

REVISTA

ANO XXIV - N. 117 - ABRIL/JUNHO DE 2013 - ISSN 1982-1506

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Demarcação de terras indígenas. Manutenção provisória. Comunidade Indígena Pyelito Kue.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0029586-43.2012.4.03.0000
(2012.03.00.029586-3)

Comentários:

Fernando Marcelo Mendes

Juiz Federal

Marco Antonio Delfino de Almeida

Procurador da República

Roberto Lemos dos Santos Filho

Juiz Federal



ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Reformas da previdência sob o prisma do custeio e da distribuição de benefícios: um olhar de totalidade

Flávio Roberto Batista

Procurador Federal

Atipicidade da utilização de cartões de crédito internacionais para o pagamento de importações com finalidade comercial

Marcelo Costenaro Cavali

Juiz Federal

Jurisdição e competência: contornos doutrinários

Bruno Santhiago Genovez

Juiz Federal

Fidelidade partidária: análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Juliana Ribeiro Brandão - Advogada

Karina Denari Gomes de Mattos - Estudante

Marcelo Doval Mendes - Advogado

Marco Aurélio Serau Junior - Analista judiciário

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. 117	p. 1-510	abr./jun. 2013

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 Astolpho 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 03/06/2013.

⁽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 - Presidente
JOSÉ LUNARDELLI
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

DIVA MALERBI
ANDRÉ NABARRETE - Presidente
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO

QUINTA TURMA

ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI - Presidente
ANTONIO CEDENHO
PAULO FONTES

SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
REGINA COSTA

SÉTIMA TURMA

ROBERTO HADDAD - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
MÔNICA NOBRE
CARLOS FRANCISCO - Juiz Federal

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 URSIA

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)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Reformas da previdência sob o prisma do custeio e da distribuição de benefícios: um olhar de totalidade

Flávio Roberto Batista.....17

Jurisdição e competência: contornos doutrinários

Bruno Santhiago Genovez 31

Fidelidade partidária: análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Juliana Ribeiro Brandão

Karina Denari Gomes de Mattos

Marcelo Doval Mendes

Marco Aurélio Serau Junior 47

Atipicidade da utilização de cartões de crédito internacionais para o pagamento de importações com finalidade comercial

Marcelo Costenaro Cavali 65

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Comunidade Indígena Pyelito Kue. Procedimento administrativo de demarcação de terras. Manutenção provisória na área circunscrita a 1 hectare da Fazenda Cambará no Município de Iguatemi/MS até o término do procedimento administrativo.

AI 0029586-43.2012.4.03.0000

Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello 77

COMENTÁRIOS

Fernando Marcelo Mendes 85

Marco Antonio Delfino de Almeida 99

Roberto Lemos dos Santos Filho 109

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Execução do serviço sem autorização. Autuação. Apreensão do veículo (ônibus) e liberação condicionada ao pagamento da multa. Ilegalidade. Poder regulamentar. Limites.

REOMS 0007976-83.2002.4.03.6106

Desembargador Federal André Nabarrete 119

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI. Uso de verbas federais pelo município de Bragança Paulista. Distinção entre irregularidade e improbidade administrativa.

AC 0002107-49.2006.4.03.6123

Desembargador Federal Márcio Moraes..... 123

Aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas em razão de apuração de subfaturamento. Decisão em instância única. Possibilidade. Ausência de comprovação das alegações da autora.

AC 0000301-77.2008.4.03.6100

Desembargadora Federal Regina Costa..... 140

Concurso público. Reexame, pelo Poder Judiciário, dos critérios de formulação e correção de questões da prova objetiva. Impossibilidade. Ausência da liquidez e certeza do direito.

MS 0004214-92.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Diva Malerbi 145

Procedimento administrativo disciplinar. Decisão de arquivamento pela então Corregedora Regional da Justiça Federal da 3ª Região. Recurso do noticiante dos fatos supostamente infracionais. Improvimento.

RecAdm 0034889-38.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 160

Suspensão de Tutela Antecipada. Ação Civil Pública. Deslocamento de servidores da área médica para atendimento aos presos internados no presídio federal, devendo ser transferido ao menos um médico especialista em clínica geral e outro especialista em psiquiatria; ou a contratação de tais profissionais por tempo determinado.

SLAT 0009181-49.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 163

DIREITO CIVIL

Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Cumulação de danos moral, estético e material. Omissão do Conselho de Medicina não comprovada.

AC 0001565-85.2001.4.03.6000

Desembargador Federal Nery Júnior..... 169

Ação de Busca e Apreensão. Prova pericial. Preclusão. Banco Santos. Cláusula de “reciprocidade”. Dolo e lesão. Inexistência. Rediscussão da matéria. Impossibilidade.

Ag AC 0004040-24.2009.4.03.6100

Desembargador Federal José Lunardelli..... 182

Dano moral indenizável. INSS. Demora excessiva na análise do pedido de aposentadoria especial. Evidenciada a angústia e aflição experimentadas. Valor da indenização condizente. Dano material. Não ocorrência.

AC 0012303-15.2009.4.03.6110

Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken 190

DIREITO CONSTITUCIONAL

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade reconhecido em decisão monocrática. Alegação de inconstitucionalidade do art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91, com as alterações procedidas pela Lei nº 9.876/99.

