, trechos de voto proferido no processo 1.337/93, julgado em 15-12-2005, da 28ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de Relatoria do Desembargador César Lacerda, *verbis:*

Relativização da coisa julgada - Embargos à execução - Procedência parcial - Alegação de excesso de execução e ofensa à coisa julgada material - Julgamento dos embargos alicerçado

em cálculo do contador judicial, que toma por base os índices da tabela prática do Tribunal de Justiça, o qual está correto e em nada discrepa do comando que emana da sentença em execução. Valor elevadíssimo, todavia, alcançado com a conversão da moeda ao novo padrão monetário, que caracteriza indenização por dano moral aberrante da realidade dos fatos, dissociada dos padrões da sociedade brasileira, desbordante dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, causadora de verdadeiro desequilíbrio na balança da justiça - Situação extraordinária que autoriza a relativização ou flexibilização da coisa julgada - Adequação ao justo valor - Caráter personalíssimo da multa aplicada ao litisconsorte, em razão de manejo de embargos de declaração protelatórios, pela qual não responde a apelante - Recurso parcialmente provido.

- A respeitável sentença de fls. 210/212, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente os embargos opostos por ..... à execução que lhe move ....., para que a execução prossiga pelo valor apurado pela contadoria judicial (fls. 182/183), que deverá ser atualizado, carregando à embargante as custas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor do débito atualizado (...).

O recurso comporta parcial provimento em duas de suas vertentes, quais sejam, a relativização da coisa julgada, ante a absoluta excepcionalidade do caso concreto, e a exclusão da multa aplicada ao co-réu, ante o seu caráter personalíssimo, a inviabilizar sua extensão à litisconsorte ora apelante (...).

Embora se reconheça que o cálculo do contador judicial não desrespeitou nenhum dos parâmetros da sentença, porque outra coisa não fez senão converter a moeda fixada ao padrão monetário atual, atualizando-o desde o ajuizamento da ação, como determinado no julgado, o estratosférico valor alcançado comporta alguma reflexão, conduzindo à aplicação da tese da relativização ou flexibilização da coisa julgada, que em casos excepcionalíssimos vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência, como mecanismo para corrigir situações jurídicas injustas e indesejáveis (...).

De permeio, com o retorno dos autos à Vara de origem, iniciou-se a execução do julgado, agora definitivo, por terem sido esgotadas todas as instâncias possíveis, inclusive a rescisória. Sucede, porém, que todos os recursos interpostos, bem assim a ação rescisória, foram superados por aspectos meramente formais, sem que em qualquer deles tivesse sido examinado o mérito ou mais particularmente o inconformismo dos vencidos quanto ao valor da indenização por dano moral, fixado pelo Juízo monocrático em patamar que agora se verifica extremamente exagerado, descompassado das finalidades reparatória e inibitória da indenização e verdadeiramente aberrante da realidade econômica nacional.

Como bem salientado em v. acórdão de que foi relator o eminente Desembargador Waldemar Nogueira Filho, "sempre há chance de afastar o erro judiciário e isso já era praxe no direito medieval, com a querela *nullitatis*, apropriada para consertar *errores in procedendo* e *errores in iudicando*. Algo deverá ser construído para impedir o abuso que, oculto até o momento da execução, surge informando uma ocorrência inexplicável para o objeto da lide".

Não é preciso muito discurso para se concluir que o valor da indenização arbitrado pela sentença exeqüenda é aberrante da realidade dos fatos, dissociado dos padrões da sociedade brasileira e concretiza uma situação de grave injustiça, caracterizando uma situação extraordinária, como aquelas verificadas nos precedentes citados no estudo acima apontado [de Cândido Rangel Dinamarco], suficiente para autorizar a flexibilização da coisa julgada (...).

A liquidação, como linha de princípio, deve se ater aos limites materiais da sentença, devendo os cálculos ser elaborados pela forma determinada no julgado.

Se, porém, a sentença prevaleceu sem que os tribunais tivessem examinado o mérito dos recursos interpostos, contaminada pelos vícios acima apontados, consubstanciando os seus efeitos verdadeiro desequilíbrio na balança da justiça, então é o caso de se relativizar a coisa julgada, desconsiderando-a sem receio de quebra do sistema, e com a confiança de que isso é feito antes para harmonizá-lo (...).

Assim, no confronto da segurança jurídica (representada pela garantia da coisa julgada) com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem-se que no caso concreto só é possível afastar o enriquecimento sem causa e alcançar o equilíbrio do sistema mediante a flexibilização da coisa julgada, medida que se adota para o fim de fixar a indenização pelo dano moral em patamar condizente com o justo valor e a realidade jurídica em comento (...). Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para afastar o reconhecimento da solidariedade da apelante em relação à multa de 1% aplicada ao litisconsorte, como acima mencionado, e para, afastando a barreira da coisa julgada, desconsiderar o valor da indenização por dano moral fixado pela sentença, reduzindo-o ao patamar de (...), a ser corrigido a partir desta data, prosseguindo a execução na forma de direito.
(TJ-SP, 28ª Câmara - Seção de Direito Privado, Apelação com revisão 0 882.506-0/6, proc. 1337/93, Comarca de São Bernardo do Campo/3ª Vara Cível, v.u., j. 15-12-2005)

Ainda, julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NORMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TÍTULO EXEQÜENDO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DA TAXA SELIC E UFIR. IMPOSSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.
1. Tratam os autos de embargos à execução, apresentados pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de Agência Marítima Orion Ltda., decorrente da cobrança de honorários advocatícios e custas (valor de R$ 2.319.153,10) oriundos de sentença que declarou o direito à compensação de indébitos referentes à contribuição previdenciária e incidente sobre a folha de salários. Na exordial alegou o INSS que a compensação foi realizada com a inclusão indevida de outras contribuições incidentes sobre a folha de salários, não determinadas pelo julgado exeqüendo, com o conseqüente aumento da verba honorária reclamada, bem como da aplicação cumulativa da Taxa SELIC e UFIR. Por fim, apresentou, como devido o valor de R$ 1.022.892,10. A sentença (fls. 1541/1544) julgou procedente o pleito, e após a apreciação dos embargos de declaração opostos pelo INSS e pela exeqüente, o juízo de primeiro grau decidiu que fossem elaborados os cálculos apenas com os valores pagos a título de pro labore, além de reconhecer que o cálculo da verba honorária deve ser atualizado pela UFIR, e depois exclusivamente pela Taxa SELIC, de forma não-capitalizada. Apelação interposta pela empresa, sustentando que: o *decisum* exeqüendo determinou a incidência cumulada da Taxa SELIC, de modo que o seu afastamento afronta a coisa julgada; b) os valores fixados a título de verba honorária são excessivos e devem ser compensados. O Tribunal *a quo*, por unanimidade, (fls. 1627/1637) deu parcial provimento ao apelo, para: "a) determinar a correção monetária dos valores em compensação, cujo direito foi adquirido no processo de conhecimento e que fez coisa julgada, pela UFIR, de 01-01-1992 em diante, de forma indeterminada e, a partir de 01-01-96, a aplicação da taxa SELIC, acumulada mensalmente, como juros de mora, cumulativamente com a UFIR até sua extinção, sem substituição pelo IPCA-E porque extrapola os limites da coisa julgada, prosseguindo a atualização somente pela SELIC a partir de 01-01-2001, em obediência à sentença transitada em julgado; b) Sobre os valores assim apurados, calcular os honorários advocatícios, fixados em 12% pela sentença de conhecimento, cujo valor é o objeto da presente execução, esclarecendo que o valor incontroverso já foi levantado por alvará; c) indeferir o pedido de fixação de honorários advocatícios na execução; d) ratificar a sentença prolatada nos embargos à execução, na parte que condenou a embargada em honorários advocatícios no percentual de 10% sobre a diferença apurada entre o valor que se pretendia executar e o efetivamente devido e condenar o INSS em honorários advocatícios de 10% sobre a diferença entre o valor incontroverso e o novo valor da execução pela aplicação

cumulada da UFIR com a Taxa SELIC a partir de 01-01-96; e) determinar o encontro de contas pela compensação do resíduo dos honorários advocatícios devidos pelo INSS no processo de conhecimento e objeto de execução e nos embargos à execução com aqueles devidos pela embargada, em razão da sucumbência recíproca; f) determinar a autuação dos embargos à execução e seu apensamento aos autos da execução." (fl. 1637). No recurso especial interposto pelo INSS, além de divergência jurisprudencial, aponta negativa de vigência dos artigos 462, 463, I, 468 do CPC, 5º, XXXVI, da CF e 167, parágrafo único, do CTN. Em suas razões, afirma que o aresto combatido deve ser reformado ao argumento de que: a) é ilegal a aplicação da Taxa SELIC de forma cumulada com outro índice de correção monetária, na espécie, a UFIR, mesmo porque à época da prolação da sentença exeqüenda não vigorava a Lei nº 9.250/95; b) com a determinação da incidência da Taxa SELIC, os juros de mora foram calculados de forma capitalizada, o que contraria a jurisprudência do STF consolidada no enunciado sumular nº 121: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada." A fim de demonstrar o dissenso pretoriano, colaciona ementa do REsp 7476/SP, DJ de 29/04/1991. Contra-razões às fls. 1675/1680, sustentando: a) à exceção do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, os demais dispositivos legais não foram analisados no acórdão combatido, sem que houvesse a oposição pelo recorrente de embargos declaratórios para o fim de prequestionamento; b) o preceito constitucional apontado como violado não pode ser objeto de exame por parte desta Corte; c) foi admitida, nos termos da sentença que passou em julgado, a cumulação de correção monetária com a Taxa SELIC, sendo imperativa a obediência ao título exeqüendo; d) a divergência jurisprudencial não foi adequadamente demonstrada. Parecer do Ministério Público Federal (fls. 1709/1716) opinando, em preliminar, pelo parcial conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento.

2. Se o acórdão recorrido não enfrenta a matéria dos artigos 462, 463, I, 468 do CPC, 167, parágrafo único, do CTN, tem-se como não-suprido o requisito do prequestionamento, incidindo o óbice da Súmula 282 do STF.

3. É defeso o exame da apontada violação do art. 5º, XXXVI, da CF, de 1988, uma vez que a própria Carta Política limita a competência do recurso especial à interpretação da norma infralegal.

4. Não se conhece de recurso especial, pela alínea "c" do permissivo constitucional, quando a alegada divergência jurisprudencial não é convenientemente demonstrada, nos moldes exigidos pelo art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§ do RISTJ. Enquanto o aresto combatido reconheceu que o critério de correção monetária foi apresentado em obediência ao título executivo transitado em julgado, o acórdão paradigmático decidiu pela possibilidade de mitigar os efeitos da coisa julgada, quando ocorre erro de cálculo, ou seja, não há similitude fática entre arestos capazes de abrir a via divergente.

5. O título exeqüendo que originou a execução dos honorários e custas processuais transitou em julgado em data posterior à vigência da Lei nº 9.250/95, o fato de ter determinado a aplicação da UFIR "de janeiro de 1992 em diante" (fl. 289), sem fixar seu término, não leva a permitir a incidência da UFIR e da Taxa SELIC de forma cumulada.

6. Vacilante a orientação jurisprudencial desta Corte sobre a aplicação do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, à época da prolação do julgado exeqüendo, sendo que, hodiernamente, é pacífica no sentido da aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º/01/96, que é composta de juros e correção monetária, com nenhum outro índice de atualização.

7. Não se pode consagrar, sob o amparo do absolutismo da coisa julgada, uma flagrante violação do ordenamento jurídico que seria conceber a aplicação da correção monetária da UFIR e da Taxa SELIC de forma cumulada.

8. *No âmbito doutrinário, assentei: "a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito." In "Coisa Julgada Inconstitucional,*

Editora América Jurídica, 4ª Edição, fls. 60/61".
9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.
(STJ - Primeira Turma, REsp. 770979, Rel. Min. José Delgado, v. u., DJU 05-10-2006, p. 257) (grifo nosso)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - REVISÃO DE BENEFÍCIO - REAJUSTAMENTOS - APLICAÇÃO DOS CHAMADOS "ÍNDICES EXPURGADOS" - SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO - FASE EXECUTÓRIA - DECISÃO CUJA INTERPRETAÇÃO É INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA ISONOMIA.
1. A aplicação dos chamados "índices expurgados" no reajustamento dos benefícios previdenciários tem sido reiteradamente afastada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.
2. Decisão judicial que, embora acobertada sob o manto da coisa julgada material, venha a determinar a aplicação de tais índices no reajustamento de benefícios previdenciários viola, não só o princípio da moralidade - na medida em que os salários-de-contribuição dos trabalhadores da ativa não foram por eles reajustados -, mas, também, o da isonomia, posto que os demais segurados usufrutuários de benefícios não foram contemplados com tais índices de reajuste e, portanto, se efetuaram contribuições da mesma maneira, deveriam receber o mesmo tratamento.
3. *O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que as decisões judiciais, mesmo que transitadas em julgado, não podem fechar seus olhos à aplicação dos demais princípios constitucionais, devendo, o magistrado, ao proferir a sua decisão, ter em mente todos, e não somente um princípio. É a chamada relativização da coisa julgada.*
4. *Esta turma tem firmado o mesmo entendimento. Inteligência do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, na redação dada pelo artigo 10 da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.*
5. Tratando-se de parcelas vencidas antes da citação, os juros moratórios incidem de forma englobada sobre todas elas, a partir daquele ato judicial.
6. Sucumbentes ambas as partes, os honorários advocatícios se dão por compensados, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.
7. Recurso parcialmente provido.
(TRF - 3ª Região, Nona Turma, AC 324059, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJU 11-11-2005, p. 748) (grifo nosso)

À vista do referido inciso II do artigo 741, parágrafo único, *in fine*, do *codex* processual, o título judicial, quando inconciliável com disposição da Constituição, assume contornos de inexigibilidade, ainda que parcialmente.

Nesse sentido: TRF3, Agravo Legal nº 2003.03.99.015842-0, 3ª Seção, Rel. Juíza Federal Conv. Marisa Cucio, m.v., DJUe 22.11.2010; Ação Rescisória nº 2000.03.00.057488-9, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca (Rel. aco. Des. Fed. Marisa Santos), m.v., DJUe em 21.03.2011.

De outro lado, o parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela MP nº 2.180-35/2001, que contemplou a possibilidade de desconstituição da coisa julgada nos autos do processo de embargos à execução, é norma processual e, por isso, tem aplicação imediata aos feitos que se encontram em tramitação, como no caso em voga (art. 1211 do CPC).

Cabível a relativização da coisa julgada, dada a desconformidade do título executivo judicial à Constituição Federal, se e quando referidos pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, no que diz com o tópico atinente ao menor valor-teto diverso do legalmente previsto.

CONCLUSÃO

Pelas informações prestadas pelo Instituto, se efetuado o recálculo da renda mensal inicial, nos moldes do título executivo judicial, com a aplicação dos limites legais (valores-teto) na forma do citado artigo 23 da CLPS, não há apuração de diferenças favoráveis ao segurado (fls. 02-23 e 80-81).

Vale dizer: a despeito da incidência de indexador diverso no período básico de cálculo (ORTN), o resultado obtido não superou o montante pago pelo INSS a título de renda mensal inicial - em cujos cálculos, aliás, foram considerados os índices do MPAS e os reajustes regulares das mensalidades, o quê acarreta a apuração de saldo igual a zero, e afasta qualquer possibilidade de prosseguimento da execução. Parcial inexigibilidade do título executivo judicial.

SUCUMBÊNCIA

Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, deixo de condenar a parte embargada ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais, pois que, por enquanto, beneficiária da assistência judiciária gratuita (TRF - 3ª Seção, AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 10.05.2006, v.u., DJU 23.06.06, p. 460).

DO DISPOSITIVO

ISSO POSTO, DE OFÍCIO, ANTE O INEQUÍVOCO DESCOMPASSO DO JULGADO CONDENATÓRIO COM O TEXTO CONSTITUCIONAL, DECLARO A PARCIAL INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL (ART. 741, II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC), NO QUE TOCA À INOBSERVÂNCIA DO MENOR VALOR-TETO LEGALMENTE PREVISTO, E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇAO DO INSS, PARA ACOLHER SUA ARGUMENTAÇÃO DE QUE, SE EFETUADO O RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL PELA ORTN, NOS MOLDES DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL, COM A APLICAÇÃO DOS LIMITES LEGAIS, NÃO HAVERÁ APURAÇÃO DE DIFERENÇAS FAVORÁVEIS AO SEGURADO. PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO, ISENTA A PARTE EMBARGADA DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, POIS BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.

É o voto.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA
0000250-96.2009.4.03.0000
(2009.03.00.000250-2)

Impetrante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Impetrado: JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE ARARAQUARA - SP
Litisconsorte Passivo: GABRIELA DE CARVALHO LOPES
Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: MS 313740
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/05/2013

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE JUIZ DE DIREITO DE VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE QUE ORDENOU PROSSEGUISSE O INSS ARCANDO COM PENSÃO POR MORTE A MENOR EMANCIPADA, HIPÓTESE COMPREENDIDA PELA AUTARQUIA COMO CAUSA LEGAL PARA EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO ENTE PREVIDENCIÁRIO DE NÃO SER OBSTADO, POR JUÍZO INCOMPETENTE E EM PROCEDIMENTO QUE NÃO CONTOU COM SUA PARTICIPAÇÃO, A INTERROMPER O PAGAMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM.
- A competência deste Tribunal para o julgamento da ação mandamental decorre do decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Conflito de Competência 116.832/SP.
- A viabilidade do mandado de segurança justifica-se por se antever interesse de terceiro prejudicado que não integrou a lide originária: inexistindo participação no feito subjacente pelo interessado, nada podendo questionar, função reservada às partes, há que se admitir a impetração.
- A alegada ocorrência de vício insanável originada de mácula na propositura, que deixara de indicar a interessada como co-ré, restou superada ante a pronta determinação, já que atingida de imediato em sua esfera de direitos por força da medida liminar deferida *inaudita altera parte*, de citação da emancipada como litisconsorte passiva necessária, inclusive na figura do membro do Ministério Público subscritor do pleito emancipatório promovido em seu favor, justamente para que tivesse todos os interesses salvaguardados.
- O reconhecimento da ilegalidade da decisão atacada advém da constatação de que a concessão da emancipação à adolescente não deveria ter ido além da antecipação de sua maioridade, em hipótese alguma avançando em relação ao destino da pensão por morte por ela percebida, de exclusiva atribuição da autarquia previdenciária, responsável tanto pelo deferimento ou indeferimento do benefício quanto pela suspensão, bloqueio ou cancelamento do respectivo pagamento.
- Impossível ignorar a obrigatoriedade de os interesses do INSS lograrem solução perante a Justiça própria, sob pena de acarretar distorções que venham gerar decisões sem a observância do devido processo legal ou que desbordem das regras de compe-

tência, especialmente quando o critério constitucionalmente posto leva em conta a condição das pessoas (União e suas emanações diretas), em nada se misturando com o *ratione materiae* determinativo da competência de juízo para resolver as questões que digam respeito ao estado ou capacidade das pessoas.

- De magistrado estadual integrante de vara especializada, no exercício de atribuição específica, sem jurisdição federal própria ou delegada, não se permite imaginar que sobrevenha determinação proibindo o ente autárquico federal de cessar o pagamento de benefício previdenciário, dispondo, verdadeiramente, sobre bem da vida cuja sorte só se permite resolver perante o Instituto mesmo, na via administrativa, ou em juízo próprio, em decorrência de competência constitucionalmente prevista, nem se pode tolerar que se o faça sem que ao interessado ao menos oportunize-se manifestação.

- Ao INSS não foram assegurados contraditório e ampla defesa, decorrendo, o prejuízo experimentado, exatamente do fato de nem sequer ter sido ouvido, mesmo sem ser parte, acerca da controvérsia originária e se manifestar sobre questão de seu interesse, intrínseca à emancipação.

- Embora não se recomendasse avançar além da aquisição da capacidade civil antes da idade legal, antecipando-se a maioridade sem questionar, nesses termos, se a liberação concedida acarretaria ou não o reconhecimento de aptidão econômica, formulada a pretensão pelo Ministério Público tangenciando questão própria à seara previdenciária dever-se-ia cientificar o Instituto de todo o ocorrido. Sobretudo por ser destinatário de ordem de cumprimento, forçoso que se lhe fizesse tomar conhecimento da aspiração de liberar a adolescente para todos os atos da vida civil independentemente de qualquer conseqüência em relação a sua condição de pensionista, até para que pudesse discutir sobre a competência para solução de litígio que se viesse a estabelecer no âmbito do procedimento.

- Indene de dúvidas que o destino da quota parte da pensão por morte recebida pela emancipada só poderia ser resolvido na esfera da Justiça Federal, não há como o *decisum* questionado escapar da pecha de ilegalidade, ao determinar que o INSS refreasse-se em cessar o benefício, desconsiderando-se a emancipação para tal finalidade, a par da incompetência do juízo para assuntos previdenciários e em razão de o ente autárquico não ter sido nem sequer ouvido no procedimento levado a efeito, confirmando-se, na hipótese, o direito líquido e certo a amparar o pleito mandamental.

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 as preliminares de não cabimento do mandado de segurança e reconhecimento de nulidade absoluta dos atos processuais seguintes à impetração e, no mérito, conceder a ordem, para o fim de suspender a determinação dirigida pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araraquara/SP ao INSS para "que se abstenha da cessação do benefício", nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2013.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Impetração datada de 7.1.2009 contra ato judicial de que teve ciência o INSS em 15.10.2008, assim relatada por ocasião de julgamento levado a efeito no âmbito deste colegiado em 22.10.2009, em que reconhecida a incompetência da Corte para a apreciação do *writ* (fls. 169/171):

> Mandado de segurança impetrado em 7 de janeiro do corrente ano pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra ato praticado pelo Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Araraquara/SP que, após julgar procedente pleito de emancipação formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em favor de Gabriela de Carvalho Lopes, "habilitando-a à prática de todos os atos da vida civil, na forma do artigo 5º, parágrafo único, I, do Código Civil", fez encaminhar ofício, datado de 15 de outubro de 2008, determinando que a autarquia previdenciária "se abstenha da cessação do benefício que deve continuar a ser pago normalmente na forma da lei, desconsiderando-se a emancipação para essa finalidade".
> Sustenta, o INSS, a competência do Tribunal Regional Federal para o conhecimento da impetração, além de seu próprio cabimento, valendo-se, inclusive, do entendimento consolidado na Súmula 202 do C. STJ.
> O *fumus boni iuris*, segundo alega, encontra-se presente porque "não cabe ao Juiz Estadual delimitar em que sentido a emancipação deve ser considerada pelo Instituto", mormente quando "a lei previdenciária é clara nesse ponto e não prevê nenhuma exceção que se enquadre no presente caso", pelo que "não só pode, como deve cessar o benefício da adolescente emancipada, por expressa determinação legal".
> A existência do *periculum in mora*, a seu turno, "decorre do fato de que a ordem dirigida ao Gerente Regional do INSS causará sérios transtornos ao patrimônio público".
> Requeridas a concessão de medida liminar, "suspendendo a determinação do Excelentíssimo Senhor Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araraquara/SP, contida nos ofícios nºs 3117/08 e 3598/08, que determinou ao impetrado (sic) que se abstenha de cessar o benefício da emancipada que deve continuar a ser pago, desconsiderando-se a emancipação para essa finalidade", e, ao final, "a concessão da segurança para declarar a ilegalidade, nulidade e abusividade da decisão judicial atacada, desobrigando o impetrante de acatá-la", em 28 de janeiro último proferi decisão, nos termos abaixo (fls. 61/62):
> "A alegação central da impetração, a apoiar a concessão da liminar, é a seguinte: 'o Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araraquara/SP cometeu uma ilegalidade contra o INSS', porquanto 'a qualidade de dependente cessa com a emancipação mesmo que por sentença judicial', sendo que 'não cabe ao Juiz Estadual, não investido na competência federal, determinar como a Autarquia Previdenciária deve proceder em face da emancipação da adolescente.'
> Bastante é o fundamento de que o Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude não detinha competência para determinar ao INSS que se abstivesse da cessação do benefício.
> O artigo 148 da Lei nº 8.069/90 (ECA) dispõe:
> 'A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo; III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente; VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito'.

Sem novidade, o Ministério Público Estadual, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil, e artigo 148, parágrafo único, letra 'e', do Estatuto da Criança e do Adolescente, requereu a emancipação de Gabriela de Carvalho Lopes. Ação fundada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da matéria, competente para decidir é o Juízo da Infância e da Juventude.

De ver que a Lei 8.069 em mais de um de seus capítulos, tratou da questão da competência. O Capítulo II, do Título VI, é nominado 'Da Justiça da Infância e da Juventude'; lá está o reproduzido artigo 148. Adiante, o Capítulo VII estatui a respeito 'Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos', frisando a competência absoluta da Justiça da Infância e da Juventude, com a ressalva da 'competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores' (artigos 208 e 209). Ressalva que abrange as causas que a Constituição da República previu nos artigos 109 e 110.

O caráter de ampla proteção à criança e ao adolescente não deve levar a arrebatamentos que possam gerar decisões que desbordem da competência fixada. Ou que geram decisões sem a observância do devido processo legal.

Do que se espera, a pensão por morte concedida a Gabriela de Carvalho Lopes ou se deu administrativamente pelo INSS ou por decisão de juiz federal, essa decorrente de competência constitucional. Daí que não se espera que venha determinação de juiz estadual proibindo a autarquia de cessar benefício previdenciário, ou mandando cessar ou, seja de que natureza, que disponha sobre o destino do benefício previdenciário.

Vale dizer, a concessão da emancipação não deveria ter ido além e decidido questão de natureza e propósito previdenciário, mandando que o INSS se abstivesse de cancelar o benefício. Competente o juiz federal, a teor do artigo 109, inciso I, da Constituição da República.

Não para aí o avanço.

O pedido do Ministério Público Estadual residiu na emancipação da adolescente Gabriela (fls. 23-25), concedido (fls. 26-27). Ofícios seguiram ao INSS, primeiro o de nº 1926/08 (fls. 37) determinando à autarquia que depositasse o valor do benefício em conta judicial e, depois, o de nº 3117/08, para que o INSS passasse a pagar o benefício diretamente a Gabriela.

O INSS, em resposta, informou que o benefício seria cessado devido à emancipação, ao que o Ministério Público Estadual insurgiu-se, originando decisão que impôs ao órgão previdenciário providências para a continuidade do pagamento (fls. 39-45).

O INSS regular defesa não exerceu. Na primeira feita informou que o benefício seria cessado para, em seguida, que era o que lhe restava, cumprir a determinação do juízo e noticiar que houvera reativado a pensão por morte.

Fez como deve ser - cumpria determinação judicial -, mas não se esqueceu de que não teria integrado a lide, que não teve oportunidade de se manifestar, de exercer o amplo contraditório. No tempo e pelo modo apropriado aí o fez, alegando violação a direito líquido e certo, atacando a ilegalidade do ato que impôs a não interrupção da pensão por morte.

O devido processo legal é princípio caro e dele resultam uma série de garantias às partes e aos intervenientes no processo. Parte na ação de emancipação o INSS não é e nem poderia ser; também não foi chamado a integrar formalmente a lide e se manifestar sobre questão

de seu interesse, quando menos o que deveria ter feito o juiz ao reconhecer-se competente. Vale dizer, que pudesse exercer o contraditório trazendo ao juízo razões que justificassem a defesa do direito que alegava possuir.
Presente o relevante fundamento.
O *periculum in mora*, a seu turno, acha-se no fato de o INSS, à vista de determinação com eiva de manifesta ilegalidade, manter o pagamento de benefício que pretendia cessar, sabe-se lá até quando, com a saída de dinheiro dos combalidos cofres públicos, acarretando, a manutenção de pensão por morte em desconformidade com o previsto na lei, danos ao erário.
Dito isso, defiro a liminar para suspender a determinação encaminhada ao INSS pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araraquara/SP, que ordenou à autarquia 'que se abstenha da cessação do benefício que deve continuar a ser pago normalmente na forma da lei, desconsiderando-se a emancipação para essa finalidade'.
Comunique-se e requisitem-se informações.
Cite-se Gabriela de Carvalho Lopes, representada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.
Intime-se o INSS."
Em defesa de Gabriela de Carvalho Lopes, o Ministério Público do Estado de São Paulo, consoante manifestação encartada às fls. 103/109, aduz a incompetência deste Tribunal para o julgamento do *writ*, já que "a fixação do juízo competente em mandado de segurança não se estabelece pela natureza das partes ou do ato impugnado, mas pela categoria da autoridade coatora (hierarquia) e sua sede funcional", e "os arts. 108, nº I, alínea 'c' e 109 regram disposições especiais, estipulando competir aos juízes e tribunais federais julgar mandados de segurança impetrados contra atos de juízes ou autoridades federais", "valendo lembrar que o Juiz de Direito não exercia atribuição de competência da Justiça Federal".
Pugna, outrossim, pelo não conhecimento, ao argumento de que "o INSS foi intimado da decisão e dela poderia, sim, ter interposto recurso, mesmo porque somente então surgiu o interesse do órgão na causa", "a pensão já era paga, inquestionavelmente devida e ante a suspensão unilateral, combatida pelo Juízo da Infância, é que se deu azo à intervenção do INSS em fase na qual era perfeitamente possível interpelação recursal".
Com relação ao mérito propriamente dito da impetração, bate-se pela denegação da segurança, "reconhecendo que a decisão judicial foi proferida em estrita obediência ao direito e à doutrina da proteção integral, decorrente da necessidade de delimitar os contornos da emancipação, vez que esta surgiu da necessidade de regularização da situação civil de Gabriela, face a inexistência de parentes aptos para o exercício da tutela e a imposição da prática de atos da vida civil pela mesma, não implicando no reconhecimento de autonomia financeira ou independência econômica".
As informações prestadas pela autoridade impetrada (fls. 110/113), por sua vez, dão conta de que "a emancipação da adolescente no caso específico em análise não importou o reconhecimento de que reuniria condições plenas para sozinha responder por tudo o que lhe dissesse respeito", mesmo porque "a questão foi bem avaliada pela douta Promotora de Justiça que oficiou no feito, de sorte que não se poderia conceber que a providência viesse a seu prejuízo quando teve por desiderato apenas a regularização de sua condição jurídica".
Mais, que "a intervenção deste Juízo relativamente ao assunto trazido à colação era de rigor, porquanto a postura do impetrante somente teve vez a partir da providência - emancipação - aqui levada a efeito". Que "se foi nesta esfera proclamada a emancipação da adolescente, por circunstâncias peculiares que extravasam por completo o conhecimento e o âmbito de atuação do impetrante, era imprescindível que a questão tivesse o desdobramento na mesma seara e fosse aqui dirimida".
Também, que "não se pretendeu evidentemente invadir competência própria da Justiça Federal, mas dentro do princípio da proteção integral garantir a efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente à adolescente emancipada", destacando-se "o imenso prejuízo imposto à

adolescente com a cessação do pagamento do benefício previdenciário pela via eleita pelo impetrante", que "ao valer-se do mandado de segurança abriu perspectiva ao afetamento da esfera jurídica da adolescente sem que ela de igual modo tivesse condições de defender-se"; "incumbiria ao impetrante, em não concordando com a determinação que recebeu, aforar ação competente para que a matéria fosse devidamente esmiuçada, resguardando à adolescente o direito de defender sua posição".
Conclusão: "em razão de todas essas considerações, considero que não houve ilegalidade alguma na espécie em apreço".
A Procuradoria Regional da República (fls. 132/136) opinou pelo deferimento da ordem pleiteada, em parecer assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DESSA CORTE PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO *WRIT*. CABIMENTO. ATO DO JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. DETERMINAÇÃO AO INSS PARA QUE NÃO CESSE O PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE A MENOR EMANCIPADA. AUTORIDADE IMPETRADA INCOMPETENTE PARA A REALIZAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA".

Ementa e acórdão do julgado da 3ª Seção, com a seguinte redação (fls. 182/183):

EMENTA
MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR AUTARQUIA FEDERAL CONTRA ATO DE JUIZ DE DIREITO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO, EM RAZÃO DA QUALIFICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. IRRELEVÂNCIA DA PESSOA DO IMPETRANTE OU DA NATUREZA DA MATÉRIA.
- A fórmula insculpida no inciso I do artigo 109 da Constituição da República comporta restrição em se cuidando de ação mandamental, não se sobrepondo ao critério de competência explicitado no inciso VIII do mesmo diploma normativo.
- Em se tratando de defesa de direito líquido e certo contra determinado ato reputado ilegal ou abusivo de poder, fixa-se a competência, necessariamente absoluta, sempre em razão da hierarquia funcional da autoridade apontada como coatora, descolando-se, pois, do critério constitucionalmente estabelecido de que aos juízes federais compete processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes", as hipóteses em que o ato impetrado não tenha decorrido de função delegada, mas sim da jurisdição própria estadual.
- Inteligência do inciso VIII do artigo 109 da Constituição Federal, que valoriza a condição funcional do requerido, em detrimento da natureza do ato impugnado e, por consequência, da especificidade da pessoa do impetrante, valendo-se do conceito clássico de que a competência para o mandado de segurança define-se sempre em razão da categoria hierárquica e sede funcional da autoridade apontada como coatora, decisivo à determinação do juízo a que cumprirá o julgamento, independente da natureza da relação de direito material a ser protegida.
- Compete, portanto, ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, julgar mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra decisão de magistrado estadual, titular de vara especializada em direito da infância e juventude, que, sem se encontrar no exercício de atividade nos moldes do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, após reconhecer a procedência de pleito de emancipação de menor beneficiária de pensão por morte, ordenou à autarquia que prosseguisse realizando os depósitos correspondentes, abstendo-se de interromper o pagamento do benefício.
- Manutenção, a fim de resguardar a eficácia do julgado ao final, e até que o juízo competente manifeste-se sobre o caso, da liminar inicialmente concedida, justificando, a permanência da medida, o impedimento a perecimento de direito do INSS, compelido a prolongar o pagamento de benefício, a despeito da emancipação (causa da extinção da pensão - artigo 77, § 2º, II), por força de decisão proferida por juiz absolutamente incompetente para assuntos

previdenciários em processo de natureza e objeto distintos e em razão de o ente autárquico não ter sido nem sequer ouvido.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, acolher a alegação de incompetência desta Corte para o julgamento do mandado de segurança e determinar o envio dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Marisa Santos, Sérgio Nascimento, Leide Polo, Eva Regina, Walter do Amaral e Marianina Galante, os Juízes Federais Convocados Giselle França, Noemi Martins e Leonel Ferreira e a Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel, vencida a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, que rejeitava a alegação ministerial e reconhecia a competência deste Tribunal.
São Paulo, 22 de outubro de 2009.

Remetido o feito ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com parecer da Procuradoria Geral de Justiça "pela ratificação da liminar e concessão da ordem" (fls. 204/207), sobreveio decisão daquela Egrégia Corte suscitando conflito de competência, nos termos abaixo (fls. 211/212):

Acórdão
Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 990.10.153087-2, da Comarca de Araraquara, em que é impetrante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS sendo impetrado MM JUIZ DE DIREITO VARA INFANCIA JUVENTUDE DE ARARAQUARA.
ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "SUSCITARAM CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM FACE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. SUSPENDERAM O MANDADO DE SEGURANÇA ATÉ O JULGAMENTO FINAL DO CONFLITO PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUAL DE JUSTIÇA, VIGORANDO, NESSE INTERIM, A LIMINAR CONCEDIDA PELO TRIBUNAL SUSCITADO. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.
O julgamento teve participação dos Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.
São Paulo, 23 de agosto de 2010.
Ementa: Mandado de segurança impetrado contra decisão do MM. Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araraquara, que determinou ao INSS o pagamento de pensão por morte a adolescente emancipada - *Writ* impetrado perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em que processado com a concessão de liminar e, posteriormente, remetido a esta Colenda Corte.
Competência dos Tribunais Regionais Federais para julgar mandado de segurança impetrado pela União ou por ente da sua Administração Indireta contra ato de juiz estadual - Critério "ratione personae" - Interpretação sistemática do artigo 109, VIII, da Constituição da República, em cotejo com os artigos 109, I, e 108, I, "c", do diploma constitucional - Incidência do princípio da simetria - Precedentes do STF e do STJ - Conflito de competência suscitado em face do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Após o Colendo Superior Tribunal de Justiça conhecer do conflito em questão e declarar competente este Tribunal Regional Federal para o julgamento da ação mandamental (Conflito de Competência 116.832/SP, reg. nº 2011/0086355-1, rel. Desembargador Convocado do TJ/RJ Adilson Vieira Macabu, DJe de 30.8.2011, fls. 227/232), vieram os autos redistribuídos em 9.1.2012 (fl. 240).

Despacho à fl. 241, *in verbis*:

> Vistos.
> Junte-se o inteiro teor da decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no feito de reg. nº 116.832/SP (2011/0086355-1), em que declarada a competência desta Corte Regional para apreciação do mandado de segurança.
> Tendo em vista que Gabriela de Carvalho Lopes alcançou a maioridade em 4.12.2009, não se justificando mais sua representação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, expeça-se o necessário a fim de que seja oportunizada, à interessada, a constituição de defensor nestes autos.
> Intimem-se.
> Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.
> Oportunamente, tornem conclusos para inclusão em pauta de julgamento.
> São Paulo, 11 de janeiro de 2012.

Fracassada a primeira tentativa de intimação da litisconsorte em questão, seguiu-se o *decisum* abaixo (fl. 280):

> Vistos.
> 1) Nos exatos termos da manifestação do Ministério Público Federal – "nada tem a opor ao pedido do INSS de fls. 275/276" (fl. 278), qual seja, de "nomeação de curador, junto a Defensoria Pública da União, com o fim de promover a defesa dos interesses de Gabriela de Carvalho Lopes" -, oficie-se à instituição em questão a fim de que se manifeste sobre a viabilidade de indicação de defensor para assumir a causa em nome da litisconsorte juridicamente beneficiada pelo ato impugnado na presente impetração.
> 2) Cumpra-se o disposto no inciso II do artigo 7º da Lei 12.016/2009.
> Publique-se. Intimem-se.
> São Paulo, 10 de abril de 2012.

Em resposta, a Defensoria Pública da União referiu que "não poderá atuar nos autos na curadoria especial", "considerando que a interessada já atingiu a maioridade", bem como "caso a corré tenha interesse que seus direitos sejam defendidos por esta Instituição, poderá requerer a assistência judiciária gratuita e preencher pesquisa sócio-econômica para a comprovação da hipossuficiência" (fl. 282).

Certificado o decurso do prazo para manifestação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (fl. 293).

Constatado novamente o insucesso na localização de Gabriela de Carvalho Lopes, sucedeu-se nova determinação (fl. 294):

> Vistos.
> Ante a informação posta na certidão de fl. 285, verso, em que frustrada a localização de Gabriela de Carvalho Lopes - "é provável que volte a ocupar o apartamento 114 naquele prédio, que era da mãe dela, uma vez que o inquilino já o desocupou" -, reenvie-se a carta de ordem à Subseção Judiciária de Araraquara, para tentativa derradeira de intimação da litisconsorte a constituir advogado nos autos ou mesmo requerer a assistência judiciária, conforme sugerido pela própria Defensoria Pública da União (fl. 282).
> Em caso de retorno do instrumento registrando-se uma vez mais o insucesso em inteirar-se de seu paradeiro, providencie-se o necessário à intimação por edital, incontinênti.
> Intimem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.
São Paulo, 30 de agosto de 2012.

Encartada, às fls. 301/310, carta de ordem devidamente cumprida - "Certifico e dou fé que, no cumprimento do r. mandado, no dia 31/10/2012, dirigi-me à Penitenciária Feminina de Campinas, Bairro São Bernardo, nesta cidade de Campinas, e lá procedi à intimação de GABRIELA DE CARVALHO LOPES (matrícula 775479) que, ciente do inteiro teor do mandado, recebeu a contrafé e assinou. Campinas, 05 de novembro de 2012" (fl. 310).

Manifestação da Defensoria Pública da União, agora de seguinte teor (fl. 311):

> Considerando que a beneficiária da pensão por morte encontra-se presa (fls. 310), a Defensoria Pública passará a atuar no feito na qualidade de curadora especial (art. 9º, II, CPC).
> Inicialmente, cumpre mencionar que Gabriela de Carvalho Lopes completou 21 anos de idade em 04/12/2012, de forma que o benefício seria cessado em tal data.
> Analisando os autos, trata-se de caso de litisconsórcio passivo necessário (art. 47, CPC).
> No entanto, verifica-se que a petição inicial do MS não indicou Gabriela como corré, apesar da mesma ser diretamente interessada no objeto do "mandamus".
> Assim, a petição inicial deveria ter sido indeferida, nos termos do art. 6º cc. art. 10, da Lei 12.016/09.
> Diante disso, por se tratar de nulidade *absoluta*, a Defensoria Pública requer sejam declarados *nulos* todos os atos posteriores à propositura da ação, inclusive da decisão que concedeu a liminar (fls. 61/62), pagando-se os valores atrasados, referentes à cota da pensão por morte, à interessada Gabriela.

Pela Procuradoria Regional da República: "Em relação ao requerimento formulado a fls. 311/311v. pela i. Curadoria Especial, entende esse *Parquet* Federal que, a despeito da ausência de requerimento expresso na inicial, tendo em vista a determinação por este juízo da realização da citação da litisconsorte passiva Gabriela de Carvalho Lopes a fls. 61/62v., não há qualquer prejuízo processual que autorize a decretação da nulidade do feito. No mais, o Ministério Público Federal reitera o parecer ofertado a fls. 132/136v. e requer a procedência do pedido, com a conseqüente concessão da segurança".

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Em julgamento mandado de segurança contra ato praticado pelo Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Araraquara/SP que, após acolher pleito de emancipação formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em favor de Gabriela de Carvalho Lopes, ordenou ao ente autárquico que prosseguisse realizando os depósitos correspondentes à pensão por morte percebida até então, privando-o de interromper o pagamento do benefício em tela.

Por oportuno, repise-se, de saída, considerando o decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do Conflito de Competência 116.832/SP, de que cumpre a esta Corte Regional a análise meritória da impetração, encontrar-se superada a questão competencial,

objeto de argüição na manifestação defensiva em nome da emancipada que acabou orientando o julgamento na primeira ocasião em que apreciado o presente feito no âmbito da 3ª Seção.

Destaque-se, outrossim, contrariamente à alegação aposta igualmente na contestação ofertada pela Promotoria de Justiça em prol da referida litisconsorte, de "Não Cabimento do 'Mandamus'", sob o argumento de que "o INSS foi intimado da decisão e dela poderia, sim, ter interposto recurso" (fl. 104), a viabilidade deste mandado de segurança, lobrigado interesse de terceiro prejudicado que não integrou a lide originária.

Quando integrava a Segunda Seção da Corte, no julgamento em 19.10.1999 do Mandado de Segurança nº 185.827, registro nº 98.03.073238-2, proferi voto-vista a respeito da adequação da via mandamental em situações como a aqui retratada, que faço transcrever, no ponto pertinente:

> ... não é parte na ação ajuizada no primeiro grau (fl. 21). Teve decisão interlocutória - ato judicial -, segundo diz, violador de direito líquido e certo que lhe pertence. Terceiro interessado e prejudicado na lide de primeiro grau, tanto poderia recorrer pelo agravo de instrumento, fazendo valer o artigo 499, § 1º, do CPC, como impetrar o mandado de segurança.
> Vale dizer, para mim, não se sustenta a argumentação de que, após a Lei nº 9.139/95, cabível apenas o agravo de instrumento.
> A hipótese é daquelas em que não se pode impor ao terceiro prejudicado que recorra. Tem ele mera faculdade, pode ou não optar pela via do agravo de instrumento, provando, aí, seu interesse jurídico na relação.
> Com efeito, situações distintas envolvem a parte e o terceiro que se considera prejudicado. Distintas a ponto de percorrerem caminhos dessemelhantes.
> A parte, no mais das vezes, deve seguir a marcha processual determinada. Tem deveres próprios que não se confundem com o interesse do terceiro, submete-se a princípios que o terceiro não necessita observar.
> Destarte, de decisão interlocutória tem o agravo de instrumento, de sentença cabível a apelação; o terceiro prejudicado, é fato, também dispõe dos mesmos recursos. Mas pode escolher o mandado de segurança.
> Não se trata, no caso, de fazer do mandado de segurança substitutivo do recurso cabível. Isso vale para a parte, que hoje tem o agravo de instrumento com efeito suspensivo. O terceiro pode optar pelo meio que considere mais apropriado para atingir seu objetivo.
> A propósito, Cândido Rangel Dinamarco bem diferencia parte e terceiro:
> "Esses raciocínios conduzem a um conceito negativo e puramente processual de terceiro, em simétrica oposição ao de parte: 'São terceiros todas as pessoas que não sejam parte no processo, ou seja, em determinado processo concretamente considerado'. No dizer de abalizada doutrina, 'todos aqueles que não sejam partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros'. Enquanto terceiro, a pessoa não realiza atos no processo e não é titular de poderes, faculdades, ônus, etc., que caracterizam a relação processual (não é 'sujeito dos atos processuais'). E, porque não participa da preparação do julgamento que virá, não é lícito estender-lhe os efeitos diretos da sentença (ele não é 'sujeito dos efeitos processuais'). Nesse sentido é que, apresentado o terceiro como a refração especular da imagem da parte, em princípio nega-se que a ele se possam estender os efeitos diretos da sentença de mérito e afasta-se sua submissão ao vínculo da coisa julgada material."
> Logo, se assim é, não adstrito à relação processual, à *res judicata inter alios*, nada o obriga a utilizar as vias recursais colocadas à disposição das partes.
> Outro ponto merece destaque, o de se mencionar a Súmula nº 202 do Superior Tribunal de Justiça.
> Embora seu enunciado esteja a admitir a impetração de mandado de segurança por terceiro, contra ato judicial, e conceitos possam ser aproveitados, toda a discussão, conforme observei

dos precedentes que originaram o comando do Superior Tribunal de Justiça, não levou em conta a Lei nº 9.139/95.

Discutiu-se clássica questão: se *a parte*, para o mandado de segurança, deveria interpor o recurso cabível, qual a posição do terceiro prejudicado? E concluiu-se pela desnecessidade do recurso; quer dizer, o terceiro poderia ajuizar o mandado de segurança sem que fosse ele considerado sucedâneo recursal.

Aqui a questão não é essa. Importa saber se o mandado de segurança deve ser conhecido em confronto com o agravo de instrumento, hoje com efeito suspensivo, que também serviria ao terceiro.

Como já afirmei: a hipótese confere faculdade ao terceiro de utilizar os recursos oferecidos às partes. Faculdade e não obrigação.

Vou valer-me da doutrina de Hely Lopes Meirelles, com remissões a julgados do Supremo Tribunal Federal:

"TERCEIRO PREJUDICADO - O terceiro prejudicado por decisão em mandado de segurança para o qual não foi citado pode recorrer do julgado no prazo de que dispõem as partes como, também, pode utilizar-se do *mandamus* para impedir lesão a direito seu, líquido e certo, mesmo que a sentença ou o acórdão admita recurso ao seu alcance."

E do alentado parecer do professor Arnoldo Wald, "Cabimento de mandado de segurança contra ato judicial quando impetrado por terceiro que não foi parte no feito", publicado na RT 517/31:

"24. Por sua vez, o Prof. Celso Neves demonstra como o terceiro não tem a obrigação de apelar, pois nada pediu no feito. Afirma o eminente processualista no parecer que deu ao impetrante que:

'Ação encurtada, pela supressão do duplo grau, o recurso de terceiro prejudicado não impede a escolha de tutela jurisdicional mais adequada às circunstâncias, caso a caso. Por isso, a opção do terceiro é livre; ou defende o seu direito por ação própria, sem empeços da coisa julgada 'inter alios'; ou recorre, como terceiro, embora não esteja jungido a fazê-lo, porque estranho à relação processual e a salvo de seu 'eventus'; ou, sendo caso de ato ilegal ou abusivo, impetra mandado de segurança, quando existentes os pressupostos dessa ação excepcional.

'A regra do art. 5º, nº II, da Lei nº 1.533, de 31.12.1951, não constitui obstáculo a nenhuma dessas opções. O que aí se veda é o mandado de segurança como sucedâneo de ônus recursal ou correcional que só às partes concerne, quando sejam essas as vias de reexame. O recurso a qual aí se alude é o que obsta os efeitos da decisão ilegal ou abusiva relativamente à parte, com o caráter de ônus imposto a quem não se disponha a aceitar a prestação jurisdicional ofertada. O terceiro - esse não tem ônus de recorrer para não aceitar prestação jurisdicional que a ele não se dirige; porque terceiro não está obrigado a aceitar o que não pediu.'

25. O caráter facultativo da apelação de terceiro prejudicado é assinalado tradicionalmente pela doutrina e pela jurisprudência tanto no Brasil, como no exterior, constituindo matéria mansa e pacífica.

26. Assim, na sua monografia intitulada 'Da intervenção de terceiro' Mário de Assis Moura expõe, a respeito, o seguinte: 'Pelo exposto e pelo que já foi desenvolvido no Livro I, Capítulo I, págs. 11 a 14, desta obra, facultam as leis, não só a intervenção de terceiros no curso da lide, ou quando chamados à autoria, ou quando voluntariamente assumem posições de defesa de seus direitos, como também o direito de recorrer das decisões que os possam prejudicar.

'A faculdade remonta ao Direito Romano e mantém-se na lição dos tratadistas e nas leis da maioria dos países cultos, como se vê em seguida: 'alios condemnato, is cujus interest appellare potest' (Macer, Fr. 4, § 2º de app. recip. XLII 5).

'No "Corpus Júris" se preceitua a faculdade da apelação ao terceiro prejudicado, ainda que o condenado não apele ('Corpus Juris Civilis', 'cum notis int.'. Dion. Gothofredi, ed. 1830, tomo 3º/713, nota 12).

'... et propter istud aliquale prejudicium, conceditur illis cujus interest ut ab ea possit appelare,

etc.' (Scaccia, ob. cit., pág. 539).
'et placuit quamvis alio condemnato, nom minus eo quoque cujus interest, appellare posse (Donneau, 'De jure Civilli', Livro 28, capítulo 6, nº 12).
'Na França e na Bélgica, o art. 474 do CC, dispõe: 'une parte peut former tièrce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits etc.'
O Código de Processo Civil holandês preceitua o mesmo no art. 376: 'une partie peut former tièrce opposition à un jugement qui prèjudicie à ses droits etc'.
O Código de Processo italiano identicamente faculta o recurso, no art. 510: 'Un terzo può fare opposione alla sentença, pronunziata tra altre persone, quando pregiudichi i sui diritti' (São Paulo, Saraiva, 1932, pág. 386).
Invocando a lição de Carnelutti, Odilon de Andrade insiste neste caráter facultativo da apelação do terceiro prejudicado, nos seguintes termos: 'Como diz Carnelutti, 'la impugnazione non é dunque un mezzo, del quale egli (o terceiro) deve necessariamente servisi per la tutela del suo interesse, sibbene un mezzo, in virtù del quale tale tutela ottiene in modo più razionale mediante la modificazione di quella sentenza che, per quanto non lo vincoli, contrasta il riconoscimento del suo diritto'.
'O terceiro pode recorrer, embora a sentença nenhuma eficácia tenha contra ele. A faculdade de apelação concedida pela lei ao terceiro é fundada simplesmente no princípio de economia processual de evitar novas demandas, acarretando despesas e incômodo às partes e desperdício de tempo aos juízes' (Odilon de Andrade, 'Comentários ao Código de Processo Civil', vol. IX/144, Rio, Forense, 1946).
Finalmente, esse caráter facultativo da apelação de terceiro prejudicado, com a possibilidade para o terceiro de optar por qualquer outra via processual que lhe pareça mais eficiente ou mais rápida, é reconhecida por toda a doutrina, conforme se verifica pelas lições de Pontes de Miranda ('Comentários ao Código de Processo Civil', 2ª ed., Rio, Forense, 1960, tomo IX/85, 'in fine'); Pedro Palmeira ('Da intervenção de terceiros nos principais sistemas legislativos - Da oposição', Recife, 1954, pág. 127); José Frederico Marques ('Instituições de direito Processual Civil', Rio, Forense, 1960, vol. IV/84) e Enrico Tullio Liebman ('Eficácia e Autoridade da Sentença', Rio, Forense, 1945, pág. 111, nota e 'in fine').
Não discrepa, de tal entendimento, toda a doutrina estrangeira, desde Merlin ('Repertoire', verbete 'Opposition', § 3º, nº VI) até Chiovenda ('Instituições de Direito Processual', 2ª ed. brasileira, traduzida da 2ª ed. Italiana, São Paulo, Saraiva, 1965, vol. III/285)."
Ementa de acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Cunha Peixoto, nos idos de 1977, tem a seguinte redação, ratificando a tese defendida no parecer:
"MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração por terceiro prejudicado visando à cassação de decisão recorrível - Possibilidade - Não incidência, no caso, do art. 5º, nº II, da Lei nº 1.533, de 1951, e Súmula nº 267 - Precedente do STF - Recurso extraordinário não conhecido.
Não sendo parte no feito, pode o terceiro prejudicado fazer uso do mandado de segurança para impedir lesão a direito seu, líquido e certo, provocada por decisão judicial, mesmo quando seja esta passível de recurso.
Recurso extraordinário nº 81.983 - SP - Pleno - Recorrente: José Mofarrej - Recorridos: Abrahão Nicolau Beyrouti e outra"
Também, mais recentemente, já na vigência das alterações impostas ao agravo de instrumento, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bem aplicável à espécie. É elucidativa a ementa do acórdão da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, *verbis*:
"PROCESSUAL. SENTENÇA QUE DECLARA INDISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO DE PESSOAS ALHEIAS À RELAÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE. INEFICÁCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO. PENDÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO.
I - Ao permitir o recurso de terceiro prejudicado, o art. 499 do CPC outorga direito potestativo, a ser exercido a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão.