ArgInc 0005285-46.2000.4.03.6113

Desembargadora Federal Marisa Santos..... 201

Indenização por danos morais. Responsabilidade objetiva da OAB - SP. Lista de autoridades que receberam moção de repúdio e desagravo. Ampla divulgação. Excesso danoso. Nexos de causalidade. Caracterização de dano à integridade moral do autor.

AC 0000973-22.2007.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 204

DIREITO PENAL

Extorsão mediante sequestro. Sequestrados menores de dezoito anos. Quadrilha armada. Gravação da conversa informal entre o acusado e a autoridade policial. Ilicitude.

ACr 0002609-58.2000.4.03.6103

Desembargadora Federal Vesna Kolmar 213

Corrupção passiva comprovada. Cobrança por cirurgia custeada pelo SUS. Médico. Funcionário público para fins penais.

ACr 0009650-67.2000.4.03.6106

Desembargador Federal Nelson dos Santos..... 223

Denúncia caluniosa. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Pena-base fixada no mínimo legal. Réu reincidente.

ACr 0002552-49.2005.4.03.6108

Desembargador Federal Paulo Fontes 232

Crime de desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação. Indispensabilidade de autorização estatal para o exercício de atividade de radiodifusão. Crime formal e de perigo abstrato.

ACr 0009931-16.2005.4.03.6181

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 238

Representação. Denúnciação caluniosa. Pedido de arquivamento. Deferimento por decisão monocrática. Agravo regimental. Cabimento.

AgRg RpCr 0020164-15.2010.4.03.0000

Desembargadora Federal Marli Ferreira 247

Sequestro qualificado. Regime militar. Órgãos de repressão política. Rejeição da denúncia.
RSE 0004204-32.2012.4.03.6181

Desembargador Federal Peixoto Junior 252

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pecúlio. Falecimento do segurado. Direito adquirido. Recebimentos dos valores por seus sucessores. Procedência da ação.

AgRg ApelReex 0054676-56.1997.4.03.6183

Desembargador Federal Walter do Amaral 289

Auxílio-reclusão. Limitação do universo dos contemplados. Salário de contribuição superior ao estabelecido pela portaria interministerial. Juízo de retratação. Repercussão geral do tema reconhecida pelo plenário do STF.

AC 0016006-63.2005.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Douglas Camarinha Gonzales 293

Benefício assistencial. Miserabilidade e incapacidade comprovadas.

Ag AC 0001107-32.2006.4.03.6117

Juiz Federal Convocado Carlos Francisco 299

Percepção de dupla pensão por morte, segundo os regimes estatutário e previdenciário, sem a correspondente fonte de custeio. Apuração da ilicitude, na via administrativa. Decadência. Consumação. Ausência.

EDcl AMS 0013398-94.2006.4.03.6107

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 303

Aposentadoria por idade rural. Atividade rural não comprovada. Extensão de prova. Impossibilidade na hipótese. Requisitos legais não preenchidos.

Ag AC 0007845-93.2007.4.03.9999

Desembargadora Federal Mônica Nobre 308

Aposentadoria por tempo de serviço. Cômputo de tempo posterior à EC nº 20/98. Cumprimento das regras de transição. Concessão da aposentadoria proporcional.

Ag AC 0012005-64.2007.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro 313

Pensão por morte. Complementação. Ferroviário da FEPASA. Competência das varas previdenciárias da Justiça Federal.

REO 0003481-33.2010.4.03.6100

Desembargadora Federal Vera Jucovsky 316

Rescisória. Aposentadoria por invalidez. Ofensa à coisa julgada. Ações idênticas. Ocorrência. Extinção da ação subjacente. Pedido de restituição de valores.

AR 0015153-68.2011.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana.....323

Ação proposta objetivando o reajuste do valor de benefício previdenciário pelos mesmos índices utilizados nos reajustes dos salários-de-contribuição. Sustentando que os índices aplicados não preservaram o valor real do benefício.

AC 0007371-51.2012.4.03.6183

Juiz Federal Convocado Ciro Brandani.....332

Pensão por morte. Menor sem bens sob guarda não-circunstancial do avô. Óbito do detentor da guarda. Sentido da expressão “menor tutelado”.

AC 0022702-71.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 336

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Benefício pago a partir de liminar em Mandado de Segurança. Ação de cobrança objetivando o pagamento de valores devidos a partir do requerimento administrativo. Possibilidade.

AC 0002121-45.2001.4.03.6111

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 343

Ação Rescisória. Aposentadoria por idade rural. Preliminares. Inépcia da inicial. Justificação judicial. Documento novo. Inadequação. Falta de interesse de agir. Acolhimento.

AR 0120296-22.2006.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson Bernardes.....353

Anistia. Termo de adesão da Lei nº 11.354/2006. Ajuizamento de ação visando revisão dos valores recebidos. Impossibilidade. Verba honorária.

Ag ApelReex 0011876-55.2008.4.03.6109

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 359

Recurso Especial. Negativa de seguimento ao Agravo de Instrumento, em virtude da ausência de certidão de intimação (peça obrigatória, segundo esta C. Corte). Intimação do Poder Público realizada por meio de abertura de vista dos autos. Defendida possibilidade de se suprir a ausência da certidão por meio do termo de vista dos autos. Matéria repetitiva. Remessa recursal.

REsp AI 0001476-39.2009.4.03.0000

Desembargadora Federal Salette Nascimento.....367

Impugnação à assistência judiciária gratuita. Agravo legal. Presunção “juris tantum”. Possibilidade de afastamento no caso concreto.

Ag AC 0006536-90.2009.4.03.6111

Juíza Federal Convocada Raquel Perrini.....370

Cancelamento de CPF. Instrução Normativa nº 1.042/2010 da SRF.

Ag AC 0002124-88.2010.4.03.6303

Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn 375

Reintegração de posse. Malha ferroviária. Ocupação irregular. Antecipação de tutela. Risco de dano grave ou de difícil reparação na continuidade da presença de moradores em trecho afeto ao trânsito de veículos pesados.

AI 0025009-22.2012.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 379

Cumulação de pedidos de concessão de benefício previdenciário e indenização por danos morais. Adequação “ex officio” do valor da causa pelo magistrado com vistas à fixação da competência para julgamento. Possibilidade.

Ag AI 0032575-22.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 383

Conflito de Competência. Relação jurídica controvertida de natureza jurídica administrativa. Pedido de julgamento do processo administrativo perante o INSS em razão da demora ou omissão em sua análise. Competência da Vara Cível Federal.

CC 0002538-75.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira 386

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Interrogatório por videoconferência. Possibilidade. Uso de algemas. Observância à Súmula Vinculante nº 11.

RvC 0035037-83.2011.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 393

Prisão em flagrante. Pedido de revogação da prisão preventiva ou substituição por medida cautelar. Inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” prevista no art. 44, “caput”, da Lei nº 11.343/06. Custódia cautelar necessária para garantia da ordem pública. Ausência de ilegalidade.

HC 0000860-25.2013.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 403

“Habeas Corpus”. Descaminho. Prisão. Pena máxima não superior a quatro anos de reclusão. Ausência dos requisitos do artigo 313 do CPP. Conversão da prisão em flagrante em preventiva: descabimento.

HC 0003857-78.2013.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita 409

Tráfico internacional de pessoa e uso de documentos falsos. Prisão preventiva. Necessidade para a garantia da ordem pública e para o resguardo da aplicação da lei penal. Paciente boliviano, com facilidade de fuga ao território estrangeiro.

HC 0006066-20.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini 419

DIREITO TRIBUTÁRIO

Execução Fiscal. Encerramento da falência. Redirecionamento. Impossibilidade. Litigância de má-fé. Inocorrência. Honorários advocatícios.

AC 0529337-75.1996.4.03.6182

Desembargadora Federal Alda Basto.....425

Livros infantis. Imunidade.

ApelReex 0008722-44.2008.4.03.6104

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 431

SENTENÇAS

Fiscalização da ANATEL. Constatação de funcionamento clandestino de emissora de rádio.

0011010-93.2006.4.03.6181

Juiz Federal Toru Yamamoto 441

Gráfica e editora. Multa por atraso na entrega de Declaração Especial de Informação Fiscal – Papel Imune. Pedido de anulação da multa. Descabimento.

0011374-65.2007.4.03.6105

Juíza Federal Raquel Coelho Dal Rio Silveira.....450

Contrato de mútuo celebrado para aquisição da casa própria. Falecimento de um dos mutuários. Condenação da CEF ao pagamento de cobertura securitária prevista no contrato.

0003110-34.2008.4.03.6102

Juiz Federal David Diniz Dantas 458

Pensão por morte. Concessão à ex-esposa e à companheira do falecido na data do óbito.

0055972-93.2010.4.03.6301

Juiz Federal Fernando Henrique Corrêa Custodio 478

Mandado de Segurança preventivo. Alegação de necessidade de proteção do sigilo bancário da impetrante. Inocorrência de interceptação de dados. Impossibilidade do contribuinte simplesmente recusar-se a apresentar à Receita Federal informações sobre movimentações bancárias.

0007274-25.2011.4.03.6106

Juiz Federal Dasser Lettière Júnior.....482

Violação do denominado “monopólio estatal” dos Correios. Entrega de avisos de intimação realizada diretamente por funcionários do próprio cartório ou por terceiros a seus serviços.

0000109-48.2012.4.03.6119

Juiz Federal Tiago Bologna Dias 486

Correios. Ação mandamental para entrega postal nos específicos endereços dos moradores de condomínio fechado, tanto quanto para cadastro de CEP individualizado para cada uma das ruas de dito condomínio. Parcial procedência, insuficiente a entrega postal em “portaria”.

0002943-57.2012.4.03.6108

Juiz Federal José Francisco da Silva Neto 494

CREMESP. Aplicação de penalidade de suspensão do exercício profissional por 30 dias. Entrevista concedida à revista por cirurgião plástico renomado. Matéria que não condizia com os preceitos éticos da medicina. Fatos incontroversos, infrações existentes, razoabilidade e proporcionalidade da sanção aplicada.