II - É lícito ao terceiro prejudicado requerer Mandado de Segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, o recurso cabível.
III - É nula e ineficaz, por ofender os arts. 460 e 472 do CPC, a sentença que, sem requerimento do autor, decreta a indisponibilidade de bens pertencentes a terceiros, alheios à relação processual.
IV - A circunstância de a sentença estar sob desafio de recurso com efeito suspensivo não lhe retira o potencial ofensivo, nem a imuniza contra Mandado de Segurança em favor de terceiro prejudicado".
Ainda, não é demais citar trecho do voto do Ministro Waldemar Zveiter no RMS nº 1.983-4/SP, julgado em 8 de novembro de 1993. São suas palavras:
"Assim, no que em verdade interessa, como objeto de sua conclusão, o Acórdão recorrido desenvolve tese jurídica estabelecendo, na exegese do art. 499 do estatuto processual, que o terceiro prejudicado, estranho à lide entre partes contendentes, está adstrito a interpor, contra decisão que, via indireta, fira seus interesses, os recursos regulares.
Tal tema, porém, tanto em jurisprudência como em doutrina, é polêmico, sendo mais consentâneo com a natureza instrumental do processo o ensinamento que vê, no emprego da medida, uma faculdade.
Seabra Fagundes, com apoio em Odilon de Andrade, (*O Mandado de Segurança e o Recurso de Terceiro Prejudicado*, Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, nº 18, maio-dezembro, 1973), ministra que (fls. 32/33):
'... Se o recurso oferecido pelo Código para defesa de direito de pessoa estranha à relação processual, é de uso facultativo, a critério do próprio interessado (ao invés do que sucede com os recursos deferidos às partes, que se não usados levam à preclusão e à coisa julgada), não se pode incluí-lo entre os recursos previstos nas leis processuais, que uma vez existentes tornam descabida a impetração de segurança. Emprestar-lhe este efeito será privar o terceiro, totalmente descomprometido com a ação ajuizada, de optar, entre vários meios de defesa do seu direito, por aquele que lhe pareça o mais condizente com o seu interesse. Será impor-lhe o uso de remédio processual que, a seu juízo, pode não se afigurar o melhor para a defesa do seu direito, seja pela inferioridade, quanto à prova e ao debate, em que se situe frente ao autor e ao réu na ação, seja por lentidão no desate da controvérsia, seja, enfim, por motivos outros vinculados ao seu interesse em espécie'.
Essa interpretação colhida do contexto do código anterior remanesce válida para o enfoque do aspecto, à luz da vigente norma processual."
Quero aduzir, ainda, que a impetrante não fez uso do agravo de instrumento, trazendo sua irresignação pelo mandado de segurança. Não percorreu caminho processual duplo, não veio impugnar o mesmo ato judicial cumulativamente. Obedeceu ao devido processo legal, mais ainda quando respeitou o princípio do juiz natural, sem tentar escolher o juiz certo.
Também não me sensibiliza argumento que leve a dizer que a impetrante, na verdade, teria qualidade de parte, daí que poderia valer-se apenas do agravo de instrumento.
Nada obstante o grau de intensidade, seu interesse na lide de origem, não é isso que decerto importa.
Deveras, no dizer de Liebman, citado por Dinamarco, "todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros". Terceiro, pois, é aquele de fora do processo, a ele estranho, mas não indiferente à relação estabelecida na origem. Podendo escolher a via mais apropriada para tentar valer seu direito.
Posto isso, conheço do mandado de segurança.

Inexistindo participação no feito originário pelo interessado, nada podendo questionar, função reservada às partes, há que se admitir o cabimento do mandado de segurança.

No caso concreto, da sentença proferida em 23.06.08 pelo juízo da Vara da Infância e Juventude de Araraquara/SP que declarou emancipada Gabriela de Carvalho Lopes, nem

sequer foi determinada a intimação do INSS, dela restando cientificado apenas em 25.08.08, após, inclusive, o cumprimento da inscrição e averbação à margem do assento da certidão de nascimento, em 02.07.08.

Em seguida, da decisão de 24.09.08, que ordenou ao ente autárquico o pagamento da pensão em favor da menor, abstendo-se da cessação do benefício, desconsiderando-se a tanto a emancipação deferida, sobreveio comunicação por ofício, datado de 15.10.08, para que desse cumprimento à determinação judicial.

Tudo isso, a demonstrar a validade do manejo, afinal, é o que lhe sobra, diante de sua qualidade de terceiro; mesmo que tivesse ao alcance o recurso competente, se notificado antes do término do prazo - as cópias encartadas não são elucidativas a respeito -, ainda assim persistiria viável a ação mandamental, já que a interposição de recurso pelo terceiro interessado é faculdade, não inibidora da impetração.

Quadra afastar, por último, a aventada ocorrência de vício insanável decorrente de mácula na propositura, a qual, embora de fato constatada nos exatos termos da alegação da Defensoria Pública da União ao assumir a defesa de Gabriela de Carvalho Lopes (CPC, artigo 9º, inc. II) - "a petição inicial do MS não indicou Gabriela como corré, apesar da mesma ser diretamente interessada no objeto do 'mandamus'" (fl. 311, verso) -, de pronto restou contornada, em homenagem à celeridade e economia processuais, mediante a pronta determinação de citação da emancipada como litisconsorte passiva necessária, atingida de imediato em sua esfera de direitos por força da medida liminar deferida *inaudita altera parte*.

Justamente para que tivesse seus interesses todos salvaguardados, posto que alcançada a angularização da relação processual no tocante à sua própria pessoa - "Certifico e dou fé que, em cumprimento ao r. despacho retro, dirigi-me à Rua Bento Ramalho Machado, 571, cond. 1A, apto. 132A, Jd. Paraíso onde CITEI a interessada GABRIELA DE CARVALHO LOPES pelo inteiro da presente Carta Precatória, acerca da inicial e da decisão exarada, cujas cópias seguiram anexas, a qual ficou ciente e aceitou as contrafés, conforme assinatura lançada no anverso de fls. 02. Araraquara, 03 de março de 2009." (fl. 92, verso) -, ordenou-se o cumprimento citatório na figura inclusive do membro do Ministério Público do Estado de São Paulo oficiante junto à Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araraquara/SP, subscritor do pleito emancipatório promovido em favor de Gabriela de Carvalho Lopes (fl. 97). Convém não olvidar que em momento algum da robusta resposta apresentada em nome da co-ré restou questionada a validade do ato, nem sequer o impetrante dirigiu-lhe qualquer oposição, aquiescendo à integração da emancipada no pólo passivo.

Nesse ínterim, ainda que prevalecesse o culto à forma, sobejaria admitir, *in casu*, ausente o prejuízo necessário ao reconhecimento de eventual nulidade, como asseverado até mesmo na derradeira manifestação ofertada pela Procuradoria Regional da República (fl. 313), ficando rejeitada, portanto, a pretensão da Defensoria Pública da União de que "sejam declarados nulos todos os atos posteriores à propositura da ação, inclusive da decisão que concedeu a liminar" (fl. 311, verso).

Na linha da jurisprudência, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL - *LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - CITAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE* - ART. 47 DO CPC - IMPOSIÇÃO DE LEI OU A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO NATURAL ENTRE OS LITISCONSORTES - INEXISTÊNCIA - EXCLUSÃO DA LIDE.
> 1. *O litisconsórcio necessário é regido por norma de ordem pública, cabendo ao juiz determinar, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, a integração à lide do litisconsorte passivo.*

2. O art. 47 do Código de Processo Civil dispõe que há o litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.
3. Ausentes as hipóteses que configuram a ocorrência de litisconsórcio necessário prescritas no art. 47 do CPC, que exige imposição de lei ou a existência de vínculo natural, pela natureza da relação jurídica, torna-se evidente sua violação.
4. Repele-se a existência de liame entre os litisconsortes, de importância para o deslinde da causa, porquanto o fato de ter o ex-Prefeito assinado o acordo com o Estado e supostamente procedido de maneira irregular, não o coloca na mesma relação jurídica discutida nos autos; porquanto o convênio foi celebrado entre as pessoas políticas do Estado de Minas Gerais e as do Município de Soledade.
Recurso especial provido, para excluir o Estado de Minas Gerais do litisconsórcio passivo necessário."
(STJ, Resp 1.058.223/MG, 2ª Turma, rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 8.8.2008)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. *LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. CITAÇÃO DETERMINADA DE OFÍCIO PELO JUIZ. NULIDADE AFASTADA*. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. VANTAGEM TRANSITÓRIA, DECORRENTE DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS DO SERVIÇO. ART. 68, § 2º, DA LEI Nº 8.112/90. 1. Entendendo o juiz condutor do feito que a hipótese é de litisconsórcio passivo necessário, compete-lhe abrir oportunidade à parte autora para requerer a necessária emenda à exordial, uma vez que ninguém é obrigado a litigar contra quem não queira. *Havendo determinação de citação de ofício, sem a necessária intimação do autor, a resignação deste em face da decisão impede a declaração de nulidade do ato, já que seria o único interessado em sua eventual reforma. Ausência de prejuízo, ademais, para o direito de defesa do litisconsorte citado.* Agravo retido rejeitado. 2. Como, nos termos do § 2º do art. 68 da Lei nº 8.112/90, "o direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a sua concessão", uma vez inativado o servidor, deixa de lhe ser devida a vantagem em questão. Trata-se de vantagem transitória, paga em razão das condições adversas do trabalho realizado, com natureza compensatória pela exposição a agentes nocivos à saúde, que deixa de ser devida uma vez cessado o fato que lhe deu causa, ou seja, a prestação de serviço. 3. Precedentes do STJ e da Corte (REsp 293.578/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06.06.2006, DJ 26.06.2006 p. 182; AC 1999.01.00.003182-4/BA, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma, DJ de 14/08/2006, p.12; AC 1998.01.00.025588-0/BA, Rel. Juíza Federal Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (conv), Segunda Turma Suplementar, DJ de 16/09/2005, p.200). 4. Agravo retido da ré e apelação dos autores a que se nega provimento.
(TRF-1ª Região, AC 1999.33.00.014259-0, 1ª Turma, rel. Juíza Federal Conv. Simone dos Santos Lemos Fernandes, DJ de 16.4.2007)

No exame propriamente dito das razões que motivaram a insurgência, o caso é de concessão da segurança, reconhecendo-se a ilegalidade da decisão atacada, reafirmando-se os fundamentos para a concessão da liminar, constantes da decisão de fls. 61/62.

Na forma em que regulamentada pela Lei 8.069/90, a abrangente competência do juízo especializado da Infância e Juventude, *ratione materiae*, por excelência, encontra limitações se presentes em litígio interesses da União ou demais entidades federais elencadas no inciso I do artigo 109 da Constituição.

Com efeito, a competência *ratione personae* da Justiça Federal ostenta natureza absoluta e inderrogável, excepcionando apenas as causas envolvendo falências, acidente de trabalho e

matérias sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; não as concernentes aos Direitos da Criança e do Adolescente. Ao revés, é o próprio Estatuto que prevê, no artigo 209, que "as ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, *ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores*".

A concessão da emancipação a Gabriela de Carvalho Lopes não deveria ter ido além da antecipação de sua maioridade, em hipótese alguma avançando em relação ao destino da pensão por morte percebida pela então adolescente, de exclusiva atribuição da autarquia previdenciária, responsável tanto pelo deferimento ou indeferimento do benefício quanto pela suspensão, bloqueio ou cancelamento do respectivo pagamento.

Certo que se impõe à família e ao Estado, nos termos do artigo 227 da Constituição, assegurar "o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, a liberdade e à convivência familiar e comunitária", colocando-os "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (*caput)*, abrangendo, entre outros aspectos, a "garantia de direitos previdenciários e trabalhista" (§ 3º, II), cumprindo ao Poder Público estimular "através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado" (§ 3º, VI).

Contudo, o prestígio à proteção integral não pode pôr de lado direitos como os aqui verificados, elevados ao nível de verdadeiras salvaguardas constitucionais, como se apresenta a obrigatoriedade de os interesses da autarquia federal previdenciária lograrem solução perante a Justiça própria, sob pena de acarretar distorções que venham gerar decisões sem a observância do devido processo legal ou que desbordem das regras de competência, especialmente quando o critério constitucionalmente posto leva em conta a condição das pessoas (União e suas emanações diretas), em nada se misturando com o *ratione materiae* determinativo da competência de juízo para resolver as questões que digam respeito ao estado ou capacidade das pessoas.

Não é assim simples tal como informado pelo juízo impetrado, segundo o qual "não se pretendeu evidentemente invadir competência própria da Justiça Federal, mas dentro do princípio da proteção integral garantir a efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente à adolescente emancipada", "que não se poderia conceber que a providência viesse a seu prejuízo quando teve por desiderato apenas a regularização de sua condição jurídica" (fl. 112). Não é razoável que, para livrar a emancipada de ter o benefício cessado, atropelem-se comezinhos princípios de direito.

De magistrado estadual integrante de vara especializada, no exercício de atribuição específica, sem jurisdição federal própria ou delegada - até porque o § 3º do artigo 109 da CF só tem valia quando "a comarca não seja sede de vara do juízo federal", que não é o caso de Araraquara/SP -, não se permite imaginar que sobrevenha determinação ao INSS proibindo-lhe de cessar o pagamento de benefício previdenciário, dispondo, verdadeiramente, sobre bem da vida cuja sorte só se permite resolver perante o ente autárquico, na via administrativa, ou em juízo próprio, em decorrência de competência constitucionalmente prevista.

De igual modo, não se pode tolerar que se o faça sem que ao interessado ao menos oportunize-se manifestação; o devido processo legal é bastante caro ao sistema, dele resultando uma série de garantias às partes e aos intervenientes no processo.

Ao INSS não foram assegurados contraditório e ampla defesa, não se permitiu que trouxesse em juízo razões em abono do direito que alega possuir, agora o fazendo por meio desta

impetração, decorrendo, o prejuízo experimentado, exatamente do fato de nem sequer ter sido ouvido, mesmo sem ser parte, acerca da controvérsia originária e se manifestar sobre questão de seu interesse, intrínseca à emancipação.

Em linha de princípio, o procedimento em tela não deveria ter ido além da aquisição da capacidade civil antes da idade legal, antecipando-se a maioridade de Gabriela de Carvalho Lopes, sem questionar, nesses termos, se a liberação concedida acarretaria ou não o reconhecimento de aptidão econômica - embora, sob o aspecto do risco de se deixar ao desamparo órfã de pai e mãe, ante o atingimento do direito à percepção da pensão por morte com a referida medida, pudesse-se supor desde logo ausentes as "razões de conveniência e oportunidade" ínsitas ao desenvolvimento da atividade jurisdicional protetiva de interesses privados (José Maria Rosa Tesheiner, *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 52), cediço que a emancipação só deve ser concedida em consideração ao real interesse do menor, nunca de forma a prejudicá-lo, afinal, "o instituto em si mesmo não pode implicar medida odiosa ou significar conseqüência danosa para o adolescente" (Jones Figueiredo Dias, *Tutela Jurídica da Criança e do Adolescente no Novo Código Civil*, Argumentum: Revista Científica de Direito, Recife, Faculdade Marista, vol. 1, nº 1, 2005, pp. 131-148), e que a legislação previdenciária a prevê como causa direta da extinção do benefício, salvo se decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior, que não é a hipótese.

Destarte, nos moldes em que formulada a pretensão pelo Ministério Público, que, para além de ajustar a situação irregular em que se encontrava a representação da menor, agitara-se desde o início "inclusive no que tange ao uso do benefício previdenciário percebido pela adolescente" (fl. 23), tangenciando, de uma outra forma, questão própria à seara previdenciária, dever-se-ia, minimamente, cientificar o Instituto de tudo que se passava à ocasião, mormente em se tratando de benefício que dias antes ao pedido emancipatório recebera determinação de suspensão temporária de pagamento por ordem do mesmo juízo - "Requisito a Vossa Senhoria que o pagamento do benefício NB/21-140.710.085-5 em favor da adolescente Gabriela de Carvalho Lopes (nascida em 04.12.91, filha de Gilmar Aparecido Lopes e de Zuleika Luciana de Carvalho Lopes) seja, até manifestação judicial em outro sentido, depositado em conta judicial do Banco Nossa Caixa relacionada a estes autos à disposição deste Juízo." (fl. 37)

Se o próprio Código de Processo Civil prevê expressamente que "serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados" (artigo 1.105, primeira parte), bem como, de maneira inequívoca, que "a Fazenda Pública será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse" (artigo 1.108), sendo o INSS destinatário de ordem de cumprimento, forçoso que se lhe fizesse tomar conhecimento da solução pretendida, qual seja, liberar a adolescente para todos os atos da vida civil independentemente de qualquer conseqüência em relação a sua condição de pensionista, até para que pudesse discutir sobre a competência para solução de litígio que se viesse a estabelecer no âmbito do procedimento.

O raciocínio categórico de Nelson Nery Junior para o ponto repercute: "não pode a irregularidade dos atos processuais provocar situação que comprometa o direito de o interessado expor suas razões em juízo. Mesmo considerando que o juiz pode, até mesmo depois da sentença, corrigir erros e imprecisões da sentença (CPC 1111), isto não impede de ocorrer e ser declarada a ilegalidade e nulidade do procedimento de jurisdição voluntária. Em nenhuma hipótese se permitirá que, sob o manto da conveniência e da oportunidade (CPC 1109), seja prejudicado direito alheio. Apesar de suas peculiaridades, o procedimento de jurisdição voluntária enseja meios e recursos inerentes ao contraditório e ampla defesa (CF 5º LV), que não podem ser suprimidos, nem negados".

Sem sugestionar o mérito da questão de fundo, se na hipótese concreta a emancipação conferida pelo Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Araraquara/SP, segundo as circunstâncias denotadas nesta impetração, permitiria ainda assim o restabelecimento do benefício pago até então pelo INSS, pretensão a ser delineada a cargo da interessada em demanda própria e perante o juízo competente, em caso de insucesso administrativamente - e agora para reaver, ao menos, os valores que lhe seriam devidos até completar 21 anos em 4.12.2012, caso reconhecido o direito a permanecer no gozo do benefício nesse período mesmo emancipada -, valendo-se inclusive do patrocínio da Defensoria Pública da União, permanece indene de dúvidas que a sorte da quota parte da pensão por morte percebida por Gabriela de Carvalho Lopes só poderia ser resolvida na esfera da Justiça Federal.

No sentido do exposto, o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, em destaque nas ementas:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ADOÇÃO. ESCRITURA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. LEI VIGENTE À ÉPOCA. VALIDADE. CÓDIGO DE MENORES. INAPLICABILIDADE. *PENSÃO POR MORTE. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO.*
> 1. *Em caso de restabelecimento de benefício previdenciário, a competência é da Justiça Federal, a teor do art. 109, inciso I, da Carta Magna.*
> 2. É válida a adoção realizada por meio de escritura pública, nos moldes do art. 375, do Código Civil de 1916, pois obedeceu às formalidades legais vigentes à época de sua concretização.
> 3. Recurso especial desprovido.
> (REsp 494.748, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 7.6.2004)
>
> "RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. APRECIAÇÃO INCIDENTAL DE MATÉRIA RELATIVA AO ESTADO DA PESSOA. PREVIDENCIÁRIO. BENEFICIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE. FILHO ADOTIVO. ADOÇÃO POR ESCRITURA PÚBLICA.
> 1. *Compete à Justiça Federal processar e julgar ação que visa à reimplantação de benefício previdenciário, mesmo que o deslinde da questão perpasse pela análise de matéria concernente ao estado da pessoa, relativamente à validade de adoção, de molde a autorizar a concessão de benefício previdenciário, em face da relação de filiação.*
> 2. O adotado, mediante escritura pública, anteriormente à entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz jus ao benefício previdenciário pensão por morte, em razão de filiação, como assegurado na Consolidação das Leis da Previdência Social, por não incidente a exigência de intervenção judicial na adoção, constante do Código de Menores, de aplicação restrita aos menores em situação irregular.
> 3. Recurso improvido.
> (REsp 436.583, 6ª Turma, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 10.5.2004)

Para rematar, como razões de decidir, agrego a meu voto o parecer da Procuradoria Regional da República, na parte que interessa (fls. 132/136):

> A competência da Vara da Infância e da Juventude, quanto às matérias dos incisos do artigo 148, é exclusiva e, em relação às hipóteses das alíneas do parágrafo único do referido artigo, concorrente com a Vara da Família e das Sucessões.
> Assim, nos casos elencados no parágrafo único, a competência será da Vara da Infância e da Juventude se a criança ou o adolescente estiver em uma das condições dos incisos do artigo 98, também da Lei 8.069/90:
> "Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta."
No presente caso, Gabriela de Carvalho Lopes, em razão da morte dos seus pais e do abandono de sua tia, encontrava-se na situação prevista no inciso II do artigo 98, acima transcrito, sendo de competência do Juízo da Infância e Juventude a concessão de emancipação pela adolescente pleiteada.
Nada obstante, a autoridade impetrada, ao determinar que o INSS não cessasse o pagamento do benefício recebido por Gabriela de Carvalho Lopes, desbordou de sua competência, tendo o respectivo ofício jurisdicional terminado com a determinação de averbação da emancipação no Registro Civil de Pessoas Naturais (fls. 34).
De fato, caberia à própria menor emancipada requerer, administrativamente, a realização do pagamento do benefício de pensão por morte em conta-corrente de sua própria titularidade. Nessa esteira, tendo ciência de eventual cessação do benefício, poderia questionar tal ato administrativo na Justiça, por meio da via processual adequada e perante a autoridade competente para tanto.
Por conseguinte, de rigor a concessão da segurança, confirmando-se a medida liminar deferida pela Relatoria às fls. 61/62.

Não escapando, portanto, o *decisum* questionado, da pecha de ilegalidade, ao determinar que o INSS refreasse-se em cessar o benefício, desconsiderando-se a emancipação para tal finalidade, a par da incompetência do juízo para assuntos previdenciários e em razão de o ente autárquico não ter sido nem sequer ouvido no procedimento levado a efeito, confirma-se, na hipótese, à toda evidência, o direito líquido e certo a amparar a pretensão formulada.

Posto isso, rejeito as preliminares de não cabimento do mandado de segurança e reconhecimento de nulidade absoluta dos atos processuais seguintes à impetração e, no mérito, concedo a ordem para o fim de suspender a determinação dirigida pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araraquara/SP ao INSS para "que se abstenha da cessação do benefício".

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0035806-28.2010.4.03.0000
(2010.03.00.035806-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravados: LEONEL BRUMM SOARES E OUTROS
Partes Autoras: ANDRE SANGUINO E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE JUNDIAI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AI 424981
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PARA RECEBIMENTO TÃO SOMENTE DE VALORES ATINENTES À PARTE DO PEDIDO NÃO ALBERGADA PELA COISA JULGADA OPERADA EM MOMENTO ANTERIOR. AGRAVO DESPROVIDO.
1. No feito primitivo há parcelas em período mais amplo e, assim, descaberia falar-se em litispendência, mas sim, em continência, conforme artigo 104, do CPC.
2. Inexiste óbice ao prosseguimento da execução para recebimento tão somente de valores atinentes à parte do pedido não albergada pela coisa julgada operada em momento anterior, no feitos que tramitaram perante o JEF, ainda que os co-exequentes tenham optado por obter a prestação jurisdicional até 60 (sessenta) salários mínimos naquele Juízo, cujo montante já foi quitado através de RPV.
3. Mantida a decisão agravada, a fim de que a execução tenha prosseguimento para que os co-exequentes recebam tão somente os valores atinentes à parte do pedido não albergada pela coisa julgada operada em momento anterior.
4. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de julho de 2013.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de Agravo Legal interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a decisão

monocrática que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao seu agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu o prosseguimento da execução para recebimento pelos co-exequentes tão somente de valores atinentes à parte do pedido não albergada pela coisa julgada operada em outros feitos.

Alega o agravante, em síntese, que a decisão merece reforma, uma vez que ainda que a ação principal tenha sido proposta em momento anterior, não deve prosseguir a execução em relação aos co-exequentes que, posteriormente, ajuizaram outra demanda com o mesmo objeto.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): A decisão agravada, cujo entendimento fica mantido, encontra-se assim fundamentada:

> No caso, consoante consta dos autos (fls. 27/79), o processo subjacente deste agravo (95.03.054029-1) foi ajuizado em 1995, anteriormente aos feitos propostos pelos co-exequentes no Juizado Especial Federal, na Justiça Estadual e na Justiça Federal, os quais versam sobre a revisão da RMI com base na Lei nº 6.423/77 (fls. 12/26).
> Cabe salientar que o agravante permitiu que as ações tramitassem até seus ulteriores termos, sendo que essas demandas, apesar de ajuizadas posteriormente, transitaram em julgado primeiro, exceto o processo ajuizado perante o Juízo Federal da 1ª Vara Previdenciária de São Paulo (fl. 25) que transitou em julgado em 04/04/2008, enquanto que o feito principal, no qual foi proferida a decisão agravada, transitou em julgado em 08/06/2007.
> Portanto, no feito primitivo há parcelas em período mais amplo e, assim, descaberia falar-se em litispendência, mas sim, em continência, conforme artigo 104, do CPC.
> Por conseguinte, se referindo a período mais abrangente o julgado proferido nos autos subjacentes, o qual engloba o pedido formulado nas demais demandas, verifica-se a existência de trânsito em julgado em relação à parte não coincidente, não havendo que se falar em litispendência ou coisa julgada a impedir o prosseguimento da execução atinente às respectivas parcelas.
> Válida, nesse passo, a transcrição dos seguintes julgados:
> "PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO CONCESSÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE. DIFERENÇAS. DEMANDA DUPLICADA. VARA COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COISA JULGADA. ART. 301, §§ 1º E 2º, DO CPC. TRÍPLICE IDENTIDADE. INOCORRÊNCIA. PEDIDO MENOS ABRANGENTE. EXECUÇÃO DA PARTE NÃO-COMPREENDIDA PELO TÍTULO JUDICIAL JÁ EXECUTADO. POSSIBILIDADE. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.
> 1. Nos termos do artigo 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, a ocorrência tanto da litispendência como da coisa julgada entre processos distintos exige o aforamento de ação idêntica, compreendida como aquela em que existe a doutrinariamente denominada tríplice identidade (entre partes, causa de pedir e pedido).
> *2. Hipótese em que o pleito formulado no processo mais moderno, já devidamente executado, estava compreendido no pedido manifestado naquele mais antigo, sendo este, pois, mais abrangente, razão pela qual, caso constatada a identidade parcial entre as ações em momento anterior ao trânsito em julgado de uma delas, o que não ocorreu no caso, não haveria falar-se em litispendência, mas sim, em continência (CPC, artigo 104).*
> *3. Não há óbice ao prosseguimento da execução com relação à parte do pedido não albergada pela coisa julgada operada, em momento anterior, no processo em que manifestada*

pretensão menos abrangente.
4. Invertida a sucumbência, condena-se o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, os quais são fixados em 10% do valor exequendo, devidamente atualizado."
(TRF 2ª Região, Sexta Turma, AC 200404010031795, Julg. 01.07.2009, Rel. Victor Luiz Dos Santos Laus, D.E. 03.09.2009)
"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - LITISPENDÊNCIA - COISA JULGADA - CONTINÊNCIA.
I- AUSENTE A LITISPENDÊNCIA QUANDO AS DEMANDAS QUE SE DIZEM IDÊNTICAS DIFEREM QUANTO AO OBJETO, ENCONTRANDO-SE A SEGUNDA DE MAIOR AMPLITUDE QUE A PRIMEIRA.
II- EXISTÊNCIA DE CONTINÊNCIA, ACONSELHÁVEL A REUNIÃO DAS AÇÕES.
III- REUNIÃO PREJUDICADA, EM SE CONSIDERANDO QUE A PRIMEIRA AÇÃO ENCONTRA-SE TRANSITADA EM JULGADO.
IV- OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA EM RELAÇÃO AO OBJETO DA PRIMEIRA DEMANDA, DEVENDO A SEGUNDA AÇÃO PROSSEGUIR EM RELAÇÃO AO OBJETO REMANESCENTE.
V- INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA, BEM COMO DE JULGAMENTO "ULTRA PETITA", A TEOR DO ARTIGO 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
VI- PRELIMINAR REJEITADA.
VII- APELAÇÃO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO."
(TRF 3ª Região, Primeira Turma, AC 94030908009, Julg. 20.05.1997, Rel. Roberto Haddad, DJ 24.06.1997) (grifei)
Por conseguinte, inexiste óbice ao prosseguimento da execução para recebimento tão somente de valores atinentes à parte do pedido não albergada pela coisa julgada operada nos demais processos, ainda que os co-exequentes tenham optado por obter a prestação jurisdicional até 60 (sessenta) salários mínimos nos feitos ajuizados perante o JEF, cujo montante já foi quitado através de RPV.
Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada, a fim de que a execução tenha prosseguimento para que os co-exequentes recebam tão somente os valores atinentes à parte do pedido não albergada pela coisa julgada operada em momento anterior.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0032976-21.2012.4.03.0000
(2012.03.00.032976-9)

Agravante: CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA E CETESB CIA. AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AI 491407
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2013

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - LITISPENDÊNCIA - COMPETÊNCIA - PREVENÇÃO - CARÊNCIA DA AÇÃO - PRESCRIÇÃO.

Afastada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, visto que de acordo com o disposto na alínea "d" dos pedidos firmados a título de tutela antecipada, conforme traslado de fl. 61 destes autos (fl. 13 da ação originária), não pretende o órgão ministerial a substituição da tecnologia utilizada pela ré, mas sim o cumprimento do disposto art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.976/2000.

O pedido guarda estrita conformidade com o disposto art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.976/2000.

Não há como desvendar, na quadra desta cognição não exauriente, se o modelo de monitoramento "on line" postulado pelo órgão Ministerial é, na prática, viável ou não, devendo a questão ser dirimida após ampla dilação probatória.

Não há litispendência a ser reconhecida, visto que os pedidos postulados nas duas ações civis públicas são distintos, conforme traslado de fls. 60/61 e 292.

Nos termos do art. 109, inciso I, da Carta Política, "aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, *assistentes ou oponentes*, excetos as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho".

In casu, foi autorizada a intervenção do IBAMA na lide, como assistente litisconsorcial do autor, conforme requerido (fl. 473).

Evidente a competência da Justiça Federal para processar e julgar o pedido.

Não há prevenção a ser reconhecida, haja vista que a Ação Civil Pública nº 2001.61.04.005688-5 foi julgada por esta Egrégia Corte, consoante consulta ao sistema informatizado da Justiça Federal.

Igualmente não prospera a alegação de carência da ação, haja vista que a Constituição da República, art. 225, garante a todos direito "ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes

e futuras gerações."
No caso os fatos que deram origem à demanda ocorreram no ano de 2004, vale dizer, sob a égide da atual Carta Política e da Lei 7.347/85.
Afastada a alegação de prescrição, haja vista que tratando-se de dano ambiental, de natureza difusa, a ação é imprescritível.
Precedente jurisprudencial: REsp 200900740337, Eliana Calmon, STJ, Segunda Turma, DJE 19/11/2009.
Agravo de instrumento a que se nega 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, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de junho de 2013.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS contra decisão que, em ação civil pública, afastou as preliminares suscitadas e deferiu a realização de perícia técnica tão somente para que seja aferida a ocorrência efetiva de dano ao meio ambiente, proveniente exclusivamente da atividade da ré, bem como, caso positivo, seja procedida à respectiva quantificação. Deferiu ainda a apresentação de documentos suplementares postulada pela ré. Por fim, indeferiu a realização de perícia para aferir a saúde ocupacional dos empregados da ré, por desbordar os limites da lide, bem como a oitiva de testemunhas pleiteada pela ré, em razão da ausência de indicação específica sobre o ponto controvertido a ser elucidado com a referida prova (fls. 676/680).

Em suas razões recursais a agravante alega que:

- o pedido é juridicamente impossível, visto que os requerimentos do Ministério Público para que a ora agravante cesse o uso das células de mercúrio em seu processo produtivo no prazo máximo de 12 (doze) meses, bem como realize um controle gerencial do mercúrio sobre a reciclagem e/ou tratamento de todos os efluentes, emissões e resíduos mercuriais e implante, no prazo de 180 dias, sistema de monitoramento automático *on line*, principalmente na saída de filtro prensa, na unidade de neutralização e nas saídas de efluentes da empresa, violam o artigo 5º, II, da Carta Política e a Lei nº 9.976/2000;

- a ação deve ser extinta sem resolução do mérito, ante a ocorrência de litispendência, visto que há demanda idêntica que se encontra em curso nesta Corte (ACP nº 2001.61.04.005688-5);

- nos autos citados acima mencionados (2001.61.04.005688-5), o magistrado extinguiu o feito, justamente por reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido;

- o pedido formulado nos autos originários deste recurso foi repelido por outro fundamento na ação civil pública anteriormente proposta;

- o requerimento alternativo também padece de amparo legal, visto que o artigo 2º, V, "a", da Lei nº 9.976/2000 não estabeleceu qualquer tipo de sistema de tratamento ou reciclagem;

- não se justifica o pedido de instalação de aterro em seu parque industrial, haja vista a existência de diversas empresas devidamente qualificadas e licenciadas para realização deste mister;

- seu parque industrial está em área cujo lençol freático encontra-se muito próximo à superfície, inexistindo permeabilidade adequada no solo;

- a obrigação de implantar sistema de monitoramento viola o princípio da legalidade;

- o Ministério Público Federal é parte ilegítima para propor a ação originária e a Justiça Federal de Santos é absolutamente incompetente para processar e julgar a demanda;

- deve ser reconhecida a prevenção do Juízo Federal de Santos, em razão do ajuizamento da Ação Civil Pública nº 2001.61.04.005688-5 e

- deve ser reconhecia a prescrição.

Às fls. 699/702, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Com contraminuta.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relator

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Em apreciação ao pedido de efeito suspensivo, foi assim decidido:

> IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO
> Sustenta a recorrente que o pedido é juridicamente impossível.
> Sem razão a recorrente.
> De acordo com o disposto na alínea "d" dos pedidos firmados a título de tutela antecipada, conforme traslado de fl. 61 destes autos (fl. 13 da ação originária), não pretende o órgão ministerial a substituição da tecnologia utilizada pela ré, mas sim o cumprimento do disposto art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.976/2000.
> Transcrevo, a propósito, a referida alínea "d" da peça inicial da ação civil pública, *in verbis*:
> "...
> d) obrigação de fazer, no sentido de, caso a CARBOCLORO pretenda continuar a utilização das referidas células a mercúrio, manter, na própria empresa, o controle gerencial do mercúrio e o sistema de reciclagem e/ou tratamento de *todos* os efluentes, emissões e resíduos mercuriais.
> ..."
> O pedido, como lançado, guarda estrita conformidade com o disposto art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.976/2000, *in verbis*:
> "Art. 2º Ficam mantidas as tecnologias atualmente em uso no País para produção de cloro pelo processo de eletrólise, desde que observadas as seguintes práticas pelas indústrias produtoras:
> ...
> V - controle gerencial do mercúrio nas empresas que utilizem tecnologia a mercúrio, com obrigatoriedade de:
> a. sistema de reciclagem e/ou tratamento de todos os efluentes, emissões e resíduos mercuriais;
> b. paredes, pisos e demais instalações construídas de forma a minimizar perdas de mercúrio;
> c. operações de manuseio, recuperação, manutenção e armazenagem de mercúrio que evitem

a contaminação dos locais de trabalho e do meio ambiente;
d. avaliações ambientais conforme normas específicas para este agente;
...”
De modo idêntico, o pleito indicado na alínea “b” do traslado de fls. 60/61 (fls. 12 verso e 13 da ação originária) também encontra albergue no inciso V do art. 2º da Lei nº 9.976/2000, haja vista que ele se reporta à necessidade de implantação de controle gerencial do mercúrio.
Não há como desvendar, na quadra desta cognição não exauriente, se o modelo de monitoramento “on line” postulado pelo órgão Ministerial é, na prática, viável ou não. Daí que a questão deverá ser dirimida após ampla dilação probatória.
DA LITISPENDÊNCIA
Não há litispendência a ser reconhecida, visto que os pedidos postulados nas duas ações civis públicas são distintos, conforme traslado de fls. 60/61 e 292.
Além disto, anoto que os fatos atinentes à ação civil pública originária ocorreram nos idos de 2004, vale dizer, muito tempo após a propositura da primeira ação civil pública contra a agravante, que se deu em 2001, consoante fls. 263/295.
Logo, litispendência não há.
DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL
Nos termos do art. 109, inciso I, da Carta Política, ‘aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, excetos as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho’.
In casu, foi autorizada a intervenção do IBAMA na lide, como assistente litisconsorcial do autor, conforme requerido (fl. 473).
Assim, é evidente a competência da Justiça Federal para processar e julgar o pedido.
DA PREVENÇÃO
Não há prevenção a ser reconhecida, haja vista que a Ação Civil Pública nº 2001.61.04.005688-5 foi julgada por esta Egrégia Corte, consoante consulta ao sistema informatizado da Justiça Federal.
DA CARÊNCIA DE AÇÃO
Igualmente não prospera a alegação de carência da ação, haja vista que a Constituição da República, art. 225, garante a todos direito “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”
No caso, consoante outrora observado, os fatos que deram origem à demanda ocorreram no ano de 2004, vale dizer, sob a égide da atual Carta Política e da Lei 7.347/85.
É evidente, pois, que os pedidos formulados pelo órgão Ministerial encontram albergue na Constituição da República e legislação infraconstitucional.
Afasto, assim, a alegação da recorrente.
PRESCRIÇÃO
Em movimento derradeiro, repilo a alegação de prescrição.
Tratando-se de dano ambiental, de natureza difusa, a ação é imprescritível.
A propósito, colho os dizeres da doutrina de Édis Milaré, *in verbis*:
“Conforme salientamos alhures, o Direito enxerga o dano ambiental sob dois aspectos distintos: a) o dano ambiental coletivo ou dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo, e b) o dano ambiental individual ou dano ambiental pessoal, sofrido pelas pessoas e seus bens. Assim é porque um mesmo fato pode ensejar ofensa a interesses difusos e individuais, como ocorre, por exemplo, com a contaminação de um curso de água por carreamento de produto químico nocivo. Ao lado do dano ecológico puro ou coletivo identificado, poderão coexistir danos individuais em relação aos proprietários ribeirinhos que tenham suportado a perda de criações ou se privado do uso comum da água.

No primeiro caso, ou seja, de ação civil pública veiculadora de pretensão reparatória do dano ambiental coletivo, não conta nosso ordenamento com disciplina específica em matéria prescricional. Tudo conduz, portanto, à conclusão de que se inscreve no rol das ações imprescritíveis. De fato, o estabelecimento de um prazo para o ajuizamento de ação tendente à composição da lesão ambiental resulta por completo inadequado para o sistema de prescrição. É que a lentidão com que surgem e se manifestam as consequências da contaminação pode chegar a vários anos, circunstância totalmente incompatível com o sistema clássico de prescrição.
(...)
'Como os direitos difusos não têm titular determinável, não seria correto transportar-se para o sistema da indenização dos danos causados ao meio ambiente o sistema individualístico do Código Civil, sob pena de sacrificar-se todas a coletividade, sua titular.
Ora, a ação civil pública é instrumento para tutela jurisdicional de bens-interesses de natureza pública, insuscetíveis de apreciação econômica, e que têm por marca característica básica a indisponibilidade. Versa, portanto, sobre direitos não patrimoniais, direitos sem conteúdo pecuniário.
(...)
É claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório. Cuida-se de um direito fundamental e indisponível do ser humano. Julgada procedente ação civil pública por dano a ele perpetrado, o montante de eventual indenização que vier a ser apurado não reverterá para patrimônio algum. Nem o Estado, nem qualquer das inúmeras vítimas da degradação ambiental experimentarão acréscimo pecuniário com a reparação financeira do dano. O montante apurado, recolhido ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei 7.347/1985, reverterá para toda a comunidade, sendo este, exatamente, o elemento que caracteriza sua difusão.
Em resumo, não estamos diante de direito patrimonial quando de fala de tutela do meio ambiente difusamente considerado. As pretensões veiculadas na ação civil pública se relacionam com a defesa de um direito fundamental, indisponível, do ser humano; logo, inatingível pela prescrição.
(...)"
(*in Direito Ambiental - A Gestão Ambiental em foco* - Doutrina. Jurisprudência. Glossário, 7ª Ed., Ed Revista dos Tribunais, 2011)
No sentido exposto, colho a ementa do julgado transcrita na decisão agravada, *in verbis*:
"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - DIREITO AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL - PEDIDO GENÉRICO - ARBITRAMENTO DO *QUANTUM DEBEATUR* NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE - SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.
É de competência da Justiça Federal o processo e julgamento de Ação Civil Pública visando indenizar a comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia.
Segundo a jurisprudência do STJ e STF trata-se de competência territorial e funcional, eis que o dano ambiental não integra apenas o foro estadual da Comarca local, sendo bem mais abrangente espraiando-se por todo o território do Estado, dentro da esfera de competência do Juiz Federal.
Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.
O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.
Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador

do dano.
O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.
Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.
O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.
Quando o pedido é genérico, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação, havendo elementos suficientes nos autos. Precedentes do STJ.
Inviável, no presente recurso especial modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização, por incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ.
Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."
(REsp 200900740337, Eliana Calmon, STJ, Segunda Turma, DJE 19/11/2009)
A par disto, ainda que, em tese, viesse a ser examinada a alegação de prescrição com amparo no interstício quinquenal, observo que a recorrente não apresentou o traslado, em sua inteireza, da cópia do processo administrativo, de modo que não há como sequer verificar a existência de eventuais causas interruptivas (v.g. defesa administrativa ou recursos).
Assim, sob qualquer olhar, não se sustenta a alegação de ocorrência de prescrição.
Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

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

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0001931-62.2013.4.03.0000
(2013.03.00.001931-1)

Agravante: EBT EMPRESA BRASILEIRA TERMOPLÁSTICA LTDA.
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 234/236
Agravante: EBT EMPRESA BRASILEIRA TERMOPLÁSTICA LTDA.
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AI 495787
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/06/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. RESP Nº 113.749-7/CE, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. GARANTIA IDÔNEA E SUFICIENTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. DESPROVIMENTO.
- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do C. STJ e desta Corte.
- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
- A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1137497-CE, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, entendeu que, para suspender a inscrição do devedor nos registros do CADIN, não se mostra suficiente o simples ajuizamento de demanda judicial, sendo necessário o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao débito que lhe está sendo cobrado, *in verbis*:
- *In casu*, não ficou demonstrado que houve a garantia idônea e suficiente ao Juízo, ante a ausência do auto de penhora, avaliação e depósito, bem como da manifestação do exeqüente sobre o bem ofertado, considerando o elevado valor da execução.
- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de junho de 2013.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de agravo interposto por EBT EMPRESA BRASILEIRA TERMOPLÁSTICA LTDA., com fulcro no art. 557, § 1º do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática proferida às fls. 234/236 dos presentes autos que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a expedição de ofício ao SERASA, ao fundamento de que não cabe ao juízo das execuções fiscais determinar a expedição de ofício para exclusão do nome do executado do SERASA, devendo ser referido pedido apresentado em sede administrativa.

Sustenta o agravante, em síntese, que a lei nº 10.522/2002 dispõe que o ato de oferecer garantia idônea e suficiente já dá o direito ao contribuinte de ter suspensa sua negativação, não sendo necessária a manifestação da fazenda.

Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

EMENTA
PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. RESP Nº 113.749-7/CE, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. GARANTIA IDÔNEA E SUFICIENTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. DESPROVIMENTO.
- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do C. STJ e desta Corte.
- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
- A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1137497-CE, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, entendeu que, para suspender a inscrição do devedor nos registros do CADIN, não se mostra suficiente o simples ajuizamento de demanda judicial, sendo necessário o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao débito que lhe está sendo cobrado, in *verbis*:
- *In casu*, não ficou demonstrado que houve a garantia idônea e suficiente ao Juízo, ante a ausência do auto de penhora, avaliação e depósito, bem como da manifestação do exeqüente sobre o bem ofertado, considerando o elevado valor da execução.
- Agravo desprovido.

O Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Não é de ser provido o agravo.

Com efeito, é firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se

supedaneada em jurisprudência consolidada do C. STJ e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis:*

> Trata-se de agravo de instrumento interposto por EBT EMPRESA BRASILEIRA TERMOPLASTICA LTDA. em face da decisão que, em execução fiscal, indeferiu a expedição de ofício ao SERASA, ao fundamento de que não cabe ao Juízo das Execuções Fiscais determinar a expedição de oficio para exclusão do nome do executado do SERASA, devendo ser referido pedido apresentado em sede administrativa.
> Sustenta a agravante, em síntese, ser devida a expedição de ofício ao SERASA, uma vez que em cumprimento aos ditames legais do art. 7º, I, da Lei 10.522/2002, tratou de nomear um bem imóvel de sua propriedade para garantir a presente execução. Aduz que a execução atinge o valor de R$ 12.786.478,27 e o bem imóvel nomeado é no valor de R$ 13.128.836,00, suficiente para garantir a execução por completo.
> Requer a concessão da antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do agravo para que seja determinado o cancelamento em definitivo da negativa no SERASA.
> *Decido.*
> Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.
> Com efeito, a inscrição do nome do contribuinte nos cadastros informativos de créditos do setor público federal (CADIN), ou cadastros de devedores e inadimplentes (SERASA), é decorrência do próprio ajuizamento da execução fiscal, objetivando tão somente tornar disponíveis, para a administração pública, informações sobre créditos em atraso.
> A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, no seu artigo 7º estabelece as hipóteses de suspensão do registro no CADIN:
> "Artigo 7º. Será suspenso o registro no CADIN quando o devedor comprove que:
> I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;
> II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei".
> A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1137497-CE, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, entendeu que, para suspender a inscrição do devedor nos registros do CADIN, não se mostra suficiente o simples ajuizamento de demanda judicial, sendo necessário o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao débito que lhe está sendo cobrado, *in verbis:*
> "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DÉBITO FISCAL. DÍVIDA DISCUTIDA JUDICIALMENTE. SUSPENSÃO DO REGISTRO NO CADIN. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 10.522/2002.
> 1. A mera existência de demanda judicial não autoriza, por si só, a suspensão do registro do devedor no CADIN, haja vista a exigência do art. 7º da Lei 10.522/02, que condiciona essa eficácia suspensiva a dois requisitos comprováveis pelo devedor, a saber: I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei. (Precedentes: AgRg no Ag 1143007/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 16/09/2009;AgRg no REsp 911.354/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 24/09/2009; REsp 980.732/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008; REsp 641.220/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 02.08.2007; AgRg no REsp 670.807/RJ, Relator Min. JOSÉ DELGADO; Relator para o acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 04.04.2005).
> 2. Destarte, a mera discussão judicial da dívida, sem garantia idônea ou suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151 do CTN, não obsta a inclusão do nome do devedor no CADIN.

3. *In casu*, restou consignado, no relatório do voto condutor do aresto recorrido (fls. e-STJ 177), a ausência de garantia suficiente, *in verbis*:
'S.S. PETRÓLEO LTDA interpôs agravo de instrumento, com pedido de liminar substitutiva, contra decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara - CE, que indeferiu antecipação de tutela em ação ordinária para impedir a inscrição em dívida ativa da multa, objeto do auto de infração ANP nº 2948, e obstar sua inclusão, ou manutenção, em cadastros restritivo de crédito.
A decisão agravada entendeu inviável impedir a regular constituição do crédito tributário e a inscrição da agravante no CADIN, por não haver a idoneidade e suficiência da garantia apresentada.'
4. Recurso especial provido (CPC, art. 557, § 1º-A). Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."
(REsp 1137497 / CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 14/04/2010, DJe 27/04/2010)
No mesmo sentido, precedentes desta E. Corte:
"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE O PEDIDO DE EXCLUSÃO DE SEUS NOMES DOS CADASTROS DO SERASA, SPC E CADIN - AGRAVO IMPROVIDO.
1. O Eg. STJ, em sede de recurso repetitivo, firmou entendimento no sentido de que "a mera existência de demanda judicial não autoriza, por si só, a suspensão do registro do devedor no CADIN, haja vista a exigência do art. 7º da Lei 10522/02, que condiciona essa eficácia suspensiva a dois requisitos comprováveis pelo devedor, a saber: I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei" (RESP 1137497, 1ª Seção, Rel. Des. Fed. LUIZ FUX, DJE 27/04/2010).
2. Na hipótese, contudo, embora os autos de penhora, avaliação e depósito de fls. 28/29 atestem que os bens penhorados garantem a dívida, o fato é que os agravantes não trouxeram a cópia integral da execução fiscal, não comprovando que a penhora ocorrida em 18/04/2007 ainda subsiste, e que foi aceita pela exeqüente, mormente em se tratando de penhora de 14 vacas Nelore P.O (puro de origem).
3. Na atual sistemática do agravo de instrumento, introduzida pela Lei nº 9139/95, compete à parte interessada instruir o recurso não só com as peças obrigatórias, mas também com aquelas necessárias à compreensão da controvérsia, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.
4. Agravo improvido."
(AI 0013691-76.2011.4.03.0000, Rel. Des. Federal RAMZA TARTUCE, QUINTA TURMA, j. 28/11/2011, DJe 28/11/2011)
"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO NOS REGISTROS DO SERASA. PROVIDÊNCIA DECORRENTE DO PRÓPRIO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.
1. Cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal.
2. A inscrição do nome do contribuinte nos cadastros informativos de créditos do setor público federal (CADIN), ou cadastros de devedores e inadimplentes (SERASA), é decorrência do próprio ajuizamento da execução fiscal, objetivando tão somente tornar disponíveis, para a administração pública, informações sobre créditos em atraso.
3. Nos termos da Lei nº 10.522 de 19/07/2002, a inscrição será evitada apenas nos casos em que houver oferecimento de garantia idônea e suficiente do Juízo, ou quando suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, o que não se verifica no presente caso.
4. Embora a executada tenha indicado bens à penhora (veículos), tendo sido lavrado o res-

pectivo termo, esta pendente de diligência a constatação, avaliação e registro dos bens constritos e ainda não foram ofertados embargos à execução. Tendo em vista a necessidade de se efetuarem as diligências mencionadas, não se há falar em garantia idônea e suficiente do juízo ou em suspensão da exigibilidade do crédito tributário que possibilitem a exclusão do nome do agravante dos registros do SERASA.
5. Precedentes deste Tribunal: 'Não havendo prova de que a dívida está garantida e ou de que esteja com sua exigibilidade suspensa, não há fundamento para a suspensão dos registros dos nomes dos agravantes no CADIN e no SERASA, conforme o disposto no art. 7º da Lei 10522/02' (Agravo de Instrumento nº307630, 5ª Turma, data da decisão:03/12/2007, DJU:23/01/2008, página 386, Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE).
6. Agravo de instrumento a que se nega provimento."
(AI 0089572-98.2007.4.03.0000, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, SEXTA TURMA, j. 17/07/2008, DJ 25/08/2008)
"AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DA RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. EXCLUSÃO DA EXECUTADA DOS CADASTROS DE DEVEDORES. IMPOSSIBILIDADE.
1. No caso vertente, a agravante opôs exceção de pré-executividade alegando a quitação integral dos débitos de que trata o presente feito (IRRF, com vencimentos em 14/08/2002, 28/08/2002, 04/09/2002 e 09/09/2004 a 24/11/2004), requerendo a expedição de ofício ao SERASA para fins de exclusão de seu nome daquele cadastro de inadimplentes.
2. Embora admitida em nosso direito por construção doutrinária e jurisprudencial, a interposição de exceção de pré-executividade, por si só, não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito objeto da execução fiscal.
3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário somente ocorre quando incidente uma das hipóteses previstas no art. 151, do Código Tributário Nacional.
4. Na hipótese *sub judice*, não há como reconhecer, de plano a relevância das razões da agravada quanto à alegação de pagamento do débito oriundo da inscrição nº 80.2.06.072420-76, ensejando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.
5. Conforme reconhece a própria executada, apenas a fração dos débitos relativos ao período agosto e setembro de 2002 se encontram abrangidos pelo mandado de segurança nº 2004.61.00.030523-1 que afastou a cobrança do IRRF até dezembro de 2003.
6. Quanto aos demais períodos (setembro a novembro de 2004), os quais afirma que foram recolhidos com o CNPJ da incorporadora, tenho que a matéria alegada depende de análise mais acurada, inviável na via da exceção de pré-executividade.
7. A questão argüida não se mostra evidente a ponto de ser reconhecida de plano, tanto que foi concedido à exeqüente prazo para manifestação específica quanto à alegação de quitação do tributo.
8. Não há como se determinar a expedição de ofícios ao SERASA para comunicar a extinção do débito exeqüendo, bem como para determinar a exclusão de seu nome do cadastro de referido cadastro, ou ainda, reconhecer que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão, tal como pleiteado pela agravante.
9. Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado."
(AI 0094184-79.2007.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, SEXTA TURMA, j. 28/02/2008, DJ 09/05/2008)
No caso dos autos, apesar do ora agravante ter nomeado bem imóvel à penhora às fls. 156/158 dos autos principais, não ficou demonstrado que houve a garantia idônea e suficiente ao Juízo, ante a ausência do auto de penhora, avaliação e depósito, bem como da manifestação do exeqüente sobre o bem ofertado, considerando o elevado valor da execução.
Ante o exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, *nego seguimento* ao agravo de instrumento.

Comunique-se ao Juízo "a quo".
Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem.
Intimem-se.

Conforme prolatado na decisão acima transcrita, reforço o entendimento no sentido de que, não ficou demonstrado que houve a garantia idônea e suficiente ao Juízo, ante a ausência do auto de penhora, avaliação e depósito, bem como da manifestação do exeqüente sobre o bem ofertado, considerando o elevado valor da execução.

As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0016118-75.2013.4.03.0000
(2013.03.00.016118-8)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PEDERNEIRAS - SP
Parte Autora: CESAR PALHARIN ZABALIA
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: CC 15363
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2013

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela 2ª Vara Federal de Bauru/SP em face do Juízo de Direito da 2ª Vara de Pederneiras/SP, visando à definição do juízo competente para o julgamento de ação versando o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, cumulado com pedido de indenização por dano moral.

Ajuizada a ação perante a Justiça Estadual, distribuída à 2ª Vara da Comarca de Pederneiras/SP, referido juízo declinou de sua competência, em razão do pedido de indenização por danos morais não se incluir na competência da Justiça Estadual.

Redistribuída a demanda, a 2ª Vara Federal de Bauru/SP suscitou o presente conflito de competência, ao argumento de que remanesce a competência do juízo suscitado, investido de competência delegada para conhecer do pedido de benefício previdenciário, uma vez que o pedido de indenização por danos morais é indissociável da pretensão principal.

É o relatório. Decido.

O presente comporta julgamento monocrático, com fundamento no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ante a existência de jurisprudência dominante neste Tribunal sobre a questão.

O presente conflito deve ser acolhido.

Dispõem os arts. 292, *caput* e § 1º, e 259, II, do citado Diploma normativo:

> Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.
> § 1º. São requisitos de admissibilidade da cumulação:
> I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;
> II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;
> III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.
>
> Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:
> ...
> II - havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles; (...)

Nesse contexto, e considerando a previsão contida no art. 109, § 3º, da Constituição da

República, que não discrimina quais matérias estariam afetas à Justiça Estadual, no exercício da competência delegada, entendo possível a cumulação de pedido de natureza previdenciária com pedido indenizatório, segundo os requisitos de admissibilidade previstos no § 1º acima transcrito e conforme remansosa jurisprudência.

Logo, não pode o juízo furtar-se *in limine* à apreciação do pedido indenizatório. Estando o suposto dano moral intrinsecamente vinculado à controvérsia de direito material, como na hipótese dos autos, a questão recai sobre a valoração da indenização. Daí, sim, julgando o magistrado que o valor fixado é desproporcional ao dano alegado, compete-lhe, primeiro, fixar de ofício o valor que entende razoável, para só então declinar de sua competência, se for o caso.

A respeito:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO OBJETIVANDO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CUMULAÇÃO SUCESSIVA DE PEDIDOS. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO JUÍZO ESTADUAL. ART. 109, § 3º, CF. APLICAÇÃO.
> I - Cuida-se de cúmulo sucessivo de pedidos, regulado pela norma do art. 292 do CPC.
> II - As pretensões ventiladas na ação originária são de duas ordens, segundo se dessume da inicial daquele feito: a obtenção de aposentadoria por idade e a indenização por dano moral decorrente de responsabilidade civil do INSS por seu ato administrativo.
> III - A delegação de competência a que alude o art. 109, § 3º, da CF, é fixada em razão da matéria, ou seja, do objeto do pedido. A ação subjacente versa sobre causa em que é parte instituição de previdência e beneficiário, estando, pois, ao abrigo dessa norma.
> IV - Estão presentes todos os requisitos previstos no art. 292, § 1º e seus incisos, do CPC, para a cumulação em questão, ou seja, os pedidos são compatíveis entre si, o mesmo Juízo Estadual é competente para deles conhecer e o tipo de procedimento escolhido - o ordinário - é adequado para a veiculação da pretensão em causa.
> V - Conflito negativo julgado procedente, firmando-se a plena competência do Juízo de Direito da 2ª Vara de Registro/SP.
> (CC 201103000058885, JUIZ LEONARDO SAFI, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, DJF3 de 20/05/2011)

Posto isso, JULGO PROCEDENTE o presente conflito de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Pederneiras/SP, o suscitado.