0012226-31.2012.4.03.6100

Juiz Federal João Batista Gonçalves 498

SÚMULAS 507



Artigos Doutrinários

Reformas da previdência sob o prisma do custeio e da distribuição de benefícios: um olhar de totalidade



Flávio Roberto Batista

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professor da Escola Paulista de Direito Social. Procurador Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Notas históricas sobre a organização da seguridade social brasileira. 3. As peculiaridades do custeio da seguridade social brasileira e a discussão sobre o *deficit*. 4. As reformas da previdência ocorridas na década de 1990. 5. Princípios da seguridade social e o planejamento do custeio. 6. Análise crítica das reformas da previdência – à guisa de conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

O presente ensaio tem por objetivo apresentar algumas reflexões acerca das reformas do sistema de previdência, passadas e futuras. Partindo de uma perspectiva crítica das reformas até aqui efetuadas, acredita-se que não é possível expor o tema com clareza sem uma perspectiva de totalidade, isto é, enxergando o sistema como estrutura integrada que deve, necessariamente, contemplar uma análise conjunta da captação de recursos e de sua distribuição. Em outras palavras, nenhuma interpretação do sistema pode descolar o custeio e a concessão de benefícios, e pretende-se demonstrar que as visões parciais de tais aspectos indissociáveis foram responsáveis pela desorganização com que foram feitas as reformas nos últimos vinte anos, legando-nos um sistema sempre remendado e com uma aparência de estar em constante reforma.

Para atingir esse objetivo, o artigo será iniciado com a rememoração de alguns aspectos históricos da organização do sistema de seguridade social que são determinantes para a atual organização de seu custeio e para a discussão sobre a existência ou não de *deficit* na previdência social.

Cumprida esta etapa, será possível explorar sucintamente a discussão sobre o *deficit*, que está ligada à questão da aceitação popular e dos ônus políticos das reformas da previdência.

Em seguida, serão analisados alguns princípios constitucionais da seguridade social que podem ajudar a elucidar o tema.

Com a exposição do conteúdo das reformas da década de 1990, já se encaminhando para o final do raciocínio, será feita a análise de seu contexto em relação à estrutura do sistema de seguridade social e a economia, com a apresentação de algumas sugestões para reformas futuras.

O ensaio foi pensado para manter uma continuidade lógica na linha de raciocínio, constituindo um texto único, mas foi dividido em seções para melhor organização das ideias e maior clareza da sequência de passos trilhada.

2. Notas históricas sobre a organização da seguridade social brasileira.

O atual sistema brasileiro de seguridade social é fruto da concretização legal, promovida pelas Leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91, dos novos dispositivos constantes do texto da Constituição Federal de 1988. Este diploma representou uma transformação profunda no sistema brasileiro de proteção social, alçando ao nível constitucional a ideia de seguridade social, que ingressara em nosso ordenamento, ainda de forma incipiente, no ano de 1977. Neste ano, a Lei nº 6.439/77 instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, que integrou pela primeira vez os conceitos de previdência social, assistência social e saúde – que à época era administrada pela previdência social, por meio do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS. É a partir daí que se origina o conceito brasileiro de seguridade social, veiculado pelo artigo 194 da Constituição Federal¹ e substancialmente diverso de sua formulação original, muito mais ampla, tal qual enunciada por William Beveridge na Inglaterra na década de 1940.²

A lembrança, logo no início deste ensaio,³ da origem das normas de seguri-

dade social da Constituição Federal a partir do SINPAS – e não, como poderia parecer a princípio, da formulação *beveridgeana* – é imprescindível para deixar claro que a seguridade social brasileira possui peculiaridades que a distinguem dos sistemas inspirados no modelo inglês. Tais peculiaridades vinculam a proteção social brasileira a uma tradição local que desencadeia efeitos profundos – e muitas vezes indesejáveis – em sua organização contemporânea e nas constantes discussões acerca de suas propostas de reforma. Para deixar o argumento mais claro, convém retroceder um tanto mais na história de nossa previdência social.

Por ocasião da criação do SINPAS, o órgão responsável pela gestão da previdência social era o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. Esta autarquia federal havia sido criada pelo Decreto-lei nº 72/66, que nela unificou todos os então existentes Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs, organizados segundo a categoria profissional dos trabalhadores a eles filiados. A junção dos IAPs⁴ no INPS representou o ápice de um processo de unificação do sistema previdenciário iniciado quase vinte anos antes, em 1947, quando começara a tramitar o projeto de lei que culminou com a edição de uma lei orgânica para a previdência social – Lei nº 3.807/60 – que teve por finalidade uniformizar as regras de captação de recursos e distribuição de benefícios dos diversos IAPs, bastante díspares até então.⁵

Os IAPs, por sua vez, haviam sido criados para substituir, já na primeira metade da década de 1930, o sistema anterior, que inau-

1 “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

2 Para maiores detalhes sobre o assunto, no qual não será possível maior aprofundamento, cf. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-25.

3 Os temas aqui abordados estão tão intimamente ligados que é extremamente difícil estabelecer a ordem correta de seu tratamento. Foi necessário investir bastante tempo para, enfim, optar pela presente sequência de exposição.