Publique-se. Intimem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Comuniquem-se os juízos suscitante e suscitado.

Decorridos os prazos para eventuais recursos e ultimadas as providências necessárias, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

Direito Processual Penal

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL
0003530-93.2000.4.03.6110
(2000.61.10.003530-0)

Recorrentes: ANTONIO CARLOS WAKIM E HUMBERTO HENRIQUE MONTEIRO FILHO
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelantes: ANTONIO CARLOS WAKIM E HUMBERTO HENRIQUE MONTEIRO FILHO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Classe do Processo: ACr 29152
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2013

DECISÃO

Recurso especial interposto por Antonio Carlos Wakim e Humberto Henrique Monteiro, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento às suas apelações.

Alega-se, em síntese, violação ao artigo 65, inciso III, letra "d", do Código Penal, na medida em que a aplicação da atenuante genérica da confissão é obrigatória, uma vez que serviu de elemento para a formação da convicção do julgador acerca da autoria do delito.

Contrarrazões ministeriais, às fls. 999/1005. Sustenta-se o não cabimento do recurso e, se cabível, o seu não provimento.

Decido.

Presentes pressupostos genéricos do recurso.

Plausível o reclamo no tocante à incidência da atenuante genérica da confissão. Sobre o assunto, o acórdão assenta:

> (...) A atenuante da confissão não deve ser aplicada, pois os réus apenas admitiram o não recolhimento dos valores, negando que agiram com dolo e a culpabilidade, em razão das dificuldades financeiras vivenciadas pela empresa. Assim, somente deve ser considerada se amplamente admitida a responsabilidade pelo crime.

A jurisprudência dos tribunais superiores já se firmou no sentido de que "a confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, *ex vi* do art. 65, III, *d*, do CP, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou" (STF, HC 82.337-RJ, DJ 4/4/2003). A única exigência legal para a incidência da mencionada atenuante é que seja ela levada em consideração pelo magistrado quando da fixação da autoria do delito, fazendo-se despicienda, por consequência, a aferição da intenção do agente no momento em que a pronunciou. A própria retratação em juízo, em tais casos, não tem o condão de excluir a aplicação da atenuante em referência, como se infere da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. *Conforme entendimento pacificado no âmbito deste Tribunal, configura-se a confissão espontânea tão-somente pelo reconhecimento em Juízo da autoria do delito, sendo irrelevante que, preso em flagrante, não tenha restado outra alternativa para o agente.*
2. *Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, redimensionar a pena imposta.*
(REsp 435430/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28.11.2006, DJ 18.12.2006 p. 460 nossos os grifos)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTEMENTE DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 59 DO CP. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. CRIME HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. No caso, a pena-base encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos que circundaram o fato delituoso, principalmente na expressiva quantidade de droga, o que denota o maior grau de censurabilidade da conduta.
2. *Deve ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, nas hipóteses em que, apesar da retratação em juízo, o magistrado sentenciante fundamenta seu convencimento na conjugação da confissão ocorrida na fase inquisitorial com as provas colhidas durante a instrução probatória.*
3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos, possibilitando, também, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.
4. *In casu*, considerando-se a pena aplicada (quatro anos de reclusão), as circunstâncias judiciais preponderantemente desfavoráveis e a regra constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, revela-se razoável a fixação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.
5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, de outro lado, não se mostra adequada, pois não atendido o requisito constante do art. 44, inciso III, do Código Penal.
6. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto, bem como para afastar a proibição à progressão de regime, cuja efetivação dependerá da análise, por parte do Juízo das Execuções Criminais, dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício reclamado.
(HC 59.790/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 16/10/2006 p. 407)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRISÃO EM FLAGRANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXACERBAÇÃO INJUSTIFICADA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA.
1. *A confissão espontânea configura-se tão-somente pelo reconhecimento do acusado em juízo da autoria do delito, pouco importando se o conjunto probatório é suficiente para demonstrá-la ou que o réu tenha se arrependido da infração que praticou.*
2. *A prisão em flagrante, por si só, não constitui fundamento suficiente para afastar a incidência da confissão espontânea. Precedentes do STJ.*

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.
4. *In casu*, a fixação da pena-base, quase no dobro do seu mínimo legal, foi manifestamente descabida diante dos fundamentos apresentados, inerentes quase que em sua totalidade ao tipo penal correspondente, não se apresentando, pois, adequados para justificar as respectivas exasperações. Violação ao princípio da individualização da pena. Precedentes do STJ.
5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reconhecer a nulidade da sentença e do acórdão tão-somente na parte atinente à fixação da pena, devendo outra ser proferida em primeira instância em conformidade com o art. 59 do Código Penal, e com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.
(HC 37175/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03.02.2005, DJ 07.03.2005 p. 299 - nossos os grifos)

Outrossim, ainda que a confissão do fato típico tenha sido acompanhada da alegação de uma excludente de ilicitude, não tem o condão de afastar a atenuante em questão. Nesse diapasão:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA.
I - A apreciação da alegação de ocorrência de causa excludente de antijuridicidade, qual seja, a legítima defesa, ensejaria, no caso, necessariamente, reexame aprofundado de matéria fático-probatória, o que é vedado na via estreita do *writ* (Precedentes).
II - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (Precedentes).
III - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes).
IV - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de *habeas corpus*.
V - *Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea "d", do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu em legítima defesa (Precedentes).*
Writ parcialmente concedido.
(HC 87930/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 20/09/2007, DJ 12/11/2007, p. 270)

Logo, viável a admissão do recurso especial com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal.

Os demais argumentos expendidos pelo recorrente serão objeto de conhecimento ou não do Superior Tribunal de Justiça. Aplicáveis as Súmulas nº 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *admito* o recurso especial.

São Paulo, 08 de agosto de 2013.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL
0010249-86.2011.4.03.6181
(2011.61.81.010249-2)

Agravante: JUSTIÇA PÚBLICA
Agravado: NICOLAU DOS SANTOS NETO (réu preso)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AgExPe 369
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/03/2013

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PRISÃO DOMICILIAR - REVOGAÇÃO - APENADO COM CONDIÇÕES DE SAÚDE ATUALMENTE FAVORÁVEIS AO CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL OU HOSPITALAR - COMETIMENTO, AINDA, DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. A prisão domiciliar, recentemente acrescida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011 (artigos 317 e 318), é instituto de natureza processual e não de execução criminal, tratando-se de medida cautelar menos gravosa que a prisão processual propriamente dita, tal como as outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 daquele mesmo *Codex*.

2. Assim, não havendo ainda trânsito em julgado das condenações sofridas pelo recorrido, eventuais alterações em sede de medidas cautelares são da competência do juízo natural do feito principal, e, havendo recurso, ao tribunal onde o recurso estiver aguardando julgamento, à luz do quanto disposto no artigo 800 e parágrafo único do Código de Processo Civil, aplicável, *in casu*, por analogia ao artigo 3º do CPP.

3. Havendo conclusão médica oficial dando conta de ser desnecessária a custódia domiciliar do recorrido, isto é, uma vez alterado o quadro fático anterior que possibilitou referida benesse ao sentenciado, não subsiste mais qualquer razão para ser mantida, devendo o acusado retornar ao cárcere, ainda que submetido a cuidados especiais em razão de sua idade avançada.

4. Comprovado que o sentenciado agiu ilicitamente durante o curso do cumprimento da pena, revertendo a posição de fiscalizado para fiscalizador dos agentes estatais responsáveis pela execução das reprimendas a ele impostas, correta a r. decisão "a quo" que reconheceu a prática de falta grave pelo apenado, com fundamento no artigo 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal.

5. Preliminar de prescrição afastada, pois, não tendo transitado em julgado a r. sentença condenatória, ainda em fase recursal em tribunal superior, a competência para o eventual reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal é do Juízo onde se encontram os autos principais, devendo a questão ser analisada como prejudicial ao mérito do recurso.

6. Preliminar afastada. Agravo 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, não conhecer da arguição de prescrição e, por maioria, no mérito, dar provimento ao recurso ministerial, a fim de revogar a prisão domiciliar deferida e determinar a imediata transferência do recorrido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade), ou, quando não, a hospital penitenciário que possibilite adequado tratamento de saúde, alternativas essas que deverão ser analisadas pelo MMº Juízo das Execuções Criminais, após realizadas as diligências imprescindíveis à remoção, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo Des. Fed. Antonio Cedenho, vencida a Juíza Federal Convocada Tânia Marangoni que negava provimento ao agravo em execução penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de março de 2013.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público Federal, em face da r. decisão proferida pelo MMº Juízo da 1ª Vara Criminal Federal e das Execuções Penais de São Paulo, que, nos autos da execução criminal nº 0000202-92.2007.403.61.81, deferiu a prisão domiciliar a *Nicolau dos Santos Neto*, sob o fundamento de que o sentenciado possui 83 (oitenta e três) anos de idade, conforme autoriza o artigo 318, inciso I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, estando a decisão "a quo" acostada à fl. 162 destes autos.

Argumenta o "Parquet" Federal que a Lei nº 12.403/2011 alterou o Código de Processo Penal exclusivamente em relação às prisões cautelares, não sendo aplicável, pois, às prisões em fase de execução, ainda que provisória, como é o caso dos autos.

Dessa forma, alega que o Juízo natural e competente para a aplicação da prisão cautelar, ou a sua conversão em outras medidas diversas da prisão, ou mesmo o deferimento da prisão domiciliar, é o juízo do processo de conhecimento, competindo ao Juízo da execução tão somente a prática de atos jurisdicionais de natureza executória da pena e não cautelar.

Requer, outrossim, seja provido o agravo a fim de que seja afastada a decisão "a quo", com o consequente indeferimento da prisão domiciliar ao sentenciado.

O recurso foi instruído com peças do feito principal (fls. 07/168).

A defesa apresentou contrarrazões às fls. 170/173, requerendo o improvimento do recurso ministerial. Argumentou, para tanto, que o MMº Juízo das execuções criminais possui competência para a aplicação da lei posterior mais benéfica, nos termos do artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, de maneira que, sendo o sentenciado maior de 80 (oitenta) anos, faz jus à prisão domiciliar, conforme previsto no artigo 318, inciso I, do CPP, com a nova redação da Lei nº 12.403/2011 (lei posterior mais benéfica).

A r. decisão recorrida foi mantida pelo MMº Juízo "a quo", conforme decisão de fl. 393.

Os autos subiram a esta Corte em 28/12/2011 e, em parecer de fls. 395/396, a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do agravo, a fim de que seja reformada a decisão que concedeu prisão domiciliar a Nicolau dos Santos Neto.

Por decisão de fls. 398/399 solicitei ao MMº Juízo das Execuções Criminais cópia do laudo médico relativo a recente exame pericial a que foi submetido o sentenciado supra, tendo aquele r. Juízo enviado o laudo, ora juntado às fls. 400/401.

Após, foi aberta vista às partes para manifestação acerca do conteúdo do laudo pericial acima citado, tendo a defesa se manifestado às fls. 407/426, requerendo: a) seja decretada a extinção da punibilidade do acusado em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal; b) com o reconhecimento da prescrição, seja afastado o decreto de perdimento dos bens, bem como a condenação nas custas do processo.

O "Parquet" Federal, por sua vez, manifestou-se às fls. 619/622.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): O recurso ministerial merece provimento, sendo, no meu entender, três os fundamentos para tanto, sintetizados da seguinte forma:

1) incompetência do Juízo das Execuções Criminais para converter a prisão cautelar em prisão domiciliar;

2) favorável estado de saúde atual do sentenciado, conforme laudo médico pericial recentemente realizado;

3) falta grave cometida pelo sentenciado, em total descumprimento aos princípios vigentes na Lei de Execução Penal.

1) DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS PARA CONVERTER PRISÃO CAUTELAR EM PRISÃO DOMICILIAR

Por primeiro, conforme bem esposado pelo "Parquet" Federal em suas razões, entendo que o MMº Juízo "a quo" não ostenta competência jurisdicional para converter a prisão cautelar, decretada pelo Juízo natural do conhecimento, em prisão domiciliar.

Isso porque a prisão domiciliar, recentemente acrescida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011 (artigos 317 e 318), é instituto de natureza processual e não de execução criminal, tratando-se de medida cautelar menos gravosa que a prisão processual propriamente dita, tal como as outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 daquele mesmo *Codex*.

Assim, não havendo ainda trânsito em julgado das condenações sofridas pelo recorrido, eventuais alterações em sede de medidas cautelares são da competência do juízo natural do feito principal, e, havendo recurso, ao tribunal onde o recurso estiver aguardando julgamento, à luz do quanto disposto no artigo 800 e parágrafo único do Código de Processo Civil, aplicável, *in casu*, por analogia ao artigo 3º do CPP, *verbis*:

> Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

> Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal - grifo nosso

E, quanto ao argumento citado pela defesa, no sentido de o MMº Juízo das execuções criminais possuir competência para a aplicação da lei posterior mais benéfica, nos termos do artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, trata-se evidentemente de *lei penal* posterior e mais benigna (*novatio legis in mellius*) e não de lei processual, porquanto na seara processual penal vige o princípio *tempus regit actum*.

Ademais, conforme já destacado, não compete ao Juízo das Execuções Criminais decidir sobre questões processuais penais relacionadas ao feito de origem, mas tão somente aquelas vinculadas exclusivamente aos incidentes da execução criminal.

Por fim, ainda que assim não fosse, certo é que a aplicação da lei mais benigna somente há de ser realizada pelo Juízo da Execução Criminal *após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, fato que ainda não ocorreu no caso presente.

Nesse sentido, é o que dispõe a Súmula 611 do STF, *verbis*:

> Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

De outro vértice, penso imperioso observar a redação do artigo 318 do CPP, dada pela Lei nº 12.403/2012, *verbis*:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
> I - maior de 80 (oitenta) anos;
> II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
> IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.
> Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Veja-se que o legislador foi expresso ao utilizar o verbo "poder" ("Poderá o juiz ..."), esclarecendo que ao juiz é facultado substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando presente ao menos uma das hipóteses dos incisos I a IV acima transcritos.

Pois bem, em se tratando de uma faculdade - discricionária, é verdade -, e a interpretando com o que reza o parágrafo único do mesmo artigo, entendo que a simples circunstância objetiva de o agente possuir mais de oitenta anos, por si só, não obriga o juiz a converter a prisão preventiva em domiciliar.

Deve o magistrado, antes disso, verificar com prudência se o acusado, efetivamente, não ostenta qualquer condição física e mental de ser submetido ao cárcere, pois é cediço que nem toda pessoa com mais de oitenta anos de idade necessita de cuidados especiais ou está em situação de saúde debilitada.

Ausentes, pois, aquelas circunstâncias impeditivas, não há razão para a conversão em sede de medida cautelar, menos ainda em se tratando de cumprimento de pena, momento em que poderá o sentenciado ser submetido a tratamento em hospital penal ou mesmo no presídio, desde que em ambos os estabelecimentos o Estado proporcione condições favoráveis à

dignidade e à saúde do condenado.

E, no caso do recorrido, conforme será demonstrado no tópico a seguir, suas condições de saúde são favoráveis, nada impedindo cumpra ele sua pena no cárcere, ainda que com a condição de ser submetido a cuidados especiais e a adequado tratamento de saúde.

Dessa forma, o simples fato de possuir mais de oitenta anos de idade, só por si, não é fundamento idôneo a impedir seja devolvido à prisão.

Nesse exato sentido, colaciono o seguinte precedente:

> PENAL. PROCESSUAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. MAIOR DE SETENTA ANOS, CONDENADO AO REGIME SEMI-ABERTO. MOLÉSTIA GRAVE. PRISÃO DOMICILIAR. INDEFERIMENTO. "HABEAS CORPUS". RECURSO.
> 1. A idade avançada, por si só, não garante ao condenado ao regime semi-aberto o direito à prisão domiciliar. 2. Se o recorrente deixa de trazer aos autos prova incontroversa de que depende de tratamento médico que não pode ser administrado nos locais e horários admitidos pela autoridade responsável, deve ser negado o benefício da prisão domiciliar. 3. Recurso em "Habeas Corpus" conhecido mas não provido.
> (Processo RHC 11861/MG RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* 2001/0114495-7 Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL (1074) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 11/12/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 18/02/2002 p. 469 LEXSTJ vol. 151 p. 255 RSTJ vol. 160 p. 441) - grifo nosso.

A íntegra do voto do Excelentíssimo Ministro Edson Vidigal foi assim redigida (RHC 11861), *verbis*:

> EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL:
> Senhor Presidente, a prisão domiciliar, via de regra, somente é admitida quando tratar, a hipótese, de réu inserido no regime prisional aberto.
> Diz a Lei 7210/84, art. 117:
> Art 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
> I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
> II - condenado acometido de doença grave;
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
> IV - condenada gestante.
> Já decidimos, é certo, pela aplicação analógica de referido dispositivo a condenados a regime mais gravoso, se satisfeitos os comandos legais.
> Não é o caso. Nada há, nestes autos, a indicar, de forma incontroversa, que o tratamento a que o recorrente estaria submetido não pode ser ministrado nos locais e horários admitidos pela autoridade responsável. Ao contrário, informa o Acórdão recorrido, tem ele recebido tratamento médico adequado, reportando, inclusive, "boa evolução" em seu quadro clínico (fl. 113).
> A idade avançada, por si só, não basta à concessão do benefício, se não preenchidos os demais requisitos legais.
> Assim, tendo em vista que o recorrente nada trouxe a fundamentar e comprovar o que alega, conheço do Recurso, mas nego-lhe provimento.
> *É o voto*. - grifo nosso

Por outro lado, poder-se-ia cogitar no deferimento da prisão domiciliar ao sentenciado por interpretação extensiva do artigo 117 da Lei de Execução Penal, *verbis*:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
> I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
> II - condenado acometido de doença grave;
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
> IV - condenada gestante.

Porém, tal dispositivo legal é expresso no sentido de somente ser cabível a prisão domiciliar aos condenados beneficiados com o *regime aberto*, o que não é o caso do recorrido, cujo pedido de progressão de regime foi negado pelo MMº Juízo das Execuções Criminais (fls. 175/179 destes autos).

Sobre o tema, colaciono o seguinte precedente:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXECUÇÃO DE PENA. REGIME SEMI-ABERTO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA E IDADE AVANÇADA. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 117, LEP. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONCESSÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. *O Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, interpreta o art. 117, da LEP, restritivamente, ou seja, somente nas hipóteses legais - condenado maior de setenta anos; acometido de doença grave; com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante, é possível o cumprimento da reprimenda em regime aberto, com o recolhimento do condenado em sua residência particular. Ademais, a prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, ex vi do art. 117 da Lei de Execução Penal (Precedentes do STF).*
> (HC 38617/RS *HABEAS CORPUS* 2004/0138436-6 Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 17/02/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 14/03/2005 p. 399 RSTJ vol. 199 p. 485) - grifo nosso

É certo, não obstante, que a jurisprudência de nossos tribunais superiores vem deferindo a prisão domiciliar, em hipóteses excepcionalíssimas, mesmo quando ausentes os requisitos legais acima citados e o agente não estiver em regime aberto, mas desde que presente a idade avançada somada à comprovação de precário estado de saúde, o que não é o caso do ora recorrido, porquanto, conforme já supra aludido e será demonstrado no tópico seguinte, as condições de saúde do sentenciado são favoráveis, circunstância essa atestada em laudo médico oficial.

Dessa forma, não há falar-se nem mesmo em situação excepcional de comprovada doença grave, em que a jurisprudência vem deferindo a prisão domiciliar mesmo quando ausentes as hipóteses previstas no artigo 117 da LEP, especialmente, o cumprimento da pena em regime aberto.

Outrossim, de qualquer ângulo em que se analise a questão, não há dúvida de que deve ser afastada a r. decisão "a quo", reconhecendo a sua nulidade por incompetência absoluta do Juízo "a quo" *ratione materiae* e determinando-se o retorno do sentenciado ao cárcere, já que desnecessária a prisão domiciliar, como adiante se demonstrará.

2) FAVORÁVEL ESTADO DE SAÚDE ATUAL DO SENTENCIADO. LAUDO MÉDICO PERICIAL RECENTEMENTE REALIZADO

Não bastassem os fundamentos acima delineados, com a insubsistência da r. decisão "a quo", de qualquer forma, a r. decisão recorrida deve ser reformada.

E isso porque, por determinação deste relator, vieram aos autos informações prestadas pelo MMº Juízo "a quo", as quais dão conta de que o sentenciado Nicolau dos Santos Neto ostenta condições de cumprir no cárcere as penas a que foi condenado, conforme adiante se demonstrará.

Com efeito, submetido o recorrido a perícia médico-psiquiátrica no dia 28 de maio de 2012 por determinação do MMº Juízo das Execuções Criminais - tratando-se, pois, de perícia oficial -, o perito-médico signatário do laudo concluiu (fls. 400/401):

> [...] Examinando, do ponto de vista psiquiátrico, sem alterações significativas. Em relação ao exame psiquiátrico anterior, houve melhora nos aspectos depressivos, expressa na aparência, postura corporal, fluência verbal e psicomotricidade. *Portanto, dada a atual avaliação, não se justifica a prisão domiciliar. Há que se considerar o fator idade, pois aos 83 anos, a capacidade de adaptação está diminuída correndo o risco de reagir com sintomatologia mais grave às mudanças drásticas* - grifo nosso.

Observo que sobre referido parecer a defesa teve ampla oportunidade de se manifestar, tanto no feito originário, quanto nos presentes autos, de maneira que cumprido o contraditório e a ampla defesa.

Outrossim, havendo conclusão médica oficial dando conta de ser desnecessária a custódia domiciliar do recorrido, entendo que, alterado o quadro fático anterior que possibilitou referida benesse ao sentenciado, não subsiste mais qualquer razão para ser mantida, devendo o acusado retornar ao cárcere, ainda que submetido a cuidados especiais em razão de sua idade avançada.

Nesse sentido, cito precedentes de nossos tribunais superiores, no sentido de que a simples circunstância de ser o agente portador de doença grave e idade avançada não impede o cumprimento da pena no cárcere:

> [...] PEDIDO DE RECOLHIMENTO EM REGIME DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REAL NECESSIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. [...] *4. Não se descura que esta Corte Superior, em casos excepcionais, tem admitido a prisão domiciliar a condenados portadores de doenças graves, que estejam cumprindo pena em regime fechado, desde que demonstrada a impossibilidade de receberem o tratamento adequado no estabelecimento prisional. 5. No caso, não há prova de que o tratamento de saúde oferecido no estabelecimento prisional ao Paciente é ineficiente e inadequado. 6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 7.* Habeas corpus *não conhecido.* (HC 239294/SP *HABEAS CORPUS* 2012/0075804-6 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 13/11/2012 Data da Publicação/ Fonte DJe 23/11/2012) - grifo nosso
>
> *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. REGIME FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇAS GRAVES E IDADE AVANÇADA. INCOMPATIBILIDADE DO LOCAL EM QUE SE ENCONTRA O PACIENTE (CADEIA PÚBLICA) COM SEU TRATAMENTO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ORDEM DENEGADA. *1. A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena.* In casu, *não se demonstrou a incompatibilidade da continuidade*

> *do tratamento na Cadeia Pública local. 2. Ordem denegada.*
> (HC 228408/PR *HABEAS CORPUS* 2011/0302318-0 Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 26/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 01/08/2012) - grifo nosso

É certo que, apesar do conteúdo do atestado pelo médico-perito designado pelo Juízo "a quo" denotar condições psíquicas favoráveis pelo acusado, declarando expressamente desnecessária a prisão domiciliar, não se desconhece possuir ele mais de oitenta anos de idade.

Tal circunstância, como já dito, por si só, não impede a revogação da prisão domiciliar, porquanto comprovada nos autos a sua prescindibilidade, porém, a remoção do sentenciado deverá ser feita a hospital penal ou a presídio onde haja condições plenas de ser submetido a adequado tratamento de saúde, o que deverá ser oportunamente deliberado pelo MMº Juízo das Execuções Criminais.

Nesse sentido, aliás, foi como se manifestou o Ministério Público Federal, *verbis* (fl. 124 dos autos do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

> [...] Sendo assim, o cometimento de falta grave, aliado à evolução no quadro clínico para uma situação de leve a moderada gravidade, justificam a revogação da prisão domiciliar e alteração do modo de cumprimento de pena pelo sentenciado, que deverá ser encaminhado a estabelecimento prisional apropriado, com direito a cela especial (art. 33, III, da LC 35/79), onde certamente, se for o caso, será encaminhado a Hospital Penitenciário ou de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, adequado às suas eventuais necessidades de saúde.

Por fim, importante salientar que no bojo do *habeas corpus* nº 26.733 do C. STJ, foi garantida a permanência do acusado no regime de prisão domiciliar, *enquanto perdurar a mesma situação de saúde, nos termos em que foi registrado nos laudos médicos, sem prejuízo do exercício próprio da competência do Juízo das Execuções Penais, nos termos do relatório e voto da Sra. Des. Federal relatora,* sendo certo que sua Excelência ressaltou expressamente dever "assegurar a permanência do paciente no regime domiciliar, *enquanto permanecer presente o mesmo quadro de saúde considerado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça como grave* e estiver na condição de preso provisório" - grifo nosso.

Outrossim, uma vez constatado por perícia médica oficial *não mais remanescer o quadro anterior de gravidade de saúde do ora recorrido*, conforme decisões anteriormente consideradas, reitero não haver razão jurídica para a permanência do recorrido em prisão domiciliar, devendo ser removido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade) ou, quando não, a hospital penitenciário que possibilite adequado tratamento de saúde, caso necessário.

3) FALTA GRAVE COMETIDA PELO SENTENCIADO, EM TOTAL DESCUMPRIMENTO AOS PRINCÍPIOS VIGENTES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

Primeiramente, ressalto que apesar de referida matéria não ter sido objeto do presente recurso, tampouco conste destes autos de maneira expressa, penso importante esclarecer que nos autos do agravo em execução penal nº 0010297-11.2012.403.6181 tal questão foi objeto de decisão pelo MMº Juízo "a quo", sendo manejado recurso de agravo pela defesa visando à sua alteração.

E, considerando que tal pleito, quando sopesado com os demais argumentos já supra destacados, tem o condão de melhor esclarecer as circunstâncias fáticas e pessoais relativas ao cumprimento da pena pelo sentenciado, entendo por bem analisá-lo também no bojo deste recurso de agravo, pois, somado aos demais argumentos delineados, é fundamento à revogação da prisão domiciliar, com o retorno do acusado ao cárcere.

Senão vejamos.

Ao concluir ter o acusado cometido falta grave durante a execução da pena, já que teria ele promovido a colocação de câmeras de vídeo no cômodo de sua residência onde alojados os agentes de polícia federal que procediam à sua fiscalização, sua Excelência assim se manifestou no bojo da execução criminal nº 0000202-92.2007.403.6181 (fl. 27 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

> I. - Considerando: 1) a colocação de câmeras para monitoração da escolta da polícia federal, fato narrado às fls. 3395/3408, comprovado por laudo pericial de fls. 3424/3431; 2) que o apenado exigiu pessoalmente a recolocação da câmera, no exato local onde se encontrava, contrariando a orientação do policial responsável pela fiscalização da custódia domiciliar; 3) que não foram entregues as mídias para destruição, conforme determinado a fl. 3409, pois, segundo a defesa, tratava-se apenas de câmera simples, sem áudio ou gravação, constato que o apenado NICOLAU DOS SANTOS NETO cometeu falta grave, conforme contido no artigo 50, inciso VI, da LEP, subvertendo o objetivo e as finalidades da fiscalização da pena, conforme salientado pelo Ministério Público Federal as fls. 3588/3591.
> II - A fim de analisar o requerido pelo MPF as fls. 3591, letra "a", oficie-se à Coordenadoria de Saúde do Sistema Penitenciário, solicitando agendamento de perícia médica. Instrua-se o ofício com cópias de fls. 3581/3586. [...]

Em face desta decisão foram opostos embargos de declaração, que foram assim decididos por sua Excelência (fl. 49 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

> [...] Com relação à contradição sobre a falta grave, o apenado inobservou os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da LEP, quais sejam: obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, bem como execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. Ora, após constatada a existência de monitoração, o apenado exigiu, pessoalmente, a recolocação do equipamento, desobedecendo e deixando de cumprir a ordem do agente policial que encontrava-se no local para vigiá-lo.

Interpostos novos embargos declaratórios pela defesa, sua Excelência assim decidiu (fls. 72/73 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

> 1) Apesar do laudo médico, juntado às fl. 3656/3659, concluir que não se justifica a prisão domiciliar, também esclarece que, em razão da idade avançada, o réu pode reagir com sintomas mais graves, se houver mudanças drásticas em sua situação atual.
> Sendo assim, e considerando tratar-se de execução provisória (fls. 3599), mantenho, por ora, a decisão de fls. 3528 que determina a permanência do réu em prisão domiciliar, que deverá ser mantida com a fiscalização da Polícia Federal no local. [...]. - grifo nosso

A corroborar referidas decisões, transcrevo a seguir representação apresentada pelo Delegado de Polícia Federal Ricardo Carriel de Oliveira, dando conta do monitoramento ambiental ilícito promovido pelo recorrido em sua residência em face dos agentes federais que

procediam à fiscalização do cumprimento da sua pena (fls. 77/79 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

> Encaminho a Vossa Excelência cópia da informação elaborada por agente de polícia federal encarregado da custódia domiciliar de NICOLAU DOS SANTOS NETO, consoante documentos anexos, *comunicando que foi localizado um dispositivo eletrônico oculto, destinado ao monitoramento ambiental da sala utilizada para permanência da equipe de custódia*.
> De acordo com o constatado pelos policiais federais, a câmera possibilitava a captura de imagens e, possivelmente de sons, disponibilizando-as em aparelho televisor instalado na sala principal da residência, de onde toda a movimentação dos servidores encarregados da vigilância da custódia podia ser observada, sem o prévio conhecimento dos policiais.
> Não obstante a gravidade do fato, após a constatação da existência do equipamento clandestino, o custodiado NICOLAU DOS SANTOS NETO, pessoalmente, exigiu a recolocação câmera no exato local onde se encontrava, contrariando a orientação do policial responsável pela fiscalização da custódia e desautorizando qualquer providência destinada a impedir que as gravações das imagens e do interior do quarto dos plantonistas fosse realizada.
> Tal fato, diga-se de passagem, inusitado, causa indignação à Polícia Federal e caracteriza descumprimento dos deveres do reeducando, desrespeito à Justiça e verdadeira afronta às funções institucionais do Estado, vez que o trabalho desenvolvido pelos policiais federais decorre do estrito cumprimento de ordem judicial. [...] - grifo nosso

Importante frisar constar dos autos que, após a descoberta da câmera camuflada no cômodo destinado aos agentes da Polícia Federal, o policial federal Regis Ferner de Melo comunicou imediatamente os fatos à Superintendência da Polícia Federal, que, por sua vez, designou dois peritos criminais à residência do recorrido para a realização de inspeção e perícia.

Os peritos tiveram o ingresso autorizado pela esposa do acusado, que, inclusive, acompanhou a diligência, tendo a caixa onde se encontravam os equipamentos sido aberta para registros fotográficos e perícia, estando todo esse procedimento registrado tanto em minucioso relatório realizado por aquele agente de polícia federal, quanto em laudo pericial oficial, inexistindo qualquer dúvida, pois, acerca da ocorrência do fato.

Assim, comprovado que o sentenciado Nicolau dos Santos Neto agiu ilicitamente durante o curso do cumprimento da pena, revertendo a posição de fiscalizado para fiscalizador dos agentes estatais responsáveis pela execução das reprimendas a ele impostas, tenho como correta a r. decisão "a quo" que reconheceu a prática de falta grave pelo apenado, com fundamento no artigo 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal, *verbis*:

> Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
> [...]
> VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Por sua vez, reza o artigo 39, incisos II e V, da LEP:

> Art. 39. Constituem deveres do condenado:
> [...]
> II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
> [...]
> V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
> [...]
> Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Entendo, ainda, não haver falar-se em descumprimento ao contraditório e à ampla defesa ante o reconhecimento de falta grave pelo MMº Juízo "a quo", pois, como bem lembrado pelo "Parquet" Federal em contrarrazões, interpostas no bojo do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181 (fls. 182/183 daqueles autos), à decisão que reconheceu a falta grave foi dada a devida publicidade, com ciência ao acusado è a sua defesa constituída, que, inclusive, interpôs dois embargos de declaração, bem como o agravo de execução supramencionado, não existindo, portanto, cerceamento ao seu direito de defesa, mesmo porque a decisão foi lastreada em documentos e depoimentos que demonstram a prática do ilícito pelo acusado.

Ademais, a representação pelo arquivamento do procedimento administrativo pela Polícia Federal, mais precisamente, pelo Núcleo de Correições da Polícia Federal, deu-se em razão de a autoridade policial entender que a interceptação ambiental clandestina não configura fato típico penal, porém, referida autoridade consignou que "a conduta do sentenciado não deixa de ser imoral e ilícita, posto que viola a intimidade e privacidade individuais protegidas constitucionalmente".

Asseverou ainda que "considerando que o Senhor Chefe do SPO/DREXSR/DPF/SP já encaminhou o caso à Justiça Federal em razão da falta grave prevista na Lei de Execução Penal e, frente à ausência de fato típico penal, opino pelo arquivamento do presente expediente".

Portanto, tenho que a decisão que reconheceu a prática de falta grave pelo acusado baseou-se em elementos fáticos concretos, robustos e coesos, possibilitando ao sentenciado a sua devida impugnação, a rechaçar a alegação de descumprimento aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, cito parte da manifestação ministerial, que, por ser suficientemente esclarecedora, merece ser transcrita (fls. 183/186 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

> [...] Consoante demonstrado pelos documentos supracitados, especialmente as fotografias de fls. 3387/3394, a câmera foi instalada de maneira sub-reptícia, tanto que se encontrava acondicionada dentro de uma caixa de papelão logo atrás de uma janela gradeada que separa o cômodo destinado aos policiais da garagem da residência do apenado.
> A decisão também se respaldou no laudo de fls. 3425/3431, o qual comprova que o equipamento destinava-se à gravação ambiental, tendo os peritos concluído que "o posicionamento e direcionamento da suposta câmara é perfeitamente compatível com o formato e ângulo de visada da imagem da sala dos agentes conforme observada na tela do sistema de monitoração da residência".
> Ademais, o laudo menciona que, além da microcâmera, foi encontrado dentro da referida caixa outro equipamento, possivelmente um microfone destinado à captação de sons do ambiente. Dessa forma, restou comprovado que o apenado monitorou, de forma clandestina e com finalidade injustificada, por período de tempo indeterminado, a atividade dos agentes policiais responsáveis pela fiscalização de sua prisão domiciliar, possivelmente com a gravação das conversas entre eles travadas.
> Não bastasse essa "vigilância às escondidas", o apenado ainda contrariou a orientação do policial responsável pela fiscalização da custódia, ao exigir a recolocação da câmera no exato local em que se encontrava, desobedecendo, assim, o dever de obediência a servidor ou a pessoa com quem deva relacionar-se, previsto no artigo 39, inciso II da LEP, e incorrendo, por conseqüência, na falta grave do artigo 50, inciso VI do referido diploma legal.
> [...]
> De outra parte, a despeito do alegado pelo recorrente no sentido de que o processo administrativo consignou a inexistência de mídias de gravação das imagens captadas no cômodo dos policiais, importa observar que não consta do laudo pericial e nem do processo administrativo

> ou de quaisquer outros documentos a expressa indicação de que os equipamentos eletrônicos existentes não serviam para gravação, ou de que não foram encontradas mídias.
> Portanto, conclui-se que a decisão que reconheceu a prática de falta grave pelo apenado escorou-se em elementos robustos e harmônicos existentes nos autos, foi bem fundamentada, obedeceu à publicidade e não atentou contra o devido processo legal, não merecendo acolhida, portanto, o pleito para que seja anulada [...] - grifo nosso.

Outrossim, sopesados todos os aspectos fáticos e jurídicos supra apontados, não tenho qualquer dúvida em concluir que o recorrido violou disposição de lei expressa durante a execução de sua pena, fato inusitado, a demonstrar total desprezo e desrespeito pelo sentenciado aos rigores da legislação pátria, merecendo, pois, sua conduta ser reprimida à luz dos ditames legais, legitimando-se, pois, sua remoção ao cárcere ou a hospital penitenciário, com as condições já acima delineadas.

4) DA PRESCRIÇÃO

No tocante à arguição de prescrição, tenho que tal pleito não há de ser conhecido.

Isso porque, não tendo ainda transitado em julgado a r. sentença condenatória, ainda em fase recursal em tribunal superior, a competência para o eventual reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal é do Juízo onde se encontram os autos principais, devendo a questão ser analisada como prejudicial ao mérito do recurso.

Essa, a meu ver, é a melhor interpretação, pois todos os fatos jurídicos relevantes, como, por exemplo, as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, encontram-se inevitavelmente nos autos originários, a possibilitar uma correta análise do pleito prescricional.

Ademais, ao Juízo da execução criminal compete a prática de atos vinculados à execução da pena, podendo, evidentemente, em matéria de prescrição, reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, intercorrente e executória, mas desde que já transitada em julgado a r. sentença condenatória.

É nesse sentido o quanto dispõe a Súmula 611 do STF, condicionando a aplicação da lei mais benigna pelo Juízo das Execuções Criminais ao trânsito em julgado da sentença:

Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

Dessa forma, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo natural do feito originário, nele se incluindo o tribunal onde estiver o feito em fase recursal, a aplicação da lei penal mais benigna, devendo a mesma interpretação ser aplicada em sede de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Ante esses fundamentos, não conheço do pedido defensivo.

5) CONCLUSÕES FINAIS

Sopesados todos os fundamentos expostos nos itens 1, 2 e 3 acima, e, principalmente, uma vez que constatado por perícia médica oficial *não mais remanescer o quadro anterior de gravidade de saúde do ora recorrido*, conforme decisões anteriormente consideradas, concluo não haver razão jurídica para a permanência do recorrido em prisão domiciliar, devendo ser removido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade) ou, quando não, a hospital penitenciário

que possibilite adequado tratamento de saúde, caso necessário, *alternativas essas que deverão ser analisadas pelo MMº Juízo das Execuções Criminais, após realizadas as diligências imprescindíveis à remoção.*

Consigno, por fim, que, inexistindo ainda trânsito em julgado da condenação, *o sentenciado faz jus a prisão especial, à luz do previsto no artigo. 33, III, da LC 35/79*, devendo o MMº Juízo "a quo" atentar para essa circunstância.

6) DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, não conheço da arguição de prescrição e, no mérito, *dou provimento ao recurso ministerial*, a fim de revogar a prisão domiciliar deferida e determinar a imediata transferência do recorrido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade), ou, quando não, a hospital penitenciário que possibilite adequado tratamento de saúde, *alternativas essas que deverão ser analisadas pelo MMº Juízo das Execuções Criminais, após realizadas as diligências imprescindíveis à remoção.*

Inexistindo ainda trânsito em julgado da condenação, *o sentenciado faz jus a prisão especial, à luz do previsto no artigo. 33, inciso III, da LC 35/79*, devendo o MMº Juízo "a quo" atentar para essa circunstância.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI:

Trata-se de AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão proferida pelo JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DAS EXECUÇÕES PENAIS EM SÃO PAULO que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva formulado pela Defesa do réu e deferiu o pedido de prisão domiciliar com base no artigo 318, I, do Código de Processo Penal (com a redação determinada pela Lei 12.403/2011), visto contar o réu com 83 anos de idade.

Inicialmente, é importante ressaltar que, conforme se depreende dos autos, a prisão domiciliar imposta ao agravado persiste, ininterruptamente, desde a parcial concessão da ordem de *habeas corpus 2007.03.00.005592-3*, de Relatoria da Eminente Desembargadora Federal Suzana Camargo, julgado na sessão de *12/02/2007* (fls. 59/60) e o pedido Ministerial restringe-se à revogação da decisão de fls. 3.519/3521, que simplesmente modificou o seu fundamento legal, invocando o artigo 318, I, do Código de Processo Penal e não mais no artigo 117 e incisos, da Lei de Execuções penais.

A decisão impugnada no presente agravo foi proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara da 1ª Vara Criminal das Execuções Penais de São Paulo e está vazada nos seguintes termos:

> Trata-se de pedido de prisão domiciliar, com fundamento na nova lei (Lei nº 12403/2011), com fundamento na nova Lei (Lei nº 12403/2011), formulado por NICOLAU DOS SANTOS NETO, por possuir mais de 80 anos de idade.

> Pede, ainda, a revogação da prisão preventiva, com base na ausência de seus pressupostos, conforme diretrizes da lei nova.
> Defiro a prisão domiciliar com base no artigo 318, I, do CPP (alterado pela Lei nº 12.403/2-11, haja vista que o requerente possui 83 anos de idade.
> Vale salientar que a nova lei é aplicável por se tratar de prisão cautelar e não cumprimento de pena, pois nenhuma das condenações transitou em julgado.
> Por outro lado, indefiro a revogação da prisão preventiva, porquanto compete ao Juízo de conhecimento, nos autos respectivos, a decisão sobre a pretensão formulada. (fls. 162)

A decisão do Juízo de Primeiro Grau, a meu ver, é irretocável.

Não há, ainda, trânsito em julgado de decisão condenatória proferida em face de NICOLAU DOS SANTOS NETO, o que implica dizer que a execução no caso é PROVISÓRIA e a prisão - que não poderia ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença face ao princípio da presunção de inocência - é, sim, de natureza CAUTELAR, conforme tem decidido reiteradamente o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, "verbis":

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. *1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. *3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.* 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 85417, ELLEN GRACIE, STF)

Nesse mesmo sentido: (HC 98166, ELLEN GRACIE, STF); (HC 97523, CARLOS BRITTO, STF); (HC 96500, JOAQUIM BARBOSA, STF).

Em sendo a prisão de natureza cautelar, a ela se aplica o disposto no artigo 318, I, do Código de Processo Penal (com a redação da Lei 12.403/2011), que dispõe o seguinte:

> Art. 318 - Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
> I - maior de 80 (oitenta) anos;

Sobre a competência do Juízo da Execução para decidir sobre benefícios referentes à execução, ainda que provisória, assim já se decidiu:

> EMEN: *HABEAS CORPUS* - LATROCÍNIO - IRREGULARIDADES NÃO CONSTATADAS DE PLANO. MATÉRIA DE MÉRITO E DE BENEFÍCIOS A SEREM OBTIDOS NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA QUE REFOGEM AO PRESENTE PEDIDO. ORDEM DENEGADA. RECOMENDAÇÃO FEITA. 1 - Se as alegadas irregularidades não estão bem descritas e não são constatadas de plano, exigindo exame das provas, sua consideração extrapola a competência deste Tribunal. 2 - A matéria de mérito não pode ser examinada no âmbito do *habeas corpus*, que não comporta dilação probatória, nem permite aprofundamento nas provas colhidas. *3 - Eventuais benefícios referentes à execução da pena devem, primeiramente, ser pleiteados junto ao Juízo da execução penal. Ordem denegada*. Recomendação feita. EMEN: (HC 200700263843, JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 01/10/2007 PG: 00320. DTPB:)

Portanto, a competência para decidir sobre cabimento da prisão domiciliar é do Juízo das Execuções Penais, perante o qual se processa a execução - provisória, é certo - da pena imposta ao condenado. No tocante ao pleito de revogação da prisão preventiva, deve ser formulado perante o Juízo do processo de conhecimento, conforme decidiu acertadamente o Juízo da Execução, cuja decisão, a meu ver, deve ser mantida em seu inteiro teor e por seus próprios fundamentos.

Além disso, o Juízo da Execução Penal proferiu nova decisão em 22 de agosto de 2012 (fls. 405), mantendo a prisão domiciliar do réu e acrescendo à decisão ora impugnada outro fundamento, agora lastreado na Lei de Execução Penal, conforme se verifica do seguinte trecho:

> 1) Apesar do laudo médico, juntado as fls. 3656/3659, concluir que não se justifica a prisão domiciliar, também esclarece que, em razão da idade avançada, o réu pode reagir com sintomas mais graves, se houver mudanças drásticas em sua situação atual.
> Sendo assim, e considerando tratar-se de execução provisória (fls. 3599), mantenho, por ora, a decisão de fls. 3528 que determina a permanência do réu em prisão domiciliar, que deverá ser mantida com a fiscalização da polícia federal no local.
> (...)

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise a questão (competência do juízo, aplicabilidade do artigo 318, I do CPP à execução provisória e incidência do artigo 70, I e II da L.E.P.), tenho que não se justifica o recolhimento do réu ao cárcere, fazendo ele jus à prisão domiciliar tal como decidido pelo Juízo das Execuções Penais.

No que se refere à preliminar de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal, argüida pelo agravado em sua manifestação de fls. 407/426, acompanho o Voto do Eminente Relator, pelos mesmos fundamentos.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer da preliminar argüida pelo agravado e negar provimento ao presente agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público Federal.

É COMO VOTO.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI

INQUÉRITO POLICIAL
0008695-82.2012.4.03.6181
(2012.61.81.008695-8)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigado: JOSÉ PEDRO TONIELLO
Corréus: ANTONIO EDUARDO TONIELO, MARCO ANTONIO ORTOLAN, FÁBIO ARNALDO ORTOLAN, RENATO TONIELLO E WALDEMAR TONIELLO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD
Classe do Processo: IP 1158
Disponibilização do Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2013

DECISÃO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de feito autuado como Inquérito Policial, onde foi oferecida denúncia pelo Ministério Publico Federal contra os réus Antonio Eduardo Tonielo, Marco Antonio Ortolan, Fábio Arnaldo Ortolan, Renato Tonielo, Waldemar Tonielo, José Pedro Tonielo e João Batista Ortolan pela prática, em tese, de crimes contra o sistema financeiro, capitulado no artigo 16 da Lei nº 7.492/86 c.c com o artigo 29 do Código Penal (fls. 02/06).

Originariamente, o feito tramitou perante a Justiça Federal da 1ª instância, com o recebimento da denúncia em relação a todos os réus, em 24 de março de 2004 (fls. 305). Após o recebimento da denúncia, procedeu-se a apresentação de defesa prévia, promoção de interrogatórios e apresentação de alegações finais pelos réus e pelo Ministério Público Federal.

Ao longo da instrução processual, diante da certidão de fls. 742, verificou-se que o réu JOSÉ PEDRO TONIELO iniciou o mandato como prefeito do Município de Nova Independência/SP, gozando, assim, do foro por prerrogativa de função. Deste modo, o MM. Juiz Federal de 1ª instância, em 03 de agosto de 2012, acolhendo parecer ministerial de fls. 753, determinou o desmembramento do processo quanto ao José Pedro Tonielo e encaminhou os autos a este E. Tribunal Regional.

O d. Procurador Regional da República, em parecer de fls. 774, considerando que o réu José Pedro Tonielo não detinha a condição de prefeito municipal por ocasião do recebimento da denúncia (início de mandato eletivo em 2009), entendeu dotados de validade de todos os atos posteriores, bem como desnecessário iniciar nova ação penal face ao acusado. Destacou que o acusado não foi reeleito em 2012. Assim, requereu fosse o presente feito classificado como ação penal, com distribuição a um dos Desembargadores Federais integrantes desta C. Corte, bem como determinada a imediata intimação do acusado para manifestar eventual interesse em ser reinterrogado perante este E. Tribunal, e, em caso de negativa ou inércia do réu, se avançasse à fase de alegações finais.

Encaminhado o feito a este E. Tribunal e distribuído a minha relatoria em 30 de novembro de 2012 (fls. 775), foi dado vista ao Ministério Público Federal (fls. 776).

O *Parquet* Federal, em parecer de fls. 778, aduz que foi imputado ao réu a prática de crime contra o sistema financeiro previsto no artigo 16, da Lei nº 7.492/86, ao qual é cominada a pena máxima de 4 (quatro) anos. Por conseguinte, o prazo prescricional aplicável seria de 8 (oito) anos, como dispõe o artigo 109, inciso IV, do Código Penal. Afirma que os fatos

narrados na exordial acusatória ocorreram entre 1996 e fevereiro de 2002 (fls. 02/06) e a denúncia foi recebida em 24/03/2004 (fls. 305) e, desde então, não se verifica qualquer outra causa interruptiva do curso prescricional. Assim, verificando que entre a data do recebimento da denúncia e a data do parecer, foi ultrapassado o lapso temporal de 8 (oito) anos, aplicável ao caso. Desta forma, requer seja reconhecida a extinção da punibilidade do réu José Pedro Tonielo em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 107, inciso IV, c.c o artigo 109, inciso IV, todos do Código Penal.

O presente feito foi encaminhado ao substituto regimental (fls. 780), em face do gozo de férias regulamentares deste Relator, o qual considerou inexistir medida urgente a ser tomada no momento, determinando o aguardo do meu retorno (fls. 782).

É o breve relatório, decido.

O presente feito tramitou originariamente perante a Justiça Federal de 1ª instância, com o recebimento da denúncia em relação a José Pedro Tonielo e os demais denunciados, em 24 de março de 2004 (fls. 305).

Posteriormente, o MM. Juiz Federal de 1ª instância, verificando que o réu José Pedro Tonielo detinha a prerrogativa de foro pelo exercício da função pública de Prefeito Municipal de Nova Independência/SP, tendo iniciado o mandato eletivo no ano de 2009, acolheu parecer ministerial de fls. 753, determinando o desmembramento dos autos e sua remessa a este E. Tribunal, em 03 de agosto de 2012 (fls. 771).

Encaminhado o feito a este E. Tribunal e distribuído a minha relatoria em 30 de novembro de 2012 (fls. 775), foi dado vista ao Ministério Público Federal (fls. 776), que requereu o reconhecimento da extinção da punibilidade do réu José Pedro Tonielo em razão da prescrição da pretensão punitiva, observada a penal em abstrato, nos termos do artigo 109, inciso IV, c.c o artigo 109, inciso IV, todos do Código Penal.

O réu José Pedro Tonielo não mais exerce a função de prefeito municipal, tendo em vista que não foi reeleito em 2012. Desta forma, cessa a competência privilegiada pelo foro especial por prerrogativa de função.

O foro especial tem seu fundamento no princípio constitucional da igualdade, na medida em que objetiva assegurar o exercício da função pública. Desta feita, não se admite interpretação extensiva de tal proteção, devendo ser reconhecida apenas das situações constitucionalmente previstas.

A matéria em questão foi apreciada pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI nº 2.797-2/DF, de Relatoria do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 84, do Código de Processo Penal, de molde que findo o cargo ou função pública não mantém o foro especial.

Assim, cessado o mandato de Prefeito, retorna ao *status quo ante*, não mais subsistindo o foro especial por prerrogativa de função.

Nesse sentido, destaco arestos do E. Supremo Tribunal Federal:

> AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. §§ 1º E 2º DO ART. 84 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº. 10.628/02. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRONUNCIAMENTOS DO STF NA ADI 2.797-MC E NA RCL 2.381-AgR. 1. No julgamento da Rcl 2.381-AgR, o STF determinou a aplicação dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP (redação dada pela Lei nº 10.628/02) até que sobreviesse o julgamento final da ADI 2.797. *Julgado o mérito da controvérsia, foi declarada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP.* 2. Decisões do STF que, tornadas insubsistentes, já não podem respaldar

a reclamação. 3. Somente as decisões concessivas das liminares em ADIs e ADCs é que se dotam de efeito vinculante. No caso da ADI 2.797, o que se teve foi decisão denegatória de liminar. 4. Face à natureza subjetiva do processo, as decisões proferidas em reclamação não têm efeito vinculante. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei)
(STF, Rcl 3233 AgR/SP, Relator Min. CARLOS BRITTO, j. 27/11/2007, Primeira Turma, DJe 28-03-2008, pág. 002270)

HABEAS CORPUS. EX-PREFEITO. FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA. JULGAMENTO DA ADI 2.797. INCONSTITUCIONALIDADE DOS § 1º E § 2º DO ART. 84 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, INSERIDOS PELA LEI 10.628/2002. INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO SENTENCIANTE. ORDEM CONCEDIDA. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO PARA ANULAR O ACÓRDÃO PROFERIDO PELA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO MONOCRÁTICO COMPETENTE. Em 15.09.2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 2.797, ocasião em que reconheceu a inconstitucionalidade dos § 1º e § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei 10.628/2002, fato que elimina a discussão que havia sobre a matéria na época da impetração do *habeas corpus*. É patente a incompetência do órgão sentenciante, uma vez que, quando proferida a sentença, o paciente não mais ostentava a condição de prefeito da cidade de Cabo Frio - RJ. Ordem concedida.
(STF, HC 86398/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2T, j. 07/03/2006, DJ 18-08-2006, p. 000720)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL: LEI 10.628/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 84, § 1º E § 2º, DO CPP: FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DE 1º GRAU.
I. - O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, em 15.9.2005, no julgamento das ADI 2.797/DF e ADI 2.860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24.12.2002, que acresceu os § 1º e § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal. II. - Agravo não provido.
(STF, RE 458185 AgR/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 2T, j. 08/11/2005, DJ 16-12-2005, p. 001080)

A propósito, colaciono julgados do Órgão Especial deste E. Tribunal e do E. Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL - COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - CRIME ATRIBUÍDO A EX-PREFEITO MUNICIPAL - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 84, § 1º, DO CPP INTRODUZIDO PELA LEI 10.628/02 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU.
1. O foro especial por prerrogativa de função representa execução material do princípio da igualdade, na medida em que objetiva conferir a tutela adequada ao exercício da função pública e somente pode ser reconhecido nas situações específicas constitucionalmente previstas. Assim, qualquer interpretação que amplie a proteção à função pública, de modo a alcançar a pessoa que já não a exerce atenta contra o princípio da isonomia.
2. Inaptidão de lei ordinária para modificar materialmente o conteúdo do comando constitucional que dispõe sobre competência originária de tribunal.
3. *Na hipótese de crime atribuído a ex-prefeito municipal, cessado o mandato o ex-ocupante retorna* ao status quo ante, *por não mais subsistir o fator determinante da competência originária do tribunal fundada na prerrogativa da função.*
4. Acolhida argüição de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, suscitada pela Procuradoria Regional da República, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 84, do Código

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

de Processo Penal, com a redação atribuída pela Lei 10.628/02, com a remessa dos autos ao juízo federal competente. (grifei)
(TRF 3ª Região, INQ 80, Processo: 94.03.094237-1/MS, Relator Des. Fed. MAIRAN MAIA, Órgão Especial, j. 25/09/2003, DJU 30/09/2003, p. 146)

PROCESSUAL PENAL. CRIME PRATICADO POR EX-PREFEITO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA.
1. Reconhecida a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIn's 2.797 e 2.860, não subsiste mais a norma do § 1º do art. 84 do CPP, em face da qual a competência para o julgamento de ex-prefeitos, por crime de responsabilidade, era atribuída aos tribunais de segunda instância.
2. Tratando a hipótese dos autos de ação penal, ajuizada em face de crime praticado por ex-prefeito, no exercício do cargo, a competência é do juízo de primeiro grau.
3. Recurso criminal provido.
(TRF 1ª Região, RCCR 2000.37.00.006611-4/MA; Rel. Des. Fed. OLINDO MENEZES, TERCEIRA TURMA, j. 26/05/2006)

Impende assinalar que o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 778, no qual requer a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, sustenta que foi imputado ao réu a prática de crime contra o sistema financeiro previsto no artigo 16, da Lei nº 7.492/86, ao qual é cominada a pena máxima de 4 (quatro) anos e, por conseguinte, o prazo prescricional aplicável seria de 8 (oito) anos (art. 109, IV, do CP). Afirma, ainda, que os fatos narrados na exordial acusatória ocorreram entre 1996 e fevereiro de 2002 e a denúncia foi recebida em 24/03/2004 e, desde então, não se verifica qualquer outra causa interruptiva do curso prescricional. Desta forma, entre a data do recebimento da denúncia e até o presente momento, foi ultrapassado o lapso temporal de 8 (oito) anos.

Destarte, com substrato no parecer ministerial, a prescrição da pretensão punitiva, observada a pena máxima em abstrato, deu-se anteriormente à distribuição do presente feito a este Relator, vez que os fatos narrados na exordial acusatória ocorreram entre 1996 e fevereiro de 2002 e a distribuição foi procedida somente em 30 de novembro de 2012.

Isto posto, *reconheço a incompetência* deste E. Tribunal para prosseguimento do feito, determinando a remessa dos autos ao MM. Juízo de primeiro grau competente.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo recursal e observadas as formalidade legais, proceda-se a respectiva baixa.

P.I.

São Paulo, 02 de julho de 2013.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

"HABEAS CORPUS"
0010482-31.2013.4.03.0000
(2013.03.00.010482-0)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: SIXTO MANUEL CACHO MARTINEZ (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
Classe do Processo: HC 54021
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/07/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL. VERIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL NO INÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL: POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. SIGNIFICATIVA DÚVIDA QUANTO À REAL IDENTIDADE DO PACIENTE. PRISÃO CAUTELAR: NECESSIDADE. DESCABIMENTO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES MENOS SEVERAS. ORDEM DENEGADA.

1. *Habeas Corpus* contra ato do Juiz Federal da 6ª Vara de Guarulhos, que converteu a prisão em flagrante em preventiva do paciente nos autos nº 0003469-54.2013.403.6119.

2. É certo que, via de regra, não é a fase do artigo 310 do CPP o momento processual adequado para que o juiz dê aos fatos narrados pela autoridade policial na portaria capitulação diversa. Tal entendimento não pode ser aplicado quando, da correta capitulação legal dos fatos depende a aplicação, ou não, dos institutos da transação penal ou da suspensão condicional do processo, bem como a possibilidade, ou não, da conversão da prisão em flagrante em preventiva. Precedentes.

3. A imputação ao crime de falsidade - ao que se apresenta material e não ideológica - não está flagrantemente incorreta, a ser corrigida na via estreita do *habeas corpus*, existindo assim a possibilidade de se decretar a prisão preventiva, nos termos do artigo 313, I, do CPP. Com efeito, tanto o crime do artigo 297 quanto o do 299 do CP tem pena máxima superior à quatro anos, preenchendo-se os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

4. Os requisitos da prova de materialidade delitiva e indícios de autoria em relação ao paciente podem ser extraídos do próprio estado de flagrância.

5. A necessidade da custódia cautelar encontra-se justificada para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

6. Havendo significativa dúvida quanto à real identidade do paciente a cautelaridade da prisão é medida que se impõe, nos termos do parágrafo único do artigo 313 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. Precedentes.

7. Sendo necessária a prisão, descabe falar em outras medidas menos severas, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403/2011.

8. Condições pessoais - primariedade e boa antecedência - não afastam, por si só, a possibilidade da prisão, quando demonstrada a presença de seus requisitos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

9. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *denegar a ordem*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2013.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de SIXTO MANUEL CACHO MARTINEZ, cidadão hondurenho, contra ato do Juiz Federal da 6ª Vara de Guarulhos, que converteu a prisão em flagrante em preventiva do paciente nos autos nº 0003469-54.2013.403.6119.

Relata a impetrante que o paciente foi preso em flagrante pela prática do delito descrito no artigo 299 do Código Penal por ter se identificado como Bruno Desire Fofouop Fotie ao passar pela Receita Federal no Aeroporto Internacional de Guarulhos na tentativa de se beneficiar da cota de isenção de mercadorias importadas, bem como ter apresentado Declaração de Bagagem Acompanhada também em nome de Bruno.

Narra a impetrante que a autoridade impetrada converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva e negou o pedido de liberdade provisória mediante fiança, por entender ausente identificação cível confiável do réu e ser ele estrangeiro.

Sustenta a impetrante que a conduta do paciente de apresentar-se como outra pessoa, utilizando-se de carteira de motorista verdadeira de terceiro, enquadra-se no preceito do artigo 308 do Código Penal, que comina pena de 4 meses a 2 anos, portanto delito de menor potencial ofensivo sujeito aos tramites da Lei 9.099/95 e 10.259/01.

Alega a impetrante que ainda que se entenda que se trate de crime de falsidade ideológica, estamos diante de delito afiançável, e que, sendo o paciente economicamente hipossuficiente, a fiança poderá ser dispensada, nos termos do artigo 325, § 1º do CPP.

Argumenta a impetrante que, caso não se entenda dispensável a fiança, imperioso se faz a imediata soltura do paciente e a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Requer a impetrante, liminarmente, o relaxamento do flagrante, o arbitramento da fiança, a dispensa da fiança ou a substituição da prisão por outra medida cautelar. Ao final, pretende confirmação da ordem.

Requisitadas informações às fls. 29, que foram prestadas às fls. 33/34 e instruídas com os documentos de fls. 35/41.

A liminar foi indeferida às fls. 25/29.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da DD. Procuradora Regional da República Elaine Cristina de Sá Proença, opinou pela denegação da ordem (fls. 43/48).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Anoto inicialmente a *possibilidade de se verificar a capitulação legal dos fatos no início do inquérito policial*, posto que no presente caso a questão de fundo discutida é a possibilidade ou não de decretação da prisão preventiva, bem como o direito subjetivo do réu (paciente) às benesses da Lei dos Juizados Especiais.

É certo que, via de regra, não é a fase do artigo 310 do CPP o momento processual adequado para que o juiz dê aos fatos narrados pela autoridade policial na portaria capitulação diversa.

Contudo, tal entendimento não pode ser aplicado quando, da correta capitulação legal dos fatos, tais como narrados na comunicação da prisão em flagrante, depende a aplicação, ou não, dos institutos da transação penal ou da suspensão condicional do processo, bem como a possibilidade ou não da conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Assim, seria inócuo postergar à fase de sentença a apreciação do aventado direito à suspensão do processo, pois a tramitação processual já teria se efetivado quase que por completo na sentença.

Desta forma, por implicar o enquadramento dos fatos delituosos atribuídos ao paciente no flagrante na possibilidade ou não de se decretar a prisão preventiva e no direito, ou não, à suspensão condicional do processo (direito subjetivo do réu), com reflexos na liberdade de locomoção, também é de rigor o exame da tipificação legal. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO. DESCAMINHO. LIBERDADE PROVISÓRIA. ANTECEDENTES. DENÚNCIA. MERO TRANSPORTE. FAVORECIMENTO REAL. INÉPCIA. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ART. 331 CPP. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, destinado a tornar insubsistente a prisão preventiva do paciente em ação penal que apura a prática dos delitos do art. 334, § 1º, "b", do CP, c/c o art. 3º do Decreto-Lei 399/68. 2. Indeferimento do pedido de liberdade provisória pelo Juízo *a quo* baseado em elementos concretos, na medida que Aparecido da Silva responde a outra ação penal, pela prática do mesmo crime, onde recebeu o benefício mediante fiança. Todavia, a detenção cautelar do paciente não se sustenta. 3. A denúncia não minudencia a identificação, a quantidade e o valor dos bens contrabandeados/descaminhados, limitando-se a dizer que o paciente transportava um grande carregamento de cigarros e outras mercadorias provenientes do Paraguai. 4. O art. 334 do CP, não criminaliza a mera ação de transportar a coisa anteriormente introduzida no território brasileiro, que, no máximo, se enquadraria no art. 349 do mesmo diploma legal. 5. Possibilidade de inépcia da inicial. 6. Admitindo-se que tenha ocorrido o delito do art. 349 do CP, punido com detenção, não seria caso de prisão preventiva, consoante art. 313 do CPP, e nem de prisão em flagrante, em se tratando de pessoa que tem a seu favor condições pessoais abonadoras. 7. Ratificação da liminar e concessão da ordem, a fim de que o paciente permaneça em liberdade provisória sem fiança, mediante compromisso de comparecer em Juízo a cada dois meses para comprovar domicílio e ocupação, bem como aos atos processuais, sempre que para isso seja intimado. (*TRF-3ª Região, 1ª Turma, HC 00244648820084030000, Relator Des.Fed. Johonsom di Salvo, DJe 10.11.2008*)

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGROTÓXICOS. IMPORTAR E TRANSPORTAR. ARTIGO 56 DA LEI 9.605/98. ARTIGO 15 DA LEI 7.802/89. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PÓS-FATO IMPUNÍVEL. NÃO-APLICAÇÃO. *EMENDATIO LIBELLI*. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO

PROCESSO. POSSIBILIDADE. (*omissis*) 2. Conquanto o enquadramento da conduta delitiva tenha lugar, em regra geral, no momento da prolação da sentença, pode ser ele antecipado para o recebimento da denúncia quando, da alteração da capitulação prevista na peça incoativa, sobrevier a possibilidade de suspensão condicional do processo.
(*TRF 4ª Região, 8ª Turma, RSE 200971200004069, Rel. Des.Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, j.25/03/2010, DJe 15/04/2010*)

PENAL E PROCESSUAL. RESOLUÇÃO Nº 20 DO TRF DA 4ª REGIÃO. ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS FEDERAIS. DENÚNCIA. INÉPCIA. ARTIGOS 171 E 304 DO CP. RECLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 89 DA LEI Nº 9.099/95. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ARTIGO 580 se faz necessário ao menos análise perfunctória da tipificação legal, principalmente nos casos em que a capitulação errônea da conduta acarreta supressão de certos benefícios legais aos acusados (transação penal, suspensão condicional do processo, etc.).
(*TRF 4ª Região, 8ª Turma, HC 200704000091486, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, j. 25/04/2007, DJe 02/05/2007*)

HABEAS CORPUS - FRAUDE CONTRA O FGTS - ESTELIONATO DEFINIÇÃO DIVERSA DA QUE CONSTA NA DENÚNCIA - SUSPENSÃO DO PROCESSO. (*omissis*) Em que pese as regras contidas nos arts. 383 e 384 do CPP, a partir da Lei nº 9.099/95, não é só na sentença que o juiz pode dar ao fato incriminado definição jurídica diversa da que constar na denúncia. Os novos institutos da transação penal e da suspensão do processo implicam, necessariamente, reconhecer ao julgador aquele poder mesmo na fase do recebimento da denúncia, seja para afastar coação ilegítima a direito subjetivo do réu, seja, ao contrário, para impedir a concessão de benefício indevido.
(*TRF 4ª Região, 1ª Turma, HC 199804010133541, Rel. Des. Fed. Amir José Finocchiaro Sarti, j. 20/04/1999, DJ 23/06/1999 p. 614*)

No caso em tela, o auto de prisão em flagrante imputa ao paciente a prática do crime do artigo 299 do Código Penal, pelos seguintes fatos (fls. 16/17):

AO(S) 28 dia(s) do mês de abril de 2013, nesta Delegacia Especial no Aeroporto Internacional de São Paulo, onde se encontrava CÁSSIO LUIS GUIMARÃES NOGUEIRA, Delegado de Polícia Federal, compareceu o CONDUTOR/1ª TESTEMUNHA ROGÉRIO DOS SANTOS, sexo masculino, filho(a) de Maria de Lima dos Santos, nascido(a) aos 23/09/1967, profissão Analista Tributário da RFB, documento de identidade n° MAT. 62370/RECEITA FEDERAL, endereço comercial na(o) Rod. Hélio Smidth, s/n, RECEITA FEDERAL - Terminal I - Asa A, bairro Cumbica, CEP 7141970, Guarulhos/SP, APRESENTANDO SIXTO MANUEL CACHO MARTINEZ, a quem deu voz de prisão em flagrante na presença da testemunha ELVIS ALVES DA ROCHA, pela prática da conduta, em tese, capitulada no art. 299 do Código Penal Brasileiro, por ter flagrado por ter se identificado como sendo BRUNO DESIRE FODOUOP FOTIE, alegadamente pensando que assim poderia se beneficiar de uma cota de isenção de mercadorias importadas maior, bem como por haver apresentado Declaração de Bagagem Acompanhada (DB/DBA) em nome de Bruno, sendo que na realidade ele, SIXTO, estava ingressando em território nacional com moeda estrangeira em espécie em valor aproximado de 25.000,00 dólares, sendo que foi o(a) autuado(5) devidamente cientificado) de seus direitos constitucionais, dentre os quais o de permanecer calado(a) , constituir advogado, comunicar a pessoa da família ou outra indicada. Sem impedimentos legais. Compromissado(a)na forma da Lei, aos costumes disse nada, inquirido a respeito dos fatos, RESPONDEU: QUE o depoente, como Analista Tributário da Receita Federal que é, estava de serviço na data de hoje, no setor de desembarque do Terminal 1 deste Aeroporto Internacional de São Paulo - Guarulhos, realizando a fiscalização de bagagens de passageiros provenientes do exterior, para fins de controle de entrada de mercadorias dentro

> da cota de isenção; QUE atualmente o valor da cota de isenção de tributos federais para mercadorias trazidas do exterior por via aérea é de US$ 500,00 (quinhentos dólares americanos) ou\ o equivalente em Reais; QUE por volta de 12:30h., foi selecionado para fiscalização um passageiro proveniente da Cidade do México/México pelo vôo AM14 da companhia aérea Aeroméxico; QUE tal pessoa se identificou por meio de documentos em nome de BRUNO DESIRE FODOUP FOTIE, que se trataria de um camoronês passaporte 350032 residente no Brasil; QUE o depoente encontrou com o fiscalizado documentos em nome de SIXTO MANUEL CACHO FERNANDES, de nacionalidade hondurenha, passaporte C874619 sendo que o fiscalizado justificou que os documentos em nome de SIXTO seriam de um amigo e que iria ligar para ele para provar que os documentos estavam em sua posse de comum acordo; QUE o depoente verificou junto ao setor de controle migratório da Polícia Federal neste aeroporto a inexistência de entrada em nome de BRUNO DESIRE FODOUP FOTIE; QUE no entanto há registro de entrada no passaporte hondurenho C874619 em nome de SIXTO MANUEL CACHO FERNANDES; QUE nesta unidade policial o fiscalizado finalmente se identificou como realmente se tratando de SIXTO MANUEL CACHO FERNANDES e que teria se identificado no momento da fiscalização alfandegária pensando que estrangeiros residentes (como no caso de BRUNO) teriam uma taxa de isenção mais elevada, sendo que na realidade é justamente o contrário, para estrangeiros não-residentes é desnecessário declarar a entrada de bens com valor até US$ 3.000,00 para admissão temporária; QUE com SIXTO foi encontrado dinheiro em espécie em várias moedas, entre dólares americanos, dólares australianos, libras inglesas e francos suíços, que segundo o mesmo totalizariam algo em torno de US$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares americanos), sendo que foi feita uma Declaração de Bagagem Acompanhada, onde consta porte de valores acima de US$ 10.000,00, mas feita em nome de BRUNO DESIRE FODOUP FOTIE que não viajou e nem era passageiro, sendo que deveria ter sido feita em nome de SIXTO, ou seja, a pessoa que alega que verdadeiramente é; QUE foi realizada a retenção da bagagem de SIXTO para tributação.

Como se vê, foram imputadas duas condutas delituosas ao paciente SIXTO:

a) ter se identificado e apresentado documentos em nome de Bruno Desire Fodoup Fotie perante o Analista Tributário da Receita Federal no setor de desembarque do Aeroporto Internacional de São Paulo;

b) ter preenchido e apresentado Declaração de Bagagem Acompanhada onde consta porte acima de dez mil dólares americanos também em nome de Bruno Desire Fodoup Fotie.

A primeira conduta - apresentação como terceira pessoa apresentando documento alheio, ao que se apresenta, se enquadra no preceito tipificado no artigo 308 do Código Penal.

A segunda conduta - aposição de nome falso na DBA, aponta, ao que se parece, para o crime de falsidade material, tipificado no artigo 297 do Código Penal.

Dessa forma, a imputação ao crime de falsidade - ao que se apresenta material e não ideológica - não está flagrantemente incorreto, a ser corrigido na via estreita do *habeas corpus*, existindo assim a possibilidade de se decretar a prisão preventiva, nos termos do artigo 313, I, do CPP. Com efeito, tanto o crime do artigo 297 quanto o do 299 do CP tem pena máxima superior à quatro anos, preenchendo-se os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Quanto ao pedido de liberdade provisória mediante fiança, observo que o paciente foi preso em flagrante delito, sendo a prisão em flagrante convertida em preventiva nos seguintes termos:

> Cuida-se de Comunicação de Prisão em Flagrante Delito do alienígena SIXTO MANUEL CACHO MARTINEZ, regularmente qualificado nos autos. Não obstante o direito à locomo-

ção esteja consagrado no texto Magno, art.5º, XV, essa liberdade de locomoção cede passo quando o indivíduo for surpreendido em flagrante delito, aliás, é o que dispõe o art. 5º, LXI: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Com efeito, a prisão do indiciado deu-se no dia 28/04/2013, junto ao Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, pela suposta prática do crime capitulado no art. 299 do Código Penal, quando, segundo relato do condutor e testemunha, foi ele surpreendido identificando-se como sendo BRUNO DESIRE FODOUOP FOTIE na tentativa de beneficiar-se de cota de isenção de mercadorias importadas, bem como por ter apresentado Declaração de Bagagem Acompanhada (DB/DBA) também em nome de Bruno. O indiciado foi qualificado e interrogado pela autoridade policial, oportunidade em que foi cientificado de seus direitos e garantias constitucionais. As demais formalidades essenciais ao ato foram todas elas obedecidas: lavratura de Laudo Preliminar de Constatação, expedição de Nota de Culpa, comunicações da prisão ao Ministério Público Federal e Defensoria Pública Federal. Diante disso, não resta dúvida que a liberdade ambulatória do preso foi cerceado, por força de disposição constitucional, por se encontrar em situação de flagrante delito (art. 299 do CP). Portanto, dentro da estrita legalidade. No presente caso, não é de se aplicar, por ora, nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão, a que se refere a nova redação do art. 282 do CPP, uma vez que àquela se faz adequada e necessária para a efetividade do processo penal. Pelos elementos que constam nos autos da peça repressiva, pensa o Estado-Juiz que a prisão se impõe por conveniência da instrução criminal, para permitir, ao seu final, a aplicação da lei penal, já que se trata de alienígena em passagem episódica pelo Brasil, sem qualquer vínculo provado com o território nacional, sendo evidente o perigo de evasão caso colocada em liberdade. Assim menos nesse juízo sumário de regularidade do flagrante, verifico não ser o caso de concessão de liberdade provisória: não há elementos nos autos que comprovem os requisitos para eventual deferimento da medida, tais como prova da primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa. Não bastasse isso, há dúvidas sobre a real identidade do indiciado, também a justificar a cautelar de prisão preventiva, na forma do art. 313, parágrafo único, do CPP. Diante do exposto, HOMOLOGO A PRISÃO EM FLAGRANTE DO INDICIADO, e presentes que estão os requisitos do artigo 312 do CPP, CONVERTO-A EM PRISÃO PREVENTIVA. Desnecessária a expedição de MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA, porquanto a indiciada já se encontra recolhida. Desde já, requisitem-se os laudos e antecedentes de praxe. No mais, aguarde-se a remessa do Inquérito Policial, no prazo legal. Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Em primeiro lugar, observo que ao paciente foi imputada a prática do crime do artigo 299 do Código Penal (pena máxima superior a 4 anos de reclusão) por ter se identificado como sendo BRUNO DESIRE FODOUOP FOTIE, alegadamente pensando que assim poderia se beneficiar de uma cota de isenção de mercadorias importadas maior, bem como por haver apresentado declaração de bagagem acompanhada (DB/DBA) em nome de BRUNO, sendo que na realidade SIXTO estava ingressando em território nacional com moeda estrangeira em espécie em valor aproximado de 25.000 dólares americanos (cfr. fls. 15).

Os requisitos da prova de materialidade delitiva e indícios de autoria em relação ao paciente podem ser extraídos do próprio estado de flagrância.

A necessidade da custódia cautelar encontra-se justificada para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, consoante deliberação acima transcrita.

Com efeito, havendo significativa dúvida quanto à real identidade do paciente, a cautelaridade da prisão é medida que se impõe, nos termos do parágrafo único do artigo 313 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011:

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

No sentido de que a dúvida quanto à identidade do agente justifica a prisão preventiva aponto precedente do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. FATOS CONTROVERTIDOS. DÚVIDA QUANTO À IDENTIDADE DO PACIENTE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA. Diante da dúvida acerca da identidade do Paciente e tendo em vista haver indícios de o mesmo utilizar-se de vários CPFs e identidades diversas, afigura-se inocorrente a existência de constragimento ilegal na prisão preventiva, que se baseou na necessidade de conclusão da investigação e do desenvolvimento da instrução criminal. Ordem denegada.
> (*STJ, 6ª Turma, HC 103523, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/02/2009, DJe 02/03/2009*)

> *HABEAS CORPUS* - PRISÃO EM FLAGRANTE - ART. 334, 273, §§ 1º e 1º-B, I e V, CP - LIBERDADE PROVISÓRIA - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - ORDEM DENEGADA. 1. *Habeas corpus* destinado a viabilizar a concessão da liberdade provisória ao paciente, preso em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 334, 273, parágrafos 1º e 1º-B, I e V, do Código Penal. 2. Presença de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva. Não demonstrado o cumprimento de requisitos autorizadores para a concessão da liberdade provisória. Primariedade, residência fixa e ocupação lícita não demonstrados. Dúvidas quando a verdadeira identidade do paciente. 3. Ordem de *habeas corpus* denegada.
> (*TRF 3ª Região, 1ª Turma, HC 00351385720104030000, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 15/02/2011, DJe 28/02/2011*)

E, sendo necessária a prisão, descabe falar em outras medidas menos severas, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403/2011.

De outro vértice, condições pessoais - primariedade e boa antecedência - não afastam, por si só, a possibilidade da prisão, quando demonstrada a presença de seus requisitos (STF, HC 86605-SP, DJ 10/03/2006, pg. 54; STJ, HC 55641-TO, DJ 14/08/2006, pg. 308).

Pelo exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

"HABEAS CORPUS"
0013146-35.2013.4.03.0000
(2013.03.00.013146-9)

Impetrante: PAULO HUMBERTO BUDOIA
Paciente: WALDECK DUARTE JUNIOR
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Corréu: JORGE LUIZ DA SILVA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: HC 54334
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2013

EMENTA

PROCESSUAL PENAL: *HABEAS CORPUS*. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO SOBRE A SENTENÇA CONDENATÓRIA PELA IMPRENSA OFICIAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO CONDENADO QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. ARTIGO 392, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INÉRCIA DO ADVOGADO. PREJUÍZO MANIFESTO. ORDEM CONCEDIDA.

I - Embora a redação do inciso II do art. 392 do Código de Processo Penal seja clara no sentido de que, em se tratando de réu solto, a intimação da sentença será feita à sua pessoa, ou ao seu defensor constituído, no caso dos autos, em que sobreveio sentença que condenou o réu ao cumprimento da pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão no regime inicial fechado, e ao pagamento multa, pela prática dos delitos previstos no art. 18 c.c art. 19, ambos da Lei 10.826/03, com expedição de mandado de prisão, mantendo-se inerte o defensor, é manifesto o prejuízo ao paciente, que deveria ter sido intimado pessoalmente da sentença.

II - Conforme se depreende dos autos, houve a regular intimação do patrono do paciente por meio da imprensa oficial que, contudo, deixou transcorrer *in albis* o prazo para recorrer.

III - Diante da inércia do advogado, em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o magistrado impetrado deveria tê-lo intimado pessoalmente da sentença.

V - Ordem concedida para desconstituir o trânsito em julgado da sentença condenatória tornando nulos os atos posteriores, com o retorno dos autos ao juízo de origem para que o réu seja intimado pessoalmente dos termos da sentença.

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, conceder a ordem para desconstituir o trânsito em julgado da sentença condenatória tornando nulos os atos posteriores, com o retorno dos autos ao juízo de origem para que o réu seja intimado pessoalmente dos termos da sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte

integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2013.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Waldeck Duarte Junior, contra ato do MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Ponta Porã/MS, praticado nos autos do processo nº 0000708-14.2007.4.03.6005.

Consta dos autos que Waldeck Duarte Junior, ora paciente, foi processado e, ao final, condenado ao cumprimento da pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 22 dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 18 c.c o artigo 19, ambos da Lei nº 10.826/03.

A sentença condenatória foi publicada no D.E. de 24/04/2013, conforme certidão de fl. 65.

A sentença condenatória transitou em julgado para a defesa em 01/05/2013 (certidão de fl. 69).

Não obstante a certidão de trânsito em julgado, contra a sentença, em 06/05/2013, a defesa do réu interpôs recurso de apelação protestando pela apresentação das razões recursais em Segunda Instância, a teor do disposto no artigo 600, § 4º, do CPP, após a intimação pessoal do réu (fl. 70).

O magistrado impetrado não recebeu o recurso, dada a sua intempestividade, e determinou a expedição de mandado de prisão contra o ora paciente, conforme decisão de fl. 72.

Segundo a impetração, o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, em síntese, sob o fundamento de que o paciente não foi intimado pessoalmente da sentença condenatória, até a presente data, sendo manifesta a violação ao disposto no artigo 392 do CPP.

Ao argumento de que é imprescindível a intimação pessoal do réu e de seu defensor da sentença condenatória, pede, liminarmente, a expedição de contramandado de prisão.

Ao final, requer a concessão da ordem para anular o trânsito em julgado da decisão que reputou intempestiva a apelação interposta pela defesa, com a conseqüente reabertura de prazo para interposição do recurso, intimando-se, para tanto, paciente e defensor.

A impetração veio instruída com os documentos de fls. 17/119.

A liminar pleiteada foi deferida para determinar a expedição, pelo impetrado, do competente contramandado de prisão (fl. 144).

Sobreveio documento de fl. 148.

As informações foram prestadas às fls. 151/152 e vieram acompanhadas dos documentos de fls. 153/163.

O MPF, em seu parecer de fls. 165/166, opinou pela concessão da ordem para que seja anulado o trânsito em julgado da decisão que reputou intempestiva a apelação interposta pela defesa, com a conseqüente reabertura de prazo para a interposição do recurso, intimando-se, para tanto, o paciente.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Colho dos autos que Waldeck Duarte Junior, Delegado de Polícia Civil, foi condenado ao cumprimento da pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão no regime inicial fechado, e ao pagamento multa, pela prática dos delitos previstos no art. 18 c.c art. 19, ambos da Lei 10.826/03.

Segundo consta, a sentença condenatória transitou em julgado para a defesa em 01/05/2013 (fl. 69). Não obstante, em 06/05/2013 a defesa interpôs recurso de apelação protestando pela apresentação das razões recursais em segunda instância, a teor do disposto no art. 600, § 4º, do CPP, após a intimação pessoal do réu (fl. 71).

Sobreveio, então, a decisão de fl. 72 que não recebeu o recurso interposto em razão da sua intempestividade e determinou a expedição do mandado de prisão, sendo esse o ato impugnado.

A ordem deve ser concedida.

No caso dos autos, trata-se de acusado que respondeu ao processo solto, e que possui advogado constituído.

Dentro desse contexto, muito embora a redação do inciso II do art. 392 do Código de Processo Penal seja clara no sentido de que, em se tratando de réu solto, a intimação da sentença será feita à sua pessoa, ou ao seu defensor constituído, no caso dos autos, em que sobreveio sentença que condenou o réu ao cumprimento da pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão no regime inicial fechado, e ao pagamento multa, pela prática dos delitos previstos no art. 18 c.c art. 19, ambos da Lei 10.826/03, mantendo-se inerte o defensor, é manifesto o prejuízo ao paciente, que deveria ter sido intimado pessoalmente da sentença.

Conforme se depreende dos autos, houve a regular intimação do patrono do paciente por meio da imprensa oficial que, contudo, deixou transcorrer *in albis* o prazo para recorrer.

Contudo, diante da inércia do advogado, em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o magistrado impetrado deveria tê-lo intimado pessoalmente da sentença.

Confiram-se:

> *HABEAS CORPUS*. FURTO SIMPLES (ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL). INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO SOBRE A SENTENÇA CONDENATÓRIA PELA IMPRENSA OFICIAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO CONDENADO QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. ARTIGO 392, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE RECONHECIDA. CONCESSÃO DA ORDEM.
> 1. Não é necessária a intimação pessoal da sentença condenatória ao advogado contratado pelo acusado para defendê-lo, uma vez que é suficiente a publicação da decisão na imprensa oficial, desde que dela constem os dados necessários à identificação da causa.
> 2. O acusado que respondeu solto ao processo, ainda que possua defensor constituído, deve ser intimado pessoalmente da condenação, sob pena de nulidade por violação ao princípio da ampla defesa.
> 3. Ordem concedida para anular a certidão de trânsito em julgado e determinar a intimação pessoal do paciente sobre o édito condenatório, reabrindo-se o prazo para que possa adotar as medidas que entender pertinentes.
> (HC 160.557/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 02/08/2010)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. ORDEM CONCEDIDA.
1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer a obrigatoriedade da intimação do réu, pessoalmente ou por edital, e de seu defensor, constituído ou nomeado, da sentença condenatória, sob pena de nulidade, por força do princípio da ampla defesa constitucionalmente previsto.
2. Na hipótese, o réu não foi intimado, motivo por que, ausente o trânsito em julgado da ação penal, houve o transcurso do prazo prescricional.
3. Ordem concedida para anular a certidão de trânsito em julgado, devido à falta de intimação do réu da sentença condenatória, e, por conseguinte, para declarar extinta a punibilidade quanto ao crime de roubo a que o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal 477/97 (28º Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo/SP), expedindo-se alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.
(HC 124803/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 19/10/2009)

Ante o exposto, concedo a ordem para desconstituir o trânsito em julgado da sentença condenatória tornando nulos os atos posteriores, com o retorno dos autos ao juízo de origem para que o réu seja intimado pessoalmente dos termos da sentença.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

Direito Tributário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0003300-70.2008.4.03.6110
(2008.61.10.003300-3)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), ZF DO BRASIL LTDA. E FILIAIS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Relator designado para o Acórdão: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HERBERT DE BRUYN
Classe do Processo: AMS 340314
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/06/2013

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MATRIZ E FILIAIS. ILEGITIMIDADE ATIVA DAS FILIAIS RECONHECIDA DE OFÍCIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRELIMINAR REJEITADA. TRÍPLICE IDENTIDADE. LITISPENDÊNCIA PARCIAL. CONTINÊNCIA. ART. 267, V, DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

1 - Possibilidade do julgamento do presente *mandamus*, tendo em vista que a liminar proferida nos autos da ADC nº 18, suspendendo o julgamento das ações cujo objeto seja a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como é a hipótese em tela, foi prorrogada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25.03.2010, tendo expirado o prazo de sua eficácia.

2 - A existência de repercussão geral no RE 574706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito dos demais tribunais.

3 - A matriz e a filial compõem a mesma pessoa jurídica, muito embora possuam inscrições distintas no CNPJ, com vistas a facilitar a fiscalização pela autoridade fiscal, tratando-se as filiais, assim, de meras unidades descentralizadas, que não têm personalidade jurídica própria, mas apenas autonomia administrativa, possuindo a matriz legitimidade para demandar, em juízo, em nome de tais estabelecimentos da mesma empresa. Ilegitimidade ativa da filial que se reconhece de ofício.

4 - O mandado de segurança caracteriza-se como ação própria para impugnar-se ato de autoridade considerado ilegal. Nesse sentido, manifesta a utilidade do provimento jurisdicional almejado para o alcance da finalidade objetivada pela Impetrante, qual seja, o reconhecimento de seu direito à exclusão do valor do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à compensação das quantias recolhidas indevidamente a esses títulos.

5 - A litispendência constitui pressuposto processual negativo, caracterizado pela existência de uma ação idêntica à outra, anteriormente ajuizada, que ainda está em curso.

6 - O art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil, adota para a caracterização da litispendência, a teoria da tríplice identidade das demandas, ou seja, que as ações em curso possuam as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

7 - A finalidade do instituto, iluminado pelos princípios da economia processual e segurança jurídica, é evitar a possibilidade de julgamentos contraditórios e a insta-

bilidade nas relações jurídicas.
8 - A continência, nos termos do disposto no art. 104, do estatuto processual civil, caracteriza-se quando duas ou mais ações reputam-se conexas, sempre que houver identidade de partes e de causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abranger o das outras.
9 - Desnecessidade de reunião de feitos (art. 105, do Código de Processo Civil), porque prevista na hipótese de continência propriamente dita, ou seja, quando há identidade entre apenas dois elementos da ação (partes e causa de pedir ou partes e pedido), o que aqui não ocorre, já que, naquilo em que convergem as três demandas, há identidade de partes, pedido e causa de pedir, bem como pelo fato de que a referida tramitação em conjunto tem como finalidade evitar julgamentos não harmônicos, o que na hipótese não ocorrerá, tendo em vista que este *mandamus*, em relação ao período constantes dos anteriores mandados de segurança, está sendo declarado extinto, sem resolução do mérito.
9 - Ausência de identidade de pedidos, porquanto o objeto deste mandado de segurança tem maior abrangência, sendo certo que o formulado nas demandas impetradas anteriormente está contido nesta ação, pelo quê, entendo caracterizada a litispendência parcial, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 267, V, do CPC).
10 - Compõe o ICMS o preço final da mercadoria que, por sua vez, integra o faturamento que é base de cálculo do PIS e da COFINS.
11 - "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS." (Súmula nº 68)
12 - O Superior Tribunal de Justiça, via edição da Súmula nº 94, firmou orientação no sentido de que a parcela relativa ao ICMS integra o faturamento e, portanto, inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL. O mesmo entendimento aplica-se à COFINS, posto tratar-se de contribuição instituída pela LC nº 70/91 em substituição ao FINSOCIAL.
13 - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e das Cortes Regionais.

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, rejeitar a preliminar arguida, bem como negar provimento à apelação das impetrantes e, por maioria, reconhecer, de ofício, a ilegitimidade ativa das filiais, nos termos do voto da Relatora, vencida a Desembargadora Federal Consuelo Yoshida que as mantinha no polo ativo da demanda; no mérito, a turma, por maioria, decidiu dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Federal Convocado Herbert De Bruyn, vencida a Relatora que negava provimento à apelação da União Federal e dava parcial provimento à remessa oficial.

São Paulo, 06 de junho de 2013.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de mandado de segurança, impetrado por ZF DO BRASIL LTDA. E FILIAIS, contra ato do Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA - SP, objetivando seja

reconhecido seu direito líquido e certo de se afastar qualquer ato no sentido da cobrança da contribuição ao PIS e da COFINS, no que se refere à inclusão dos valores de ICMS nas respectivas bases de cálculo, afastando-se a aplicação das Leis nºs 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03, nesse aspecto, bem como de compensar as quantias recolhidas a esses títulos, desde março de 1998, com atualização monetária pela Taxa SELIC, com outros débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, na forma dos arts. 73 e 74, da Lei nº 9.430/96, afastando a IN/RFB nº 600/05 (fls. 02/26).

À inicial foram acostados os documentos de fls. 28/629.

A medida liminar foi deferida (fls. 636/637).

O processo foi declarado extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil, em razão do reconhecimento da litispendência quanto ao pedido relativo às prestações da contribuição ao PIS e da COFINS recolhidas a partir de 15.09.2006, data de ajuizamento dos Mandados de Segurança nºs 2006.61.10.010450-5 e 2006.61.10.010451-7.

O pedido remanescente, por sua vez, foi julgado parcialmente procedente, a fim de garantir às Impetrantes o direito de efetuarem a compensação da diferença dos valores recolhidos a título de COFINS e de PIS, no período de 26.03.2003 a 14.09.2006, referentes ao montante de ICMS indevidamente incluído nas bases de cálculo dessas exações, com aqueles administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando-se o disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96.

Ainda, foi determinada a conversão em renda da União dos depósitos judiciais efetuados nos autos, após o trânsito em julgado (fls. 794/798).

Sentença submetida ao reexame necessário.

Irresignadas, ambas as partes interpuseram, tempestivamente, recursos de apelação.

A União pleiteia a reforma integral da decisão monocrática, alegando, preliminarmente, inadequação da via mandamental para pleito de compensação de pagamentos efetuados em período anterior à impetração, sustentando, no mérito, a constitucionalidade e legalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e a inaplicabilidade da Lei nº 9.430/96 para compensação de contribuições previdenciárias (fls. 820/827).

As Impetrantes, por sua vez, postulam a reforma parcial da sentença, sustentando a não ocorrência da litispendência, por se tratar de pedidos completamente distintos, devendo ser assegurado o direito de compensação não apenas no período de 26.03.2003 a 14.09.2006, mas também, em relação ao período até o momento do trânsito em julgado da ação (fls. 833/845).

Com contrarrazões (fls. 848//861 e 865/872), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 875/877).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Por primeiro, cumpre ressaltar a possibilidade de julgamento do presente *mandamus*, tendo em vista que a liminar proferida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 18, suspendendo o julgamento das ações cujo objeto seja a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como é a hipótese em tela, foi prorrogada, pela última vez, pelo Plenário

do Supremo Tribunal Federal, em 25 de março de 2010, tendo expirado o prazo de sua eficácia.

Outrossim, a existência de repercussão geral no RE 574706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito dos demais tribunais.

Por sua vez, conquanto a jurisprudência tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e está sendo analisada no RE 240.785/MG, cujo julgamento já foi iniciado, sob a alegação de violação ao art. 195, inciso I, alínea "b", da Constituição da República.

Por outro lado, reconheço, de ofício, a ilegitimidade ativa da filial no presente *mandamus*.

Com efeito, a matriz e a filial compõem a mesma pessoa jurídica, muito embora possuam inscrições distintas no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, com vistas a facilitar a fiscalização pela autoridade fiscal.

Desse modo, as filiais são meras unidades descentralizadas que fazem parte da estrutura da empresa Impetrante, não possuindo personalidade jurídica própria, mas apenas autonomia administrativa.

Destarte, a unidade patrimonial entre os estabelecimentos da mesma empresa outorga à matriz legitimidade para demandar, em juízo, em nome de suas filiais.

Outrossim, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita, arguida pela União em seu recurso de apelação.

Com efeito, o mandado de segurança caracteriza-se como ação própria para impugnar-se ato de autoridade considerado ilegal. Nesse sentido, manifesta a utilidade do provimento jurisdicional almejado para o alcance da finalidade objetivada pela Impetrante, qual seja, o reconhecimento de seu direito à exclusão do valor do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à compensação das quantias recolhidas indevidamente a esses títulos.

Por sua vez, no que tange ao reconhecimento da litispendência quanto ao pedido relativo às prestações da contribuição ao PIS e da COFINS recolhidas a partir de 15.09.2006, não assiste razão às Impetrantes.

Com efeito, o estatuto processual civil brasileiro contempla os institutos da conexão e da litispendência, com a finalidade evitar julgamentos não harmônicos, estabelecendo a necessidade de reunião de feitos e a extinção sem resolução do mérito, respectivamente.

A litispendência constitui pressuposto processual negativo, caracterizado pela existência de uma ação idêntica a outra, anteriormente ajuizada, que ainda está em curso.

Dispõe o art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do estatuto processual civil brasileiro, que há litispendência quando duas ações em curso têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Outrossim, prescrevia o art. 267, do referido *codex*, anteriormente à alteração introduzida pela Lei nº 11.232/05, que, o processo seria extinto sem julgamento do mérito, dentre outras hipóteses, quando o juiz acolher a alegação de litispendência (inciso V).

A finalidade do instituto, iluminado pelos princípios da segurança jurídica e da economia processual, é evitar a possibilidade de julgamentos contraditórios e a instabilidade nas relações jurídicas.

Ademais, nos termos do disposto, respectivamente, nos arts. 104 e 105, do Código de Processo Civil, duas ou mais ações reputam-se conexas, sempre que houver identidade de partes e de causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abranger o das outras

e, que, havendo continência, poderá ser ordenada a reunião de ações propostas em separado, a fim de se sejam decididas simultaneamente.

De rigor, portanto, a análise dos elementos da presente demanda e daquelas autuadas sob nºs 2006.61.10.010450-5 e 2006.61.10.010451-7, ambos já julgados, estando aquele sobrestado na Vice-Presidência desta Corte e esse baixado.

Observo que, no presente *mandamus*, impetrado em 26.03.2008, as Impetrantes objetivam a exclusão do valor do ICMS das respectivas bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, bem como a compensação das quantias recolhidas a esses títulos (fls. 02/26).

Por sua vez, nos Mandados de Segurança nºs 2006.61.10.010450-5 e 2006.61.10.010451-7, objetivam a exclusão do valor do ICMS das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, respectivamente, em relação às parcelas vincendas desses exações.

Do breve relato das demandas, verifico que as partes são idênticas e a causa de pedir e o pedido, formulados nos Mandados de Segurança nºs 2006.61.10.010450-5 e 2006.61.10.010451-7, estão contidos nos formulados na presente demanda.

Impende notar, *in casu*, a desnecessidade de reunião de feitos possibilitada pelo art. 105, do Código de Processo Civil, porque prevista na hipótese de continência propriamente dita, ou seja, quando há identidade entre dois elementos da ação, o que aqui não ocorre, já que naquilo em que convergem as três demandas, há identidade de partes, pedido e causa de pedir, bem como pelo fato de que a referida tramitação em conjunto, como já dito, tem como finalidade evitar julgamentos não harmônicos, o que na hipótese dos autos não ocorrerá, já que este *mandamus*, em relação ao período constantes dos anteriores mandados de segurança, está sendo declarado extinto, sem resolução do mérito.

Assim, resta caracterizada a continência, na medida em que as causas de pedir e os pedidos não são idênticos, por ter esta demanda maior abrangência, sendo certo que o formulado naqueles mandados de segurança estão contidos neste *mandamus*, pelo quê, entendo caracterizada a litispendência parcial, sendo de rigor a manutenção da sentença nesse aspecto.

Passo à análise da pretensão em relação aos pedidos referentes ao período até 14.09.2006.

A contribuição ao PIS e a COFINS foram instituídas, respectivamente, pelas Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91, com fundamento no art. 195, inciso I, alínea "b", da Constituição da República, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, o qual estabelecia que a seguridade social seria financiada, dentre outras fontes, por contribuições sociais incidentes sobre o faturamento.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.718/98, a qual, ao alterar a legislação tributária federal, veio modificar a base de cálculo dessas contribuições, ao prescrever que o faturamento correspondia "à receita bruta da pessoa jurídica" (arts. 2º e 3º, § 1º).

Todavia, o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 foi reconhecido inconstitucional pelo Excelso Pretório, no julgamento do RE 346.084/PR, sob o fundamento de que o dispositivo em comento, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento, prevista no art. 195, inciso I, da Constituição da República, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou a redação da alínea "b" do referido dispositivo constitucional, a matéria passou a ser disciplinada da seguinte forma: "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios, e da contribuição social do empregador, da empresa ou entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a receita ou o faturamento".

À luz da nova redação constitucional foram editadas as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, as quais dispõem em seus respectivos art. 1º, *caput:*

> A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.
>
> A contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Referidas leis esclarecem, ainda, nos §§ 1º e 2º do seu art. 1º que, para efeito do disposto nesse artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, constituindo a base de cálculo, o faturamento conforme definido no *caput*.

Assim, conquanto as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 tenham estabelecido o mesmo conceito de faturamento da Lei nº 9.718/98, foram editadas já na vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, que prevê como base de cálculo das contribuições em foco a receita ou o faturamento.

A questão em discussão neste *mandamus*, bem como no Recurso Extraordinário pendente de julgamento na Corte Suprema, é justamente o alcance do conceito "faturamento".

Acerca do conceito de *faturamento*, cumpre destacar alguns trechos do voto proferido pelo Relator do mencionado Recurso Extraordinário, Ministro Marco Aurélio:

> (...) As expressões utilizadas no inciso I do artigo 195 em comento hão de ser tomadas no sentido técnico consagrado pela doutrina e jurisprudencialmente. (...) Óptica diversa não pode ser emprestada ao preceito constitucional, revelador da incidência sobre o faturamento. Este decorre, em si, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por tal motivo, o que percebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação de serviços. A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que o s contribuintes da Cofins faturam, em si o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobra-lo. (...) Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea "b" do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. (...) Conforme salientado pela melhor doutrina, "a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas". A contrário-sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio

> que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. (...) Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão "folha de salários", a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão "faturamento" envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir o contrário é querer (...) que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria. (...) Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso.
> (...)

Por tais fundamentos, o Ministro Marco Aurélio deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, sinalizando uma mudança de entendimento em relação ao anterior posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, estando suspenso o julgamento, em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, em 24 de agosto de 2006.

Como salientado pelo Ministro Relator, o termo "faturamento", utilizado no art. 195, inciso I, alínea "b", da Constituição da República, deve ser tomado no sentido técnico consagrado pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, *faturamento*, na redação original do mencionado dispositivo constitucional, em síntese, é a riqueza obtida pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial, sendo inadmissível a inclusão de receitas de terceiros ou que não importem, direta ou indiretamente, ingresso financeiro.

No que tange ao conceito de faturamento constante das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, entendido como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, compreendendo a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, também não há que se falar em inclusão do ICMS.

Com efeito, o ICMS é um *imposto indireto*, ou seja, é destacado na nota fiscal e tem seu ônus financeiro transferido para o *contribuinte de fato*, que é o consumidor final.

O sujeito passivo do ICMS recolhe o valor correspondente ao Estado, sem que a respectiva quantia destinada aos cofres públicos integre sua receita.

Desse modo, constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso de caixa, não podendo, à evidência, compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em outras palavras, considerar o ICMS para esse fim significa admitir a incidência de contribuições sociais sobre imposto devido a unidade da Federação.

Forçoso reconhecer que, em se tratando de receita de terceiros (Estado-Membro ou Distrito Federal), o valor de tal imposto é elemento estranho a integrar a base de cálculo das contribuições em comento, sejam elas exigidas sobre o faturamento ou sobre a receita.

Também no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, registro julgados da 3ª Turma desta Corte, assim ementados:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. CONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA PARA 3%. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. MULTA DE MORA. LEGALIDADE.
(...)
7. Deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF sobre a questão no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário 240.785-2. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento pela exclusão.
(...)
(TRF - 3ª Região, 3ª T., AC 1711582, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, j. em 15.03.2012, TRF3 CJ1 de 23.03.2012).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.
O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".
(...)
(TRF - 3ª Região, 3ª T., AC 331835, Rel. Des. Fed. Nery Junior, j. em 01.03.2012, TRF3 CJ1 de 09.03.2012)

Passo ao exame da ocorrência ou não de prescrição.

A decadência e a prescrição são expressões de segurança jurídica, fundadas na idéia de que a inércia no exercício de um direito, pelo prazo legalmente assinalado, conduz ao seu perecimento e conforme o disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional constituem modalidades de extinção do crédito tributário.

Assim sendo, embora se refiram à inércia do Estado, os dois institutos não se confundem, porquanto a decadência diz respeito ao prazo extintivo do direito de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, enquanto a prescrição diz com o prazo extintivo do exercício do direito de a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal para a cobrança do tributo.

Quanto à apreciação das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 118/05, no que tange à prescrição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou auto-lançamento, impende acompanhar o entendimento fixado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621/RS, sob o regime da repercussão geral (art. 543-B, do Código de Processo Civil), cuja ementa transcrevo:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACACIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.
Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.
A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

> Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.
> Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.
> A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.
> Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.
> O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.
> Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.
> *Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da* vacatio legis *de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.*
> *Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.*
> Recurso extraordinário desprovido.
> (STF - Tribunal Pleno - RE 566621/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 04/08/2011 - Publ. Dje 11/10/2011 - destaque meu)

Assim sendo, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou autolançamento, o prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito ajuizadas antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, ocorrida aos 9 de junho de 2005, é de 10 (dez) anos. Por outro lado, para as ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005, observar-se-á o prazo quinquenal.

No presente caso, considerando-se a propositura desta demanda, em 26.03.2008, depois, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09/06/05 (sistemática quinquenal), operou-se a prescrição apenas em relação às parcelas anteriores a 26.03.2003 (fls. 116/629).

Passo à análise da compensação.

Em matéria tributária, a compensação vem contemplada no art. 170, do Código Tributário Nacional, que preceitua que a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo, contra a Fazenda Pública.

Disciplinando essa modalidade extintiva da obrigação tributária, a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, em seu art. 66, pela vez primeira autorizou a compensação entre tributos de mesma espécie.

Por sua vez, com o advento da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, foi disciplinada

a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos no âmbito da Secretaria da Receita Federal, inserindo-se, nesse contexto, a necessidade de autorização mediante requerimento administrativo que constituía pressuposto para a aludida compensação.

Tal situação perdurou até o advento Lei nº 10.637, de 30.12.02 a qual, em seu art. 49, possibilitou a compensação de créditos, passíveis de restituição ou ressarcimento, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente de requerimento do contribuinte.

Dessarte, revendo meu posicionamento pessoal, adoto o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, tendo havido evolução legislativa em matéria de compensação de tributos, a lei aplicável é aquela vigente na data do ajuizamento da ação, e não aquela em vigor quando do pagamento indevido ou do encontro de contas.

Nesse sentido, importante transcrever a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do recurso representativo da controvérsia:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
> 1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
> 2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
> 3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
> 4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
> 5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
> 6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
> 7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera ex-

tinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte propria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu *in casu*; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."
14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).
15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por eqüidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe

28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009).
16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp nº 1137738/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.12.09, DJ 01.02.2010)

Nesse contexto, em nosso ordenamento jurídico, não havia, até 30.12.91, instrumento normativo que regulasse a compensação tributária; de 30.12.91 a 27.12.96, havia autorização legal apenas para a compensação entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei 8.383/91; de 27.12.96 a 30.12.02, era possível a compensação de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei 9.430/96; a partir de 30.12.02, com as alterações introduzidas pela Lei 10.637/02, foi autorizada a compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, por iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é a extinção do crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

No presente caso, a ação de segurança foi ajuizada em 26.03.2008, devendo ser aplicada, assim, a Lei nº 10.637/02, merecendo, por conseguinte, prosperar o pedido de compensação das parcelas recolhidas indevidamente a título de PIS e COFINS, incluindo-se o valor do ICMS nas respectivas bases de cálculo, com outros tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Encerrado o exame da questão de fundo, no que tange à correção monetária das importâncias recolhidas indevidamente, há de ser feita em consonância com a Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Por outro lado, no tocante aos juros moratórios, cumpre tecer considerações acerca do assunto, tendo em vista a edição da Lei nº 9.250/95.

A incidência de juros moratórios sobre créditos a serem utilizados em compensação de natureza tributária não estava prevista em lei, até o advento da Lei nº 9.250/95.

Até então, à míngua de disposição legal desse teor, era incabível a incidência de juros moratórios nos créditos a serem utilizados na compensação tributária, mesmo porque não se poderia falar em mora da União no cumprimento de prestação a seu cargo, porquanto a compensação, atendidos os requisitos legais, é faculdade conferida ao contribuinte.

Todavia, a Lei nº 9.250/95, de 26 de dezembro de 1995, ao alterar a legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas e dar outras providências, veio a prescrever, em seu art. 39 que, "a partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada".

Assim, os valores objeto de compensação serão acrescidos de juros moratórios, igualmente, pela taxa SELIC, nos moldes do mencionado art. 39, § 4º da Lei nº 9.250/95, afastada

a aplicação de qualquer outro índice a esse título (art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional).

Portanto, cabem juros moratórios sobre os créditos tributários a compensar, nos termos desse quadro normativo.

Por derradeiro, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que estatui ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada em 26.03.2008, posteriormente, portanto, à vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.
> 1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.
> 2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.
> 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
> (1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25.08.2010, DJe de 02.09.10)
>
> TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.
> 1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.
> 2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
> (1ª Seção, REsp nº 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25.08.10, DJe de 02.09.10)

Isto posto, RECONHEÇO, DE OFÍCIO, A ILEGITIMIDADE ATIVA DAS FILIAIS, REJEITO A PRELIMINAR ARGUIDA, NEGO PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES E DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL, para determinar que a compensação seja efetuada considerando-se os documentos devidamente juntados nos autos, observada a prescrição quinquenal, devendo as quantias ser acrescidas de correção monetária e juros de mora, nos termos expostos.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN:

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, bem como para o Programa de Integração Social - PIS, previstas respectivamente pelas Leis Complementares 70/91 e 7/70, encontram-se regidas pelos princípios da solidariedade financeira e universalidade, previstos nos arts. 194, I, II, V, e 195 da Constituição Federal. Referidas contribuições incidem sobre o faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida em função da comercialização de produtos e da prestação de serviços, sendo certo que a definição, o conteúdo e alcance do termo hão de ser hauridos do direito privado, segundo precisa dicção do art. 110 do CTN.

No ensinamento de Octavio Campos Fischer, o faturamento, segundo os comercialistas, "retrata um conjunto de venda de bens e de prestações de serviços. Uma determinada empresa não obtém faturamento por outro modo que não vendendo bens ou prestando serviços". No seu entender, consiste o faturamento numa realidade econômica que resulta de determinados atos praticados pelos contribuintes, quais sejam operações de venda de bens/mercadorias, e/ou as prestações de serviços de qualquer natureza, representando uma dimensão econômica do fato jurídico tributário.

Expõe, ainda, que sendo o faturamento a base de cálculo da contribuição social ao PIS - assim como da contribuição à COFINS -, "não se pode eleger como critério material o 'realizar operações com mercadorias e/ou prestação de serviços', porque implicaria em verdadeiro desajuste interno da hipótese tributária." Na verdade, o critério material seria obter faturamento (receita) com venda de mercadorias e prestações de serviços.

O artigo 195, inciso I, da Carta Magna, dispunha em sua redação original:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, alterou referido dispositivo, dando-lhe a seguinte redação:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
> b) a receita ou o faturamento;
> c) o lucro;

A redação original do artigo 195, I, da CF/88 referia-se à incidência apenas sobre o "faturamento", o lucro e a folha de salários. Com a EC nº 20/98, a incidência passou a recair sobre "a receita ou o faturamento".