4 Ficou excluído de tal reunião apenas o IAP que abrigava os funcionários públicos, dando origem à cisão até hoje subsistente entre o regime geral e os regimes próprios de previdência social.

5 “Os benefícios concedidos variavam muito segundo o IAP. Todos concediam aposentadoria por invalidez e pensão para dependentes. Os IAPs mais ricos, como o dos bancários, forneciam ainda aposentadoria por tempo de trabalho, auxílio médico-hospitalar, auxílio para caso de doença, de morte, de parto”. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 114.

gurou a previdência social em nosso país, consistente na criação de uma multiplicidade de Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs, organizadas por empresa. A transposição do sistema das CAPs para o sistema dos IAPs significou, portanto, a ampliação do universo de atendimento da previdência social, com a passagem de um sistema organizado por empresa para um sistema organizado por ramo de atividade econômica.⁶

O sistema das CAPs parece tão cronologicamente distante que os atuais estudiosos do direito da seguridade social pouca ou nenhuma atenção emprestam a ele. Seu tratamento doutrinário ordinariamente acaba se resumindo a uma menção passageira no início de cada texto. As CAPs, entretanto, ainda povoam o imaginário popular. Basta observar, a esse respeito, que no linguajar coloquial o recebimento de benefício por incapacidade laboral é comumente referido como “encostar na Caixa”, em clara alusão ao recebimento de remuneração da CAP em razão da cobertura da incapacidade e não da empresa em razão do vínculo empregatício, ainda que isso não mais ocorra, na prática, há cerca de oitenta anos.

O Decreto nº 4.682/23, popularmente conhecido como Lei Eloy Chaves, criou as primeiras CAPs, associadas às empresas brasileiras de estradas de ferro. Ao contrário

do que possa parecer em razão da atual organização do direito administrativo, as CAPs eram entidades privadas. Observe-se, a esse respeito, que a Constituição então em vigor, de 1891, não fazia a distinção entre administração direta e indireta, não atribuindo natureza pública a nenhuma pessoa jurídica que não fosse a própria União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. À época da edição da Lei Eloy Chaves, vigia ainda o Código Civil de 1916, que era taxativo em seu artigo 14 ao limitar aos entes federados as pessoas jurídicas de direito público interno. O primeiro conceito normativo de autarquia, figura à qual associávamos, com o raciocínio

jurídico contemporâneo, as CAPs, surgiria somente em 1943, veiculado pelo Decreto-lei nº 6.016/43: “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”. A despeito disso, recorda-nos Maria Sylvia Zanella di Pietro,

citando trabalho de Lafayette Pondé, que

(...) algumas vezes, a construção jurisprudencial transpôs a letra da lei escrita, como quando conheceu e qualificou a figura da autarquia, entidade pública, de direito administrativo, para isto alargando o art. 14 do Código Civil: nos casos da classificação de funcionários e demissão de diretores do Instituto do Café de Minas e de São Paulo por atos dos respectivos Governos, atos estes incompatíveis com a qualificação de direito privado a ambos atribuída, quando de sua criação.⁷

6 “Na área da previdência, os grandes avanços se deram a partir de 1933. Nesse ano, foi criado o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM), dando início a um processo de transformação e ampliação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) da década de 20. No ano anterior, havia cerca de 140 CAPs, com perto de 200 mil segurados. Os institutos (IAPs) inovaram em dois sentidos. Não eram baseados em empresas, como as CAPs, mas em categorias profissionais amplas, como marítimos, comerciários, bancários etc. (...). A criação dos IAPs prosseguiu ao longo da década, ampliando continuamente a rede de beneficiados”. *Idem*, p. 113.

7 PONDÉ, Lafayette. O direito administrativo na república. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 178, out./dez. 1989, p. 24-37, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 15.

A lembrança é importante porque justifica a colocação na Lei Eloy Chaves de um dispositivo que será central para o raciocínio aqui desenvolvido. Em seu artigo 3º, o diploma em questão limita o financiamento das CAPs a verbas oriundas das próprias empresas e de seus empregados, na forma de contribuições periódicas, de verbas acessórias a tais contribuições, como multas e juros por atrasos, além do pagamento de joias, isto é, aquisição do direito de participação no sistema, por parte dos segurados.

Em outros termos, a previdência social nasce organizada por pessoas jurídicas de direito privado que, consequentemente, somente poderiam ser financiadas pelos particulares que a integrassem, empregados e empregadores. A manutenção do regime nesses moldes durou pouco. O primeiro IAP, dos trabalhadores marítimos, criado pelo Decreto nº 22.872/33, já previa a subordinação dessa nova pessoa jurídica ao Ministério do Trabalho e uma contribuição da União Federal, aproximando sobremaneira seu regime jurídico do que hoje chamaríamos de uma autarquia, na esteira da observação de di Pietro acima transcrita. O fato é que, a despeito disso, a organização das CAPs já havia então impregnado definitivamente o tratamento normativo da previdência social, embora já não houvesse, pelo menos desde 1933, motivo jurídico determinante para que o financiamento da previdência social fosse feito predominantemente por seus participantes e pelas empresas a que estivessem vinculados.⁸