Antes dessa alteração constitucional, o E. STF já havia assentado entendimento de haver identidade entre os conceitos de faturamento e receita bruta, como demonstram as decisões a seguir transcritas:

> Em se tratando de contribuições sociais previstas no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal - e esta Corte deu pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 7.738/89 por entender que a expressão "receita bruta" nele contida há de ser compreendida como sendo "faturamento" -, se aplica o disposto no § 6º desse mesmo dispositivo constitucional, que, em sua parte final, afasta, expressamente a aplicação a elas do princípio da anterioridade como disciplinado no artigo 150, III, *b* da Carta Magna.
> (STF, 1ª Turma, RE nº 167.966/MG, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 09/06/95, p. 1.782)

> A contribuição social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar: no art. 28 da Lei nº 7.738/89, a alusão a "receita bruta", como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do DL 2397/87, que é equiparável à noção corrente de "faturamento" das empresas de serviço.
> (STF, Pleno, RE 150.755/PE, Rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 20/08/93, p. 485)

Ainda, quando do julgamento do antigo FINSOCIAL (RE nº 150764-1 PE, relatado pelo Ministro Marco Aurélio), como também ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1- DF, o Colendo Supremo Tribunal Federal discutiu e consolidou o conceito de faturamento como sendo "o produto de todas as vendas, e não somente das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo." Neste passo, observou o Ministro Ilmar Galvão ao declarar voto no julgamento do RE acima mencionado, "verbis":

> De outra parte, o DL 2.397/87, que alterou o DL 1.940/82, em seu art. 22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, § 1º, do mencionado diploma legal como a "receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços", conceito esse que coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36)

Discutia-se então a cobrança do Finsocial das empresas comerciais, mercantis e mistas, tendo sido a noção de faturamento aferida com relação às empresas dessa natureza.

A congruência do art. 2º da LC 70/91, com o disposto no art. 195, I, da CF, ao definir faturamento como "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza", foi expressamente reconhecida pela Corte Constitucional no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1 DF.

Outrossim, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 357.950/RS "consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas", nos termos da ementa a seguir:

> CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº *9.718*, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998.
> O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.
> TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO.
> A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de

a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº *9.718* /98.
A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. *É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da lei nº 9.718 /98, no que ampliou o_conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada*. (g.n)

Como se infere da exegese fixada pela Corte Constitucional, o faturamento corresponde às receitas advindas com as atividades que constituam objeto da pessoa jurídica, ou seja, a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, ou exclusivamente de serviços, de acordo a atividade própria da pessoa jurídica, se mercantil, comercial, mista ou prestadora de serviços.

Portanto, do exposto conclui-se ter sido o conceito de faturamento equiparado ao conceito de receita bruta, não ao de receita líquida. O faturamento, segundo a Lei Complementar nº 70/91, corresponde a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Sendo assim, não há inconstitucionalidade na inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, uma vez que o ICMS integra o preço final da mercadoria, compondo juntamente com outros elementos o valor final cobrado do adquirente. Por estar embutido no preço total da operação, o ICMS inclui-se na base de cálculo das referidas contribuições, pois sendo o preço produto da venda, será computado como receita da empresa, compondo o faturamento.

A propósito do tema, colaciono precedente desta Turma:

TRIBUTÁRIO. LC Nº 70/91. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. LEGALIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.
1. Nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, a Cofins incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.
2. O ICMS, imposto indireto, eis que repassado ao consumidor final, está embutido no preço da mecadoria, ainda que seu valor venha destacado na nota fiscal; portanto, integra a receita bruta e, consequentemente devida sua inclusão na base de cálculo da COFINS.
3. Não se pode separar o valor do ICMS do faturamento, sob pena de se criar situação mais vantajosa para as empresas, em detrimento do contribuinte de fato do ICMS e da própria fazenda Nacional.
4. Apelação improvida.
(AMS nº 2001.61.20.005254-2, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, DJ 08/08/2003)

Ademais, cumpre salientar que essa questão encontra-se pacificada pela jurisprudência do STJ, cujo teor contraria a pretensão da agravante, ao estabelecer que:

A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS. (Súmula nº 68)

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL. (Súmula nº 94)

O mesmo entendimento aplica-se à COFINS, posto tratar-se de contribuição instituída pela LC nº 70/91 em substituição ao FINSOCIAL.

Nesse sentido, é o precedente jurisprudencial a seguir colacionado:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS E ISS. INCLUSÃO. POSSIBILIDADE. 1. A questão jurídica envolvendo a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS já se encontra pacificada nas Cortes Superiores, devendo ser aplicado o mesmo entendimento no tocante ao ISS. 2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 3. Agravo legal improvido.
> (TRF 3ª Região - AI 00964573120074030000 - Rel Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA - j. 09/02/2012 - TRF3 CJ1 DATA: 16/02/2012. FONTE REPUBLICAÇÃO)
>
> TRIBUTÁRIO. ICMS/ISS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. LEGALIDADE. SÚMULAS NºS 68 E 94/STJ.
> 1. Em 15/4/2010, houve a última prorrogação, por mais 180 (cento e oitenta) dias, da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das demandas que envolvessem a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 - possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS (ADC 18 QO3-MC/DF). Assim, essa prorrogação expirou em meados de outubro de 2010, razão pela qual não mais subsiste o óbice ao julgamento das ações que versam sobre a matéria.
> 2. A questão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98, não comporta mais digressões, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, restando assentado o entendimento de que tal inclusão é constitucional e legal, haja vista que o ICMS é tributo que integra o preço das mercadorias ou dos serviços prestados para qualquer efeito, devendo, pois, ser considerado como receita bruta ou faturamento, base de cálculo das exações PIS e COFINS. Entendimento cristalizado nas Súmulas nºs 68 e 94/STJ.
> 3. Entendimento analógico aplicado ao ISS, no sentido de sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.
> 4. Apelação a que se nega provimento.
> (TRF 3ª Região - AM S 00054184920084036100 - Rel. Des. Fed. Marli Ferreira - j. 12/03/2012 - TRF3 CJ1 22/03/2012)
>
> TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. ICMS. ISS. ADC 18/STF. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94, AMBAS DO STJ. RE 240.785/MG. INAPLICABILIDADE.
> I - É importante ressaltar que o juiz não está vinculado a examinar todos os argumentos expendidos pelas partes, nem a se pronunciar sobre todos os artigos de lei, restando bastante que, no caso concreto, decline fundamentos suficientes e condizentes a lastrear sua decisão.
> II - "(...) deve-se tomar em conta que, o posicionamento predominante ainda é o do STJ, no sentido de que o ICMS deve integrar a base de cálculo da COFINS e, considerando tratar-se de matéria extremamente polêmica composta de ponderáveis argumentos para ambos os lados, esta deve prevalecer, até outra orientação seja decidido pelo colendo STF (...)".
> III - Não está mais presente o óbice ao julgamento da presente demanda, estipulado na MC na ADC nº 18, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. Isto porque, em 15.4.2010, foi publicada a Ata de Julgamento relativa à decisão na terceira questão de ordem que prorrogou, pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida, para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 - possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep (assentada de 25.3.2010 - plenário).
> IV - Dessarte, constata-se que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça se

firmou no sentido da possibilidade da inclusão do ICMS, bem como do ISS, na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas nº 68 e 94/STJ.
V - Ressalta-se que, sendo improcedente o pedido principal, segue a mesma sorte os acessórios - compensação com tributos e/ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, corrigido monetariamente e acrescido dos juros de mora de 1% (um por cento).
VI - Apelação não provida.
(TRF2 - AMS 200751010023694 - Rel. Des. Fed. SANDRA CHALU BARBOSA - j. 31/05/2011 - E-DJF2R: 13/06/2011)

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005.
1. Está pacificado na jurisprudência que o valor do ICMS apurado no preço de venda de mercadorias se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Súmulas nºs 68 e 94 do STJ.
2. Assim como o ICMS está embutido no preço da mercadoria vendida, o ISS compõe o montante cobrado pelo serviço prestado, incluídos, portanto, na base de cálculo do PIS e da COFINS.
3. O e. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 327043, decidiu, por unanimidade, que se aplica o prazo prescricional do referido art. 3º da LC 118/2005 às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005, pelo que se encontram prescritas as parcelas anteriores aos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação.
(TRF4 - AC 200671070068076 - Rel. Des. Fed. JOEL ILAN PACIORNIK - j. 14/04/2010 - D.E. 20/04/2010)

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. LIMINAR. ISS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.
I. O ISS, assim como o ICMS, é um imposto indireto que integra o faturamento da empresa, na medida em que seus valores são repassados ao preço pago pelo consumidor final, e, portanto deve constar da base de cálculo do PIS e da COFINS.
II. Precedentes: TRF-5ª - AMS 2007.82.00.008520-4 - (101939/PB) - 1ª T. - Rel. José Maria de Oliveira Lucena - DJE 14.11.2008 - p. 355; TRF-5ª R. - AMS 2007.85.00.000063-1 - (99175/SE) - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti - DJU 30.09.2008 - p. 409; AGTR93001/PE - Desembargador Federal Francisco Barros- 2ªT. DJE. 05/08/2009 - p. 112.
III. Agravo regimental prejudicado.
IV. Agravo de instrumento provido, para confirmar a liminar deferida.
(TRF5 - AG 00081163320114050000 - Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho - j. 28/06/2011 - DJE - Data: 30/06/2011 - Página: 566)

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, no mais acompanho a Relatora.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0006901-34.2010.4.03.6104 (2010.61.04.006901-7)

Embargante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 282/287 vº
Interessado: ALVARO CARVALHO SANTOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: ApelReex 1807009
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2013

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VALORES RECEBIDOS DE FORMA ACUMULADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CÁLCULO COM BASE NO MONTANTE GLOBAL. IMPOSSIBILIDADE. DESPEDIDA OU RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. JUROS DE MORA. ISENÇÃO. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

- Omissão e contradição alguma se verifica na espécie.
- Da simples leitura do acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.
- A r. decisão embargada entendeu que a decisão monocrática que negou seguimento à apelação da União Federal, deu parcial provimento à remessa oficial e deu provimento à apelação da parte autora, resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada ou majoritária no sentido de que não se observa a ocorrência da coisa julgada e que o cálculo do imposto de renda sobre valores recebidos de forma acumulada em decorrência de reclamação trabalhista deve considerar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando-se o rendimento mensal do trabalhador, não sendo possível utilizar o montante global pago extemporaneamente como parâmetro para a cobrança do IR, sendo que a Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1089720/RS, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não, bem como são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego), consoante a regra do "accessorium sequitur suum principale".
- A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da parte autora

cujo real objetivo é o rejulgamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.
- Nos estreitos limites dos embargos de declaração somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão ou contradição, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
- Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de julho de 2013.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): - Trata-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fundamento no art. 535, I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão de fls. 282/287 verso, que negou provimento ao agravo interposto de decisão monocrática proferida às fls. 269/271 que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação da União Federal, deu parcial provimento à remessa oficial para fixar a aplicação da taxa SELIC e deu provimento à apelação da parte autora para condenar a ré à devolução do valor recolhido pela autora a título de imposto de renda incidente sobre os juros moratórios recebidos em decorrência da decisão proferida na reclamação trabalhista e fixar a verba honorária, nos autos da ação de repetição de indébito, onde se objetiva a restituição do montante recolhido a título de imposto de renda sobre os valores atrasados recebidos em reclamação trabalhista.

O v. acórdão encontra-se assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VALORES RECEBIDOS DE FORMA ACUMULADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CÁLCULO COM BASE NO MONTANTE GLOBAL. IMPOSSIBILIDADE. DESPEDIDA OU RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. JUROS DE MORA. ISENÇÃO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.
> 1. É firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.
> 2. Não se observa a ocorrência da coisa julgada, pois a sentença trabalhista com trânsito em julgado, somente obriga aqueles que integraram a lide, conforme art. 472, 1ª parte, do CPC, não atingindo a União Federal, que sequer participou daquele feito.
> 3. O cálculo do imposto de renda sobre valores recebidos de forma acumulada em decorrência de reclamação trabalhista deve considerar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando-se o rendimento mensal do trabalhador, não sendo possível utilizar o montante global pago extemporaneamente como parâmetro para a cobrança do IR. Precedentes do C. STJ.

4. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1089720/RS, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não, bem como são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego), consoante a regra do "accessorium sequitur suum principale".
5. Agravo legal desprovido.

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão e contradição no v. acórdão. Aduz que o recebimento das verbas remuneratórias de forma acumulada nos autos da reclamação trabalhista ocorreu no ano de 2010, razão pela qual incide ao presente caso o disposto no artigo 12-A da Lei nº 7.713/88, incluído pela Medida Provisória nº 497/2010, convertida na Lei nº 12.350/2010 (artigo 20), já em vigor na data da propositura da presente ação, de modo que o presente processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do disposto no artigo 267, VI, do CPC. Aduz, ainda, que houve contradição em relação à apreciação da natureza jurídica das verbas recebidas na reclamação trabalhista, baseando-se em jurisprudência do E. STJ que, na verdade, decidiu em sentido exatamente inverso do aqui adotado, conforme se infere do julgamento do RESP nº 1.227.133/RS, com os esclarecimentos constantes do RESP nº 1.089.720/RS. Afirma que as verbas e, consequentemente, os juros de mora, tem natureza remuneratória e devem sofrer a incidência do imposto de renda. Conclui que a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora está prevista no artigo 16 e parágrafo único da Lei nº 4.506/64 e, posteriormente, no artigo 7º do Decreto-lei nº 1.302/73, que teve sua redação alterada pelos Decretos-leis nºs 1.494/76 e 1.584/77, sendo que o pagamento de juros moratórios tipifica o fato imponível descrito no art. 43 do CTN.

Requer o acolhimento dos presentes embargos declaratórios com efeitos modificativos.

É o relatório.

Desembargadora Federal Diva Malerbi - Relatora

VOTO

EMENTA
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VALORES RECEBIDOS DE FORMA ACUMULADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CÁLCULO COM BASE NO MONTANTE GLOBAL. IMPOSSIBILIDADE. DESPEDIDA OU RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. JUROS DE MORA. ISENÇÃO. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.
- Omissão e contradição alguma se verifica na espécie.
- Da simples leitura do acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.
- A r. decisão embargada entendeu que a decisão monocrática que negou seguimento à apelação da União Federal, deu parcial provimento à remessa oficial e deu provimento à apelação da parte autora, resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada ou majoritária no sentido de que não se observa a ocorrência da coisa julgada e que o cálculo do imposto de renda sobre valores recebidos de forma acumulada em decorrência de reclamação trabalhista deve considerar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando-se o rendimento mensal do trabalhador, não sendo possível utilizar o montante global

pago extemporaneamente como parâmetro para a cobrança do IR, sendo que a Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1089720/RS, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não, bem como são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego), consoante a regra do "accessorium sequitur suum principale".
- A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da parte autora cujo real objetivo é o rejulgamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.
- Nos estreitos limites dos embargos de declaração somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão ou contradição, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
- Embargos de declaração rejeitados.

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Omissão e contradição alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura da decisão embargada se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

A r. decisão embargada entendeu que a decisão monocrática que negou seguimento à apelação da União Federal, deu parcial provimento à remessa oficial e deu provimento à apelação da parte autora, resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada ou majoritária no sentido de que não se observa a ocorrência da coisa julgada e que o cálculo do imposto de renda sobre valores recebidos de forma acumulada em decorrência de reclamação trabalhista deve considerar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando-se o rendimento mensal do trabalhador, não sendo possível utilizar o montante global pago extemporaneamente como parâmetro para a cobrança do IR, sendo que a Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1089720/RS, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não, bem como são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego), consoante a regra do "accessorium sequitur suum principale".

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão ou contradição, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CABIMENTO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA DOS ALUDIDOS DEFEITOS. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.
1. Os embargos declaratórios constituem recurso de estritos limites processuais cujo cabimento

requer estejam presentes os pressupostos legais insertos no art. 535 do CPC. Não havendo omissão, obscuridade ou contradição no julgado que se embarga, não há como prosperar a irresignação, porquanto tal recurso é incompatível com a pretensão de se obter efeitos infringentes.
(...)
3. Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl no RESP nº 944961/SP, Rel. Minª. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 13.11.2007, DJ 12.12.2007)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - ART. 535 DO CPC.
1. Os embargos declaratórios não se prestam a reinstaurar a lide ou levar à discussão qualquer erro de julgamento que se possa apontar. Se a parte assim entender, poderá manejar os recursos infringentes que julgar cabíveis, mas não os declaratórios, quando ausentes as hipóteses específicas do art. 535 do CPC.
(...)
Embargos declaratórios rejeitados. Multa de 1% sobre o valor da causa aplicada.
(EDcl no AgRg nos EREsp nº 869231/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. 24.10.2007, DJ 19.11.2007)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL *A QUO*. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE.
1. Os embargos de declaração não se revelam como meio adequado para o reexame de matéria decidida pelo órgão julgador, mormente quando se denota o objetivo de reformar o julgado em vista da não concordância com os fundamentos presentes na decisão recorrida.
2. A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, e estes só tem aceitação para emprestar efeito modificativo à decisão em raríssimas exceções.
Embargos declaratórios rejeitados.
(EDcl no Ag nº 788516/SP, Rel. Min. Carlos Fernandes Mathias, 6ª Turma, j. 14.08.2007, DJ 01.10.2007)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO EMBARGADO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DECIDIDA. INVIABILIDADE. APELO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. EMISSÃO NA ANÁLISE DO PRÓPRIO RECURSO. CABIMENTO.
1. Constituindo-se os embargos de declaração, a teor do art. 535 do CPC, medida recursal de natureza integrativa destinada a desfazer obscuridade, dissipar contradição ou suprir omissão, não podem ser acolhidos quando a parte embargante objetiva, essencialmente, o substancial reexame da matéria decidida.
(...)
3. Embargos declaratórios rejeitados.
(EDcl no AgRg nº 666890/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 23.10.2007, DJ 22.11.2007)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC (PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO NOS AUTOS. APLICAÇÃO

DA SÚMULA 7/STJ).
1. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o *decisum* o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC.
2. Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do decisum embargado, não se prestam, portanto, ao rejulgamento da matéria posta nos autos, pois, visam, unicamente, completar a decisão quando presente omissão de ponto fundamental, contradição entre a fundamentação e a conclusão ou obscuridade nas razões desenvolvidas.
3. Agravo regimental desprovido para manter a decisão que rejeitou os embargos de declaração. (AgRg nos EDcl no Ag nº 884313/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 20.09.2007, DJ 18.10.2007)

Ante o exposto, *rejeito* os presentes embargos de declaração.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0001614-34.2012.4.03.6100
(2012.61.00.001614-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: PAULO HENRIQUE GODOY MARINHEIRO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: ApelReex 1822355
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/06/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. VALORES RECEBIDOS ACUMULADAMENTE. INCIDÊNCIA CONFORME TABELA PROGRESSIVA. JUROS MORATÓRIOS. CONTEXTO DA PERDA DO EMPREGO. ISENÇÃO.

1. O cálculo do Imposto sobre a Renda, na hipótese de pagamento acumulado de verbas recebidas em ação trabalhista atrasadas, devem ter como parâmetro o valor de cada parcela mensal a que faria jus o beneficiário e não o montante integral que lhe foi creditado.

2. Recentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reexaminou a questão da incidência do imposto de renda sobre juros moratórios (REsp 1.089.720, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 28.11.2012). Infere-se do novo entendimento que a regra geral é a incidência. Há apenas duas exceções: i) quanto se tratar de verbas rescisórias decorrentes da perda do emprego (Lei 7.713/88, art. 6º, V), havendo reclamação trabalhista ou não, e independentemente de ser a verba principal isenta ou não tributada; e ii) quando a verba principal (fora do contexto da perda do emprego) for isenta ou não tributada (aqui o acessório segue o principal).

3. As verbas trabalhistas decorreram da perda do emprego, razão pela qual descabe incidência de IR sobre os juros moratórios.

4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de junho de 2013.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela União contra a decisão monocrática que, com supedâneo no art. 557 do CPC, negou seguimento à sua apelação e à remessa oficial, mantendo a sentença que julgara procedente o pedido do Autor.

A ação foi ajuizada objetivando a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de IR, por ocasião do pagamento de valores atrasados e acumulados referentes à execução de sentença reclamatória trabalhista decorrente de demissão sem justa causa, bem como com relação às parcelas dos juros sobre esses valores.

Pretende-se a reforma da decisão monocrática.

Apresentado o feito em mesa, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

> Trata-se de apelação e de remessa oficial, em ação de rito ordinário, ajuizada por Paulo Henrique Godoy Marinheiro em face da União Federal, objetivando a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de IR, por ocasião do pagamento de valores atrasados e acumulados referentes à execução de sentença reclamatória trabalhista decorrente de demissão sem justa causa, bem como com relação às parcelas dos juros sobre esses valores.
> O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC, para afastar a incidência do IR sobre os juros moratórios, bem como que a alíquota do IR incida mês a mês, condenando a União Federal à restituição dos valores pagos indevidamente pelo autor, corrigidos monetariamente com aplicação da Resolução 134/2010 do CJF, aplicando-se a taxa SELIC a partir de janeiro/96, que engloba juros e correção monetária. Condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa. Sentença não submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC.
> Apelou a União Federal, alegando, em síntese, não haver possibilidade de que o cálculo do Imposto de Renda seja feito mês a mês, nas hipóteses de verbas recebidas de forma cumulada por força de decisão judicial, nos termos do art. 43, do CTN e do art. 46, da Lei nº 8.541/92, bem como que os juros de mora também simbolizam acréscimo patrimonial, razão pela qual deve incidir IR. Por fim, insurge-se contra os critérios para apuração dos valores restituíveis.
> Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.
> Passo a decidir com fulcro no art. 557 e parágrafos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 9.756/98.
> Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para *simplificação e agilização do julgamento dos recursos*, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.
> É certo que o Imposto de Renda, previsto no art. 153, inciso III, da Constituição da República, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I) de renda, assim

entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior, conforme descrição do Código Tributário Nacional (art. 43, incisos I e II).
Os créditos decorrentes de verbas recebidas em ação trabalhista ensejam a tributação por meio do Imposto de Renda, sujeitando-se à retenção na fonte pelo INSS, com base nos parâmetros da Tabela Progressiva prevista na legislação que disciplina o tributo.
Na espécie *sub judice*, trata-se de pagamento de verbas trabalhistas acumuladas que, realizado de uma só vez, ensejou a incidência do imposto de renda à alíquota máxima prevista na Tabela Progressiva do tributo.
É certo que, se recebida a verba devida, mês a mês, os valores não sofreriam a incidência da alíquota máxima do tributo, mas sim da alíquota menor, ou mesmo, estariam situados na faixa de isenção, conforme previsto na legislação do Imposto de Renda.
Dessa forma, o cálculo do Imposto sobre a Renda, na hipótese de pagamento acumulado de verbas recebidas em ação trabalhista atrasadas, devem ter como parâmetro o valor de cada parcela mensal a que faria jus o beneficiário e não o montante integral que lhe foi creditado.
De outra parte, a União Federal invoca, em seu favor, a aplicação da Lei nº 7.713/88, que assim dispõe em seu art. 12:
"Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização."
A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça alinhou-se no sentido de que o disposto no art. 12, da Lei nº 7.713/88, refere-se tão somente ao momento da incidência do tributo em questão, não fixando a forma de cálculo, que deverá considerar o valor mensal dos rendimentos auferidos, conforme excerto do r. voto proferido pelo Min. Castro Meira, no REsp nº 783.724/RS:
"O artigo 12 da Lei 7.713/88 dispõe que o imposto de renda é devido na competência em que ocorre o acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN), ou seja, quando o respectivo valor se tornar disponível para o contribuinte. Prevê o citado dispositivo:
'Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização.'
O dispositivo citado não fixa a forma de cálculo, mas apenas o elemento temporal da incidência. Assim, no caso de rendimentos pagos acumuladamente em cumprimento de decisão judicial, a incidência do imposto ocorre no mês de recebimento, como dispõe o art. 12 da Lei 7.713/88, mas o cálculo do imposto deverá considerar os meses a que se referirem os rendimentos."
(STJ, 2ª Turma, REsp 783.724/RS, j. 15/08/2006, DJ 25/08/2006, p. 328)
Não é razoável, portanto, que o autor, além de aguardar longos anos pela concessão do pedido, ainda venha a ser prejudicado, com a aplicação da alíquota mais gravosa do tributo quando do pagamento acumulado dos respectivos valores, em clara ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária.
Como bem asseverado por Paulo Caliendo, citado por Leandro Paulsen, *in Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 828:
"Não seria tolerável que o contribuinte de modestas condições econômicas, prejudicado pelo Poder Público (INSS), houvesse de suportar uma carga impositiva como se abastado fosse. (...) O mínimo vital ... é insuscetível de tributação. Assim, no caso de os valores mensais devidos aos contribuintes serem ínfimos, de forma que, quando adquirida mensalmente a disponibilidade jurídica, o total que deveria ter sido pago situar-se-ia abaixo do limite de isenção do imposto de renda. Desse modo, a retenção efetiva seria inconstitucional na medida em que

fere os princípios da isonomia, capacidade contributiva e da vedação de confisco, garantias do Estado Democrático de Direito."
(Imposto sobre a Renda incidente nos Pagamentos Acumulados e em Atraso de Débitos Previdenciários. Interesse Público 24/101, abr/2004)
É esse o entendimento sufragado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:
"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PAGOS DE MODO ACUMULADO. CASO RECEBIDOS MENSALMENTE ESTARIAM DENTRO DA FAIXA DE ISENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. PRECEDENTES.
1. Trata-se de ação ordinária de repetição de indébito, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por ÁLVARO KIRSCH em face da União Federal e o INSS, objetivando a devolução dos valores retidos a título de imposto de renda com a incidência das cominações legais. O autor, em 27/11/1997, requereu a concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Em 29/11/2001, reconhecendo o direito ao benefício, o INSS efetuou o pagamento dos proventos em atraso de forma acumulada com retenção de imposto de renda. O questionamento autoral foi no sentido de que, caso as parcelas fossem pagas na época própria, ou seja, mês a mês, não teria sofrido a referida tributação, razão pela qual pleiteou a devolução dos valores recolhidos de forma indevida. A medida antecipatória foi indeferida. Sobreveio a sentença, julgando procedente o pedido, condenando a União Federal a restituir ao autor o imposto de renda retido na fonte pelo INSS asseverando que: 'No presente caso, a retenção do imposto de renda pelo INSS ofende o princípio constitucional da isonomia, eis que outros segurados que se encontravam em situação idêntica, porém, que perceberam os proventos de seu benefício mês a mês e não de forma acumulada, não se sujeitaram à incidência da questionada tributação. Com efeito, não se pode imputar ao segurado a responsabilidade pelo atraso no pagamento de proventos, sob pena de se beneficiar o Fisco com o retardamento injustificado do INSS no cumprimento de suas obrigações perante os aposentados e pensionistas'. (fls. 37/38). Apelaram o INSS e a União Federal. O egrégio Tribunal Regional Federal manteve inalterada a decisão singular. Nesta via recursal, a União Federal alega negativa de vigência do art. 12 da Lei nº 7.713/88. Em suas razões, aduz que os rendimentos recebidos de forma acumulada é gênero para qualquer tipo de renda obtida estando, portanto, sujeita à tributação. Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 82.
2. Não se pode impor prejuízo pecuniário à parte em razão do procedimento administrativo utilizado para o atendimento do pedido à seguridade social que, ao final, mostrou-se legítimo, tanto que deferido, devendo ser garantido ao contribuinte à isenção de imposto de renda, uma vez que se recebido mensalmente, o benefício estaria isento de tributação.
3. Ainda que em confronto com o disposto no art. 3º, § único, da Lei 9.250/95, o emprego dessa exegese confere tratamento justo ao caso em comento, porquanto se concedida a tributação tal como pleiteada pela Fazenda estaria-se duplamente penalizando o segurado que não recebeu os parcos benefícios na época oportuna.
4. Precedentes: REsp 723196/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 30/05/2005; REsp 505081/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 31/05/2004 e REsp 667238/RJ, desta Relatoria, DJ de 28/02/2005.
5. Recurso especial não-provido."
(STJ, REsp 758.779/SC, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 20/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 164)
"TRIBUTÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS ACUMULADAMENTE. VALOR MENSAL DO BENEFÍCIO ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO.
1. O pagamento decorrente de ato ilegal da Administração não constitui fato gerador de tributo.
2. O imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pelo INSS, quando o reajuste do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do referido imposto.

3. A hipótese *in foco* versa o cabimento da incidência do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria recebidos incorretamente, por isso que, à luz da tipicidade estrita, inerente ao direito tributário, impõe-se a manutenção do acórdão recorrido.
4. O Direito Tributário admite na aplicação da lei tributária o instituto da eqüidade, que é a justiça no caso concreto. Ora, se os proventos, mesmos revistos, não seriam tributáveis no mês em que implementados, também não devem sê-lo quando acumulados pelo pagamento a menor pela entidade pública. Ocorrendo o equívoco da Administração, o resultado judicial da ação não pode servir de base à incidência, sob pena de sancionar-se o contribuinte por ato do Fisco, violando os princípios da Legalidade e da Isonomia, mercê de chancelar o enriquecimento sem causa da Administração.
5. O aposentado não pode ser apenado pela desídia da autarquia, que negligenciou-se em aplicar os índices legais de reajuste do benefício. Nessas hipóteses, a revisão judicial tem natureza de indenização, pelo que o aposentado deixou de receber mês a mês.
6. Recurso especial desprovido."
(STJ, REsp 617.081/PR, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 20/04/2006, DJ 29/05/2006, p. 159)
"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO ACUMULADO EFETUADO COM ATRASO PELO INSS. VALOR MENSAL ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO MONTANTE RECEBIDO. NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA.
Merece prevalecer o entendimento esposado pela Primeira Turma de que 'o imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pela Administração, quando a diferença do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do imposto de renda' (REsp 505081/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.05.2004).
Recurso especial improvido."
(STJ, REsp 723.196/RS, Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, j. 15/03/2005, DJ 30/05/2005, p. 346)
Ademais, é de se ressaltar que o mero reconhecimento da Repercussão Geral pelo E. Supremo Tribunal Federal, quanto à matéria tratada nos autos do RE nº 614.406/RS, não obsta o julgamento nas instâncias ordinárias, haja vista que não houve determinação específica de sobrestamento.
Observo que, no caso, a condenação da ré à devolução do imposto retido a maior, não afasta a aferição dos valores a serem levantados em cotejo ao conteúdo das declarações de ajuste anual dos contribuintes, a fim de que sejam compensadas eventuais diferenças pagas no âmbito administrativo.
É certo que o imposto de renda, previsto no art. 153, inciso III, da Constituição da República, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I) de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior, conforme descrição do Código Tributário Nacional (art. 43, incisos I e II).
Portanto, referido tributo só pode recair sobre riqueza nova, oriunda do capital, do trabalho ou mesmo do entrosamento de ambos. Pressupõe sempre um acréscimo patrimonial sobre o qual incide o tributo.
De outra parte, recentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reexaminou a questão da incidência do imposto de renda sobre juros moratórios, em acórdão assim ementado:
"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA Nº 284/STF. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. REGRA GERAL DE INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA. PRESERVAÇÃO DA TESE JULGADA NO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA RESP. Nº 1.227.133 - RS NO SENTIDO DA ISENÇÃO DO IR SOBRE OS JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE PERDA DO

EMPREGO. ADOÇÃO DE FORMA CUMULATIVA DA TESE DO *ACCESSORIUM SEQUITUR SUUM PRINCIPALE* PARA ISENTAR DO IR OS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE VERBA ISENTA OU FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IR.

1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula nº 284/STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia'.

2. Regra geral: incide o IRPF sobre os juros de mora, a teor do art. 16, caput e parágrafo único, da Lei nº 4.506/64, inclusive quando reconhecidos em reclamatórias trabalhistas, apesar de sua natureza indenizatória reconhecida pelo mesmo dispositivo legal (matéria ainda não pacificada em recurso representativo da controvérsia).

3. Primeira exceção: são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não. Isto é, quando o trabalhador perde o emprego, os juros de mora incidentes sobre as verbas remuneratórias ou indenizatórias que lhe são pagas são isentos de imposto de renda. A isenção é circunstancial para proteger o trabalhador em uma situação sócio-econômica desfavorável (perda do emprego), daí a incidência do art. 6º, V, da Lei nº 7.713/88. Nesse sentido, quando reconhecidos em reclamatória trabalhista , não basta haver a ação trabalhista , é preciso que a reclamatória se refira também às verba s decorrentes da perda do emprego, sejam indenizatórias, sejam remuneratórias (matéria já pacificada no recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.227.133 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. César Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011).

3.1. Nem todas as reclamatórias trabalhista s discutem verba s de despedida ou rescisão de contrato de trabalho, ali podem ser discutidas outras verba s ou haver o contexto de continuidade do vínculo empregatício. A discussão exclusiva de verbas dissociadas do fim do vínculo empregatício exclui a incidência do art. 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88.

3.2. O fator determinante para ocorrer a isenção do art. 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88 é haver a perda do emprego e a fixação das verbas respectivas, em juízo ou fora dele. Ocorrendo isso, a isenção abarca tanto os juros incidentes sobre as verbas indenizatórias e remuneratórias quanto os juros incidentes sobre as verbas não isentas.

4. Segunda exceção: são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego), consoante a regra do 'accessorium sequitur suum principale'.

5. Em que pese haver nos autos verbas reconhecidas em reclamatória trabalhista, não restou demonstrado que o foram no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância de perda do emprego). Sendo assim, é inaplicável a isenção apontada no item '3', subsistindo a isenção decorrente do item '4' exclusivamente quanto às verba s do FGTS e respectiva correção monetária FADT que, consoante o art. 28 e parágrafo único, da Lei nº 8.036/90, são isentas.

6. Quadro para o caso concreto onde não houve rescisão do contrato de trabalho:

l Principal: Horas-extras (verba remuneratória não isenta) = Incide imposto de renda;

l Acessório: juros de mora sobre horas-extras (lucros cessantes não isentos) = Incide imposto de renda;

l Principal: Décimo-terceiro salário (verba remuneratória não isenta) = Incide imposto de renda;

l Acessório: juros de mora sobre décimo-terceiro salário (lucros cessantes não isentos) = Incide imposto de renda;

l Principal: FGTS (verba remuneratória isenta) = Isento do imposto de renda (art. 28, pará-

grafo único, da Lei nº 8.036/90);
l Acessório: juros de mora sobre o FGTS (lucros cessantes) = Isento do imposto de renda (acessório segue o principal).
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido."
(REsp 1.089.720, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 28.11.2012)
Infere-se do novo entendimento que a regra geral é a incidência. Há apenas duas exceções: i) quanto se tratar de verbas rescisórias decorrentes da perda do emprego (Lei 7.713/88, art. 6º, V), havendo reclamação trabalhista ou não, e independentemente de ser a verba principal isenta ou não tributada; e ii) quando a verba principal (fora do contexto da perda do emprego) for isenta ou não tributada (aqui o acessório segue o principal).
No caso vertente, observo que as verbas trabalhistas decorreram da perda do emprego, razão pela qual descabe incidência de IR sobre os juros moratórios.
Em face de todo o exposto, com supedâneo no art. 557, *caput*, do CPC c/c S. 253/STJ, nego seguimento às apelações e à remessa oficial.
Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.
Intimem-se.

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo legal.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0028268-25.2012.4.03.0000
(2012.03.00.028268-6)

Agravantes: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AI 487231
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2013

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVOS INOMINADOS. ARTIGO 557, CPC. LEI 11.941/2009. DÉBITOS INSCRITOS EM DAU. PRINCIPAL, MULTA, ENCARGOS E JUROS DE MORA. PAGAMENTO À VISTA COM ANISTIA PARCIAL DOS ACESSÓRIOS. DEPÓSITOS JUDICIAIS. CONVERSÃO EM RENDA DO PRINCIPAL DEPOSITADO. LEVANTAMENTO DE PARCELA RELATIVA À REDUÇÃO DA MULTA/ENCARGOS (100%) E JUROS DE MORA (45%). INEXISTÊNCIA DE LIDE. SALDO DE JUROS DE MORA DEVIDO (55%) COBERTO PELO DEPÓSITO. LIQUIDAÇÃO POR APROVEITAMENTO DE PREJUÍZO FISCAL OU BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. PORTARIA CONJUNTA 6/2009. PREVISÃO E POSSIBILIDADE *IN ABSTRACTO*. PRETENSÃO DE LEVANTAR RESPECTIVO VALOR. REQUISITOS PARA ADESÃO AO BENEFÍCIO FISCAL. OPÇÃO NO SITE NA INTERNET DA RFB/PGFN. INFORMAÇÕES SOBRE OS DÉBITOS E CRÉDITOS PARA CONSOLIDAÇÃO. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREENCHIMENTO DE TAIS REQUISITOS. BOA-FÉ. RAZOABILIDADE. PROPORCIONALIDADE. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO. RECURSO FAZENDÁRIO PROVIDO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, como expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. Comprovado que o depósito judicial incluiu principal, multa e juros de mora, cabe ao contribuinte, diante da homologação da desistência e renúncia ao direito em que fundada a ação, levantar a parcela relativa a 100% da multa e dos encargos, e a 45% dos juros de mora, devendo suportar a conversão em renda de 100% do principal depositado e atualizado, não havendo divergência entre as partes quanto a tais valores, mas tão somente quanto a utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa para quitação do remanescente de 55% dos juros de mora cobertos por depósito judicial, para possibilitar o respectivo levantamento.

3. Relevante destacar a existência de questão anterior, de que (a) o contribuinte deixou de indicar no sítio eletrônico da RFB na internet a opção de "pagamento a vista com a utilização de créditos decorrentes de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa de CSLL", conforme determina a Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009 (artigo 32, § 6º,

I); e que (b) não efetuou opção para inclusão (consolidação) de débitos da PGFN, tais quais os discutidos na ação, mas apenas os da RFB, sendo sequer efetuada retificação da opção, conforme permitida pela Portaria Conjunta PGFN/RFB 2/2011.

4. Embora possível a liquidação, por aproveitamento de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa, do saldo de juros de mora devidos, equivalente a 55% do total depositado, o artigo 32, § 6º, I da Portaria Conjunta PGFN/RFB 06/2009 prevê requisito para usufruir tal benefício fiscal, exigindo que "a pessoa jurídica que pretender obter as reduções relativas à hipótese de pagamento à vista e liquidar os juros com a utilização dos montantes de prejuízo fiscal ou de base de cálculo negativa da CSLL [...] deverá, cumulativamente [...] indicar a opção 'Pagamento à vista com a utilização de créditos decorrentes de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa de CSLL', nos sítios da PGFN ou da RFB na Internet"

5. O inciso II do § 6º de tal dispositivo ("pagar à vista os eventuais débitos remanescentes, não liquidados pelo depósito, aplicando-se as reduções sobre os valores atualizados na data do pagamento") não demonstra que a indicação no sítio eletrônico limita-se apenas à hipótese em que os depósitos sejam insuficientes para quitar integralmente o débito, pois o comando indica que os débitos remanescentes seriam apenas "eventuais", passíveis de existirem, não exigindo a necessidade de sua existência, como requisito para possibilitar a inclusão eletrônica.

6. Embora o contribuinte alegue haver orientação da autoridade tributária para que tal opção, assim como informações sobre os montantes dos créditos a serem utilizados, fosse apresentada nos próprios autos da ação onde efetuados os depósitos, dispensando a indicação no sitio eletrônico na internet, não há qualquer prova nesse sentido.

7. Ao contrário, a instrução oficial, contida no artigo 12 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009, dispõe, de forma expressa, que "os requerimentos de adesão aos parcelamentos de que trata esta Portaria ou ao pagamento à vista com utilização de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL, na forma do art. 28, deverão ser protocolados exclusivamente nos sítios da PGFN ou da RFB na Internet, conforme o caso".

8. Idêntica exigência para utilização dos sítios eletrônicos na internet existe para o momento da consolidação, em que necessário que o contribuinte indique o montante de créditos a serem compensados, conforme artigo 27, § 4º da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009.

9. Consta dos autos cópia de emissão eletrônica obtida pela internet, de "Recibo da Modalidade Indicada para Pagamento à Vista com Utilização de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL para Liquidação de Multas e Juros - Lei nº 11.941, de maio de 2009", transmitida em 23/11/2009; "Recibo de Consolidação de Modalidade de Pagamento à Vista com Utilização de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL para Liquidar Multa e Juros - Demais Débitos no Âmbito da RFB", transmitida em 15/04/2011, assim como "acompanhamento de pedidos", que demonstram, a um só tempo, a possibilidade do contribuinte aderir ao benefício fiscal almejado através do sitio eletrônico na internet, e, ainda, que não há comprovação nos autos que houve opção pela adesão em relação aos débitos inscritos em dívida ativa, administrados pela PGFN, tal como os que foram discutidos na ação anulatória, mas apenas para débitos no âmbito da RFB.

10. Não houve, portanto, cumprimento de exigências da legislação tributária para fruição do favor fiscal, o que inviabiliza o reconhecimento do alegado direito do contribuinte à utilização dos créditos para compensação do saldo remanescente dos juros

de mora, e conseqüente levantamento do respectivo valor nos depósitos.
11. Não se trata de erro formal, corrigível a qualquer tempo, nem existe prova nos autos de falha do sistema no sentido de impedir a retificação da opção pela modalidade no prazo previsto na legislação.
12. A disciplina das regras do favor fiscal, como a anistia parcial, é atribuição exclusiva do legislador, não do Poder Judiciário (artigo 182 do CTN), sendo que a lei não prevê nem garante que a modalidade pode ser retificada a qualquer tempo ou que caiba a inclusão na modalidade que não se ajuste àquela de acordo especificamente escolhida.
13. Não se trata de discutir boa ou má-fé, pois a boa-fé não dispensa o cumprimento de prazos, formalidades e procedimentos legais, que se fossem dispensados para uns, e exigidos de outros, evidenciaria prática em detrimento não apenas da legalidade, como da isonomia. Não cabe admitir que regras possam ser violadas ou descumpridas; e que se admita escusa genérica para justificar descumprimento ou gerar direito não exercido a tempo e modo, conforme o devido processo legal.
14. O parcelamento de débitos, assim como o pagamento à vista de débitos com reduções (anistia parcial), por constituírem benefícios fiscais, não configuram direito do contribuinte, que possa ser invocado independentemente de lei ou sem a observância dos requisitos previstos em legislação específica.
15. O contribuinte não pode auferir o favor fiscal sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. Não se trata de dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.
16. A Portaria Conjunta PGFN/RFB 2, de 03/02/2011, fixou prazos determinados de prestação de informações necessárias à consolidação dos débitos, sendo que, na espécie, em relação àqueles inscritos em dívida ativa, não consta que tenham sido efetuadas, conforme determinam os artigos 1º, II, 9º, I e III.
17. A penalidade à falta de apresentação de informações no prazo é o cancelamento do pedido de parcelamento, conforme prevista no artigo 15, § 3º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009, sendo que a fase de consolidação da Lei 11.941/2009, a ser cumprida a tempo e modo, é etapa obrigatória do acordo, da qual não pode o Poder Judiciário liberar o contribuinte, tampouco relevar o descumprimento das condições legal ou normativamente estatuídas, que a todos se aplicam, e que não podem deixar de gerar efeitos jurídicos.
18. As informações omitidas não dizem respeito apenas à indicação dos débitos, mas destacam, em especial, a exigência de apontamento dos "montantes de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSLL a serem utilizados em cada modalidade de que trata o inciso II do § 4º do art. 27 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009" (artigo 9º, III), pois o acordo fiscal pode envolver não apenas pagamento pela conversão de depósitos judiciais, mas, outrossim, compensação de débitos fiscais com prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSL, o que evidencia a pertinência, essencialidade - e não apenas a utilidade - da informação, não do débito a ser compensado, mas do valor a favor do contribuinte, sob a forma legalmente especificada, a ser usado na extinção do crédito tributário. Verificar a existência e suficiência de pre-

juízos fiscais ou bases de cálculo negativas da CSL depende de informações prestadas pelo contribuinte, configurando aspecto essencial para a consolidação do acordo, pois somente depois de excluídos débitos fiscais por tal forma de regularização, é possível apurar e calcular o montante a ser eventualmente levantado pelo contribuinte.

19. Não se trata, portanto, de mera formalidade, omissão sem efeito ou relevância jurídica, mas efetivo descumprimento de regra essencial para executar concretamente o acordo, retirando-lhe a eficácia e, assim, legitimando que o contribuinte seja excluído do acordo celebrado, por infração a que deu causa por violação de regra da qual tinha ciência, e cujo descumprimento não restou, de modo algum, justificado por razão jurídica que pudesse revelar-se proporcional ou razoável.

20. Ao contrário, o que defendeu a impetrante em Juízo foi, na verdade, que regras de favor fiscal não precisam ser cumpridas, e sequer necessário que se declare ou prove qualquer impedimento, pois sempre será desproporcional ou desarrazoada a exclusão, abrindo caminho, pois, para quebra do caráter recíproco e bilateral do acordo, se admitido que uma parte goze de imunidade a sanções ou penalidades aplicáveis a infrações ou descumprimentos, em que incidir.

21. As ações anulatórias/medidas cautelares referiram-se às CDAs 80.6.06.009709-46, 80.6.06.089099-10 e 80.6.06.088621-82, e os depósitos guardam com elas identificação, sendo que, ao se verificar os extratos respectivos, consta que a autoridade tributária promoveu o cancelamento de suposta opção dessas inscrições pelo pagamento à vista da Lei 11.941/09, na data de 16/12/2009.

22. Tal data refere-se a momento logo após o encerramento do prazo para requerimento de adesão ao pagamento à vista com utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL (30/11/2009), e muito anterior ao encerramento do prazo de prestação de informações para consolidação (15/04/2011), demonstrando que existiria, eventualmente, outro fato, não contido e não demonstrado nas alegações do contribuinte, que teria ensejado a impossibilidade de utilização dos créditos, demonstrando, mais uma vez, que, além de não terem sido preenchidos os requisitos para fruição do favor fiscal, não houve demonstração suficiente da plausibilidade jurídica das alegações do contribuinte.

23. Portanto, e em suma, a parcela dos depósitos relativos aos 55% remanescentes dos juros de mora devem ser convertidos em renda a favor da União, tendo em vista a inexistência de comprovação de cumprimento dos requisitos legalmente previstos para fruição do benefício fiscal de utilização da base de cálculo negativa de CSL/prejuízo fiscal.

24. Agravo inominado do contribuinte desprovido; agravo inominado fazendário provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de julho de 2013.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de duplo agravo inominado em parcial provimento a agravo de instrumento à decisão que, em ação cautelar, determinou a conversão em favor da UNIÃO da integralidade dos depósitos realizados nos autos.

Alegou o contribuinte a desnecessidade de ação própria para discutir a utilização da base de cálculo negativa de CSLL para quitação do saldo de juros de mora, pois (1) nunca se discutiu a existência ou não de base de cálculo negativa da CSL suficiente para quitação dos juros; (2) já apresentou todas as informações necessárias à consolidação do REFIS IV, conforme Portarias 06/2009 e 02/2011, bem como a Lei 11.941/09, demonstrando a suficiência dos prejuízos acumulados para a referida quitação; (3) a questão deve ser dirimida neste feito, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processual e do Juiz natural; (4) não havia a necessidade de indicar no *site* da RFB a intenção de utilizar a base de cálculo negativa, pois o artigo 32 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 06/2009 prevê sua necessidade apenas para quem cumulativamente possuísse saldo não liquidado pelo depósito, com necessidade de pagar tal diferença através de DARF; e (5) demonstrada, ainda, a boa-fé do contribuinte e a necessidade de sua prevalência sobre o rigor excessivo da administração tributária, com a utilização da razoabilidade/proporcionalidade.

Por sua vez, alegou a PFN que não é aplicável o artigo 557, CPC; somente nos casos de pagamento à vista ou parcelamento do artigo 1º da Lei 11.941/2009, que remete aos incisos I a V do § 3º, é que cabe o benefício de quitação dos juros mediante prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas, cuja aplicação vincula o § 7º ao respectivo artigo 1º, além do que a conversão em renda de deposito judicial é tratada no artigo 10, como hipótese distinta à qual não se aplica o tal benefício pleiteado pelo contribuinte, mesmo porque o texto usa a expressão "automaticamente" que se contrapõe à ulterior consolidação necessário no caso de compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas; que benefício fiscal deve ser interpretada literalmente, conforme artigo 111, I, CTN; que o uso de prejuízos fiscais para gozo da anistia, em detrimento da conversão em renda de depósito judicial, viola os artigos 96 e 100, CTN, vez que contraria a exegese dada pelo próprio Fisco em atos normativos editados para tratar da matéria em questão; e que as isenções devem observar os artigos 176, 179 a 182, CTN, com interpretação sempre literal.

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, a questão tratada no agravo de instrumento refere-se à possibilidade do contribuinte levantar parte de depósito judicial realizado em ação cautelar acessória à ação anulatória.

A MC 2006.61.00.017717-1 foi requerida para o depósito judicial dos débitos inscritos em dívida ativa *80.6.06.009709-46*, *80.6.06.088621-82* e *80.6.06.089099-10*, e, assim, permitir a expedição de CPDEN durante a pendência das ações anulatórias para discussão dos débitos. A liminar foi deferida, e *os depósitos dos três débitos foram realizados com acréscimo de juros e multa de mora, e encargos legais* (f. 120/2). Posteriormente foram ajuizadas as ações anulatórias

2006.61.00.020293-1 (para a discussão da CDA 80.6.06.088621-82) e *2006.61.00.020294-3* (para a discussão das CDAs 80.6.06.089099-10 e 80.6.06.009709-46).

A MC foi julgada extinta sem resolução do mérito, com interposição de apelação pela requerente que, posteriormente, apresentou pedido de desistência das ações para adesão aos benefícios da Lei 11.941/09, conforme Portaria Conjunta PGFN/RFB06/2009, sendo homologada pela relatoria.

Com o retorno dos autos ao Juízo *a quo*, a requerente apresentou cálculo dos valores dos depósitos a serem convertidos em favor da UNIÃO. Constou da planilha a aplicação da redução de 100% da multa e dos encargos legais, e de 45% os juros, e, ainda, que o saldo remanescente dos juros (55% restantes) seria quitado integralmente através de compensação com prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, nos termos do artigo 1º, §§7º e 8º da Lei 11.941/09. Assim, requereu-se a conversão em renda da UNIÃO apenas dos valores principais atualizados dos débitos (f. 216/9).

A requerida solicitou prazo para manifestação, sob os seguintes fundamentos (f. 232/3):

> De fato, o art. 10 da Lei 11.941/2009 estabelece que os depósitos existentes vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados nos termos da Lei serão automaticamente convertidos em renda da União, após aplicação das reduções para pagamento a vista.
> Considerando que o Setor de Cálculos desta procuradoria apenas realizou a conferência das quantias devidas para pagamento à vista, nos termos da Lei 11.941/2009, referente aos débitos inscritos indicados, sendo imprescindível a análise da DERAT acerca da utilização do prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL para quitar o restante dos juros, conforme disposto no art. 1º, §§ 7º e 8º da citada lei, vem requerer a União a suspensão do feito por quarenta dias, a fim de que seja possível obter resposta ao Ofício encaminhado à Secretaria da Receita Federal, que consulta o órgão lançador acerca da correção dos valores apontados pelo autor às f. [...]

A requerente manifestou-se pela conversão em favor da UNIÃO dos valores incontroversos, quais sejam, aqueles apresentados pela autora (relativo aos valores principais), já que a requerida apresentou planilha com valores maiores, em decorrência da desconsideração da quitação da parcela remanescente dos juros de mora através da utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL (f. 261/2), a fim de obter a quitação dos débitos incluídos.

A UNIÃO discordou alegando necessidade de efetuar cálculos imprescindíveis para verificar a utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, e que o requerimento do contribuinte antecipa a segunda fase da adesão aos benefícios da Lei 11.941/09, ofendendo o princípio da isonomia, sendo que a obtenção de CPDEN já seria possível, independentemente da conversão.

Foi juntado aos autos o ofício da DERAT, em resposta à solicitação da UNIÃO (f. 269/71):

> Em sua manifestação de fls. [...] a autora requereu expressamente desistência da ação em cumprimento ao artigo 13 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/2009 com redação dada pelo artigo 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 13/2009, e devidamente homologada. Em conseqüência, *solicita levantamento integral do valor depositado a título de juros de mora e multa, sendo que, 100% da multa e 45% dos juros de mora foram reduzidos conforme Portaria Conjunta nº 6 de 22/07/2009, artigo 2º, inciso I e os 55% dos juros restantes com utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL próprios.*
> Informamos a impossibilidade de apresentar a manifestação solicitada, uma vez que em relação à redução dos 55% dos juros moratórios com utilização dos créditos decorrentes de

> prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, não ser possível a elaboração dos cálculos necessários, tendo em vista a indisponibilidade de verificação do deferimento do requerimento de adesão, conforme estabelece o artigo 1º da Portaria Conjunta nº 13 de 19/11/2009, bem como a confirmação dos valores informados para liquidação dos débitos, conforme artigo 11 e parágrafos da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 9 de 30/10/2009.

Com o objetivo de prestar as informações necessárias para consolidar os débitos no programa da Lei 11.941/09, a requerente apresentou petição indicando o montante de base de cálculo negativa de CSLL a ser utilizado para quitar o saldo remanescente dos juros de mora (55% do inicialmente devido), justificando sua apresentação nos autos (e não através do *site* da RFB, conforme legislação), nos seguintes termos: "[...] No entanto, como no presente caso o pagamento será realizado por meio da conversão em renda de parte dos depósitos judiciais, o sistema da RFB não disponibilizou as CDAs acima mencionadas para a referida consolidação, motivo pelo qual a Autora está impossibilitada de prestar suas informações referentes aos montantes do prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL" (f. 273/5).

A UNIÃO apresentou nova manifestação, indicando a impossibilidade de utilização dos depósitos judiciais para quitação apenas do valor principal dos débitos, e utilização da base de cálculo negativa da CSLL para pagamento do remanescente dos juros, nos termos do artigo 27, 28, § 1º e artigo 10 da Lei 11.941/09, requerendo, assim, "seja aguardada a manifestação acerca da conversão em renda e/ou transformação em pagamento definitivo dos depósitos judiciais realizados nesses autos, nos moldes a serem apurados pela Receita Federal do Brasil, vez que se cuida do órgão competente para o cálculo dos referidos valores, tendo sido encaminhado Ofício [...] antes de deferir o levantamento pretendido pela autora" (f. 283/5).

A requerente manifestou-se, assim, apontando (1) contradição na manifestação pelo indeferimento de utilização da base de cálculo negativa, pois as declarações anteriores da União foram todas no sentido de sua possibilidade, apenas condicionando à validação pela RFB; e (2) o artigo 1º, § 7º da Lei 11.941/2009, e o artigo 32, *caput*, § 2º e § 6º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009, que regulamentam a conversão em renda de depósitos, prevêem utilização da base de cálculo negativa para quitação.

Assim, o Juízo *a quo* proferiu decisão pela utilização da base de cálculo negativa, nos seguintes termos (f. 293):

> Trata-se de pedido apresentado pela empresa-autora às fls. 491/495, na qual requer o cancelamento das CDAs através da quitação total dos seus débitos. Para tanto, resguardada pela Lei nº 11.941/09, requereu a conversão em renda do pagamento do principal, já efetivada às fls. 487. No que se refere a quitação do restante dos juros requer a utilização do prejuízo fiscal e base de cálculo negativa do CSSL, embasada no art.7º da Lei nº 11.941/09 no que discorda a parte ré, PFN, conforme peticionado às fls. 482/484 sob a alegação de vedação pelo art. 10 da mesma lei.
> Diante do exposto, verifico inexistir qualquer impedimento que impossibilite a empresa-autora de utilizar o prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da contribuição social sobre o lucro líquido (CSSL) para abater os valores correspondentes aos juros moratórios, inclusive os relativos a débitos inscritos em dívida ativa.
> Assim sendo, dê-se vista à parte ré, União Federal (PFN), pelo prazo de 10 (dez) dias, a fim de que se manifeste sobre o montante de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSSL.

Contra tal decisão, a UNIÃO opôs embargos de declaração (f. 297/303):

[...]
Ocorre que este Juízo, inadvertidamente, deixou de enfrentar o cerne da questão aqui deduzida, qual seja, a de que qualquer matéria atinente à legalidade ou não dos termos da Lei 11.941/2009, e das Portarias que a regulamentaram somente podem ser discutidas em ação própria, a ser proposta pela embargada, já que nestes autos judiciais e nas ações ordinárias apensas, a matéria posta em juízo, que se referiam à anulação das CDA's deixou de ser enfrentada em razão de pedido de renúncia já homologado.
O que está sendo dito é que o que fora pleiteado nestas demandas foi a renúncia ao direito que se funda a ação, para adesão ao parcelamento tal qual como disposto nas suas normas regulamentares, de modo que *os depósitos judiciais devem ser convertidos em renda, com a aplicação das reduções previstas, nos moldes determinados pela Administração.*
Eventual irresignação da embargada no tocante aos procedimentos adotados deve ser discutido em sede própria, sob pena de serem afrontados os Princípios Processuais.
[...]
Finalmente, caso não seja esse o entendimento deste Juízo, cabe ainda tecer algumas considerações acerca da impossibilidade da adoção ao mecanismo pretendido pela embargada, sufragado pela r. decisão recorrida, por motivos diversos daqueles postos na petição de fls. [...]
[...]
Observe que o § 6º do art. 32 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 06/2009 estabeleceu quais os requisitos para que os contribuintes, como é o caso da embargada, se valesse dos depósitos para pagamento a vista, e utilização do depósito judicial para pagamento dos juros moratórios e multas.
O primeiro dever do embargado então está expressamente consignado no inciso I, do § 6º do art. 32, e se resume a indicar a opção "pagamento a vista com a utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL", nos sítios da PGFN ou da RFB na Internet.
Ao consultarmos as telas disponíveis, podemos verificar que o embargado NÃO fez essa opção para os DÉBITOS DA PGFN, mas tão somente para os da Receita Federal (doc. 1), razão pela qual realmente não existia essa opção no sítio da Internet no momento próprio para que fossem informados os débitos para a consolidação. Essa é inclusive a informação que retiramos do Processo administrativo nº 13808.001576/00-51, de documento juntado pelo próprio interessado.
Diante disso, como *não há notícia de qualquer retificação, conforme permitido pela Portaria Conjunta nº 02/2011*, não merece prosperar a opção do embargado para pagamento a vista com utilização de prejuízo fiscal, mas apenas a utilização do depósito judicial para pagamento a vista, já que com relação a esta modalidade foi cumprido o requisito, que era apenas de atravessar a petição de renúncia com a informação de que os depósitos judiciais seriam utilizados para pagamento.
Há que fazer também ressalva no tocante à impossibilidade da embargada se valer de pedido no juízo competente como meio substitutivo à Internet para aderir ao parcelamento.
A Portaria Conjunta nº 06/2009 previu como exclusiva a forma via Internet.
[...]
Cabe esclarecer que ainda que fosse possível ignorar esta situação, também aquela pretensão de quitar apenas o principal com os depósitos e levantar o remanescente, para que os juros moratórios sejam abatidos do prejuízo fiscal não poderia prosperar, na medida em que existe uma ordem da utilização desses institutos.
Considerando que a data da consolidação do depósito é o momento em que ele foi feito (art. 32, § 1º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 06/2009) e a liquidação de multas e juros com créditos decorrentes de prejuízo fiscal ocorre na data do requerimento do parcelamento, que é posterior ao momento da realização do deposito judicial, deve ser primeiramente utilizado o depósito judicial, e somente em caso de eventual saldo de multa e juros das inscrições é

> que deve ser utilizado o prejuízo.
> Como já afirmado anteriormente, o art. 10 da lei 11.941/2009 determina a utilização do depósito judicial imediatamente após a aplicação das reduções pertinentes, e não após a incidência de todos os benefícios da lei, dentre os quais esta a utilização de prejuízo fiscal para abater os juros de mora e multa [...]

O Juízo *a quo* acolheu os embargos, com efeitos infringentes (f. 312):

> Fls. 501/513: recebo os embargos de declaração, posto que tempestivos.
> Razão socorre à União Federal (PGFN).
> Quando da desistência com renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (fls. 384), escolheu a parte autora perder a disponibilidade sobre os depósitos empreendidos, haja vista que estes seguem a sorte da demanda.
> Não pode agora a parte buscar a aplicação de critérios que prefere, uma vez que a escolha cabe à autoridade administrativa.
> Sem contar que o objeto da demanda é diverso.
> Deve a autora manejar recursos administrativos ou intentar nova ação com causa de pedir e pedidos diversos dos discutidos nestes autos.
> Face a isto, determino a transformação em pagamento definitivo dos recursos depositados nestes autos, em benefício da União Federal (PGFN), decorrido o prazo recursal, através de ofício encaminhado ao PAB JF SP para cumprimento no prazo de dez dias.

Na espécie, a decisão do Juízo *a quo* determinou a conversão da totalidade dos depósitos vinculados à ação, o que contraria, em parte, a própria pretensão da UNIÃO, pois ao que consta, haveria divergência tão somente quanto à utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa para quitação do remanescente de 55% dos juros de mora, sendo incontroverso o destino dos depósitos para conversão à União do valor relativo ao principal, e levantamento pelo contribuinte de 100% do valor da multa e encargos, e de 45% dos juros moratórios.

Cabe transcrever, a propósito, o que consta da contraminuta da UNIÃO (f. 561/71):

> [...] Como não precedeu a nenhuma retificação de sua opção, conforme permitido pela Portaria Conjunta nº 2/2011, não faz jus a Agravante à opção para pagamento à vista com utilização de prejuízo fiscal, mas apenas a utilização do depósito judicial para pagamento à vista, já que com relação a esta modalidade foi cumprido o requisito, que era requerer em juízo renunciar ao direito e desistir das ações, com a informação de que os depósitos judiciais seriam utilizados para pagamento.
> [...]
> Cabe frisar que o art. 10 da Lei nº 11.941/2009 determina a utilização do depósito judicial imediatamente após a aplicação das reduções pertinentes, e não após a incidência de todos os benefícios da lei, dentre os quais está a utilização do prejuízo fiscal para abater os juros de mora e multa. [...]

Outrossim, eis o que constou dos EDs opostos pela UNIÃO, que gerou a decisão impugnada no agravo de instrumento (f. 297/303): "[...] O que está sendo dito é que o que fora pleiteado nestas demandas foi a renúncia ao direito que se funda a ação, para adesão ao parcelamento tal qual como disposto nas suas normas regulamentares, de modo que os depósitos judiciais devem ser convertidos em renda, *com a aplicação das reduções previstas*, nos moldes determinados pela Administração".

Assim, a aplicação das reduções previstas na Lei 11.941/09 sobre os depósitos, no percentual de 100% da multa e encargo legal, e de 45% dos juros, é incontroverso, daí porque ter sido determinada *na decisão monocrática ora agravada* que a decisão do Juízo *a quo* mereceria reforma, em parte, para permitir que tais valores decorrentes de redução (100% da multa e encargo legal, e de 45% dos juros) sejam levantados pelo contribuinte, dando-se, assim, parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a decisão monocrática ora agravada, ao dar parcial provimento ao recurso, e permitir o levantamento dos valores incontroversos, foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada.

Destaca-se, assim, que o artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

Superada a divergência sobre a aplicabilidade do artigo 557 à hipótese dos autos, e não havendo discussão nos agravos inominados sobre o levantamento dos valores incontroversos (100% do principal, 100% da multa e 45% dos juros de mora), cabe destacar que a questão tratada nos recursos ora interpostos refere-se, primordialmente, à possibilidade de levantamento pelo contribuinte da parcela dos depósitos judiciais correspondes aos juros de mora remanescentes (55% restantes), após aplicação dos redutores previstos na Lei 11.941/09 para pagamento à vista de débitos ("redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício [...] de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal"), sob fundamento de que, embora os 55% dos juros tenham sido garantidos pelos depósitos, houve requerimento para sua compensação com base de cálculo negativa da CSL/prejuízos fiscais, conforme autorizada pela legislação tributária.

Acerca do tema, relevante destacar a existência de questão anterior, alegada pela PFN em contraminuta, de que *o contribuinte deixou de indicar no sítio eletrônico da RFB na internet a opção de "pagamento a vista com a utilização de créditos decorrentes de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa de CSLL"*, conforme determina a Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009 (artigo 32, § 6º, I), e que, outrossim, não efetuou opção para inclusão (consolidação) de débitos da PGFN, tais quais os discutidos na ação, mas apenas da RFB, sequer sendo efetuada retificação da opção, conforme permitida pela Portaria Conjunta PGFN/RFB 2/2011.

Em relação a tais questões, o contribuinte aduziu que não houve necessidade de indicar no *site* da RFB a intenção de utilizar a base de cálculo negativa, pois o artigo 32 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 06/2009 prevê tal exigência apenas para o contribuinte que, cumulativamente, possuísse saldo não-liquidado pelo depósito, com obrigatoriedade de pagar tal diferença através de DARF, e desejasse compensá-lo com os créditos. Alegou, ainda, que cumpriu todos os requisitos para fruição dos benefícios, previstos na Lei 11.941/2009 e nas Portarias Conjuntas PGFN/RFB 6/2009 e 2/2011, e que a orientação verbal fornecida pela RFB e PGFN à época foi a de que "a inclusão de débitos relacionados a depósitos judiciais ou ações judiciais não se daria por meio eletrônico, devendo ser apresentada petição nos respectivos processos", tal como foi efetuado. Ademais, o sistema informatizado da RFB e PGFN não continha qualquer campo para prestar informações relativas a tais débitos, o que exigiu que o contribuinte as apresentasse nos autos da MC, sendo que mesmo que prevaleçam essas exigências da PGFN, a boa-fé

demonstrada pelo contribuinte, e a necessidade de sua prevalência sobre o rigor excessivo da administração tributária, com a utilização da razoabilidade/proporcionalidade, permitem o reconhecimento do direito à compensação e conseqüente levantamento.

No caso, o artigo 32, § 6º, I da Portaria Conjunta PGFN/RFB 06/2009 dispõe o seguinte:

> Art. 32. No caso dos débitos a serem pagos ou parcelados estarem vinculados a depósito administrativo ou judicial, a conversão em renda ou transformação em pagamento definitivo observará o disposto neste artigo.
> § 1º Os percentuais de redução previstos nesta Portaria serão aplicados sobre o valor do débito atualizado à época do depósito e somente incidirão sobre o valor das multas de mora e de ofício, das multas isoladas, dos juros de mora e do encargo legal efetivamente depositados.
> § 2º A conversão em renda ou transformação em pagamento definitivo dos valores depositados somente ocorrerá após a aplicação dos percentuais de redução.
> § 3º Após a conversão em renda ou transformação em pagamento definitivo de que trata o § 2º, o sujeito passivo poderá requerer o levantamento do saldo remanescente, se houver, observado o disposto no § 13.
> § 4º Na hipótese deste artigo, o sujeito passivo deverá requerer a desistência da impugnação, do recurso administrativo ou da ação judicial, com a renúncia ao direito em que se funda o processo administrativo ou ação judicial, até 30 (trinta) dias após o prazo final previsto para efetuar o pagamento à vista ou opção pelos parcelamentos de débitos de que trata esta Portaria.
> § 5º Caso os depósitos existentes não sejam suficientes para quitação total dos débitos envolvidos no litígio objeto da desistência, os débitos remanescentes, não liquidados pelo depósito, deverão, até 30 de novembro de 2009, ser pagos à vista ou parcelados, se houver opção de parcelamento em que possam ser incluídos, considerando os valores atualizados na forma do art. 16.
> § 6º Além de observar o disposto nos §§ 1º, 2º, 4º e 13, a pessoa jurídica que pretender obter as reduções relativas à hipótese de pagamento à vista e liquidar os juros com a utilização dos montantes de prejuízo fiscal ou de base de cálculo negativa da CSLL, na forma do art. 27, deverá, cumulativamente:
> I - indicar a opção "Pagamento à vista com a utilização de créditos decorrentes de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa de CSLL", nos sítios da PGFN ou da RFB na Internet; e,
> II - pagar à vista os *eventuais* débitos remanescentes, não liquidados pelo depósito, aplicando-se as reduções sobre os valores atualizados na data do pagamento, no prazo e na forma prevista no art. 28.

Referido dispositivo deixa claro que o contribuinte, para optar ao pagamento à vista com utilização de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSL para quitação do saldo remanescente dos juros de mora, deveria indicar tal opção no sitio eletrônico da PGFN ou RFB.

O inciso II do § 6º *não* demonstra que a indicação no sítio eletrônico limitar-se-ia à hipótese de depósitos insuficientes para quitação integral do débito, pois refere-se a débitos remanescentes "*eventuais*", passíveis de existirem, não sendo requisito para possibilitar a inclusão eletrônica, portanto.

Embora o contribuinte alegue haver orientação da autoridade tributária para que tal opção, assim como informações sobre os montantes dos créditos a serem utilizados, fosse apresentada nos próprios autos da ação em que efetuados os depósitos, dispensando a indicação no sítio eletrônico na internet, não há qualquer prova em tal sentido. Ao contrário, a instrução oficial, contida no artigo 12 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009, dispõe, de forma expressa, que "os requerimentos de adesão aos parcelamentos de que trata esta Portaria ou ao pagamento à vista com utilização de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da

CSLL, na forma do art. 28, deverão ser *protocolados exclusivamente nos sítios da PGFN ou da RFB na Internet, conforme o caso*, a partir do dia 17 de agosto de 2009 até as 20 (vinte) horas (horário de Brasília) do dia 30 de novembro de 2009, ressalvado o disposto no art. 29".

Por sua vez, idêntica exigência, para utilização dos sítios eletrônicos na internet, existe para o momento da consolidação dos débitos, em que necessário ao contribuinte indicar o montante de créditos a serem compensados, conforme artigo 27, § 4º da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009:

> Art. 27. A pessoa jurídica que optar pelo pagamento à vista ou pelo parcelamento nos termos desta Portaria poderá liquidar valores correspondentes a multas, de mora ou de ofício, e a juros moratórios, inclusive relativos a débitos inscritos em DAU, com utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL próprios.
> [...]
> § 4º No momento da consolidação dos débitos, a pessoa jurídica deverá informar, por meio de solicitação expressa e irretratável, a ser protocolada exclusivamente nos sítios da PGFN ou da RFB na Internet, no prazo que for definido no ato a que se refere o art. 15:
> I - os montantes de prejuízo fiscal, decorrentes da atividade geral ou da atividade rural, e de base de cálculo negativa da CSLL existentes até a publicação da Lei nº 11.941, de 2009 e disponíveis para utilização;
> II - os montantes de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL a serem utilizados em cada modalidade de parcelamento ou nos débitos indicados para pagamento à vista.

No caso, consta dos autos cópia da emissão eletrônica, obtida pela internet, de "Recibo da Modalidade Indicada para Pagamento à Vista com Utilização de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL para Liquidação de Multas e Juros - Lei nº 11.941, de maio de 2009" (f. 306/8), transmitida em 23/11/2009; "Recibo de Consolidação de Modalidade de Pagamento à Vista com Utilização de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL para Liquidar Multa e Juros - Demais Débitos no Âmbito da RFB" (f. 555/6), transmitida em 15/04/2011, assim como "acompanhamento de pedidos" (f. 278).

Tais documentos demonstram, a um só tempo, que seria possível ao contribuinte aderir ao benefício fiscal almejado através do sítio eletrônico na *internet*, e, ainda, que não há comprovação nos autos de que houve opção pela adesão em relação aos débitos inscritos em dívida ativa, administrados pela PGFN, tal como os que foram discutidos na ação anulatória, mas apenas para débitos no âmbito da RFB.

Não houve cumprimento, portanto, de exigências da legislação tributária para fruição do favor fiscal, o que inviabiliza o reconhecimento do alegado direito do contribuinte à utilização dos créditos para compensação do saldo remanescente dos juros de mora, e conseqüente levantamento do respectivo valor nos depósitos efetuados.

Cabe destacar que vencidas as fases de opção por modalidade e inclusão de débitos, retificação de modalidade e consolidação, a adesão, tal como efetuada, alcança a condição de ato jurídico perfeito, válido entre as partes, não podendo ser alterado a critério ou no interesse unilateral do contribuinte, como aqui pretendido.

Não se trata de erro formal, corrigível a qualquer tempo, nem existe prova nos autos de falha do sistema no sentido de impedir a retificação da opção pela modalidade no prazo previsto na legislação.

A disciplina das regras do favor fiscal, como a anistia parcial, é atribuição exclusiva do legislador, não do Poder Judiciário (artigo 182 do CTN), sendo que a lei não prevê nem garante

que a modalidade pode ser retificada a qualquer tempo ou que caiba a inclusão na modalidade que não se ajuste àquela de acordo especificamente escolhida.

Não se trata de discutir boa ou má-fé, pois a boa-fé não dispensa o cumprimento de prazos, formalidades e procedimentos legais, que se fossem dispensados para uns, e exigidos de outros, evidenciaria prática em detrimento não apenas da legalidade, como da isonomia. Não cabe admitir que regras possam ser violadas ou descumpridas; e que se admita escusa genérica para justificar descumprimento ou gerar direito não exercido a tempo e modo, conforme o devido processo legal.

No caso, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o parcelamento, assim, como o pagamento à vista de débitos com reduções (anistia parcial), por constituírem benefícios fiscais, não configuram direito do contribuinte, que possa ser invocado independentemente de lei ou sem a observância dos requisitos previstos em legislação específica.

Assente que o contribuinte não pode auferir o favor fiscal sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. O parcelamento/pagamento à vista não é dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.

Tal orientação encontra-se firmada na Corte, em reiterados julgados dentre os quais:

> AMS 2002.03.99001698-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 19/07/2006: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DEFESA PRE LIMINAR. PEDIDO DE PARCELAMENTO. MP Nº 1.699-41/98. LEI Nº 10.522/02. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL DE DESISTÊNCIA E CONFISSÃO IRRETRATÁVEL DO DÉBITO FISCAL. BENEFÍCIO FISCAL. TAXA SELIC. VALIDADE LEGAL E CONSTITUCIONAL. 1. As preliminares suscitadas devem ser rejeitadas: a de falta de documentação essencial porque a inicial é formalmente idônea, estando instruída com documentos próprios ao exame do mérito; e a de perda parcial de objeto da ação, porque em verdade indissociáveis os requisitos da desistência e da confissão irretratável do débito fiscal, remanescendo o interesse processual da impetrante em discutir o direito ao parcelamento, como pleiteado. 2. O parcelamento configura benefício fiscal, sujeito aos requisitos legais, não padecendo de inconstitucionalidade ou ilegalidade qualquer das condições, fixadas em contrapartida ao parcelamento de débitos fiscais em condições favoráveis ao contribuinte, e destinadas à garantia da execução do acordo, com a adimplência da obrigação fiscal. 3. A confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial, envolvendo os débitos fiscais incluídos no parcelamento , não viola princípios constitucionais nem preceitos legais. 4. Consolidada a jurisprudência no sentido da validade da aplicação da Taxa SELIC como encargo moratório na cobrança de débitos fiscais, abrangendo inclusive a hipótese de parcelamento.

> AMS 2000.61.00013024-3, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 05/10/2009: MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL-REFIS - LEI Nº 9.964/00 - OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - CONSTITUCIONALIDADE. 1 - O Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, instituído pela Lei nº 9.964/2000, é destinado a promover a regularização de débitos existentes para com a União Federal, sendo facultado ao contribuinte a adesão voluntária. 2 - O parcelamento não constitui um direito subjetivo do contribuinte, mas traduz-se em um benefício fiscal, represen-

tando verdadeira transação, levada a efeito por meio de um ato de vontade do contribuinte, o qual aceita as condições legais que disciplinam o acordo com a União, permitindo a satisfação da obrigação tributária mediante o pagamento em condições mais vantajosas, afastando os efeitos da inadimplência. 3 - Por outro lado, a opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica às condições que o Programa estabelece, dentre as quais, a confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial envolvendo os débitos parcelados, a abertura do sigilo bancário, o compromisso de regularidade fiscal e a exigência de garantia, para os grandes devedores. 4 - Não se há falar em violação aos princípios constitucionais invocados, levando em consideração, ainda, que todas as condições constantes do programa são dadas ao conhecimento da pessoa jurídica, quando da sua opção. 5 - Não há que se cogitar, tampouco, de ilegalidade diante dos preceitos do Código Tributário Nacional, porquanto a confissão de dívida acompanhada de pedido de parcelamento não configura denúncia espontânea, visto que não extingue automaticamente os débitos tributários, de modo que é legítima a incidência da multa moratória. De outra parte, o débito fiscal parcelado está sujeito aos encargos moratórios, podendo os juros ser fixados além de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do parágrafo 1º do artigo 161 do CTN, sendo aplicável, outrossim, a Taxa SELIC. 6 - Tendo por substrato um verdadeiro ato de vontade, em princípio, a menos que haja a demonstração de plano da violação de direito líquido e certo do contribuinte, as condições do parcelamento não podem ser modificadas pelo Poder Judiciário, em substituição à autoridade administrativa. 7 - Apelação a que se nega provimento.

AC 2006.61.05014281-4, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 19/01/2010: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO DO DÉBITO INSTITUÍDO PELA MP Nº 303/2006 - PAEX. CONFISSÃO DOS DÉBITOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. O ingresso no Programa de parcelamento Excepcional - PAEX, é uma faculdade da pessoa jurídica, cabendo a ela aferir se lhe é vantajoso. 2. Uma vez feita a opção pelo Programa, o contribuinte deve submeter-se às condições impostas na Medida Provisória nº 303/2006, pois neste ambas as partes hão de fazer concessões recíprocas, já que o Programa não busca conferir vantagens apenas a um dos envolvidos na relação jurídica tributária. Ambas as partes, em certa medida, devem renunciar para compor. 3. A confissão irrevogável e irretratável do débito é uma das condições a que está sujeito o contribuinte ao aderir ao Programa, nos termos do art. 1º, § 6º da MP nº 303/06. Noticiada a adesão, em princípio, o feito deveria ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, pela carência superveniente da ação - falta de interesse processual. 4. Sendo descabida, nesta instância recursal, a alteração do dispositivo monocrático de julgamento de improcedência do feito, sob pena de *reformatio in pejus*, há que ser mantida a r. sentença de primeiro grau, mormente considerando-se que o patrono da apelante nada requereu nesse sentido. 5. Apelação improvida.

A Portaria Conjunta PGFN/RFB 2, de 03/02/2011, fixou prazos determinados de prestação de informações necessárias à consolidação dos débitos, sendo que, na espécie, em relação àqueles inscritos em dívida ativa, não consta que tenham sido efetuadas, conforme determinam os artigos 1º, II, 9º, I e III:

Art. 1º Para consolidar os débitos objeto de parcelamento ou de pagamento à vista com utilização de créditos decorrentes de Prejuízo Fiscal ou de Base de Cálculo Negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de que tratam os arts. 15 e 27 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 22 de julho de 2009, o sujeito passivo deverá realizar os procedimentos especificados, obrigatoriamente nas etapas definidas a seguir:
[...]

> II - no período de 4 a 15 de abril de 2011, prestar as informações necessárias à consolidação, no caso de pessoa jurídica optante por modalidade de pagamento à vista com utilização de créditos decorrentes de Prejuízo Fiscal ou de Base de Cálculo Negativa da CSLL;
> [...]
> Art. 9º Para a consolidação de modalidade de parcelamento ou de pagamento à vista com a utilização de crédito decorrente de Prejuízo Fiscal ou de Base de Cálculo Negativa de CSLL, nos períodos de que trata o art. 1º, o sujeito passivo deverá indicar:
> I - os débitos a serem parcelados ou aqueles que foram pagos à vista;
> [...]
> III - os montantes de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSLL a serem utilizados em cada modalidade de que trata o inciso II do § 4º do art. 27 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009.

Ademais, a penalidade à falta de apresentação de informações no prazo é o cancelamento do pedido de parcelamento, conforme prevista no artigo 15, § 3º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009:

> Art. 15. Após a formalização do requerimento de adesão aos parcelamentos, será divulgado, por meio de ato conjunto e nos sítios da PGFN e da RFB na Internet, o prazo para que o sujeito passivo apresente as informações necessárias à consolidação do parcelamento.
> [...]
> § 3º O sujeito passivo que aderiu aos parcelamentos previstos nesta Portaria que não apresentar as informações necessárias à consolidação, no prazo estipulado em ato conjunto referido no caput, terá o pedido de parcelamento cancelado, sem o restabelecimento dos parcelamentos rescindidos, em decorrência do requerimento efetuado.

A fase de consolidação da Lei 11.941/2009, a ser cumprida a tempo e modo, é etapa obrigatória do acordo, da qual não pode o Poder Judiciário liberar o contribuinte, tampouco relevar o descumprimento das condições legal ou normativamente estatuídas, que a todos se aplicam, e que não podem deixar de gerar efeitos jurídicos. O fato de vencer etapas anteriores não exime o contribuinte de cumprir as posteriores, nem lhe é facultado escolher quais exigências cumprir ou quando cumpri-las, auferindo privilégio em relação aos demais contribuintes, sujeitos às mesmas regras. O fato de cumprir etapa anterior, ainda que revelasse boa-fé, não exige que o descumprimento de outras exigências seja pautada pela má-fé, não se trata de avaliar elemento subjetivo da conduta, mas a reciprocidade das obrigações estabelecidas para a validade do ato ou negócio jurídico.

Note-se que as informações omitidas não dizem respeito apenas à indicação dos débitos, mas destacam, em especial, a exigência de apontamento dos "montantes de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSLL a serem utilizados em cada modalidade de que trata o inciso II do § 4º do art. 27 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009" (artigo 9º, III).

Neste aspecto o acordo fiscal pode envolver não apenas pagamento pela conversão de depósitos judiciais, mas, outrossim, compensação de débitos fiscais com prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSL, o que evidencia a pertinência, essencialidade - e não apenas a utilidade - da informação, não do débito a ser compensado, mas do valor a favor do contribuinte, sob a forma legalmente especificada, a ser usado na extinção do crédito tributário. Verificar a existência e suficiência de prejuízos fiscais ou bases de cálculo negativas da CSL depende de informações prestadas pelo contribuinte, configurando aspecto essencial para a consolidação do acordo, pois somente depois de excluídos débitos fiscais por tal forma de regularização, é

possível apurar e calcular os valores a serem, eventualmente, levantados pelo contribuinte.

Não se trata, portanto, de mera formalidade, omissão sem efeito ou relevância jurídica, mas efetivo descumprimento de regra essencial para executar concretamente o acordo, retirando-lhe a eficácia e, assim, legitimando que o contribuinte seja excluído do acordo celebrado, por infração a que deu causa por violação de regra da qual tinha ciência, e cujo descumprimento não restou, de modo algum, justificado por razão jurídica que pudesse revelar-se proporcional ou razoável.

Ao contrário, o que defendeu a impetrante em Juízo foi, na verdade, que regras de favor fiscal não precisam ser cumpridas, e sequer necessário que se declare ou prove qualquer impedimento, pois sempre será desproporcional ou desarrazoada a exclusão, abrindo caminho, pois, para quebra do caráter recíproco e bilateral do acordo, se admitido que uma parte goze de imunidade a sanções ou penalidades aplicáveis a infrações ou descumprimentos, em que incidir.

Cumpre ressaltar, por fim, que as ações anulatórias/medidas cautelares referiram-se às CDAs 80.6.06.009709-46, 80.6.06.089099-10 e 80.6.06.088621-82, e os depósitos guardam com elas identificação.

Ao se verificar os respectivos extratos (f. 240/8), consta que a autoridade tributária teria promovido o cancelamento de suposta opção de tais inscrições pelo pagamento à vista da Lei 11.941/09, na data de 16/12/2009.

Tal data refere-se a momento logo após o encerramento do prazo para requerimento de adesão ao pagamento à vista com utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL (30/11/2009), e muito anterior ao encerramento do prazo de prestação de informações para consolidação (15/04/2011), demonstrando que existiria, eventualmente, outro fato, não contido e não demonstrado nas alegações do contribuinte, que teria ensejado a impossibilidade de utilização dos créditos, demonstrando, mais uma vez, que, além de não terem sido preenchidos os requisitos para fruição do favor fiscal, não houve demonstração suficiente da plausibilidade jurídica das alegações do contribuinte.

Portanto, e em suma, a parcela dos depósitos relativos aos 55% remanescentes dos juros de mora devem ser convertidos em renda a favor da União, tendo em vista a inexistência de comprovação de cumprimento dos requisitos legalmente previstos para fruição do benefício fiscal de utilização da base de cálculo negativa de CSL/ prejuízo fiscal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado do contribuinte, e dou provimento ao agravo inominado fazendário, para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Sentenças

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0005461-06.2010.4.03.6103

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO
Réus: IVO NOAL E MUNICÍPIO DE ILHABELA - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2013

Vistos, etc.

Trata-se de ação civil pública, devidamente precedida do expediente administrativo nº 08123.060054/98-81, movida, inicialmente, em face de Ivo Noal, Ada Ripari Noal e Município de Ilhabela, pela qual o Ministério Público Federal pleiteia a demolição e remoção do píer localizado na Rua Riachuelo nº 554, Praia da Feiticeira, Ilhabela, assim como a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelo dano ambiental e a invalidação do alvará de construção emitido pela municipalidade que autorizou a construção do píer.

Os réus Ivo Noal e sua esposa Ada Ripari Noal construíram um píer em frente ao imóvel de sua propriedade na praia da Feiticeira, em Ilhabela, sem autorização da Secretaria do Patrimônio da União – SPU e sem licenciamento ambiental.

No procedimento administrativo (fls. 26), a Secretaria do Patrimônio da União – SPU informa que não houve qualquer autorização do órgão federal para a construção do píer. Pelo contrário, o réu Ivo Noal foi autuado por construção irregular.

O antigo Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais – DEPRN da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo informou que não houve qualquer pedido de licenciamento ambiental em referência ao citado píer em nome de Ivo Noal (fls. 58 do P.A.).

O Comando do 8º Distrito Naval informou que a Capitania dos Portos de São Sebastião deu parecer favorável ao requerimento do réu Ivo Noal, mas "tão somente aos aspectos concernentes à segurança da navegação e à Defesa Nacional" (fls. 70 do P.A.).

Posteriormente, a própria Capitania dos Portos de São Sebastião informou que o réu Ivo Noal não cumpriu exigências impostas em relação á construção do píer (fls. 139 do P.A.).

Por seu turno, a Prefeitura Municipal de Ilhabela informou a existência de alvará de construção junto à municipalidade para a implantação de atracadouro para embarcações de pequeno porte em nome de Ivo Noal.

Foi determinada a intimação da União e dos réus pra manifestação sobre o pedido de liminar em 72 horas, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.437/92 (fls. 187).

A União requereu a sua inclusão no pólo ativo da demanda, na qualidade de litisconsorte ativo do Ministério Público, manifestando-se pela ilegalidade da construção do píer, para fins particulares, em área de praia marinha, sem competente autorização da SPU. Expressou, por fim, sua concordância com o pedido de liminar (fls. 196/204).

Foi determinado, através da decisão de fls. 211 o desentranhamento do procedimento administrativo nº 08123.060054/98-81 anteriormente juntado às fls. 10/185, que permaneceu em apenso aos autos do processo.

O Município de Ilhabela, mesmo sendo réu no feito, informou ao juízo de que não tinha a opor quanto ao pedido de liminar formulado pelo Ministério Público Federal (fls. 205).

O corréu Ivo Noal foi intimado para se manifestar sobre o pedido de liminar. O oficial

de justiça informou o falecimento da corré Ada Noal em 03/04/2001 (fls. 215).

Através da decisão de fls. 219, foi deferida parcialmente a medida liminar tão somente para determinar que o Município de Ilhabela apresente cópia integral do procedimento administrativo que culminou com a expedição do alvará de construção nº 173/01.

O Ministério Público Federal requereu a exclusão da lide da corré Ada Ripari Noal (fls. 234).

Município de Ilhabela juntou a cópia integral do procedimento administrativo (fls. 239). No referido procedimento, a então Secretária de Obras de Ilhabela, Cristina Zaccarias, relatou a série de irregularidades na construção do píer nos seguintes termos:

> A fiscalização procedeu o embargo da obra em 18.07.95. A obra do píer começou em 98, sendo multada em 22.01.98 e 24.03.98 onde foi lavrado auto de desobediência e multa, sendo que o setor de fiscalização esgotou o seu poder de autuação. (fls. 389/v)

Através da decisão de fls. 402, foi excluída do pólo passivo a corré Ada Ripari Noal.

O réu Ivo Noal foi citado pessoalmente (fls. 414), mas não apresentou contestação, tendo sido decretada a sua revelia (fls. 431).

O Município de Ilhabela foi devidamente citado, conforme certidão de fls. 429, mas também não apresentou resposta, tendo sido decretada a sua revelia (fls. 563).

O Ministério Público Federal apresentou relatório de vistoria do local elaborado por técnico da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (fls. 435).

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA manifestou não ter interesse em ingressar no feito (fls. 555).

O Ministério Público Federal e a União manifestaram-se favoravelmente ao julgamento da lide, nos termos do art. 330, II do CPC (fls. 566 e 568/v).

Considerando os termos do Provimento nº 348 da Presidência do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que alterou a competência da 35ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, o Juízo da 2ª Vara Federal de São José dos Campos declinou da competência para julgar o feito, remetendo-o para Vara Federal de Caraguatatuba.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

A prova produzida é mais do que suficiente para permitir o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I do CPC.

O mérito da lide chega a ser simplório: um particular efetuou uma construção de impacto ambiental em um bem da União, sem autorização da Secretaria de Patrimônio da União- SPU e sem licenciamento ambiental.

Os réus, apesar de devidamente citados, não apresentaram qualquer contestação à pretensão do Ministério Público Federal, o que não deixa de representar forte indício em prol das razões de fato e de direito que embasam o pedido.

O píer construído pelo correu Ivo Noal é localizado em uma praia no município de Ilhabela. A Constituição Federal é bastante clara ao definir as praias como bens da União, nos termos do seu art. 20, IV, assim redigido:

> Art. 20. *São bens da União*: (...)
> IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; *as praias marítimas*;

> as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;.
> (grifei)

As praias são bens público da União e de uso comum do povo, cujo uso é de toda a comunidade, sendo vedado o uso de um particular que obsta o uso ou o acesso dos demais. Nosso ordenamento jurídico não contempla as chamadas praias particulares ou o uso da praia pelo particular que excluiu o uso dos demais.

A Lei nº 7.661/88, que criou o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, em seu art. 10, deu o conceito legal de praia e sua natureza de bem público de uso comum do povo, nos seguintes termos:

> Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.
> § 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no *caput* deste artigo.
> § 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.
> § 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subseqüente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

Por serem as praias bens da União, qualquer construção nelas erigidas requer autorização prévia da Secretaria do Patrimônio da União – SPU, órgão competente para administrar o patrimônio da União e zelar por sua conservação.

Somente a proprietária, no caso a União, pode autorizar construção em uma praia. No caso presente, apesar da praia estar situada no município de Ilhabela, a municipalidade carece de competência para autorizar qualquer construção.

O ato administrativo consubstanciado no alvará de construção nº 173/01 emitido pelo Município de Ilhabela é inválido por vício de seu elemento subjetivo. Em linguagem mais simples, o Município não tem poder para autorizar uma construção em imóvel da União.

Ademais, como se depreende do processo administrativo juntado aos autos pela Prefeitura de Ilhabela, apesar de autorizada a construção, a obra foi posteriormente embargada por desrespeito às posturas municipais (fls. 386/391).

Inválido, portanto, o alvará de construção nº 173/01 emitido pelo Município de Ilhabela, em face da incompetência do Município para autorizar construção em bem público da União.

O parecer favorável da Capitania dos Portos de São Sebastião não tem o condão de autorizar a construção, pois limita-se "tão somente aos aspectos concernentes à segurança da navegação e à Defesa Nacional" (fls. 70 do P.A.). Ademais, conforme informado posteriormente às fls. 139 do P.A., não foram cumpridas as exigências impostas para a construção do píer.

É pacífico o entendimento jurisprudencial, reconhecendo a incompetência dos órgãos da Marinha para autorizar construção em praias e plataformas marítimas, como podemos atestar na seguinte decisão:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PLATAFORMA MARÍTIMA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENS DE USO COMUM DO POVO. LEGISLAÇÃO PERTINENTE. EFEITOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 5, XXXVI, DA CF/88. 1-) No caso dos autos restou demonstrado que as plataformas de pesca foram construídas sobre a praia, em total desacordo com as normas assecuratórias do livre usufruto do como coisa comum ao povo, sem que se permita qualquer obstáculo , seja ao acesso a praia ou ao que a ela venha a ser pelo homem agregado, violando ainda normas ambientais de proteção da Zona Costeira e do ecossistema marinho da plataforma continental. *Ao Ministério da Marinha cabe, precipuamente, o exercício do poder de polícia quanto à segurança da navegação, sendo incompetente para fornecer qualquer autorização para construção em bem da União, o que demonstra a irregularidade do ato expedido e elide qualquer presunção de legitimidade e legalidade na sua feitura e efeitos.* (...) (TRF 4 REGIÃO – APELAÇÃO CÍVEL 2001.0401019468/RS, 3ª TURMA, DJU 3/7/2002, Relator JUIZ CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ)
> (grifei)

Mas a construção do píer não só necessitaria de autorização da SPU, mas também de licenciamento ambiental. Em face do evidente impacto no meio ambiente, construção do píer requeria prévio procedimento de licenciamento ambiental pelo órgão ambiental estadual competente, nos exatos termos do art. 10 da Lei nº 6.938/81, com a redação então em rigor, *in verbis:*

> Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

O antigo Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais – DEPRN da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, então competente para o licenciamento, informou que não houve qualquer pedido de licenciamento do píer objeto da presente lide (fls. 58 do P.A.).

A ausência do devido licenciamento ambiental constitui fundamento adicional a embasar o pedido de demolição.

A construção, irregular e sem autorização da SPU e licenciamento ambiental, de píer em praias do litoral norte paulista tem sido, infelizmente, prática comum. O ajuizamento de ações civis públicas, como a presente, começa a inibir tal prática.

A jurisprudência, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, começa a ser formada em casos bastante similares ao presente. Destaco a ação civil pública nº 2009.61.03.008337-4/SP, movida pelo Ministério Público Federal em face de Avanti Empreendimentos S/A e Município de São Sebastião, devido à construção de píer em praia de São Sebastião sem a devida autorização da SPU, mas com autorização da municipalidade. Ao apreciar a apelação interpostas pelos réus e o reexame necessário, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim se posicionou:

> PROCESSO CIVIL. NULIDADE INSTRUÇÃO SUFICIENTE. REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. *ASTREINTES*. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRAIA. BEM DA UNIÃO. CR, ART. 20, IV. REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO. OCUPAÇÃO PERMITIDA APENAS NAS HIPÓTESES LEGAIS. DECRETO-LEI Nº 9.760/46. BEM DE USO COMUM DO POVO. VEDADAS URBANIZAÇÃO OU FORMA

DE UTILIZAÇÃO DO SOLO QUE IMPEÇAM O ACESSO. LEI Nº 7.661/88, ART. 10, § 1º. *ASTREINTES*. VALOR. ADEQUAÇÃO. PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA.

1. Não há ilegalidade nem cerceamento de defesa quando o juiz, verificando suficientemente instruído o processo, considera desnecessária a produção de mais provas e julga o mérito da demanda na forma antecipada. Cabe ao juiz examinar a necessidade ou não da prova, cumprindo-lhe indeferir diligências meramente protelatórias ou inúteis. Daí não ser nulo o julgamento antecipado da lide. ((STJ, AgRMC nº 14.838-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.08; (TRF da 3ª Região, AC nº 93.03.071394-0, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 24.05.04)

2. Tratando-se as *astreintes* de medida coercitiva destinada ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, seu valor e periodicidade, bem como o prazo para o cumprimento da obrigação, devem ser fixados a critério do Juiz, atendendo-se à razoabilidade e à adequação, na exata medida em que necessários a esse fim, não estando adstrito a eventual pedido inicial nesse sentido. Frise-se, ademais, as *astreintes* não fazem coisa julgada, podendo seu valor ou periodicidade serem modificados a qualquer tempo.

3. Conforme prevê o inciso IV do art. 20 da Constituição da República, as praias marítimas são bens públicos da União, estando sua ocupação sujeita a regime jurídico diferenciado, a depender de autorização da Secretaria do Patrimônio da União, órgão responsável pela administração dos bens da União, a ser concedida nas hipóteses previstas no Decreto-lei nº 9.760/46. Ademais, por serem as praias bens de uso comum do povo, é assegurado, nos termos do art. 10 da Lei nº 7.661/88, "o livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica", sendo vedadas, portanto, quaisquer formas de urbanização ou ocupação que impeçam esse trânsito. Precedentes dos TRFs da 2ª e da 5ª Região.

4. Não restou plenamente demonstrada nos autos a existência de eventual título emitido pela Secretaria do Patrimônio da União a legitimar a ocupação dá área objeto dos autos pela empresa ré, circunstância que, por si só, torna irregulares as construções ali realizadas.

5. O fato de o ente municipal ter autorizado a construção sobre bem da União não confere nenhum direito ao autorizatário, nem presume sua boa-fé, haja vista que não apresenta título emitido pelo órgão competente do ente federal que legitime sua ocupação.

6. Ainda que a ré fosse efetivamente legítima ocupante da área de *praia*, tal construção seria irregular tão somente pelo fato de obstar o acesso público ao bem de uso comum do povo, consoante se observa nas fotografias juntadas aos autos, especialmente àquelas de fls. 429/436, circunstância que viola as disposições da Lei nº 7.661/88.

7. O fato de o custo da obrigação de fazer ser alto não implica, por si só, na redução da multa, a qual deve ser fixada em montante que assegure o cumprimento da obrigação, a sugerir, ao contrário do raciocínio engendrado pelo município réu, que mais alta deve ser a multa se vultoso é o valor da obrigação.

8. Porém, por demandar a realização de licitação para contratação de prestador de serviço especializado, novo e igual prazo para o cumprimento da obrigação deve concedido (60 dias).

9. Deve ser reduzida a condenação por ato atentatório à dignidade da Justiça, porém mantida face ao evidente descumprimento da decisão de fls. 711/714.

10. A decisão liminar não fixou prazo o cumprimento da obrigação e o Município réu informou o cumprimento dos demais itens da decisão e que deu início à demolição das construções, a qual não foi finalizada ante a necessidade de realização de licitação para contratação de empresa especializada.

11. Apelações não providas. Reexame necessário parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, v.u., Rel. Juíza Louise Filgueiras, DJU 31.07.2012)

Por fim, verifico que estamos diante de uma construção totalmente irregular que há anos

simboliza o uso privado abusivo de um bem público de uso comum do povo no município de Ilhabela. A perpetuação de tal irregularidade põe em descrédito as autoridades ambientais e toda a política pública de preservação ao meio ambiente na região.

Neste contexto, faz-se mister a reconsideração da extensão da decisão de fls. 219, que concedeu apenas parcialmente o pedido de liminar formulado na inicial. A ausência de defesa por parte dos réus só reforça prova inequívoca e a verossimilhança da alegação inicial, que embasam a pretensão. A demora na tomada de providências das autoridades administrativas, no ajuizamento e tramitação da ação só evidenciam o dano ao meio ambiente de muito difícil reparação que está se arrastando há anos. Trata-se de uma obra inacabada e praticamente sem qualquer utilidade pública encrava em uma das mais belas praias do Município de Ilhabela.

Estão reunidos, portanto, os requisitos da concessão da medida liminar como forma de se dar real efetividade da prestação jurisdicional. Em virtude da sua estrutura material e humana, o cumprimento da liminar ficará a cargo do Município de Ilhabela, que se ressarcirá do valor de metade dos gastos com a demolição e remoção.

Diante do exposto, *julgo procedente* o pedido para *a)* invalidar o alvará de construção nº 173/01 emitido pela Município de Ilhabela; *b)* condenar solidariamente à obrigação de fazer consistente na tomada de todas as medidas necessárias para a demolição e remoção do píer objeto da presente ação, localizado na praia da Feiticeira, Ilhabela-SP; *c)* fixar multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento a ser revertida ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Após, a demolição do píer, será informado pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente, no prazo de 30 (trinta) dias, se remanescem danos ambientais irrecuperáveis. Em caso positivo, o corréu Ivo Noal arcará com a totalidade do valor da indenização, assim como a metade dos gastos da demolição e remoção. Tudo a ser apurado em regular liquidação de sentença, que será revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Por fim, ante e exposto, reconsidero a extensão da decisão de fls. 219 para determinar à Prefeitura Municipal de Ilhabela o cumprimento imediato da obrigação de fazer consistente na demolição e remoção do píer acima mencionado.

Intime-se a Prefeitura Municipal de Ilhabela para a apresentação no prazo de 30 (trinta) dias do projeto técnico de demolição e respectivo cronograma. Multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento a ser revertida ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios em face do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 475, I do CPC.

Oficie-se à Superintendência do Patrimônio da União em São Paulo, dando ciência da presente.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Caraguatatuba, 28 de junho de 2013.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
0009851-64.2011.4.03.6303

Autor: EDUARDO DUQUE ESTRADA LOPES
Ré: INFRAERO - EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA
Origem: 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE CAMPINAS - SP
Juíza Federal: MARILAINE ALMEIDA SANTOS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2013

Vistos etc.

Trata-se de ação movida em face da EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO, tendo por objeto a compensação por alegados danos morais decorrentes de conduta ilegal e abusiva perpetrada durante procedimento de segurança para acesso à área de embarque de aeroportos.

Dispensado o relatório, nos termos do art. 38, da Lei nº 9.099/95, c/c art. 1º, da Lei nº 10.259/01, passo ao julgamento do feito.

Preliminarmente, a INFRAERO arguiu preliminar relativa à sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo, sob o argumento de que os fatos narrados na petição inicial e a relação jurídica de direito material que deu origem a esta lide não envolvem ação ou omissão atribuíveis aos seus funcionários, mas aos empregados responsáveis pela prestação de serviços de proteção, vinculados às empresas terceirizadas, especializadas em segurança, TOP LYNE SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO LTDA. (Aeroporto Internacional de Confins) e ORBITAL SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO LTDA. (Aeroporto Internacional de Viracopos), ambas homologadas pela Agência Nacional de Aviação Civil e em atuação conjunta com a Polícia Federal.

Ocorre que a Lei nº 5.862, de 12.12.1972, em seu art. 2º, *caput*, confere à INFRAERO a finalidade de administrar a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída, atualmente, pelo Ministério da Defesa. O art. 3º, inciso I, da mesma lei, estabelece que, para a realização de sua finalidade, compete à INFRAERO superintender técnica, operacional e administrativamente as unidades da infraestrutura aeroportuária.

Por sua vez, a Lei nº 6.009, de 26.12.1973, dispõe que os aeroportos e suas instalações serão explorados diretamente pela União; por entidades da administração federal indireta, especialmente constituídas para tanto, a exemplo da INFRAERO; ou, ainda, por pessoas jurídicas de direito privado, mediante concessão ou autorização, a denominada privatização aeroportuária.

A realização da inspeção de segurança da aviação civil, nos passageiros e em suas bagagens de mão, é de responsabilidade da administração aeroportuária, sob supervisão da Polícia Federal, segundo consta do art. 108 do Decreto nº 7.168, de 05.05.2010.

Às fls. 32/84, da contestação, constam os documentos referentes ao contrato de prestação de serviços auxiliares de proteção à aviação civil para o Aeroporto Internacional Tancredo Neves (Confins), firmado entre a requerida e a empresa TOP LYNE SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO LTDA. Nos itens 5.1, 5.1.1 e 5.1.2, do termo de condições contratuais de fls. 33/53, consta que o órgão de fiscalização representará a contratante, podendo agir e decidir em nome desta, inclusive para rejeitar os serviços executados em desacordo com os encargos constantes do termo de referência, bem como certificar o fiel cumprimento dos serviços contratados.

Por sua vez, o contrato firmado com a ORBITAL SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO LTDA., para a prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo, na modalidade de proteção, para o Aeroporto Internacional de Viracopos, em Campinas-SP, consta das fls. 85/120. O respectivo termo de condições contratuais também prevê a fiscalização dos serviços pela empresa pública.

No caso concreto sob apreciação, à época dos fatos, cumpria à INFRAERO a exploração, a administração e a supervisão das atividades em ambos os aeródromos, inclusive, era de sua responsabilidade o serviço de inspeção de segurança para acesso às áreas de embarque, caso em que está sujeita a responder objetivamente, independente de culpa ou dolo, pelas ações e omissões atribuídas aos seus agentes, prepostos ou empresas terceirizadas por ela contratadas para a prestação do serviço referido, em face dos quais, na hipótese de condenação à reparação por danos materiais e/ou morais causados a terceiros, pode posteriormente promover ação regressiva, onde há apuração do elemento volitivo do agente, perquirindo-se acerca de eventual culpa ou dolo.

Diante disso, entendo que a EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO detém legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação. Prefacial rechaçada.

Aprecio a matéria de fundo.

A Organização Mundial da Saúde - OMS, órgão vinculado à Organização das Nações Unidas - ONU, com base em pesquisa realizada no ano de 2010, estima que cerca de 19,4% (dezenove vírgula quatro por cento) da população mundial, ou 975.000.000 (novecentos e setenta e cinco milhões) de pessoas, apresentam deficiências motoras, visuais, auditivas e/ou mentais. Dentre as minorias, a das pessoas com deficiência é a mais numerosa. Aproximadamente 80% (oitenta por cento) delas vivem nos países em desenvolvimento, onde tem sido crescente o seu número. Dados do Banco Mundial apontam que 20% (vinte por cento) das pessoas em situação de pobreza, em todo o mundo, têm algum tipo de deficiência e tendem a ser consideradas, no âmbito de suas próprias comunidades, como pessoas em desvantagem. E, segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, 90% (noventa por cento) das crianças com deficiência, nos países em desenvolvimento, não frequentam escolas.

No Brasil, de acordo com o Censo Demográfico 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, quase 46.000.000 (quarenta e seis milhões) de brasileiros, cerca de 24% (vinte e quatro por cento) da população, declarou possuir ao menos uma deficiência (visual, auditiva, motora ou mental), em variados graus. Tal pesquisa evidenciou, ainda, que o risco social decorrente da deficiência é agravado quando presentes outros fatores de marginalização, como idade avançada, gênero, cor e renda, dadas as seguintes constatações: 1) 67,7% (sessenta e sete vírgula sete por cento) dos idosos apresentavam alguma deficiência em 2010; 2) Quase 1/3 (um terço) das mulheres afrodescendentes possuíam alguma deficiência; 3) O nível de ocupação das mulheres com deficiência era de 37,8% (trinta e sete vírgula oito por cento), enquanto, para os homens, era de 57,3 (cinquenta e sete vírgula três por cento); e 4) Cerca de 46,4% (quarenta e seis vírgula quatro por cento) da população com deficiência não têm renda ou percebe até um salário mínimo, sendo que as diferenças por existência de deficiência diminuem nas classes mais altas de rendimento.

São múltiplas as causas de deficiência, tais como envelhecimento da população, problemas crônicos de saúde, fatores ambientais e de outra índole, a exemplo de acidentes de trânsito, acidentes de trabalho, catástrofes naturais, conflitos, atos de violência, hábitos alimentares e abuso de substâncias.

Diante do atual contexto, organizações não-governamentais têm pleiteado a eliminação de barreiras ambientais e atitudinais, defendido a abolição de políticas públicas paternalistas, baseadas na comiseração e na idéia de incapacidade de defesa das pessoas com deficiência, e, ainda, combatido a assistência focada exclusivamente na reabilitação do indivíduo para adaptá-lo ou readaptá-lo à vida em sociedade. Invocam a igualdade de oportunidades e de acesso a todos os recursos da sociedade, como educação inclusiva, novas tecnologias, serviços sociais e de saúde, espaços de esportes e lazer, produtos, bens e serviços de proteção ao consumo. Defendem que a concretização dos direitos fundamentais sociais depende da transformação da sociedade para incluir e adaptar-se às necessidades de todos os cidadãos, inclusive das pessoas com deficiência. Buscam a construção de uma sociedade flexível para todos, através da conscientização, da sensibilização pública e da proposição de medidas legislativas e administrativas que considerem as necessidades e os direitos das pessoas com deficiências, ouvidas estas, com a finalidade de eliminar preconceitos e estigmas.

Tanto no âmbito do direito internacional, quanto no do direito interno, houve evolução no tratamento normativo das questões de interesse das pessoas com deficiência, inclusive no que toca à denominação do segmento, embora não haja uma designação que possa ser tida como correta em todo o tempo e espaço.

Ao longo da história, em documentos e em atos normativos, foram utilizadas expressões depreciativas e/ou estigmatizantes, que fomentavam a segregação e o preconceito, como "inválidos", "incapacitados", "incapazes", "defeituosos", "deficientes", "retardados" e "excepcionais", as quais desconsideravam as capacidades, habilidades e valores agregados à pessoa, frisando apenas as limitações individuais. Posteriormente, empregaram-se outras terminologias inadequadas e/ou eufemísticas, como "pessoas portadoras de deficiências", "pessoas com necessidades especiais", "portadores de necessidades especiais", "pessoas especiais", "pessoas com capacidades especiais", "pessoas com eficiências diferentes", "pessoas com habilidades diferenciadas" e "portadores de direitos especiais", que, em geral, induzem a camuflagem ou o apagamento das diferenças. De fato, a portabilidade implica na qualidade de levar ou conduzir algo consigo, o que denota voluntariedade e possibilidade de deixar de portar. A deficiência implica numa condição, inata ou adquirida, intrínseca à pessoa. O enfoque nos termos "necessidades", "habilidades" e "eficiências", também não considera o fato da deficiência, pois todo indivíduo, com deficiência ou não, possui suas necessidades, habilidades e eficiências próprias. Pela mesma razão, a expressão "especial" não presta-se como adjetivo do segmento, uma vez que toda pessoa apresenta alguma característica, interesse, valor, habilidade e/ou necessidade única, que a torna especial. A referência a "portadores de direitos especiais", absorve a questão da deficiência no universo das minorias, vez que tem sido recorrente a produção legislativa para contemplar tais grupos com tratamento jurídico-legal que respeite a sua diversidade, a sua específica condição. Referidas terminologias provocam a invisibilidade social da pessoa com deficiência, por não enfatizarem a heterogeneidade do respectivo grupo e a especificidade da exposição dele às limitações impostas pelo ambiente e pelas atitudes, fatores que não podem ser desconsiderados.