3. As peculiaridades do custeio da seguridade social brasileira e a discussão sobre o déficit.

A situação descrita no item anterior perdura até hoje. Exemplificativamente, um exame da execução orçamentária da seguridade social dos anos de 2008 a 2011⁹ revela que a soma das contribuições dos segurados e de seus respectivos empregadores, chamada nos documentos oficiais da União Federal de *receita previdenciária líquida*, responde por cerca de metade de todo o financiamento da seguridade social e por entre noventa e cem por cento do montante necessário para saldar todos os gastos efetuados com benefícios previdenciários. Além disso, é de se destacar a norma inserida pela Emenda Constitucional nº 20/98 no artigo 167, XI, da Constituição Federal, no sentido de que é vedada “a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.

Essa é a razão pela qual, neste ano de 2012, vinte e quatro anos depois de a Constituição Federal, em seus artigos 194 e 195, ter unificado o orçamento da seguridade social, inserindo num conjunto integrado os subsistemas de previdência, assistência e saúde, persista a discussão, patrocinada inclusive pela própria União Federal,¹⁰ a respeito da existência ou não de um *deficit* da *previdência social*.

Diante de tudo que foi afirmado, é fácil perceber que a Constituição proíbe que o Estado brasileiro estabeleça um orçamento

8 “Além disso, a administração dos IAPs não ficava a cargo de empregados e patrões, como no caso das CAPs. O governo agora era parte integrante do sistema. O presidente da República nomeava o presidente de cada IAP, que contava com um conselho de administração formado de maneira paritária por representantes das organizações sindicais de patrões e empregados. (...). Os recursos dos IAPs provinham do governo, dos patrões e dos trabalhadores”. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 113-114.

9 Os dados estão em ANFIP. *Análise da seguridade social em 2011*. Brasília: ANFIP, 2012, p. 32-33.

10 Exemplificativamente, extrato do último relatório do tesouro nacional: “Por fim, o déficit da Previdência Social foi reduzido em R\$ 7,3 bilhões (17,1%) quando comparado com o exercício de 2010, alcançando R\$ 35,5 bilhões, frente aos R\$ 42,9 bilhões apurados no mesmo período do ano anterior”. BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Resultado do Tesouro Nacional*. Brasília: STN, v. 17, n. 12, dez. 2011, p. 4.

separado para a previdência social, determinando que o orçamento da União se divida em dois: orçamento fiscal, contendo as receitas e despesas gerais, e orçamento da seguridade social, contendo unicamente as receitas e despesas vinculadas aos sistemas de previdência social, assistência social e saúde, de forma integrada. Isso se reflete, evidentemente, na lei orçamentária anual, que, segundo a hierarquia normativa, deve respeitar o texto constitucional. Essa a razão pela qual as leis orçamentárias anuais são divididas em orçamento fiscal e orçamento da seguridade social, como se pode observar examinando, para ficar apenas em um exemplo, o texto da Lei nº 12.595/2012, que contém a previsão orçamentária para o ano corrente no momento da elaboração deste ensaio.

Causa espécie, portanto, que o governo federal venha reiteradamente divulgando dados como os que seguem:

O déficit da Previdência Social teve resultados significativos em agosto, tanto no confronto mensal, quanto no anual. De acordo com balanço divulgado nesta segunda-feira (1), o saldo entre arrecadação e pagamento de benefícios fechou negativo em R\$ 4,9 bilhões no mês passado. Na comparação com agosto do ano anterior, houve alta de 19,3% no saldo negativo da Previdência. Já na comparação com julho, a alta foi de 90,4%.¹¹

Mais do que isso, recentemente o Ministério da Previdência tem inclusive separado as contas previdenciárias dos setores urbano

e rural, evidenciando que a suposta falta de recursos previdenciários é de responsabilidade da previdência rural, já que a previdência urbana seria superavitária.¹²

Frise-se: não existe previsão constitucional para um orçamento da previdência social, que deve estar integrada no orçamento da seguridade social. Que dizer, então, da situação financeira deste último sistema? O mesmo estudo de execução orçamentária referido acima dá conta de que entre 2008 e 2011 a seguridade social foi sempre superavitária, com saldos positivos variando de trinta e dois a setenta e sete bilhões de reais.¹³

Ora, chama atenção que um sistema de proteção social, integrando previdência social, assistência social e saúde, apresente resultado positivo. Não há mais necessitados de assistência social? A saúde é prestada com excelência e de maneira célere para toda a população? Como é possível que “sobre” dinheiro constitucionalmente vinculado à seguridade social?

A resposta a todas estas questões encontra-se no artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituído pela



11 SILVA, Juliana Américo Lourenço da. Déficit da previdência social chega a R\$ 4,9 bilhões em agosto. *Infomoney*. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/aposentadoria/noticia/2575116/Deficit-Previdencia-Social-chega-bilhoes-agosto>>. Acesso em: 05 out. 2012.

12 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *RGPS: Setor urbano tem novo superávit em junho*: R\$ 2,2 bilhões. Disponível em: <<http://inss.gov.br/vejaNoticia.php?id=47122>>. Acesso em: 05 out. 2012.