A denominação oriunda do consenso entre os interessados, "pessoa com deficiência", foi empregada a partir da Declaração de Salamanca, editada em junho de 1994, que dispôs sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais. O conceito abrange deficiências motoras, visuais, auditivas e mentais. Vale dizer que, nesta concepção, a par de uma deficiência que gera limitações sob determinado aspecto, a pessoa pode possuir funcionalidades e habilidades outras, integralmente exercitáveis. A expressão "pessoa com deficiência" preserva o conteúdo de capacidades, habilidades e o valor inerente à pessoa, sem

apagar a condição da deficiência, da qual decorrem necessidades que, se não supridas, podem expô-la ao risco de segregação. Assim, adiro à designação "pessoa com deficiência".

A Constituição da República de 1988 oferece as bases jurídicas para o tratamento da questão, quando, em seu art. 1º, III, dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, a qual, pela primeira vez, foi positivada no plano constitucional brasileiro. Pode-se compreender a dignidade da pessoa humana como valor, princípio e regra do Estado Democrático de Direito. Enquanto valor, significa que a pessoa humana não poderá ser alijada de sua dignidade, pois tal atributo precede à própria organização do Estado, independentemente de positivação, ou seja, o valor humano tem prioridade em face do Estado. A dignidade da pessoa humana, considerada como princípio, impõe-se como mandamento de otimização do ordenamento jurídico, a ser concretizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, constitui-se em base estruturante do Estado, devendo ser observada na produção do direito, tendo conteúdo deontológico, voltado ao "dever" ou ao "dever ser". E, como regra, ou princípio-regra, a dignidade da pessoa humana prevalece diante de todos os demais princípios e regras, embora possa ser relativizada diante da igual dignidade de todos os seres humanos, sendo, porém, de cumprimento obrigatório pelo Estado (efeito vertical), pela comunidade e pelo particular (efeito horizontal), dotada de *status* constitucional formal e material, com plena eficácia. Consiste, assim, em prescrição imperativa de conduta.

Adiante, no art. 3º, incisos I e II, a Carta Maior elenca como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O *caput* do art. 5º, da Constituição, preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantida, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tidos como direitos fundamentais individuais e coletivos. O inciso II do mesmo artigo traduz o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O § 2º, também do art. 5º, menciona que os direitos e garantias expressos na Carta Maior não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O § 3º equipara os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, quando aqueles forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

No art. 193, a Constituição inscreve como objetivos da ordem social o bem estar e a justiça social, e, no art. 203, IV, insere como objetivo da assistência social a promoção da integração da pessoa com deficiência à vida comunitária, norma extensível a todos aqueles que apresentam alguma deficiência, sejam ou não titulares de benefícios assistenciais.

No plano do direito internacional, em relação às pessoas com deficiência, há farta documentação elaborada pela ONU, e pelos órgãos a ela vinculados, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10.12.1948, no seu artigo I, preconiza que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de razão e consciência, devendo agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. O artigo II, item 1, dispõe que todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos naquela declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma,

religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

O Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, aprovado pela ONU, através da Resolução nº 37, de 03.12.1952, reportou-se ao princípio da igualdade de oportunidades, e, no item 109, fixou que os Estados Membros devem adotar as medidas necessárias para a eliminação de toda e qualquer prática discriminatória com relação à deficiência. No item 114, conclamou os Estados a adotarem política que garanta o acesso a todas instalações e edifícios públicos, bem como medidas que promovam a acessibilidade aos edifícios, instalações, moradias e transportes, impondo-se ao Estado a promoção de políticas públicas tendentes à equiparação de oportunidades, a qual consiste na acessibilidade a todos, pessoas com ou sem deficiência, aos sistemas sociais gerais, como o ambiente físico, a habitação, os transportes, os serviços sociais, a assistência à saúde, a educação, o trabalho, a cultura, a vida social e esportiva.

A Organização das Nações Unidas, em 09.12.1974, mediante Resolução, editou a Declaração dos Direitos das "Pessoas Deficientes", sustentando, nos seus itens 3 e 4, o direito ao respeito por sua dignidade humana e a igualdade de direitos fundamentais, civis e políticos.

Em 20.12.1993, a ONU lançou a Resolução nº 48, que estabelece regras gerais sobre igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência, apontando medidas de implementação da igualdade de participação em acessibilidade, educação, emprego, renda, seguro social e outros. Ao tratar dos requisitos para a igualdade de participação, como regra nº 1, destaca a sensibilização, que impõe aos Estados adotar medidas para que a sociedade adquira maior consciência das pessoas com deficiência, assim como dos seus direitos, necessidades, potencialidades e contribuição. Como regra nº 5, tem-se a acessibilidade, que, conforme o seu item 1, orienta os Estados à adoção de medidas para eliminar os obstáculos à participação impostos pelo meio físico. Tais medidas devem consistir na elaboração de normas e diretrizes e no estudo da possibilidade de aprovar legislação que garanta o acesso a diversas áreas da sociedade, tais como a habitação, os edifícios, os transportes públicos e outros meios de transporte, as ruas e outros espaços ao ar livre.

Em 08.10.2001, através do Decreto nº 3.956, foi promulgada no Brasil a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as "pessoas portadoras de deficiência" (Convenção da Guatemala). O artigo III, item 1, menciona o compromisso dos Estados Partes na implementação de medidas que eliminem progressivamente a discriminação e promovam a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação e o esporte, bem como o acesso à justiça, aos serviços policiais, às atividades políticas e de administração.

Mediante Decreto nº 6.949, de 25.08.2009, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, ambos assinados em Nova Iorque, Estados Unidos, em 30.03.2007. Referida convenção foi aprovada conforme o procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere força de emenda constitucional.

Pessoas com deficiência, conforme o art. 1º da convenção, consistem naquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O art. 2º da referida convenção conceitua discriminação por motivo de deficiência como sendo:

> Qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Como princípios gerais, o art. 3º traz, dentre outros, o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência da pessoa com deficiência; a não-discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidade; e a acessibilidade. A autonomia perfaz-se através da condição de domínio sobre o ambiente físico e social, preservadas a privacidade e a dignidade da pessoa com deficiência. A independência verifica-se na aptidão para decidir por si mesmo, sem a interferência de outrem, como familiar ou profissional especializado. A inclusão social consiste na adaptação da sociedade para que as pessoas com deficiência sejam nela inseridas e, com a disponibilidade de medidas efetivas de apoio, possam desenvolver plenamente seu potencial e exercer seus papéis sociais. A inclusão tem como princípios a aceitação das diferenças individuais, a valorização de cada pessoa, a convivência dentro da diversidade e a aprendizagem cooperativa.

O art. 4º, item 1, alínea *b*, imputa aos Estados Partes o compromisso de adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência.

O art. 5º, em seu item 3, dispõe que os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida, para promover a igualdade e eliminar a discriminação. A adaptação razoável consiste nas modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Nos termos do art. 8º, 1, incisos *a* e *b*, devem ser adotadas medidas imediatas, efetivas e apropriadas para conscientizar toda a sociedade sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos seus direitos e dignidade, combatendo estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação às pessoas com deficiência.

No que tange à acessibilidade, o art. 9º prevê a adoção de medidas apropriadas para garantir às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e à comunicação.

O respeito à privacidade e contra ataques ilícitos à sua honra e reputação está inscrito no art. 22.

Sob a perspectiva infraconstitucional do direito interno, a Lei nº 7.853, de 24.10.1989, estabelece normas gerais tendentes ao pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência e sua efetiva integração social. Já no § 1º, do art. 1º, refere que, na sua aplicação e interpretação, serão observados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito. O art. 9º e seu § 1º, dispõem que a Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas com deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja garantido o

pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social. Submetem-se a tais preceitos, na esfera federal, além dos órgãos públicos, as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, as respectivas subsidiárias e as fundações públicas.

A Lei nº 7.853/1989 está regulamentada através do Decreto nº 3.298, de 20.12.1999. Como princípios, o art. 5º elenca a plena integração da pessoa com deficiência no contexto socioeconômico e cultural, o pleno exercício dos seus direitos básicos e o respeito, com igualdade de oportunidades na sociedade, sem privilégios ou paternalismos. O art. 6º, III, traça como diretriz a inclusão da pessoa com deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais referentes à educação, à saúde, ao trabalho, à edificação pública, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à habitação, à cultura, ao esporte e ao lazer. Como objetivos, o art. 7º, I, insere o acesso, o ingresso e a permanência da pessoa com deficiência em todos os serviços oferecidos à comunidade, e o inciso IV menciona a formação de recursos humanos para atendimento da pessoa com deficiência. O art. 49 impõe aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta a formação e qualificação profissional, nas diversas áreas de conhecimento e de recursos humanos, que atendam às demandas das pessoas com deficiência, cabendo-lhes, ainda, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico em todas as áreas do conhecimento relacionadas com a pessoa portadora de deficiência.

Em tema de acessibilidade, a Lei nº 10.048, de 08.11.2000, confere atendimento prioritário às pessoas com deficiência, dentre outras que especifica.

Para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, foi editada a Lei nº 10.098, de 19.12.2000, regulada pelo Decreto nº 5.296, de 02.12.2004, que, em seu art. 6º, V, prevê a disponibilidade de área especial para embarque e desembarque, além do atendimento prioritário. O art. 44, parágrafo único, refere que a acessibilidade nos serviços de transporte coletivo aéreo obedecerá às normas da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e as normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

A ABNT/NBR número 14.273 trata da acessibilidade da pessoa com deficiência no transporte aéreo comercial.

O Decreto nº 6.780, de 18.02.2009, que aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC), consagra a proteção do consumidor como um dos seus objetivos, conforme o item 2.4, para o qual o atendimento às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, constituem-se em importante marco nas relações entre consumidores e fornecedores de bens e serviços. Também refere-se ao consumidor no item 3.4. As ações estratégicas de segurança estão abordadas no item 3. Como uma das ações gerais, prevê a promoção da permanente atualização e aperfeiçoamento da legislação e dos padrões operacionais, ações e fiscalização, bem como a formação, a capacitação e a atualização dos profissionais, de forma a garantir a implementação adequada de medidas em proveito da segurança, aplicando novas tecnologias para o processamento de passageiros, suas bagagens e carga aérea.

O mencionado decreto subsidia a qualificação de pessoal para o atendimento das dificuldades e necessidades envolvendo a prestação do serviço de controle de segurança relativamente às pessoas com deficiência, para o qual deve ser adotado nível de triagem necessário e suficiente à identificação de eventual ameaça ou risco à aviação, sendo realizado do modo mais tranquilo possível para o passageiro, esclarecendo-o sobre o procedimento e as prerrogativas

dos agentes de segurança aeroportuária.

O Decreto nº 7.168, de 05.05.2010, dispõe sobre o Programa Nacional de Segurança na Aviação Civil contra Atos de Interferência Ilícita (PNAVSEC). O art. 67 estabelece que o acesso de passageiros, tripulantes, pessoal de serviço, empregados dos concessionários de aeroporto e das administrações aeroportuárias e de servidores públicos às áreas restritas de segurança (ARS's) será permitido somente após identificação e inspeção de segurança, nos termos dos atos normativos da ANAC. Os passageiros e suas bagagens de mão devem ser inspecionados antes do acesso à aeronave ou à ARS, conforme atos normativos da ANAC, segundo diz o art. 110. Consoante o art. 112, a inspeção pode ser manual ou com o uso de equipamentos de segurança (detector de metais, raio-x, ETD e outros), ou pela combinação de ambas as técnicas. O art. 115 menciona que a busca pessoal dos passageiros e a inspeção manual de bagagens consistem em processos alternativos de inspeção de segurança, devendo ser realizados aleatoriamente quando os equipamentos não estiverem disponíveis ou não estiverem em boas condições de uso, ou quando a Polícia Federal julgar necessário para o desempenho de sua missão institucional. Para o art. 116, a busca pessoal deve ser realizada com o propósito de identificar qualquer item de natureza suspeita, em passageiros já submetidos aos procedimentos de inspeção de segurança, e sobre os quais permaneça a suspeição. O art. 119 exige o consentimento do passageiro para a realização da inspeção manual de bagagem e a busca pessoal, devendo esta ser realizada por profissional do mesmo sexo, em sala reservada, *com discrição* e na presença de testemunha. Não havendo consentimento, ocorrendo resistência à inspeção ou sendo apresentados indícios de objetos, materiais e substâncias cuja posse, em tese, constitua crime, a Polícia Federal realizará a busca pessoal, a teor do art. 120. Relativamente às pessoas com deficiência, os artigos 150 e 151 assim regulam o procedimento de inspeção:

> Subseção IV
> Da Inspeção de Passageiro que Necessite de Assistência Especial
> Art. 150. Os passageiros que necessitem de assistência especial, com transtorno psiquiátrico grave, portadores de deficiência, em cadeira de rodas ou em macas, com auxílios protéticos ou com marca-passo, entre outros, podem ser inspecionados ou submetidos à busca pessoal, mediante seu consentimento ou de seu representante legal, por APAC.
> Art. 151. Se realizada a busca pessoal em área reservada fora da ARS, o passageiro deverá ser acompanhado até a sala de embarque por quem a realizou.

Por sua vez, a Resolução nº 168, de 17.08.2010, no seu art. 3º, X, assim estabelece:

> X - o passageiro com necessidades especiais deve ter prioridade e ser submetido aos procedimentos de inspeção na medida em que sua incapacidade permitir, observando-se os seguintes procedimentos:
> a) os equipamentos utilizados no auxílio do passageiro com necessidades especiais deverão ser inspecionados com os equipamentos disponíveis no aeroporto, preferencialmente por equipamentos de raios-X;
> b) caso haja um acompanhante, este deve ser inspecionado primeiro e, após concluído o procedimento de inspeção, o APAC poderá solicitar seu auxílio para realizar a inspeção no passageiro com necessidades especiais;

O Decreto nº 7.612, de 17.11.2011, instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite, que, no seu art. 4º, incisos III e IV enumera como eixos de atuação a inclusão social e a acessibilidade. No art. 12, institui o Comitê Interministerial de

Tecnologia Assistiva, que tem a finalidade de formular, articular e implementar políticas, programas e ações para o fomento ao acesso, desenvolvimento e inovação em tecnologia assistiva.

A Agência Nacional de Aviação Civil lançou o Guia de Acessibilidade ANAC, que trata da assistência especial destinada aos passageiros que sejam idosos, crianças desacompanhadas, gestantes, lactantes, pessoas com criança de colo, pessoas com mobilidade reduzida e pessoas com deficiência. Contudo, o guia não faz menção sobre o procedimento de inspeção de segurança.

A respeito da acessibilidade em aeroportos, após os ataques de 11.09.2001, houve a proliferação, em todo o mundo, de normas tendentes à adoção de rigorosos procedimentos de segurança para acesso às áreas de embarque, visando assegurar a incolumidade de todos os usuários, tripulantes e demais trabalhadores do setor aéreo e das respectivas áreas de suporte.

A questão dos métodos de verificação de segurança em aeroportos traz à tona a concorrência entre valores igualmente essenciais em uma sociedade livre, justa e democrática, quais sejam, de um lado, a garantia de segurança, e, de outro, a dignidade da pessoa humana e a privacidade, os quais devem ser balanceados com habilidade para que não ocorra violação a nenhuma das liberdades constitucionais.

Sobretudo nos Estados Unidos da América e na Europa, grupos de defesa das liberdades civis têm se manifestado contrariamente a alguns dos sistemas de triagem de passageiros que vêm sendo estudados e/ou implementados. A proposta de elaboração de lista de passageiros confiáveis, a partir da coleta e compartilhamento de informações entre os órgãos governamentais e empresas dos segmentos de transporte e turismo, com avaliação do risco à segurança, tem encontrado forte resistência. Alguns críticos exigem que tal medida: a) tenha prévia comprovação de eficácia para erradicar atos de violência ou terrorismo; b) seja proporcional à finalidade, sem violar direito à privacidade; e c) e evite efeitos negativos, como discriminação. Outros sustentam que o etiquetamento de passageiros é desprovido de padrões científicos de validação, e, ademais, é inviável quanto à obtenção de dados de passageiros oriundos de países com elevado índice populacional, não podendo ser utilizado para afastar ou atestar o risco representado por um passageiro.

Igualmente têm sido alvo de ataques as buscas pessoais manuais, ou revistas íntimas, nas quais haja contato corporal, vez que são consideradas violação não razoável da intimidade.

Mesmo os denominados “scanners”, equipamentos que emitem feixes com ondas de raio-x de baixa intensidade, as quais refletem o corpo inspecionado com riqueza de detalhes, não têm escapado da controvérsia. Argumentam os seus opositores que não há informações concretas a respeito dos níveis seguros de radiação no organismo humano. Não fosse isso suficiente, o fato de tais máquinas exibirem os corpos como numa fotografia com imagens de nudez, retratando todas as características físicas da pessoa, tem sido considerado como fisicamente invasivo da privacidade, e, pois, violação desarrazoada. Isso tem motivado, nos Estados Unidos, a retirada de tais equipamentos dos pontos de inspeção dos aeroportos, e, alternativamente, tem sido desenvolvido equipamento, com tecnologia de ondas milimétricas de radiofrequência, que retrata o corpo inspecionado com uma imagem e contorno genéricos, similar às linhas marcadas com giz em cenas de homicídio.

É essencial que sejam envidados todos os esforços e conhecimentos tecnológicos no desenvolvimento de equipamentos e procedimentos de inspeção eficazes na garantia de segurança dos passageiros, tripulantes, servidores públicos e funcionários do setor aeroportuário, entretanto, sempre havendo respeito à dignidade da pessoa humana e à intimidade. A perpetração de atos desprovidos de razoabilidade e proporcionalidade em tais procedimentos,

pode configurar ilegalidade ou abuso, sobretudo em face daqueles que estão constantemente expostos a riscos sociais e que pouco ou nenhum perigo representam aos serviços de transporte aéreo, engendrando a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado responsável pelo serviço.

Acerca da responsabilidade civil ou patrimonial das pessoas jurídicas de direito público interno, a incidir quando demonstrada a ocorrência de ato ilícito ou abusivo que tenha sido causa de danos materiais ou morais em detrimento do usuário dos serviços ou de terceiros, faz-se necessário destacar que, ao disciplinar a conduta da Administração Pública, a Constituição de 1988 estabelece, no *caput* do seu art. 37, relativamente aos entes e entidades de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tais princípios, de aplicação geral, informam a atuação da administração pública.

O princípio da legalidade impõe a observância da lei e do Direito, ou seja, a atuação conforme a esfera estabelecida pelo legislador. A eficácia da atuação administrativa está intrinsecamente vinculada à subordinação à lei. Mesmo os denominados atos discricionários estão sujeitos a controle de legalidade quanto aos elementos competência, forma e finalidade.

A regra ou princípio da impessoalidade determina a objetividade no atendimento do interesse público e a neutralidade da atividade administrativa, que deve ser imparcial quanto aos destinatários e despersonalizada quanto ao agente público que a realiza, sendo o ato administrativo imputável tão somente à Administração Pública, exceto para fins disciplinares. No dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, *in Curso de Direito Administrativo*, referido princípio "traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas".

Por sua vez, o princípio da moralidade exige que a atuação estatal se dê em conformidade com padrões éticos de probidade, decoro e boa fé. O ato administrativo deve obedecer, tanto à lei jurídica, quanto à lei ética institucional, formulada no âmbito interno do ente ou entidade de direito público.

A divulgação oficial dos atos administrativos, como elemento de sua eficácia, consubstancia o princípio-regra da publicidade.

A introdução do princípio da eficiência decorreu da chamada "reforma administrativa", intentada através da Emenda Constitucional nº 19/1998. Impõe o melhor emprego dos recursos (humanos, materiais e institucionais) para a satisfação das necessidades coletivas, num regime de igualdade dos usuários dos serviços. Visa a organização racional dos meios de que dispõe a administração pública para a prestação de serviços públicos de qualidade, em condições econômicas e de igualdade dos destinatários. Vale dizer que, em todas as suas ações, seja na prestação de serviços ou no fornecimento de informações aos usuários e interessados, a administração pública deve sempre primar pela eficiência.

Havendo conduta estatal em desacordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais, que seja a causa de dano a terceiros, seja de natureza material, moral ou estética, incide a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado, fundada na doutrina do risco administrativo, que dispensa a prova de culpa ou dolo, impondo a obrigação de reparação do prejuízo sofrido pelo administrado. No caso, há possibilidade de ação regressiva do ente ou entidade pública, bem como da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, contra o agente causador do dano, para ressarcimento, quando, então, será apreciada eventual culpa ou dolo. É o que autoriza o § 6º, também do art. 37, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que

seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A culpa objetiva, em sentido amplo, pode abranger a culpa *in eligendo*, decorrente da má escolha de representante ou preposto; culpa *in instruendo*, quando faltaram as devidas instruções; culpa *in vigilando*, ausência de fiscalização ou vigilância sobre a conduta do agente; e culpa *in custodiendo*, falta de cautela ou atenção em relação a pessoa, animal ou objeto sob os cuidados do agente.

O Código Civil, no seu art. 186, considera ato ilícito toda ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. O art. 187 também compreende como ato ilícito o exercício de direito que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou seja, considera como ato ilícito o abuso do direito.

Dano, em sua acepção genérica, consiste em prejuízo, destruição, subtração, ofensa ou lesão a um bem juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, estética ou moral.

O art. 927, do mesmo código, impõe a obrigação de reparação do dano àquele que praticar ato ilícito mediante indenização, que está disciplinada nos artigos 928 *usque* 954.

Por sua vez, o dever de indenizar em razão de danos morais decorre do preceito contido no art. 5º, X, da Constituição da República, que, inclusive, considera inviolável a honra das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Como dano moral entende-se toda ofensa aos atributos físicos, valorativos, sociais, psíquicos e intelectuais da pessoa, capazes de provocar-lhe padecimentos sentimentais.

Sendo vulnerado direito da personalidade, o art. 12, do Código Civil, admite reclamação das perdas e danos. Havendo violação a direito que cause dano moral, é cabível a indenização, conforme leitura dos artigos 186 e 187, c/c 927, todos daquele mesmo *codex*.

Aqui, independe de prova objetiva do abalo moral sofrido, mesmo porque é praticamente impossível provar fatos inerentes à introspecção do indivíduo. O dano moral, dada a sua natureza incorpórea, não requer prova, bastando a demonstração do fato ensejador do dano. Uma vez comprovado o fato que afetou a honra objetiva (reputação perante a sociedade ou grupo) ou a honra subjetiva (apreço que o indivíduo tem por si mesmo), estará caracterizado o dever de compensação por parte do causador da lesão.

Portanto, basta a demonstração objetiva do fato que ensejou o dano extrapatrimonial, este consubstanciado na dor, no sofrimento, nos sentimentos íntimos de constrangimento, vergonha e de desvalimento. Deve estar demonstrado o atentado à reputação, à autoridade legítima, ao pudor, à segurança, à tranquilidade, ao amor-próprio, à integridade da inteligência e às afeições da vítima.

No caso concreto dos autos, narra a parte autora que é advogado e que habitualmente realiza viagens de interesse profissional. Informa que apresenta deficiência de deambulação, decorrente de sequela de poliomielite, fazendo uso permanente de ajuda técnica consistente em aparelhos ortopédicos nos membros inferiores e bengalas do tipo canadense, todos confeccionados em alumínio.

Relata que, em *08.10.2011*, no Aeroporto Internacional de Confins, Belo Horizonte - MG, ao passar pela inspeção de segurança, foi impedido de atravessar o portal detector de metais utilizando as bengalas. Argumentou que seria desnecessário retirar as bengalas, pois, mesmo sem elas, o alarme soaria em razão do aparelho ortopédico nas pernas. Rejeitada sua alegação,

dispôs as bengalas na esteira da máquina de raio-x, e, com marcha arrastada, passou pelo detector de metais, tendo soado o alarme. Na sequência, foi conduzido por dois agentes para uma sala reservada, onde teve de posicionar-se de costas, com braços abertos, sem nenhum auxílio, apoiando a testa na parede na tentativa de manter o equilíbrio, o que não conseguiu. Daí, solicitaram-lhe que se sentasse numa cadeira e abaixasse peça de seu vestuário (calça) para vistoria do aparelho ortopédico. Somente então foi liberado.

Em *31.10.2011*, no Aeroporto Internacional de Viracopos, Campinas - SP, após soar o alarme do detector de metais, foi acompanhado por dois seguranças até uma sala reservada, onde foi submetido à revista pessoal. Foi colocado de braços abertos contra a parede e, depois, sentado em cadeira, teve de abaixar a calça para exibir o aparelho. Realizada a busca pessoal, foi autorizado o seu acesso à área de embarque do aeródromo.

Aduz que, embora considere lícita a revista dos passageiros com deficiências, as práticas que vêm sendo adotadas pelos prepostos da requerida são agressivas, constrangedoras e desproporcionais, tendo lhe causado dissabor, humilhação e indignação, sobretudo pelo fato de postar-se seminu diante de estranhos e expor suas atrofias. Sustenta que, embora as pessoas com deficiência devam também ser submetidas aos procedimentos de segurança, o tratamento dispensado deve ser diferenciado, com respeito às suas limitações.

Em seu depoimento pessoal, a parte requerente acrescentou que, em suas viagens, durante os procedimentos de embarque, no mais das vezes experimenta problemas durante a inspeção de segurança. Acrescentou que, no aeroporto de Confins, solicitou cadeira de rodas para sua locomoção a fim de que pudesse colocar as bengalas na esteira da máquina de raio-x, porém foi negado pelos agentes de segurança. Teve muita dificuldade para deslocar-se até o portal detector de metais sem o auxílio das bengalas. Na sala reservada, ao ser vistoriado, não foi-lhe permitido o uso das bengalas, tendo problemas de desequilíbrio. Ao receber a determinação para "abaixar a calça", sugeriu que poderia levantar as barras da referida peça, pois os aparelhos eram visíveis. Em Viracopos, foi forçado a submeter-se à vistoria, pois teria audiência em Belo Horizonte - MG e não poderia atrasar-se, caso se recusasse e fosse conduzido à Polícia Federal. Mencionou que, em algumas ocasiões nas quais foi levado à sala reservada, não necessitou retirar peças de seu vestuário. Destacou que, diante de sua condição física, não representa perigo ao serviço aeroportuário, pois não pode correr e pode ser derrubado com um "leve toque". Nas duas situações relatadas, estava viajando a trabalho.

À vista de tais fatos, alega a ocorrência de dano moral, cuja reparação pleiteia.

Em sua defesa, a INFRAERO argumenta que a conduta dos agentes de proteção da empresa terceirizada, em ambos os aeroportos, seguiu o procedimento padrão e observou as normas de segurança, não havendo abusos nem excessos. Alega que as acusações tecidas na petição inicial são genéricas e controversas, sendo que todas elas foram praticadas por funcionários das empresas TOP LYNE e ORBITAL, e não da empresa pública federal, em face da qual afirma não haver prova de eventual culpa por omissão de seus agentes. Rebate que a parte autora não comprovou ser "portador de necessidades especiais" com uso permanente de aparelhos ortopédicos em alumínio.

Feitas tais observações, invoca a ausência de nexo de causalidade, de culpa da INFRAERO e de prova dos alegados danos morais, sustentando a inexistência do direito à reparação civil.

Conforme já apreciado preliminarmente, a INFRAERO responde por atos praticados pelos prepostos das empresas terceirizadas por ela contratadas para a prestação de serviços sobre os quais é responsável, sendo caso de responsabilidade patrimonial objetiva.

Saliento a evidência de que a parte autora se caracteriza como pessoa com deficiência,

dada a perceptível atrofia de seus membros inferiores e a dificuldade de deambulação, constatadas durante audiência de instrução, não havendo necessidade, para a comprovação de tais fatos, de produção de prova pericial, a qual sequer foi requerida pelas partes, caso em que aplicáveis os artigos 334, I, e 420, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil. Assim, não procede a alegação da empresa pública requerida de que a parte autora não comprovou figurar como pessoa com deficiência.

À luz das normas antes referidas, todos os usuários e prestadores de serviços aéreos, bem como todos os profissionais, sejam do setor público ou do setor privado, que exerçam suas atividades ou parte delas em ambiente de aeroportos, indistintamente, devem ser submetidos aos procedimentos de controle de segurança para acesso às áreas de embarque e a outras áreas restritas.

Entretanto, os procedimentos de controle de segurança devem ser adaptados à peculiar condição das pessoas com deficiência.

Dentre os fatos abordados nos autos, considero que os agentes de segurança da empresa terceirizada contratada pela INFRAERO agiram corretamente quando orientaram a parte autora a dispor suas bengalas em esteira do equipamento de raio-x para inspeção, procedimento previsto na Resolução nº 168/2010, art. 3º, X, *a*. Contudo, desprezaram suas limitações e necessidades ao recusarem ou não disponibilizarem ajuda técnica alternativa para seu deslocamento pelo portal detector de metais, o que impôs à parte requerente deambular com "marcha arrastada" até transpor referido equipamento, conforme por ela narrado e não impugnado pela parte contrária. Com isso, a parte postulante foi exposta publicamente à situação vexatória e constrangedora. Não se pode olvidar a Resolução nº 168/2010, que, no art. 3º, X, prevê a inspeção da pessoa com deficiência na medida em que a incapacidade desta permitir. No caso, foi desconsiderada a dificuldade de deambulação e a necessidade de ajuda técnica, o que expôs o usuário com deficiência a vivenciar uma experiência angustiante e humilhante em público.

A condução da parte autora a uma sala reservada para busca pessoal, por ter soado o alarme do detector de metais, em razão do aparelho ortopédico em alumínio nos membros inferiores, está autorizada pelos artigos 116, 119, 120 e 150/151 do Decreto nº 7.168/2010. Porém, a exigência de que a parte autora, durante a inspeção, se postasse de costas, apoiada apenas pela testa em uma parede, com os braços abertos, sem qualquer ajuda técnica que tornasse possível a manutenção do equilíbrio, demonstra despreparo dos agentes no atendimento de pessoas com deficiência, e, também, insensibilidade quanto às suas necessidades. Não há como exigir da pessoa com deficiência física performance semelhante à das pessoas sem deficiência, em testes ou averiguações nos quais a compleição física exerça preponderante influência. Procedimento tal, além de expor a pessoa ao risco de lesão, em caso de desequilíbrio ou queda, mostra-se desnecessário, desproporcional, desarrazoado e degradante, diante do visível quadro de deficiência física apresentado pela parte postulante.

Outrossim, a busca pessoal deve ser realizada com discrição, com prudência, conforme exigido pelo art. 119 do mencionado decreto. Ao exigir que a parte autora "abaixasse a calça" para expor o aparelho ortopédico, exibindo peça da indumentária íntima, o agente de segurança impôs real constrangimento ao usuário, o qual, inclusive, exteriorizou em audiência sua inibição em mostrar suas atrofias. Relatou a parte autora que o agente não admitiu sua sugestão de elevar as barras da calça para comprovar o uso do aparelho ortopédico. O procedimento alternativo, sugerido pelo próprio usuário, teria sido suficiente à demonstração de sua condição de dependente de ajuda técnica para deambulação.

Tais fatos ocorreram tanto no Aeroporto Internacional de Confins (Belo Horizonte - MG),

quanto no Aeroporto Internacional de Viracopos (Campinas - SP), o que demonstra que este procedimento vem sendo padronizado, embora não haja disposição legal ou normativa que autorize as práticas impugnadas pela parte autora. A própria INFRAERO admitiu, em sua peça de defesa, que se trata de procedimento padrão.

O Decreto nº 7.168/2010 prevê inspeção manual ou com o uso de equipamentos de segurança (detector de metais, raio-x, ETD e outros), ou pela combinação de ambas as técnicas, sem o desnudamento do passageiro, prática que entendo como exorbitante do poder de fiscalização dos agentes da INFRAERO, quando não houver um fato específico que a justifique, devendo ser extirpada do procedimento de inspeção pessoal, ou seja, referida conduta somente seria admissível diante de forte e fundada suspeita de risco ou ameaça à segurança, explicitada em relatório circunstanciado, quando insuficiente ou inviável o emprego de outras técnicas de inspeção, ou adaptação razoável, o que não foi o caso dos autos.

Nada despiciendo destacar que cumpre à administração pública formar e qualificar recursos humanos, nas diversas áreas, para atendimento às pessoas com deficiência, consoante preconizam os artigos 7º, IV, e 49, ambos da Lei nº 7.853/1999, a qual também prevê o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico para a promoção da inclusão e integração social daquelas. E o Decreto nº 6.780, de 18.02.2009, no item 3, estipula como uma das suas ações gerais, a permanente atualização e aperfeiçoamento dos padrões operacionais, ações e fiscalização no processamento de passageiros e suas bagagens.

A triagem de segurança em aeroportos deve ser executada em nível necessário e suficiente à detecção de ameaça ou perigo, sendo a busca pessoal cabível em caso de suspeita de comportamento arriscado, a ser conduzida com tranquilidade e discrição, conforme admitir a capacidade do passageiro.

A INFRAERO, em sua contestação, não apresentou dados concretos de que a parte autora representasse ameaça ou perigo ao transporte aéreo, que justificasse o tratamento dispensado e a adoção do procedimento referido, o que leva à constatação de que o passageiro foi submetido à busca pessoal nos moldes efetuados apenas em razão da sua condição de pessoa com deficiência.

Expor alguém a um critério de inspeção de segurança mais gravoso, em razão da deficiência que apresenta, mitigando o seu direito de acesso aos meios de transporte, caracteriza injusto ato discriminatório que fere o fundamento da dignidade da pessoa humana e os objetivos republicanos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e de promoção do bem comum, inscritos, respectivamente, no art. 1º, III, e art. 3º, I e IV, da Constituição.

Não fosse isso suficiente, restringiu a capacidade de gozo da parte autora no tocante aos direitos invioláveis à liberdade substantiva e à igualdade de oportunidades, vez que esteve sujeita a tratamento detrimentoso, não imposto genericamente às pessoas com e sem deficiência.

A prática combatida pela parte requerente violou princípios gerais da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, previstos no seu art. 3º, quais sejam, o respeito pela dignidade inerente, a não-discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, a igualdade de oportunidade; e a acessibilidade. Vulnerou, ainda, os valores protegidos pelo art. 22 do mesmo diploma internacional, quais sejam, o respeito à privacidade e à honra da pessoa com deficiência.

É inadmissível que, diante do avanço da tecnologia, um usuário do serviço de transporte aéreo seja submetido a um procedimento tão rudimentar de inspeção e busca pessoal, com exibição de sua "deficiência" em revista íntima, o que vulnera a preservação da intimidade e a

honra subjetiva, além de não garantir a efetiva proteção contra atos de violência ou terrorismo. Cumpre à INFRAERO disponibilizar outros meios a seus agentes para que possam franquear, com segurança, o acesso de pessoas com deficiência às áreas de embarques e demais áreas restritas de segurança (ARS's) dos aeroportos, empregando sistemática de inspeção adaptada às condições e necessidades de tais usuários.

Inclusive, não há menção nos autos acerca da existência de adequada área especial para embarque e desembarque de passageiros com deficiência nos aeródromos envolvidos.

Não se pode olvidar que os aeroportos do Brasil devem ser reestruturados e preparados para recepcionar um elevado número de passageiros em razão dos grandes eventos que estão por vir, tais como a Copa das Confederações, a Copa do Mundo, os Jogos Olímpicos e, especialmente, os Jogos Paralímpicos. Não há como conceber que, por ocasião de tais eventos, sobretudo dos Jogos Paralímpicos, os passageiros com deficiências recebam tratamento semelhante, o que prejudicaria em muito a imagem do país anfitrião.

Submeter a pessoa com deficiência às práticas questionadas, em todas as viagens que realizar, configura tratamento discriminatório, por considerá-las sempre suspeita de atos de violência ou terrorismo, e desvantajoso, pois, além das dificuldades de deslocamento intrínsecas à sua condição de deficiência, teria de despender maior tempo em procedimento de inspeção mais prolongado e rigoroso. Ou seja, a par das barreiras de ambiente e de atitude já impostas à pessoa com deficiência, a administração aeroportuária estaria impondo ônus desprovido de razoabilidade e proporcionalidade, que atenta contra a dignidade da pessoa e fere o direito de acessibilidade e de integração na prestação dos serviços de transporte. Tais práticas agem como fator de inibição de atitudes espontâneas de inclusão pela própria pessoa com deficiência e geram a segregação no trabalho, na economia, na educação, no lazer, no esporte e em outras esferas da vida social.

Cumpre ao Estado revisar normas, procedimentos e práticas que impeçam as pessoas com deficiência de serem integradas a um ambiente acessível e sustentável, disponibilizando-lhes medidas efetivas de apoio. O poder público deve investigar as restrições, barreiras discriminatórias, atos de violência e abusos, bem como implementar as providências necessárias para combater tais práticas e reverter a situação. Devem ser adotadas políticas públicas que incentivem a pessoa com deficiência a permanecer ou a tornar-se parte da sociedade em que vive, coibindo práticas invasivas que desestimulem a inclusão e a integração social. A produção legislativa deve reforçar a fraternidade, a solidariedade e a garantia de acessibilidade, para que as pessoas com deficiência tenham igual direito de acesso a todas as infraestruturas públicas e sociais. As pessoas com deficiência, por pertencerem a uma dita minoria, não podem ter os seus direitos civis, políticos, econômicos e culturais minimizados e/ou suprimidos.

A sociedade deve, igualmente, ser conscientizada e encorajada a rever culturas nocivas às pessoas com deficiência, posto que práticas culturais não são estanques, mas, sim, sujeitas a transformações ao longo da história. A inclusão somente se concretiza com a flexibilização da sociedade para considerar e se adaptar às necessidades das pessoas com deficiência, de modo que elas possam plenamente exercer todos os seus direitos.

À vista de tais fatos, entendo que a INFRAERO, através dos agentes de segurança por ela contratados, violou os princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, a cujo cumprimento está sujeita a Administração Pública como um todo. Isso porque adotou procedimento de inspeção mais gravoso em detrimento de usuário dos seus serviços, sem previsão legal ou normativa, e ausente motivação concreta que o justificasse; considerou exclusivamente a condição de pessoa com deficiência do passageiro; e deixou de primar pelo desenvolvimento de

procedimento de inspeção mais adequado, discreto e tecnicamente eficaz para detectar reais ameaças à segurança no transporte aéreo.

A conduta dos referidos prestadores de serviço foi discriminatória, desproporcional e ofensiva, causando humilhação, violação da intimidade e ataque à honra subjetiva da parte autora, o que configura ato ilegal e abusivo, gerador de dano moral, o qual se caracteriza pela ocorrência do fato lesivo.

Assim, entendo presentes a conduta dos agentes contratados pela empresa pública, o dano e o nexo de causalidade, com responsabilidade objetiva da empresa pública federal, por ato ilegal e abusivo, impondo-se compensação pecuniária adequada e suficiente para ressarcir a vítima e desestimular a reincidência, sem acarretar enriquecimento sem causa da parte prejudicada.

Arbitro o montante indenizatório, quanto aos danos morais, considerando a reiteração de conduta, em *R$ 15.000,00 (quinze mil reais)*, valor que entendo suficiente para proporcionar conforto à vítima, sendo que, sobre tal importância, incidirá correção monetária a partir desta data e juros moratórios desde a data do evento danoso *(08.10.2011)*, conforme Súmula nº 54, do Superior Tribunal de Justiça, e art. 398, do Código Civil/2002.

A atualização dos valores devidos a título de danos materiais e morais deverá obedecer, ainda, ao que estabelece o MANUAL DE ORIENTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARA OS CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal.

Pelo exposto, rejeito a(s) preliminar(es) suscitada(s), e, resolvendo o mérito na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pela parte autora, para condenar a EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO - ao pagamento de compensação por danos morais no valor de *R$ 15.000,00 (quinze mil reais)*, com atualização na forma da fundamentação.

Defiro o pedido de assistência judiciária gratuita, ante a declaração de hipossuficiência pela parte autora.

Sem custas e honorários nesta instância, a teor do art. 1º da Lei nº 10.259/01, c/c art. 55, da Lei nº 9.099/95.

Havendo recurso tempestivo, intime-se a parte recorrida para contra-arrazoar no prazo de 10 (dez) dias. Transcorrido o prazo, remetam-se os autos virtuais à colenda Turma Recursal.

Mantida esta sentença, após o trânsito em julgado, intime-se a parte requerida para que, no prazo de *30 (trinta) dias*, apresente a planilha de cálculo do valor devido atualizado, intimando-se a parte autora para manifestação no prazo de *10 (dez) dias*.

Após, oficie-se à EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO para que efetue o depósito do montante devido, no prazo de *30 (trinta) dias*.

Nada mais sendo requerido, proceda-se à baixa e arquivamento destes autos.

P.R.I.

Juíza Federal MARILAINE ALMEIDA SANTOS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
0001996-85.2012.4.03.6307

Autora: DANIELI CRISTINA DOS SANTOS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE BAURU - SP
Juiz Federal: CLAUDIO ROBERTO CANATA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2013

Cuida-se de ação sob o rito dos Juizados Especiais Federais, movida por DANIELI CRISTINA DOS SANTOS contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS. Pede a condenação da autarquia a implantar e pagar-lhe benefício de pensão por morte, alegando que era dependente de seu falecido pai, Sr. Luiz Carlos Ais dos Santos.

Diz a autora que o benefício foi indeferido pelo fato de ter sido emancipada em 26 de janeiro de 2009 (aos 16 anos de idade). Afirma, entretanto, que tal emancipação só ocorreu em virtude da morte de sua mãe e da necessidade de vender um bem imóvel deixado em herança. Sustenta que está comprovada sua dependência econômica em relação ao pai, mesmo depois da emancipação, tanto que contra ele moveu ação de alimentos, extinta em virtude de acordo entre as partes, homologado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Lençóis Paulista (SP). Juntou documentos.

Citado, o réu respondeu. Invoca ocorrência de prescrição. Quanto ao mérito propriamente dito, argumenta que a parte autora foi emancipada em janeiro de 2009, conforme certidão juntada à fl. 24 da inicial. Assim sendo, adquiriu plena capacidade civil, e deixou de ser dependente para fins previdenciários, conforme previsão expressa do art. 16, I da Lei 8.213/91. Diz que "é inútil a alegação de que teria precisado de auxílio do falecido após a emancipação. A legislação somente prevê pensão aos filhos em duas hipóteses: quando são menores de vinte e um anos ou quando são inválidos. Não existe, como quer fazer crer a parte autora, uma terceira hipótese, para os casos de filhos maiores de 21 anos – ou emancipados – que não sejam inválidos. É o mesmo raciocínio aplicado aos casos em que pessoas entre 21 e 24 anos desejam (indevida) prorrogação da pensão por frequência a curso universitário".

E arremata o réu: "apenas a título de argumentação, não existe prova de dependência econômica efetiva. A ação de alimentos, alardeada na inicial como 'prova cabal de dependência econômica', não possui essa força toda. De início é relevante transcrever parte da decisão inicial proferida nessa ação, colocada na certidão de objeto e pé de fl. 14: '29/06/2009 – Vistos. Processe em segredo de justiça e com isenção de custas. Por primeiro, tem-se que não há elementos cognitivos no sentido de que haja necessidade por parte da autora, bem como que a mesma está impossibilitada de trabalhar, sobretudo considerando que a mesma já tem quase 18 anos e é emancipada. Logo, indefiro os alimentos provisórios pleiteados'. (...)"

Em audiência, foram tomados os depoimentos da autora e de duas testemunhas por ela arroladas.

Por decisão de 07/06/2013, este Juízo converteu o julgamento em diligência, determinando a expedição de ofício ao 1º Tabelião de Notas e de Protestos de Letras e Títulos da Comarca de Lençóis Paulista, requisitando o envio de cópia da certidão de emancipação da autora, e concedeu prazo para que esta trouxesse aos autos a cópia da escritura pública ou do contrato de compromisso de venda e compra do imóvel cuja alienação tornou-se possível em virtude da emancipação realizada.

O cartório enviou a cópia requisitada. A autora apresentou, com a petição anexada em 12/07/2013, a documentação mencionada na decisão proferida em audiência.

É o relatório.

Dou por prejudicada a alegação de ocorrência de prescrição, uma vez que a autora não pleiteia o pagamento de verbas vencidas em período anterior ao qüinqüênio que precede a propositura do pedido.

Dispõe o art. 74 da LBPS/91 que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior (incisos acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997). Portanto, os requisitos legais para a concessão do benefício são:

a) prova de óbito do instituidor;

b) condição de segurado do instituidor da pensão;

c) condição de dependente em relação à pessoa do instituidor da pensão.

Não há dúvida quanto à ocorrência da morte do pai da autora, provada que está pela competente certidão. Também não há controvérsia sobre a qualidade de segurado de seu genitor, o qual era aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social.

A controvérsia reside, portanto, na alegada relação de dependência entre a autora e seu pai, por ocasião do óbito do instituidor da pensão, de acordo com o art. 108 do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Há registro nos autos de que, por concessão de seu pai, a autora foi emancipada aos 23 de janeiro de 2009, quando possuía 16 anos de idade, conforme escritura pública lavrada perante o 1º Tabelião de Notas e de Protestos de Letras e Títulos da Comarca de Lençóis Paulista (SP). Naquele documento, a autora é qualificada como "estudante", e residente no mesmo endereço do pai: Rua Tobias de Aguiar, nº 51, Núcleo Habitacional *Luiz Zillo*, em Lençóis Paulista (SP).

Prescreve o artigo 16, inciso I da Lei nº 8.213/91, ao enumerar o rol de dependentes previdenciários:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o *filho não emancipado*, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995)

Ao arrolar a *emancipação* como causa que obsta a concessão do benefício ao filho, a LBPS/91 faz expressa referência a um conceito haurido do *direito civil*.

De acordo com o Código Civil brasileiro, com a emancipação cessa a menoridade (art. 5º, parágrafo único). O menor passa a ter o direito de praticar atos da vida civil, sem a tutela dos pais.

A emancipação pode ser *expressa* (também dita *voluntária*), e está prevista no inciso I do parágrafo único do art. 5º do Código Civil. Antes da maioridade legal, tendo o menor atingido dezesseis anos, poderá haver a outorga de capacidade civil por concessão dos pais, no exercício do poder familiar, mediante escritura pública inscrita no Registro Civil competente (Lei nº 6.015/73, arts. 89 e 90; CC, art. 9º, II), independentemente de homologação judicial. Além dessa emancipação por concessão dos pais, ter-se-á emancipação por sentença judicial,

se o menor com dezesseis anos estiver sub tutela (CPC, arts. 1.103 a 1.112, inciso I; Lei nº 8.069/90, art. 148, VII, parágrafo único, alínea "*e*"), ouvido o tutor.

Mas existe também a *emancipação tácita* (também dita *legal*). Ela decorre dos seguintes casos:

a) *casamento*, pois não é plausível que fique sob a autoridade de outrem quem tem condições de casar e constituir família; assim, mesmo que haja anulação do matrimônio, viuvez, separação judicial ou divórcio, o emancipado por esta forma não retorna à incapacidade;

b) *exercício de emprego público efetivo*, por funcionário nomeado em caráter efetivo;

c) *colação de grau em curso de ensino superior*, embora, nos dias atuais, dificilmente alguém se emancipe por esse motivo, dada a extensão do ensino fundamental e médio e superior, mas, se ocorrer tal fato, o menor automaticamente emancipar-se-á;

d) *estabelecimento civil ou comercial* ou pela *existência de relação de emprego*, desde que em função deles o menor com 16 anos completos tenha *economia própria*, porque é sinal de que a pessoa tem amadurecimento e experiência, podendo reger sua própria pessoa e patrimônio, sendo ilógico que para cada ato seu houvesse uma autorização paterna ou materna (FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13-14).

Eis, portanto, as questões a dependerem de solução:

a) a lei previdenciária, ao vedar ao filho emancipado o recebimento de pensão por morte, estaria a se referir, indistintamente, a todas as hipóteses de emancipação previstas no Código Civil, eliminando, ex vi legis, a relação de dependência?

b) o menor emancipado por concessão dos pais deixa, automaticamente, de ser considerado dependente para fins previdenciários?

Convém lembrar, de caminho, que estamos no terreno do *direito previdenciário*, embora o art. 16, inciso I da Lei nº 8.213/91 tenha lançado mão de um conceito de *direito civil* (a *emancipação*) para formular suas regras próprias. Afinal, todos os ramos de direito se interligam, com inúmeras intersecções, aqui, ali e acolá. O direito tributário, por exemplo, vai buscar em outros ramos da Ciência Jurídica determinados institutos, conceitos e formas (CTN, art. 110), que ele plasmará com a finalidade de criar suas próprias realidades e, a partir daí, retirar efeitos jurídicos (conceitos como o de *propriedade*, de *posse*, de *mercadoria*, *transmissão*, *doação*, *etc*., presentes na Constituição e no CTN).

Mas há situações em que não se pode "importar" irrestritamente, por assim dizer, um conceito disciplinado em outro ramo do direito, e a partir daí extrair conclusões com caráter absoluto, *sem antes meditar, em cada caso sujeito a julgamento, sobre os efeitos práticos* decorrentes dessa aplicação.

Em matéria de direito previdenciário — e, mais especificamente, de pensão por morte previdenciária — o conceito de *dependência* assume especial relevância. *Dependência* é necessidade de proteção, de arrimo; *dependente* é aquele que carece das condições financeiras necessárias para custear sua subsistência e que, para efeitos legais, depende de outra pessoa para manter-se. *Depender* é precisar do auxílio, proteção, sustento providos por outrem.

O deslinde da questão passa necessariamente por algumas considerações quanto às circunstâncias fáticas que inspiraram o legislador a definir, no artigo 16 da Lei nº 8.213/91, *numerus clausus*, o rol daqueles que podem ser considerados *dependentes*.

Pela análise daquele dispositivo, vê-se claramente que a LBPS/91 procurou abranger aquelas pessoas que, *em razão dos laços de parentesco ou afinidade que as vinculam ao segurado, bem assim das suas condições pessoais, não poderiam manter-se e terem suas*

necessidades básicas supridas sem contar, necessariamente, com os recursos oriundos do trabalho do segurado.

Com efeito, no caso dos cônjuges (LBPS/91, art. 16, inciso I, primeira figura), a lei civil, quer no regime do antigo Código (art. 231, inciso III), quer no regime do atual (art. 1566, inciso III), estabelece o dever de mútua assistência, o qual tem duplo conteúdo: material e imaterial. No aspecto material, este dever é traduzido no auxílio econômico recíproco, necessário à subsistência dos cônjuges. No aspecto imaterial, consubstancia-se na proteção aos direitos da personalidade do cônjuge, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade (Regina Beatriz Tavares da Silva, *Novo Código Civil Comentado*, vários autores, coord. Ricardo Fiúza, Saraiva, 2003, p. 1365).

Estes deveres, por sinal, são inerentes ao casamento, e prescritos de longa data, como registra a própria Bíblia Sagrada, a saber: "Porque nunca ninguém aborreceu a sua própria carne; antes, a alimenta e sustenta (...)" (Efésios 5:29).

De modo que, cessada a assistência mútua, em virtude da morte do marido ou da mulher que trabalhava para o sustento do lar, a lei de seguridade social garante ao cônjuge supérstite a percepção da pensão por morte, a fim de que o benefício previdenciário possa suplementar, ainda que em parte, a parcela correspondente aos ganhos do(a) falecido(a), abruptamente cessados pelo óbito, garantindo, tanto quanto possível, uma vida digna para aquele(a) que se viu, de forma repentina, privado da presença do consorte, cujos ganhos eram fundamentais para o sustento do lar.

O mesmo se diga em relação ao *companheiro* e à *companheira* ligados por *união estável* (art. 16, inciso I e § 3º da Lei nº 8.213/91), relacionamento este que goza de proteção em nível constitucional (CF/88, art. 226, § 3º), a ponto de a lei defini-la juridicamente (CC/2002, art. 1723), regular os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão (Lei nº 8.971/94) e estabelecer direitos e deveres recíprocos, *inclusive assistência moral e material recíproca*, à semelhança do casamento (CC/2002, art. 1724; Lei nº 9.278/96, art. 2º, inciso II).

Por seu turno, os *pais* e os *irmãos* não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos também podem ser considerados dependentes do segurado; mas, neste caso, a relação de dependência deve ser *devidamente comprovada* (LBPS/91, art. 16, § 4º, parte final). A lei previdenciária assim dispõe porque se inspirou na própria lei civil, segundo a qual os parentes são obrigados a prestar alimentos uns aos outros, *desde, logicamente, que provada a necessidade de quem pede e a aptidão econômica de quem é chamado judicialmente a prestá-los* (artigos 1.694 e 1695 do Código Civil/2002).

Restam os *filhos não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos*. Estes são arrolados como dependentes no art. 16, inciso I da Lei nº 8.213/91. Em relação a eles, a lei presume que, por não disporem de fonte própria de recursos, dependam da provisão paterna para a satisfação de suas necessidades.

Como estamos no terreno da *relação de dependência*, penso que não se pode emprestar, à emancipação *expressa* (também dita *voluntária*), o efeito de obstar o filho, ou filha emancipada, de se habilitar ao recebimento da pensão. Pelo menos não de maneira absoluta.

Deveras, o fato de os pais – ou de um deles, na falta do outro – concederem a emancipação ao filho não significa, *necessariamente*, que este já tenha condições de manter a si próprio, ou que deva responder *isoladamente* por danos que venha a causar (alguns tribunais, na interpretação e adaptação do direito aos fatos da vida, têm entendido que os pais permanecem responsáveis pela indenização decorrente de ato ilícito praticado pelo filho emancipado, caso este não possa prover a reparação do dano).

De sorte que a *emancipação voluntária* (ou *expressa*) não pressupõe *de forma absoluta* que o menor tenha condições de se manter sem a ajuda dos pais; ela pode ser concedida apenas e tão somente para que o filho, ou filha, possam praticar determinados atos da vida civil. Mas isso não tem o condão de eliminar *automaticamente* a relação de dependência – a qual pode ou não, *dependendo das circunstâncias*, continuar a existir. O caso concreto o dirá.

Diferente, todavia, será a situação em se tratando de *emancipação tácita* (ou *legal*), vale dizer, quando o filho, ou filha, se estabelecer civil ou comercialmente, ou possuir renda decorrente de *relação de emprego* que lhe proporcione *economia própria* (CC, art. 5º, parágrafo único, inciso V). Em casos assim, a emancipação se caracteriza *ope legis:* o *vínculo de dependência* estará desfeito; porque desaparece a presunção de dependência.

Fixadas estas premissas, volto agora os olhos ao caso sob julgamento.

Verifico que, ao tempo da emancipação voluntária, concedida pelo falecido pai, a autora ainda não desempenhava atividade laborativa que lhe proporcionasse algum ganho (na escritura de emancipação, ela é qualificada como "estudante").

Também não há registro de que ela possuísse estabelecimento civil ou comercial, de sorte a ter economia própria. Seu primeiro vínculo empregatício data de 17/11/2010, cerca de dez (10) meses depois do falecimento do pai. Por isso, presume-se, em princípio, que ela ainda dependia do genitor, embora formalmente emancipada por concessão dele.

Tanto que a autora, em junho de 2009, moveu ação de alimentos contra o pai (nº 319.01.2009.004095-3, da 2ª Vara Judicial de Lençóis Paulista). Em seu depoimento pessoal, informou que deixou a casa do pai porque teve séria desavença com o irmão, de tal sorte que a convivência com ele, sob o mesmo teto, se tornou insuportável. Foi morar "de favor" na residência de uma outra pessoa, e, como ainda não possuía emprego, tinha dificuldades para manter-se, daí ter decidido pedir pensão alimentícia ao pai.

A ação de alimentos foi extinta por força de sentença homologatória de acordo entabulado entre as partes. Na petição, assinada por alimentante e alimentada juntamente com profissional da advocacia, o pai "reconhece e assume seu dever de alimentar sua filha DANIELI CRISTINA DOS SANTOS" (*sic*). E comprometeu-se a pagar a ela 30% (trinta por cento) de seus rendimentos mensais, mediante depósito em conta corrente indicada na petição de acordo.

E nada há nos autos a indicar que tenha havido simulação com o fito de gerar efeitos previdenciários. O acordo foi celebrado em julho de 2009, e o instituidor só veio a falecer em janeiro de 2010, de mal súbito (acidente vascular cerebral hemorrágico, conforme certidão de óbito).

E a sentença de homologação de acordo não foi a única prova de dependência trazida aos autos. Há, também, registro nos autos de que era o pai da autora quem custeava os seus estudos no *Sistema de Aprendizagem e Tecnologia*. Nos respectivos boletos, relativos aos meses de novembro e dezembro de 2009 e janeiro de 2010, aparece o nome da autora como aluna e o nome de seu pai, como responsável pelo pagamento das respectivas mensalidades.

Além de tudo, a autora comprovou, com a documentação juntada em 12/07/2013, que de fato a emancipação concedida pelo pai foi levada a efeito tão somente com a finalidade de possibilitar a venda de um terreno, objeto de inventário aberto em decorrência do falecimento de sua mãe (proc. 2110/2006, da 2ª Vara de Lençóis Paulista). Note-se que a alienação do bem imóvel deu-se em 2009, vale dizer, no mesmo ano em que a autora foi emancipada pelo pai, estando ela a figurar também como vendedora.

Reconheço, pois, caracterizada a dependência entre a autora e seu pai, do que decorre

o direito à percepção da pensão por morte, nos parâmetros fixados na parte dispositiva deste julgado.

Todavia, a necessidade do recebimento da pensão só se estendeu até novembro de 2010, quando a autora passou a exercer atividade remunerada, motivo pelo qual o pedido é procedente apenas em parte.

Por todo o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, de sorte a reconhecer em favor da autora o direito ao recebimento da pensão por morte no período de *12/01/2010* (óbito do instituidor) a *16/11/2010* (dia imediatamente anterior à sua contratação como empregada da sociedade comercial Confecções Edilençóis Ltda. – ME), conforme dados extraídos do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, quando então passou a ter economia própria decorrente de relação de emprego.

Aplico ao presente caso o Enunciado nº 32 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF ("A decisão que contenha os parâmetros de liquidação atende ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95"), para determinar que, depois do trânsito em julgado, os autos tornem à Contadoria Judicial, que, *no prazo de vinte (20) dias*, calculará os atrasados entre *12/01/2010 e 16/11/2010*, aplicando os índices de juros de mora e atualização monetária estabelecidos na Resolução nº 134/2010 do E. Conselho da Justiça Federal. Os juros moratórios fluirão a partir da citação.

Deixo de determinar a implantação do benefício, uma vez que esta sentença fixou o termo final do pagamento da pensão por morte.

Sem custas. Sem honorários nesta instância (LJE, art. 55).

Ficam concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal CLAUDIO ROBERTO CANATA

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AÇÃO ORDINÁRIA
0007376-07.2012.4.03.6108

Autor: FRANCISCO DE MELLO (espólio)
Representante: JOSÉ CARLOS DE MELLO
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

Extrato: Danos morais configurados – CEF a negar a existência da conta, posteriormente apurando a ocorrência de fraude no levantamento de valores - Responsabilidade objetiva da Instituição Financeira, Súmula 479, E. STJ - Procedência ao pedido.

Vistos etc.

Trata-se de ação ordinária, ajuizada pelo Espólio de Francisco de Mello, representado por José Carlos de Mello, qualificação a fls. 02, em relação à Caixa Econômica Federal – CEF, por meio da qual busca a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, em razão de fraude ocorrida no indevido levantamento de valores que estavam na conta do *de cujus*, narrando que, por diversas vezes (por quatro anos), instado o Banco a prestar esclarecimentos, obtinha como resposta que a conta reclamada não existia. Contudo, no ano de 2012, apurou-se a ocorrência de fraude, quando então ocorreu o ressarcimento de valores (R$ 4.998,60, fls. 124) pontuando a configuração de morais danos, bem como a necessidade de aplicação do CDC, diante dos transtornos experimentados. Requereu os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, deferidos a fls. 127.

A CEF apresentou contestação, fls. 132/136, alegando, em síntese, somente recebeu solicitação de saldo da conta litigada no ano de 2011, confirmando a ocorrência de fraude no levantamento dos valores então depositados, por tal motivo já ressarciu o montante devido, rechaçando a ocorrência de moral dano.

Réplica a fls. 141/143.

A título probatório nada foi requerido pelas partes, fls. 141, segundo parágrafo, e fls. 140.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

De fato, revela a teoria da responsabilidade civil pátria, tendo por referencial o artigo 186, CCB, a presença das seguintes premissas:

• O evento fenomênico naturalístico;

• A responsabilização ou imputação de autoria ao titular da prática daquele evento;

• A presença de danos;

• O nexo de causalidade entre aqueles;

Como se afigura imperioso, deve-se proceder ao circunstanciamento do que efetivamente ocorrido, nos termos das provas carreadas aos autos (*quod non est in actis non est in mundo*).

Estes, em essência, têm o desenho nos autos configurado: o evento lesivo, sua indelével autoria, a responsabilização desta e o nexo de causalidade, fundamentais.

Com efeito e como desde a prefacial sustentado pelo polo requerente e confirmado pela CEF, a importância que estava depositada na conta do extinto foi alvo de fraude, tanto que houve o ressarcimento da cifra sacada, fls. 124.

Por igual, desde o ano de 2009 a Caixa Econômica Federal foi instada pelo E. Juízo de Direito da Segunda Vara da Família e das Sucessões da cidade Bauru a prestar esclarecimentos sobre a conta 63756-4, fls. 55, respondendo o Banco que esta conta inexistia, fls. 60.

Ora, incontroversas dos autos a ocorrência de fraude e a errônea prestação de informação por parte da CEF, pois as provas contidas ao feito evidenciam o quadro apontado pelo ente autoral.

Neste passo, demonstra-se patente a falha na prestação do serviço bancário, pois, consoante as palavras da CEF, a parte postulante foi vítima de fraude, fls. 133, terceiro parágrafo, assim foi ceifada do direito de pronto levantamento do dinheiro depositado, cenário que tal agravado em face da inicial postura banqueira, que negou até mesmo a existência da conta.

Desta forma, presente a estrutura civil responsabilizatória da parte ré, por tão grave contexto, como resta claro, no qual o bojo instrutório do feito revela efetivo prejuízo, na ordem postulada nesta demanda (o torpor/constrangimento/lesão íntimos ao ser da própria parte autora, na angústia que toda a celeuma lhe ocasionou, diante dos desencontros de informações e posterior constatação de ocorrência de fraude), autoria fenomênica da parte ré e cabal nexo de vinculação ou causalidade na relação obrigacional em foco, quando mínimo também cristalino o elemento subjetivo culpa, na modalidade negligência, pela parte demandada.

É dizer, caem por terra os argumentos economiários de ausência de nexo de causalidade ou de excludente de responsabilidade, porquanto os Bancos têm responsabilidade objetiva a eventos desta natureza, matéria esta alvo de pacificação solene, a teor da Súmula 479, do E. STJ, *in verbis*:

> As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Logo, por marcarem-se presentes os componentes basilares ao instituto responsabilizatório civil, de rigor se revela comando condenatório, em rumo a (ao menos) se atenuar o quadro de também moral sofrimento do polo demandante.

Efetivamente e no que importa aos autos, desgastes, frustrações e desânimo acometeram a parte autora.

Em outras palavras, a conduta da Caixa Econômica Federal atingiu a honra subjetiva do polo autor, cuja reposição, patente que proporcionada, revela-se imperativa.

Logo, todos os componentes basilares ao instituto responsabilizatório civil repousam presentes na causa, de sorte que de rigor se revela comando condenatório, em rumo a (ao menos) se atenuar o quadro de moral e material lesão experimentado pelo requerente.

Quanto ao valor da indenização por dano moral, não impõe o atual ordenamento critérios objetivos para o Judiciário levar em consideração, quando da fixação do *quantum* reconhecido a titulo de dano moral, como no caso em espécie, todavia havendo (dentre tantos) Projeto de Lei do Senado, sob nº 334/2008, com a proposição de regulamentar o dano moral/sua reparação e, no caso de sua conversão em lei, positivado no sistema, então, restará o modo de fixação daquela importância.

É dizer, deve a parte que ingressa em Juízo provar suas assertivas e o evento lesivo pro-

porcionado pela parte requerida, de modo que, dentro do cenário conduzido, logrará, ou não, no todo ou em parte, o ente demandante sucesso em sua empreitada, estando o Juízo incumbido de, no momento da fixação de eventual indenização, observar o princípio da razoabilidade, em cada caso específico, à luz dos elementos dos autos, artigo 131, CPC.

Deste modo, o dissabor e vicissitudes em angulação de honra subjetiva certamente que se põem a merecer objetivo reparo pela ré, no caso em cena, todavia sujeita a solução à celeuma à crucial razoabilidade, vedado o enriquecimento sem causa, de conseguinte se impondo reparo, em prol da parte autora, da ordem de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), tendo-se em vista os específicos contornos da lide, evidenciada falha na prestação do serviço bancário, com atualização segundo a SELIC, rubrica esta que se põe harmonizada com os juros, diante da dúplice natureza de retratado indexador (juros e correção):

> STJ – RESP 200700517595 – RESP – RECURSO ESPECIAL – 933067 – ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA – FONTE: DJE DATA: 17/12/2010 – RELATOR: PAULO DE TARSO SANSEVERINO
> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PARTO. SEQÜELAS IRREVERSÍVEIS. PARAPLEGIA. INDENIZAÇÃO.
> ...
> 8. A partir da vigência do CC/2002, os juros moratórios submetem-se à regra contida no seu art. 406, segundo a qual, de acordo com precedente da Corte Especial (EREsp 727.842/SP), corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se a não-incidência de correção monetária desde então, pois já compõe a referida taxa.
> 8. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento (Súmula 362/STJ).
> 9. Tendo sido prolatada a sentença após o advento do Código Civil de 2002, resta a correção monetária absorvida pela incidência da taxa Selic (EREsp 727.842/SP).
> ...

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, tais como os artigos 186, 944 e 945, CCB, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido, com fulcro no artigo 269, I, CPC, a fim de condenar a CEF ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), sob juros consoante a variação da taxa SELIC (assim a já englobar correção monetária), doravante, sujeitando-se a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor da condenação, monetariamente atualizada até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC, ausentes custas, em razão da Gratuidade Judiciária concedida a fls. 127.

P.R.I.

Bauru, 30 de janeiro de 2013.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO ORDINÁRIA
0014921-55.2012.4.03.6100

Autor: ADALBERTO MARTINS
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/03/2013

Vistos em sentença.

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por ADALBERTO MARTINS em face da UNIÃO FEDERAL objetivando, em síntese, a declaração de que possui "direito adquirido com efeitos funcionais e patrimoniais a serem averbados em seu prontuário relativamente aos períodos de licença prêmio a que licitamente fez jus antes do ingresso na magistratura, à época em que pertenceu aos quadros do TRE/SP e TRT da 2ª REGIÃO, para fins de gozo ou cômputo para fins de aposentadoria;" e, alternativamente, o cômputo em dobro do período para fins de aposentadoria/disponibilidade ou a sua conversão em pecúnia.

Aduz o autor ser magistrado, Desembargador integrante do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, possuindo tempo de serviço público efetivo anterior à Magistratura, computado com base na Lei 1.711/52, c/c art. 9º, I, do Decreto nº 38.204/55 e art. 87 da Lei nº 8.112/90. Dessa forma, teve computado 6 (seis) meses de licença-prêmio por assiduidade na condição de auxiliar judiciário do TER/SP (período de 22.03.1982 a 13.12.1982) e de oficial de justiça avaliador do TRT 2ª Região (período de 14.12.1982 a 18.06.1992).

Sustenta que antes de ingressar na Magistratura teve reconhecido para fins de licença prêmio os tempos de serviço acima indicados, os quais foram devidamente averbados conforme certidão funcional SERAF/SRFM nº 14/2012, expedida com base no Protocolo nº 008172/12 e Processo Administrativo TRT/MA nº 178/02-B, junto ao setor de Assuntos da Magistratura do TRT 2ª Região.

Ocorre que ao solicitar o gozo ou fruição de seu direito adquirido, afirma o demandante que teve seu pedido indeferido ao argumento de que o TCU impugna a sua concessão, por suposta falta de amparo legal.

Irresignado, ajuíza a presente ação.

Com a inicial vieram documentos (fls. 17/121).

Citada, a UNIÃO FEDERAL ofereceu contestação (fls. 131/152. Assevera, em suma, que o art. 40, § 10º, CF veda a contagem de tempo de contribuição fictício. Ademais, com a vigência da Lei nº 8.112/90 o prazo em dobro para contabilização para fins de aposentação foi revogado e somente poderia ser utilizado quando o servidor falecesse, o que não foi o caso. Defende, ainda, que a Lei Complementar nº 35/79 possui rol taxativo de possibilidades de licenças, não podendo ser alterado por lei ordinária estadual ou federal, de modo que o autor não possui o direito subjetivo de exigibilidade da referida licença-prêmio desde que ingressou na magistratura. Defende a requerida, ao final, a improcedência dos pedidos formulados.

Manifestação da UNIÃO FEDERAL às fls. 153/155.

Réplica às fls. 158/171.

Instadas as partes, ambas manifestaram desinteresse na produção de provas (fls. 171 e 172).

É o relatório.

Fundamento e DECIDO.

É cabível o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, pois a questão de mérito é unicamente de direito e a lide pode ser resolvida por meio dos documentos constantes dos autos, não havendo necessidade de produzir prova em audiência.

Verifico que foram preenchidas as condições da ação, nada se podendo objetar quanto à legitimidade das partes, à presença do interesse processual e à possibilidade jurídica do pedido. Estão igualmente satisfeitos os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, em virtude do que passo ao exame do *mérito*.

Colhe-se dos autos que o autor, Desembargador integrante do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, antes de ingressar na magistratura exerceu a função de auxiliar judiciário no E. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo no período de *22.03.1982 a 13.12.1982* e de oficial de justiça avaliador no próprio TRT da 2ª Região pelo período de *14.12.1982 a 18.06.1992* (fls. 03 e 24).

Mencionados períodos foram abarcados pela Lei nº 1.711/52, posteriormente revogada pela Lei nº 8.112/90, que, em relação ao instituto da *licença prêmio*, assim estabeleciam:

> *Lei nº 1.711/52*
> Art. 116. Após cada decênio de efetivo exercício, ao funcionário que a requerer, conceder-se-á licença especial de seis meses com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo.
> Parágrafo único. Não se concederá licença especial se houver o funcionário em cada decênio:
> l – sofrido pena de suspensão;
> II – faltado ao serviço injustificadamente ... (vetado)...
> III – gozado licença:
> a) para tratamento de saúde por prazo superior a 6 meses ou 180 dias consecutivos ou não;
> b) por motivo de doença em pessoa da família, por mais de 4 meses ou 120 dias;
> c) para o trato de interêsses particulares;
> d) por motivo de afastamento do cônjuge, quando funcionário ou militar, por mais de três meses ou noventa dias.
> Art. 117. Para efeito de aposentadoria será contado em dôbro o tempo de licença especial que o funcionário não houver gozado.
>
> *Lei nº 8.112/90*
> Art. 87. Após cada qüinqüênio ininterrupto de exercício, o servidor fará jus a 3 (três) meses de licença, a título de prêmio por assiduidade, com a remuneração do cargo efetivo.
> § 1º (*Vetado*)
> § 2º (*Vetado*).
> § 2º Os períodos de licença-prêmio já adquiridos e não gozados pelo servidor que vier a falecer serão convertidos em pecúnia, em favor de seus beneficiários da pensão. (*Mantido pelo Congresso Nacional*)

Desse modo, a cada quinquênio de efetivo exercício o servidor fazia jus à licença-prêmio por assiduidade de três meses.

No entanto, com o advento da Lei nº 9.527/97 (que alterou o art. 87 da Lei 8.112/91), extinguiu-se definitivamente a licença-prêmio para os servidores públicos, preservando-se o direito já adquirido.

Em 29.01.1993 ingressou o ora postulante na Magistratura do Trabalho sem haver usufruído do benefício a que fazia jus, passando, a partir daquela data, a ser regido pela Lei Complementar 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN – que elenca os benefícios/vantagens conferidos aos juízes.

A documentação colacionada aos autos comprova que "Em face do decidido na Sessão Administrativa Ordinária realizada em 14/05/2003, consignada na Ata nº 11/2003, restam anotados, nos assentamentos individuais do Excelentíssimo Senhor Desembargador ADALBERTO MARTINS, 06 (seis) meses de Licença Prêmio para futura fruição, relativos aos quinquênios 1982/1987 e 1987/1992." (fl. 109/v)

Refere-se, como visto, ao período adquirido quando o ora demandante ainda ostentava a condição de servidor público federal.

Contudo, na ocasião em que requereu o gozo do benefício, teve seu pedido indeferido pela Administração do Tribunal sob o seguinte fundamento: "Ante o exposto, em que pese o reconhecimento, por este Tribunal, no Processo TRT/MA nº 178/02-B, do direito à fruição da licença-prêmio, não vislumbramos, como (sic) todo o acatamento, nas decisões do Tribunal de Contas da União, das Cortes Superiores e, também, do Conselho Nacional de Justiça, anteriormente reportadas, entendimento que possa suportar a pretensão formulada pelo ilustre Requerente, seja quanto ao usufruto ou mesmo quanto à contagem dobrada do período de licenças-prêmio, porquanto implementadas depois de 14 de maio de 1979, data da entrada em vigor da LOMAN." (fl. 115)

De fato, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Ordinária nº 155, se posicionou no sentido da *taxatividade* das vantagens previstas no art. 69 da LOMAN:

> EMENTA: - Perante a enumeração exaustiva do art. 69 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35-79), ficaram revogadas as leis estaduais concessivas do direito de licença premio ou especial aos magistrados, aos quais, igualmente, não se aplicam as normas que confiram esse mesmo direito aos servidores públicos em geral. Mandado de segurança, por tal fundamento, indeferido. (AO 155, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/1995, DJ 10-11-1995 PP-38310 EMENT VOL-01808-01 PP-00001 RTJ VOL-00160-02 PP-00379)

Assim, aos juízes que ingressaram na carreira após a promulgação da LC nº 35/79 ficam vedadas as concessões de licença-prêmio dos períodos que exerceram a magistratura, diante da ausência de previsão legal.

Todavia, outra situação é a do direito a licença-prêmio por assiduidade ter sido adquirido como *servidor público, antes do ingresso na magistratura*, haja vista ser a Lei Complementar nº 35/79 omissa a esse respeito e considerando a possibilidade de restar configurado, nesse caso, o direito adquirido.

A questão, portanto, restringe-se ao exercício, pelo postulante, de um direito que adquiriu antes de ser Juiz, independentemente de ter ou não o direito à aquisição de licença prêmio por assiduidade como magistrado.

Nesse norte, assegura a Constituição Federal que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF).

Ora, quando do seu ingresso na judicatura a vantagem aqui vindicada já havia se incorporado ao patrimônio do autor, uma vez que implementados todos os requisitos para tanto.

Quando se diz que a "lei não prejudicará o direito adquirido", devem-se buscar princípios

não somente explícitos, mas os implícitos, para a segurança do próprio ordenamento jurídico. Se a norma positiva, salvo a constitucional, não pode prejudicar o direito cuja aquisição se operou, não se pode conceber que aspectos fáticos o eliminem. Elevado à categoria de norma constitucional, o direito adquirido só dessa forma pode ser ressalvado, sob pena de se cometer grave dano ao ordenamento jurídico.

Há de se imaginar, por exemplo, a hipótese do então servidor público, que ao invés de prestar concurso público para o cargo de juiz substituto, tivesse optado pelo exercício profissional na iniciativa privada. Nessa situação, o tempo de licença já integrado ao seu patrimônio jurídico poderia ser plenamente gozado (antes de sua exoneração, por certo); contado em dobro para fins de aposentadoria (art. 7º, da Lei nº 9.527/97) ou convertido em pecúnia *(AI-AgR 460152, ELLEN GRACIE, STF; Súmula nº 136, STJ).* Com igual razão há de ser observado o direito no caso do funcionário que entra para a Magistratura, porquanto não deixou de servir ao povo, como agente público ou servidor "lato sensu".

Reputo que o não exercício desse direito pelo servidor público, enquanto nessa condição, não acarreta a sua preclusão. Não há norma dispondo nesse sentido.

Em suma, objetiva o demandante o gozo de um direito subjetivo do qual é titular, independentemente do cargo ocupado.

Tenho que lhe assiste razão.

Trago à colação os seguintes arestos sobre a matéria *sub examine*:

> AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, § 1º-A DO CPC. *MAGISTRADO DE TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO.* QUINTO CONSTITUCIONAL. *GOZO DE LICENÇA-PRÊMIO. IMPLEMENTAÇÃO DAS CONDIÇÕES DOP BENEFÍCIO ANTES DO INGRESSO NA MAGISTRATURA. DIREITO ADQUIRIDO. CABIMENTO.* I - A controvérsia admitida na sede de agravo legal é limitada à verificação da existência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder na decisão monocrática recorrida, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. II - *A nomeação de integrante do Ministério Público do Trabalho para integrar Tribunal constitui hipótese de provimento derivado de cargo, pelo que é de lhe ser reconhecido o direito de fruição das licenças-prêmio cujos períodos aquisitivos foram todas e integralmente cumpridos antes da nomeação para o novo cargo, pretensão esta que não depende de apoio em nenhuma disposição do novo regime jurídico a que se submete o autor.* III - A decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. IV - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumentos visando à rediscussão da matéria nele decidida. V - Agravo legal a que se nega provimento.
> (AC 200561000182540, JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 DATA: 03/10/2008)

> MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. DIREITO ADQUIRIDO COMO EMPREGADO DE ECONOMIA MISTA E SERVIDOR PÚBLICO DO TRT DA 5ª REGIÃO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. *A condição de magistrado do autor não impede que venha a usufruir o direito adquirido junto ao Tribunal, na época em que era servidor publico, fato que afasta a possibilidade de recebimento da licença-prêmio em pecúnia, uma vez que essa é uma possibilidade excepcional, nos casos de aposentadoria ou morte do servidor sem sua fruição.* 2. Por outro lado, o direito à contagem do tempo de serviço para fins de licença-prêmio e outras vantagens só alcançou aqueles que tiveram seu emprego transformado em cargo público, por força do art.

> 243 da Lei nº 8.112/90, que não foi o caso do apelante, empregado de sociedade de economia mista. 3. Ademais, o autor não esteve no serviço público o tempo necessário à aquisição de um período de licença-prêmio, uma vez que, tendo ingressado no Tribunal em 26 de novembro de 1992, ainda não havia completado os cinco anos necessários quando a vantagem foi extinta pela MP nº 1.595-14/1997, que só preservou os direitos adquiridos até 15 de outubro de 1996 (art. 7º). 4. Apelação desprovida.
> (AMS 200833000147768, DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA: 30/06/2011 PAGINA: 318)

Ademais, imperioso ressaltar que o E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no desempenho de função administrativa (atípica), reconheceu, por meio de seu Órgão Especial, em sessão realizada em 14.05.2003, que o ora requerente fazia jus a 06 (seis) meses de licença de prêmio para futura fruição, relativos aos quinquênios 1982/1987 e 1987/1992.

Dessarte, não me parece razoável que o Tribunal, já tendo reconhecido administrativamente o direito ora vindicado pelo autor (14.05.2003), negue a sua fruição depois de transcorridos mais de 09 (nove) anos daquela decisão.

Nesse norte:

> EMBARGOS INFRINGENTES. LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE. JUIZ DO TRABALHO. - *Reconhecido o direito à licença-prêmio por assiduidade na via administrativa, mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal não pode retroagir para alcançar decisões administrativas que já haviam gerado direito subjetivo, porque a interpretação das normas legais pertinentes foi efetuada dentro dos limites da razoabilidade, a partir do princípio constitucional da isonomia. - Discriminação da autora em relação aos demais magistrados que gozaram a licença-prêmio na época em que deferida que não pode ser tolerada.* - Inexiste nos autos qualquer elemento que permita concluir que o tempo de efetivo exercício não aproveitado para a concessão da licença-prêmio tenha sido contado em dobro por ocasião da aposentadoria. - Embargos infringentes providos.
> (EIAC 199904010442736, SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, DJ 21/09/2006 PÁGINA: 591)

Com tais considerações, a procedência da ação é medida que se impõe.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para o fim de reconhecer o direito adquirido do autor aos períodos remanescentes da licença prêmio averbados em seu prontuário, para gozo oportuno ou cômputo para fins de aposentadoria.

Custas *ex lege*.

Condeno a União Federal ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados, moderadamente, em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, a ser atualizado em conformidade com a Resolução nº 134, de 21.12.2010 do CFJ ou outra que vier a substituí-la.

Sentença sujeita a reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do Código de Processo Civil.

P.R.I.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

MANDADO DE SEGURANÇA
0000589-43.2013.4.03.6102

Impetrante: GIAN LUCAS RAMALHO BONETTI
Impetrado: DIRETOR GERAL DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO - IFSP - CAMPUS DE SERTÃOZINHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Juiz Federal: DAVID DINIZ DANTAS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/07/2013

Vistos.

GIAN LUCAS RAMALHO BONETTI impetrou o presente MANDADO DE SEGURANÇA em face do DIRETOR GERAL DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO – IFSP – CÂMPUS DE SERTÃOZINHO, com pedido liminar, visando à concessão de provimento jurisdicional que lhe garanta o direito líquido e certo de ser matriculado no curso técnico em automação industrial, período vespertino, em conformidade com o requerimento anteriormente apresentado, vez que atendidos os requisitos necessários (fls. 02-50).

A liminar foi concedida às fls. 53-58.

Notificada, a autoridade impetrada apresentou informações (fls. 63/74) pugnando pela legalidade do ato hostilizado.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido que, não existindo interesse público primário, sua participação no feito é prescindível (fls. 76/78).

A Advocacia Geral da União apresentou sua defesa alegando, em síntese, que o impetrante não apontou que sua avó Maria Vettori Bonetti, embora pertencente ao núcleo familiar, percebia renda decorrente do benefício de pensão por morte. Ademais, disse que, seja considerando a renda bruta ou líquida, o impetrante supera a renda *per capita* de 1,5 salário mínimo, de modo a não fazer *jus* à segurança pleiteada. Afirma, ainda, a constitucionalidade e legalidade do Edital IFSP nº 561/2012, sendo que o impetrante encontra-se a ele vinculado, sob pena de violação do princípio da isonomia. Por fim, assevera que as denominadas horas extras do genitor do impetrante há muito tempo compõem a renda familiar, de modo que não podem ser consideradas com renda extraordinária (fls. 86/151).

Agravo de instrumento (fls. 153/175).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Não havendo preliminares, passo, diretamente à análise do mérito.

a) Introdução

Cuida-se de mandado de segurança em que o impetrante visa se beneficiar do regime de ingresso em escola técnica federal, sob o regime de cotas instituído pela Lei 12.711/2012.

O referido diploma legal, que instituiu o sistema de cotas em instituições federais (de ensino superior e médio/técnico), dispõe no seu art. 4º:

> Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.
> Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) *per capita*.

Com o intuito de regulamentar em nível de execução desse preceito legal, o MEC editou a Portaria Normativa nº 18, de 11/10/2012.

O preceito que nos interessa para o caso em estudo consta do art. 3º, inciso I, do mencionado ato normativo:

> Art. 3º. As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação - MEC que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:
> I - no mínimo 50% (cinquenta por cento) das vagas de que trata o *caput* serão reservadas aos estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo *per capita*; e
> (...)

O requerente apresentou a documentação que lhe foi exigida pela instituição de ensino, sendo que o seu pedido de benefício do regime de cotas foi indeferido com o seguinte argumento: "MOTIVO: A renda apresentada foi superior a 1,5 salário mínimo *per capita* (R$ 1.250,00) em desacordo com a Lei 12.711/2012, e Portaria Normativa MEC nº 18, de 11 de outubro de 2012."

Anotados os principais textos normativos, relevante para desate da controvérsia, a questão cinge-se a verificarmos se as autoridades administrativas – tanto no âmbito do MEC (Portaria 18) como na da Escola Técnica Federal – agiram dentro da legalidade e dos objetivos finalísticos consignados pelo legislador (Lei 12.711/12).

b) Conceito Normativo de Renda

De acordo com dispositivo acima transcrito, o estudante - para ter seu ingresso no curso autorizado pelo regime de vagas reservadas - deve pertencer a núcleo familiar que possua renda *per capita* no máximo em 1,5 SM.

Como deve ser compreendido o termo "Renda" mencionado na Lei 12.711/12? Renda bruta ou Renda Líquida?

Em nível infralegal, optou-se pela renda líquida, com algumas exceções. Mais especificamente, os critérios para a definição da renda familiar foram fixadas pela portaria mencionada, com o seguinte teor:

> Art. 7º. Para os efeitos desta Portaria, a renda familiar bruta mensal *per capita* será apurada de acordo com o seguinte procedimento:
> I - calcula-se a soma dos rendimentos brutos auferidos por todas as pessoas da família a que

pertence o estudante, levando-se em conta, no mínimo, os três meses anteriores à data de inscrição do estudante no concurso seletivo da instituição federal de ensino;
II - calcula-se a média mensal dos rendimentos brutos apurados após a aplicação do disposto no inciso I do *caput*; e
III - divide-se o valor apurado após a aplicação do disposto no inciso II do *caput* pelo número de pessoas da família do estudante.
§ 1º No cálculo referido no inciso I do *caput* serão computados os rendimentos de qualquer natureza percebidos pelas pessoas da família, a título regular ou eventual, inclusive aqueles provenientes de locação ou de arrendamento de bens móveis e imóveis.
§ 2º Estão excluídos do cálculo de que trata o § 1º:
I - os valores percebidos a título de:
a) auxílios para alimentação e transporte;
b) diárias e reembolsos de despesas;
c) adiantamentos e antecipações;
d) estornos e compensações referentes a períodos anteriores;
e) indenizações decorrentes de contratos de seguros;
f) indenizações por danos materiais e morais por força de decisão judicial; e
II - os rendimentos percebidos no âmbito dos seguintes programas:
a) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil;
b) Programa Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano;
c) Programa Bolsa Família e os programas remanescentes nele unificados;
d) Programa Nacional de Inclusão do Jovem - Pró-Jovem;
e) Auxílio Emergencial Financeiro e outros programas de transferência de renda destinados à população atingida por desastres, residente em Municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência; e
f) demais programas de transferência condicionada de renda implementados por Estados, Distrito Federal ou Municípios;

Antes de mais nada convém observar que o transcrito parágrafo único do art. 4º, da Lei 12.711/12 diz que no preenchimento das vagas em instituições federais de ensino técnico 50% deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com *renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo per capta*. Notem, a lei diz *renda*. Não fala *renda bruta*, nem fala *renda líquida*. Quais devem considerar? Entendemos que deve ser considerada renda líquida, uma vez que essa verba que efetivamente ingressa no patrimônio do cidadão e que lhe permite suprir as necessidades econômicas de sua família. Nenhum trabalhador vê entrar na sua conta bancária, no dia do pagamento, a renda bruta. Seria bom se assim fosse. Dessa forma, apesar das exclusões que o parágrafo 2º, do art. 7º, da Portaria 18, já ser um sinalizador de que a renda a ser considerada não pode ser aquela nominal, mas sim o cálculo que afasta determinados valores que não constituem ingressos financeiros no ativo da unidade familiar. Assim outros itens – além daqueles expressamente elencados na Portaria - devem ser considerados na análise da composição da renda familiar por membro. Com isso teremos maior realismo e honestidade para verificar o preenchimento pelo interessado do requisito financeiro.

Devemos ter em mente que o objetivo é implementação de política social com conotação socialmente inclusiva, de forma a se permitir acesso a ensino público de qualidade (que é o caso da educação fornecida pelas escolas técnicas federais) ao universo de estudantes que normalmente não teriam condições de ingresso, caso disputassem o certame com estudantes provenientes de escolas particulares, de vez que estas, como é do conhecimento de todos, em média, propiciam educação de melhor qualidade para seus alunos. Essa é a regra geral, nada obstante as exceções de praxe.

De acordo com o elevado objetivo do legislador – atendendo preceitos constitucionais que buscam justiça social – alunos de famílias hipossuficientes teriam as portas abertas com mais facilidade por meio do regime de cotas. Na definição da hipossuficiência o que se pretende é que aqueles que tenham condições financeiras – por meios próprios ou de sua família – não sejam considerados carentes, e que os verdadeiramente carentes recebam recursos que lhe permitam realizar seus projetos pessoais, caminhar com as próprias pernas no futuro. E o maior recurso a que o cidadão pode ter acesso é a educação.

Retomemos o tema do conceito jurídico de "renda" para fins de regime especial de vagas. Não se pode tratar esse tema de forma aritmética/matemática. Estamos fazendo valoração, interpretação de normas de elevado conteúdo moral e social, e não cálculos de contabilidade. Esse deve ser o vetor a guiar a exegese. Os alunos que são egressos do ensino público não são favorecidos pelo regime de cotas apenas por terem estudado em escolas públicas. É necessário um *plus*. Eles são beneficiados por não terem condições financeiras, e mesmo diante dessa carência, procuraram por mérito próprio e esforço familiar, dedicar-se aos estudos e – o que parece natural em todo ser humano – buscar algo melhor para si. E é isso que o ensino técnico – hoje as melhores escolas públicas de nível médio são escolas técnicas - vai propiciar para esses estudantes. Vale dizer, não julgaremos esse caso como se fossemos um contador formalista, mas a luz do que o bom senso e a equidade exigem na análise de atos normativos que praticados pelo Estado (MEC e Escola Técnica) podem definir – para o bem ou para o mal – o futuro de um jovem. Observando-se que não há no âmbito do ensino particular escolas com o mesmo nível de excelência dos Colégios Técnicos, seria draconiano por questões de pouca monta financeira fechar as portas da instituição de ensino de qualidade – e que nesse caso é pública por ser federal -, sobre ser injusto com quem se esforçou – o jovem e sua família.

c) Aplicação da Analogia

Não encontramos julgados dos Tribunais a respeito da lide, mas quando examinamos o limite de ¼ de salário mínimo para fins de concessão pela Seguridade Social de Beneficio Assistencial, propusemos *idêntico raciocínio*. Transcrevemos a ementa do acórdão do qual fomos relator:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. UNIÃO. ILEGITIMIDADE *PASSIVA AD CAUSAM*. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA DOS EFEITOS DA SENTENÇA. ABRANGÊNCIA DEPENDE DA EXTENSÃO DO DANO. O ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85 NÃO LIMITA OS EFEITOS DA DECISÃO AO LOCAL CORRESPONDENTE À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. *INTRODUÇÃO DO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA COERÊNCIA. LIMITE DE 1/4 DE SALÁRIO MÍNIMO. PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE DE MISERABILIDADE. DEFICIENTES E IDOSOS COM FAMÍLIA CUJA RENDA SEJA SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE DE AUFERIREM O BENEFÍCIO DESDE QUE COMPROVEM NÃO POSSUÍREM MEIOS PARA PROVER A PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ERRADICAÇÃO DA POBREZA E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA*. DEVE EXISTIR A CONEXÃO ENTRE A DEFICIÊNCIA E A INCAPACIDADE DE O INDIVÍDUO TRABALHAR PARA SE MANTER. A INCAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE DEVE SER ENTENDIDA EM CONSONÂNCIA PARA O TRABALHO.
> I - A União Federal é mera repassadora de verbas para o INSS, este sim, legitimado passivo

para a ação em apreço.
II - O exame da preliminar referente ao cabimento de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de ação civil pública restou prejudicado com a adoção do principio da interpretação conforme a Constituição e do método da "máxima coerência".
III - Os efeitos da sentença em ação civil pública têm seu alcance segundo a extensão do dano verificado, podendo ter abrangência nacional, regional ou local. No caso vertente, o objeto da ação envolve indivíduos domiciliados em todo o território nacional, de modo que os efeitos da sentença deverão ter abrangência nacional. O art. 16 da Lei nº 7.347/85, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97 não limitou os efeitos da decisão ao local correspondente à competência territorial do órgão prolator, porquanto não se confunde a discussão de mérito que possui eficácia *erga omnes*, atingindo todos aqueles que se encontram na situação descrita na inicial, com questão referente a critérios de fixação de competência, que é a matéria efetivamente tratada pelo aludido dispositivo legal.
IV - O que se busca no presente feito é verificar se a fixação de 1/4 de salário mínimo, como renda per capita familiar, para a concessão de benefício assistencial, assim como o conceito de pessoa portadora de deficiência, contidos nos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, mantém coerência com o direito público subjetivo reconhecido no inciso V do art. 203 da Lei Maior e outros princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, solidariedade, justiça social, erradicação de pobreza, igualdade, etc.)
V - Através do método da "máxima coerência" busca-se maximizar os diversos princípios constitucionais que dão sustentáculo ao benefício assistencial.
VI - Ao estabelecer o limite de 1/4 do salário mínimo (ou 1/2 de salário mínimo, como alguma jurisprudência tem feito) o que se está fazendo, seja o legislador, seja o Judiciário, é reduzir o campo normativo constitucionalmente criado. Privilegiar a concretização do legislador, ou o que é pior, a exclusividade desta em realizar a determinação constitucional, com utilização de renda mensal per capita inferior a 1/4 de salário mínimo, como critério de miserabilidade, seria cometer enorme injustiça a um grande número de desamparados que não tem meios de prover à própria subsistência, nada obstante pertencerem a famílias com renda superior a 1/4 de salário mínimo.
VII - Outros princípios constitucionais devem ser considerados, particularmente os incisos IV e VII, do art. 7º da Lei Fundamental, para a caracterização da insuficiência econômica pessoal e familiar na concessão do benefício de prestação continuada. O critério para que possamos distinguir entre aqueles que necessitam de auxílio e aqueles que não necessitam não é matemático, mas valorativo. Essa valoração não é arbitrária e a Constituição definiu o critério de valor: comprovar o cidadão que não possui meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Dessa maneira, para concretizar o inciso V do art. 203 da Lei Maior, mostra-se inadequada a vinculação a um critério amparado em um salário mínimo nominal amplamente separado das despesas de custeio de um pacata e simples família brasileira, devendo o juiz analisar e ponderar cada situação, cada condição familiar e pessoal dos pretensos beneficiários a fim de constatar a exigência da Constituição de apenas conceder a assistência para quem dela efetivamente precisa.
VIII - No campo da filosofia política, que estuda as relações que as pessoas/cidadãos estabelecem com o Estado/Poder, deve-se substituir a noção de Estado (hoje com o poder mitigado em face da globalização) pela de comunidade, que tem como característica o compartilhamento de princípios e valores. Entre esses princípios e valores escritos em nossa Lei Maior, não abrimos mão da dignidade da pessoa humana, ou de que um dos objetivos fundamentais de nossa comunidade é erradicar a pobreza e buscarmos reduzir as desigualdades sociais. Por isso a Lei Maior tem na Ordem Social um dos seus pilares, pilar que dá sustentáculo à idéia de comunidade. Nossa comunidade, falando pela boca do constituinte: definiu a garantia de um salário mínimo a deficientes e idosos pobres. Desses valores não se pode afastar o legislador. Dessa forma, preferimos entender que o legislador não afastou a possibilidade de

outros pobres (idosos e deficientes) também receberem, auferirem o benefício de prestação continuada, apesar de fazerem parte de núcleos familiares com renda superior ao limite de 1/4 (ou mesmo 1/2) de um salário mínimo, desde que comprovado que não possuam meios de se manter ou de receberem auxílio familiar. Em suma, a interpretação literal dos §§ 1º e 2º do art. 20 da Lei nº 8.472/93 é compatível com a Constituição. Entretanto, a interpretação formulada pelo órgão ministerial, a não entender de forma estreita os limites de renda e deficiência, mas requerendo um diálogo entre esse programa normativo e a situação fática, mais do que compatível é a mais coerente com os princípios constitucionais.

IX - Para compreender o conceito de "pessoa portadora de deficiência" deve-se definir o nível de incapacidade a ser exigido do pretenso beneficiário para que ele possa ser considerado deficiente para fins de auferir o benefício de prestação continuada prevista na Constituição. Devemos pensar que a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa deficiente, não requer apenas a deficiência, entendida essa isoladamente como alguma forma de incapacidade física, mas se trata de uma deficiência qualificada: deficiência que inviabilize a possibilidade de o cidadão provir a própria subsistência (ou tê-la mantida por seus familiares). Vale dizer, deve existir a conexão entre a deficiência física e a incapacidade de o indivíduo trabalhar para se manter.

X - Sob essa ótica é que devemos ponderar acerca da densificação proposta pelo legislador quando diz que a pessoa portadora de deficiência "é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho". Na realidade o legislador - queremos crer – não firmou duas modalidades de incapacidade: a incapacidade para a vida independente e a incapacidade para o trabalho. De maneira que ao utilizar o conectivo "e" na expressão "... é aquela incapacidade para a vida independente e para o trabalho", não estaria exigindo que o deficiente demonstrasse essas duas formas de incapacidade. A se entender dessa maneira, o incapaz para "vida independente" seria apenas aquele com vida absolutamente vegetativa, dependente do auxílio de terceiros para cumprir exigências mínimas, tais como higiene e alimentação. Com essa compreensão de deficiência, a incapacidade para o trabalho seria algo verdadeiramente supérfluo de se colocar na lei. Com efeito, quem tem vida simplesmente vegetativa, por evidente não tem mínima condição de trabalhar. Por conseguinte, a incapacidade para a vida independente deve ser entendida em consonância para o trabalho.

XI - Prejudicada a preliminar referente ao cabimento de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de ação civil pública. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da União Federal. Rejeitadas as demais preliminares. Recurso de apelação do INSS parcialmente provido. Agravos de instrumentos prejudicados.

(TRF - 3ª Região, 10ª Turma, Ação Civil Pública nº 0002519-68.2000.403.6000, Relator Juiz Federal Convocado David Diniz Dantas, julgado em 29/07/2008)

O raciocínio que dirigiu o julgado, afastando-se de critérios formalistas para aferição da aptidão financeira de núcleo familiar, é o mesmo que sustenta a concessão da vaga ao estudante no feito em estudo.

d) Análise da Prova Documental

Agora, vejamos com algum vagar as provas produzidas, e seus efeitos na análise da situação do autor.

A percepção pela Sra. Maria Vettori Boneti, avó do impetrante, do benefício de pensão por morte no valor de 1 salário mínimo por mês (v. fls. 102/110) não altera a condição de hipossuficiência do núcleo familiar do autor, notadamente porque ela continua sob os cuidados do filho, Sr. Milton Antonio Bonetti, conforme apontado pela declaração de fls. 133 apresentada

à instituição de ensino.

Ora, de acordo com a Constituição, o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas dos trabalhadores e às de sua família com moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social (inciso IV art. 7º, da CF).

Na prática, nós temos um salário mínimo nominal (que é aquele fixado oficialmente pelo Governo) e o salário mínimo necessário, que é aquele que consegue atender os custos dos bens primários constitucionalmente protegidos no referido inciso IV, art. 7º, da CF.

Para que se tenha uma dimensão da discrepância entre o salário nominal e o necessário, basta notar que o salário mínimo para maio de 2007 era de R$ 380,00 (trezentos e cinqüenta reais). Já o salário mínimo necessário, estimado todos os meses pelo DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos -, para o sustento de uma família de quatro pessoas (dois adultos e duas crianças), para maio de 2007 foi avaliado em R$ 1.620,64[1]. Ou seja, o salário nominal é praticamente 1/5 1/5do valor necessário para satisfazer as necessidades básicas da família-padrão.

A presunção legal é de que o salário mínimo nominal é suficiente para a mantença de uma família de quatro pessoas. Porém, como os estudos do DIEESE bem demonstram, o salário nominal mal consegue a manutenção física dos membros de uma família. É absolutamente impossível cobrir gastos com escola, saúde, moradia, etc., com esse montante para uma família de quatro pessoas. Note-se: essa defasagem não é circunstancial, mas foi se acentuando desde o surgimento do salário mínimo no Brasil (em meados da década de 30), com elevada perda de seu poder de compra causada pelos diversos períodos de inflação acentuada.

É evidente que o salário nominal mostra-se inadequado, já que seus valores estão com baixo poder de compra (dentro do universo de bens vitais constitucionalmente considerados dignos de proteção), isso equivale a dizer que teremos milhões de brasileiros que, nada obstante possuam renda familiar superior a um salário mínimo, mesmo assim não ultrapassarão as fronteiras que separam uma vida miserável de uma vida com um básico de humanidade, de modo que por esse aspecto a concessão da segurança pleiteada pelo impetrante não desprestigia o princípio da isonomia mas, na verdade, tem como intuito exatamente alcançá-lo mediante a intervenção judicial.

Repise-se, conforme já apontamos no *item "b" Conceito Normativo de Renda* desta sentença, que não se pode tratar esse tema de forma aritmética/matemática. Estamos fazendo valoração, interpretação de normas de elevado conteúdo moral e social, e não cálculos de contabilidade. Esse deve ser o vetor a guiar a exegese. Vale dizer, o juiz não atua como se fosse um contador formalista, mas à luz do que o bom senso e a equidade exigem na análise de atos normativos que praticados pelo Estado (MEC e Escola Técnica) podem definir – para o bem ou para o mal – o futuro de um jovem. Observando-se que não há no âmbito do ensino particular escolas com o mesmo nível de excelência dos Colégios Técnicos, seria draconiano por questões de pouca monta financeira fechar as portas da instituição de ensino de qualidade – e que nesse caso é pública por ser federal -, sobre ser injusto com quem se esforçou – o jovem e sua família.

De outro lado, as cópias dos *holleriths* (fls. 27/29) revela-nos que na composição do salário do Sr. Milton Antônio Bonetti, genitor do impetrante temos diversos itens: vencimento total, despesas médicas, IRPF, INSS. Além destas, temos também um outro ponto no *hollerith* que chama a atenção: as horas extras feitas pelo Sr. Milton Antônio Bonetti. É importante

1 Fonte *site* do DIEESE – www.dieese.org.br

esse aspecto uma vez que o núcleo familiar é formado pelo Sr. Milton Antônio Bonetti, a Sra. Maria Vettori Bonetti, a mãe do impetrante e o autor. Não é necessário ser um estudioso de "A Política" de Aristóteles para se perceber que o Sr. Milton Antônio Bonetti dedica-se além do que seria a média para auferir um pouco mais de renda com horas extras. Com seu labor, e passando além daquelas que seriam as horas normais de trabalho, procura dar uma vida digna e honesta para seus familiares, provindo a subsistência do autor, para que possa receber estudo e qualificação profissional. Ressalte-se que o fato da percepção de horas extras perdurar por longo prazo, mais de 2 (dois) anos, não desnatura a natureza da remuneração, mas enfatiza a necessidade que o genitor do auto tem de trabalhar para prover o mínimo necessários aos seus entes familiares. Se ele não fizesse horas extras, sua renda líquida, feito o cálculo previsto na legislação (1,5 salário mínimo *per capta*), preencheria o aluno o requisito do MEC. Não se premia o trabalho extraordinário, a dedicação de um pai, fechando-se as portas do ensino público técnico para o seu filho. Será que atendo os princípios de justiça que Aristóteles estabelece também na "Ética a Nicomaco". Cremos que não atende aos princípios aristotélicos, nem os princípios de justiça que amparam nossa Constituição e a Lei 12.711/12.

Não estamos com isso sustentando que não se possa estabelecer limites, critérios financeiros para aqueles que pretendem se beneficiar do regime de cotas. O que estamos sustentando, o que é bem diferente, é que os critérios matemáticos fixados, sobretudo pelos administradores públicos, na concretização dos princípios constitucionais de universalização do acesso ao ensino, assim como a redução de desigualdades sociais, devem ser interpretados com humanidade e bom senso: *a política constitucionalmente inclusiva, densificada nas leis e atos normativos, deve ser fonte de direitos subjetivos, jamais de supressão de tais direitos do cidadão.*

e) Conclusão

Ante o exposto, julgo procedente o pedido com resolução do mérito (CPC, art. 269, I) e CONCEDO A ORDEM para o fim de assegurar o direito líquido e certo do impetrante de ser matriculado no curso técnico em automação industrial, período vespertino, com postulado na inicial e, por conseguinte, ratifico a liminar concedida.

Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários advocatícios por força das Súmulas nº 105, do Superior Tribunal de Justiça, e 512, do Supremo Tribunal Federal, além do disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Sentença sujeita a reexame necessário (Lei nº 12.016/2009, artigo 14).

Expeça-se ofício ao E. TRF-3ª Região com cópia desta sentença para o fim de instruir o agravo interposto pela AGU.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Ribeirão Preto, 05 de julho de 2013.

Juiz Federal DAVID DINIZ DANTAS

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AÇÃO ORDINÁRIA
0010829-97.2013.4.03.6100

Autora: EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: MARCELLE RAGAZONI CARVALHO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2013

Vistos, etc.

Trata-se de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, ajuizada por EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A em face da UNIÃO FEDERAL, com pedido de tutela antecipada, objetivando seja determinado à ré que se abstenha de utilizar colunas e matérias jornalísticas veiculadas pelo Jornal Folha de São Paulo, nos produtos *clipping* impresso e digital, bem como retire do *site* do Senado Federal todas as colunas e matérias jornalísticas dele reproduzidas, sob pena de multa diária.

Aduz, em síntese, que o *site* do Senado Federal tem publicado, sem qualquer autorização, colunas e matérias jornalísticas veiculadas nas versões impressas e eletrônicas das publicações por ela editadas, importando em violação de direitos autorais.

Fundamenta seu pedido no fato de que as publicações por ela disponibilizadas *on line* permitem um número limitado de acesso pelos internautas, o qual, após ultrapassado, somente permite o acesso mediante assinatura paga.

Portanto, por ter conteúdo restrito o jornal digital, o Senado Federal não poderia veicular as notícias em seu *site*, às vezes, no mesmo dia da publicação.

É o Relatório.

Decido.

O primeiro requisito para a concessão da tutela antecipada é o da *prova inequívoca da verossimilhança da alegação*, ou seja, a probabilidade de sucesso do demandante. Os elementos trazidos pela autora hão de ser suficientemente fortes para incutirem no magistrado a conclusão de que existe boa probabilidade de sucesso.

Não se trata do *fumus boni juris* do processo cautelar, mas da *verossimilhança* que exige a forte probabilidade de acolhimento do pedido. É que a tutela antecipada diz respeito aos *efeitos de mérito* cujo objetivo é conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Por outras palavras, sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, propiciando a imediata execução.

No entanto, não basta a demonstração de tal requisito, mas deve existir ainda *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*. Significa, em poucas palavras, que ocorrerá o dano irreparável ou de difícil reparação nas situações em que o provimento jurisdicional pleiteado se tornará ineficaz caso seja concedido somente ao final da ação.

A autora alega que notificou o Senado Federal em janeiro do ano corrente, questionando a prática, recebendo resposta de que suspenderia as publicações até parecer definitivo do setor jurídico. Assim, em março deste ano, conforme email de fl. 102, enviado em 13/03/2013, foi informada a autora de que o Senado voltaria a reproduzir as notícias que tratam do Parlamento brasileiro, entendendo que não haveria violação a direito autoral no caso referido.

A autora registrou em cartório ata notarial demonstrando o conteúdo a que se tem acesso através do *site* do Senado (fls. 48/101).

A lei nº 9.610/98, sobre os direitos autorais, dispõe:

> Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.
> Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
> I - a reprodução parcial ou integral;
> (...)

Por outro lado, o art. 46 estabelece que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, "na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos" (inciso I, *a*).

No moderno direito de autor, no âmbito da sociedade de informação, entende-se que quanto maior o acesso à informação, maior o desenvolvimento de uma nação, não só do ponto de vista econômico, mas também cultural e humano, voltando-se assim ao atendimento do interesse coletivo.

Verifica-se assim a existência de conflito entre o direito da coletividade à informação e a tutela do direito autoral.

A hipótese dos autos é de divulgação e disponibilização, a todos que acessarem o *site* do Senado Federal, do conteúdo praticamente integral do Jornal Folha de São Paulo, além de outros jornais.

A despeito da referida importância da disseminação da cultura e da informação, há no caso patente violação do direito autoral decorrente de tal divulgação sem qualquer contrapartida ao detentor dos direitos autorais, máxime em se considerando que a Folha da Manhã cobra dos usuários pelo acesso ao seu *site*.

No caso, os direitos autorais são de titularidade da própria empresa jornalística, em face dos contratos de trabalho celebrados com cada jornalista, que cede à empresa empregadora os direitos autorais de suas "obras", de forma exclusiva e com caráter definitivo.

Importante salientar que a Constituição Federal assegura o direito à propriedade intelectual (art. 5º, XXVII a XXIX), em vista do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país, sendo uma das formas a proteção ao direito autoral (Lei 9.610/98).

Considerando o acima exposto, salvo as exceções previstas nos artigos 46 a 48 da Lei 9.610/98, as demais reproduções de obras que não estejam no domínio público são vedadas se não houver o consentimento do autor.

Embora na divulgação pelo Senado haja correta indicação da fonte, o que faria incidir a exceção do inciso I do art. 46 acima referido, verifica-se que o *clipping* do Senado não apenas disponibiliza um resumo das principais notícias diárias, como fazem diversos outros órgãos públicos, mas disponibiliza quase integralmente o conteúdo de jornais diários, sendo relevante, para a solução do caso, o fato de o jornal cobrar pelo acesso dos usuários da internet, quando incorrem em mais de vinte acessos mensais.

A cobrança do acesso pela Folha da Manhã é de conhecimento público, enquanto que o Senado disponibiliza o conteúdo do jornal praticamente na íntegra, inclusive com editoriais,

painel, artigos de articulistas, crônicas, algumas fotografias e até a capa do jornal escaneada, cujo acesso é permitido somente aos assinantes, burlando, dessa forma, a regulamentação adotada para divulgação *on line* das notícias por ele veiculadas.

Referida disponibilização, sem autorização, não está compreendida na legislação de direitos autorais citada. Ainda que o faça aos usuários de sua página na internet a divulgação de forma gratuita, é evidente o prejuízo ao jornal, que deixa de arrecadar com as assinaturas digitais, o que caracteriza o *periculum in mora*.

Por fim, não há perigo de irreversibilidade do provimento ora deferido.

Isto posto, *defiro a antecipação de tutela* requerida, para determinar que o Senado Federal se abstenha de utilizar colunas e matérias veiculadas pelo jornal Folha de São Paulo em seus *clippings* digital e impresso, devendo retirar de seu *site* as matérias reproduzidas indevidamente, em 48 horas, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso.

Cite-se.

Int.

Cumpra o Sr. Oficial de Justiça o Mandado em Regime de Plantão.

Juíza Federal MARCELLE RAGAZONI CARVALHO

Súmulas

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

Impressão e acabamento:
Divisão de Serviços Gráficos

JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1500