13 ANFIP. *Análise da seguridade social em 2011*. Brasília: ANFIP, 2012, p. 33.

Emenda Constitucional nº 27/2000 e com sucessivas alterações de redação pelas Emendas Constitucionais nºs 42/2003, 56/2007 e 68/2011. Este artigo prevê a possibilidade de que a União utilize livremente até vinte por cento de qualquer verba constitucionalmente vinculada, incluindo-se, evidentemente, as contribuições para a seguridade social. A previsão vigi desde o exercício financeiro do ano 2000, em situação teoricamente temporária, mas cujo prazo vem sendo sucessivamente prorrogado, vencendo, segundo o texto atual, no final do exercício de 2015. Responde pelo nome popular de desvinculação de receitas da União – DRU. E a União vem utilizando regidamente o mecanismo para atingir a situação que, nos últimos anos, parece ter se tornado o grande objetivo da execução orçamentária brasileira: a constituição do chamado *superavit primário*, prioritariamente destinado ao pagamento de juros e à amortização da dívida pública federal.

Basta, para atingir essa conclusão, uma simples comparação entre o resultado positivo da seguridade social e o *superavit* primário da União Federal ao longo dos últimos anos:¹⁴

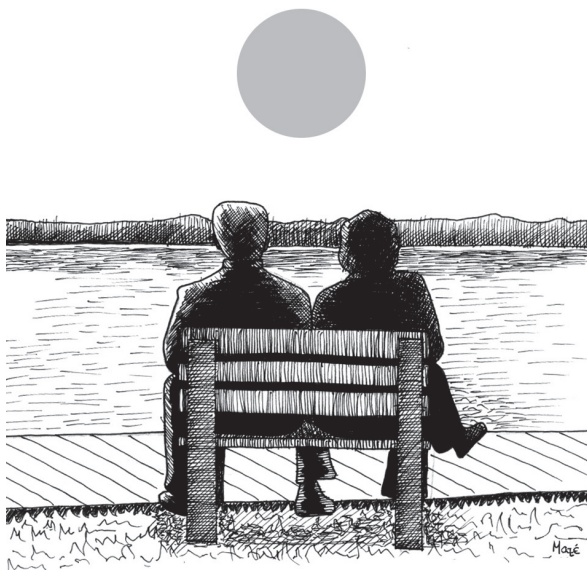
Ano	Resultado da seguridade social	Resultado da União Federal
2008	64.701	71.401
2009	32.660	39.215
2010	56.675	78.966
2011	77.193	93.519

A seguridade social, portanto, vem sustentando a maior parte do *superavit* primário da União, em detrimento da qualidade do sistema de proteção social colocado à disposição da população. Falta coerência, portanto, na discussão sobre o *deficit* da previdência, se os recursos que deveriam financiá-la estão sustentando o pagamento dos juros da dívida pública.

Todos estes argumentos de ordem técnica, jurídicos e financeiros, não são tão representativos quanto uma reflexão mais detida sobre a pertinência da nomenclatura contábil – *deficit* e *superavit* – para lidar com orçamentos públicos e, mais do que isso, orçamentos públicos ligados à proteção social dos necessitados. Ora, qual o sentido de apurar *deficit* e *superavit* se o objetivo não for o lucro? A lógica que comanda os sistemas de proteção social não é da sobra de recursos, mas do investimento racional dos mesmos para que seja oferecido o melhor nível de proteção social para a população. O sistema será bem sucedido se os cidadãos estiverem adequadamente protegidos contra as contingências cobertas, não se sobrar dinheiro.

A situação fica ainda mais visível quando se observa que, segundo o senso comum, a lógica contábil aplica-se sempre aos sistemas de proteção social, mas jamais àquelas áreas de atuação do poder público ligadas à população de maior poder aquisitivo. Com efeito, se é comum encontrar matérias jornalísticas tratando do *deficit* da previdência social, a partir de dados divulgados pela própria União, jamais se viu cobertura jornalística comparando a arrecadação advinda do imposto sobre propriedade de veículos automotores – IPVA com os gastos efetuados para melhorias no sistema viário, já que os estados-membros da União não se dedicam a estudos desse tipo. Trata-se de exemplo evidentemente caricato, mas que ilustra perfeitamente o quanto é absurda a discussão acerca do *deficit* da previdência social e os fins a que ela serve. Certamente não há interesse de nenhum governo em aumentar o IPVA ou reduzir os gastos com recapeamento e construção de vias, razão pela qual não é necessário patrocinar, por meio da grande mídia, a discussão sobre o *deficit* ou *superavit* do sistema viário. O mesmo não se pode dizer, entretanto, do sistema previdenciário, conforme ficará evidente na próxima seção, a partir de um olhar panorâmico sobre o processo ocorrido na previdência social desde 1991.

¹⁴ Tabela, em milhões de reais, elaborada pelo próprio autor a partir dos dados constantes em ANFIP. *Análise da seguridade social em 2011*. Brasília: ANFIP, 2012, p. 33 e nos relatórios de apresentação do resultado do tesouro nacional dos anos de 2008 a 2011, disponíveis em: <<http://www.stn.gov.br/hp/resultado.asp>>. Acesso em: 08 out. 2012.



4. As reformas da previdência ocorridas na década de 1990.

Conforme ficou claro na seção anterior, a divulgação de dados em total dissonância com o texto constitucional responde a reclamos políticos ligados à aceitação popular das reformas da previdência. Desde a edição da Constituição Federal e das Leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91, a previdência social passou por duas reformas constitucionais, em 1998 e 2003,¹⁵ e por cinco reformas legislativas, em 1994, 1995, 1997, 1998 e 1999.¹⁶ Uma análise de tais textos legislativos é reveladora: a distribuição de benefícios previdenciários foi profundamente alterada ao longo desses seis anos em que o sistema passou por sucessivas reformas.

A Lei nº 8.870/94 extinguiu o benefício de abono de permanência em serviço, que garantia uma complementação de renda ao segurado que permanecesse trabalhando após

ter completado os requisitos para a aposentadoria. A Lei nº 9.032/95 suprimiu o benefício de pecúlio, que garantia a devolução ulterior das contribuições vertidas ao sistema pelo aposentado que continuasse no – ou retornasse ao – mercado de trabalho, proibindo que o segurado recebesse, por essa filiação, qualquer benefício previdenciário, exceto o salário-família, a reabilitação profissional e o auxílio-acidente, quando empregado. Além disso, excluiu a pessoa designada, escolhida pelo segurado, do rol dos possíveis dependentes dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. A Lei nº 9.528/97 proibiu a acumulação do benefício de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria, excluindo-o, portanto, das exceções à possibilidade de recebimento de benefício pelo aposentado que trabalha. Além disso, estabeleceu um prazo de trinta dias para o requerimento dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, distanciando o pagamento de tais benefícios do momento da instalação da contingência quando não observado o referido prazo. Por fim, excluiu o menor sob guarda do segurado do rol de dependentes.

Em 1998 surge a reforma mais drástica: a Emenda Constitucional nº 20/98 atribuiu ao sistema de previdência social o caráter contributivo e a obrigatoriedade de observância do equilíbrio financeiro e atuarial. Como consequência disso, o benefício de aposentadoria por tempo de serviço foi substituído pelo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.¹⁷ Além disso, foi extinta a possibilidade de aposentadoria proporcional por tempo de serviço/contribuição, bem como houve restrição dos benefícios de auxílio-reclusão e salário-família para os

¹⁵ A reforma constitucional de 2003 é marginal às preocupações deste ensaio, já que se concentrou nos regimes próprios de previdência social.

¹⁶ Não estão sendo tratadas como reformas alterações pontuais ocorridas anteriormente ou posteriormente a tais datas, porque não alteraram significativamente a estrutura de concessão ou a forma de cálculo de ao menos um dos benefícios previdenciários.

¹⁷ O que acabou por não ter, ainda, consequências práticas, em razão do disposto no artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/98: “Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”. A regulação legislativa de tal matéria é assunto bastante delicado e cujo ônus político nenhuma das legislaturas de 1999 a 2012 ousou suportar.

segurados de baixa renda. Por fim, a Emenda Constitucional nº 20/98 empreendeu uma alteração que não causou efeitos imediatos, mas foi determinante para uma modificação posterior, quicá a mais importante desta série de reformas: a forma de cálculo dos benefícios previdenciários, até então constante do texto constitucional, foi dele retirada, abrindo caminho para sua alteração posterior por mera alteração na lei ordinária, muito mais facilmente aprovada no Congresso Nacional em razão do menor quórum constitucionalmente estabelecido para tanto.

Foi o que aconteceu com a edição da Lei nº 9.876/99. O cálculo do salário-de-benefício, até então feito com base na média dos últimos trinta e seis salários-de-contribuição do segurado apurados num período não superior a quarenta e oito meses, passou a ser feita com base na média dos oitenta por cento maiores salários de toda a vida contributiva do segurado. Além disso, em toda concessão de aposentadoria por tempo de contribuição e apenas quando favorável nas concessões de aposentadoria por idade, a média passou a ser multiplicada pelo fator previdenciário para chegar ao salário-de-benefício.

O fator previdenciário é comumente interpretado como um mecanismo de redução do valor das aposentadorias que estimula o segurado a se aposentar mais tarde. Sua função no sistema, entretanto, vai muito além desta.

Sustentou-se acima que desde que o sistema previdenciário brasileiro passou a ser gerido por uma autarquia federal, tornou-se desnecessário que seu financiamento fosse feito exclusivamente por seus participantes segurados e os respectivos patrões. Essa afirmação, evidentemente, pressupõe sua configuração como um regime de repartição simples, isto é, no qual não há acúmulo de recursos, em que toda verba que ingressa no sistema é imediatamente utilizada para pagar os benefícios atualmente em manutenção. Trata-se do mecanismo conhecido por solidariedade transgeracional: os atuais benefi-

ciários são sustentados pelas contribuições dos atuais contribuintes, que esperam que a geração futura contribua para sustentar seus benefícios quando deles dependerem.

Os sistemas previdenciários de repartição simples entraram na alça de mira dos governos neoliberais que se espalharam pelo mundo, primeiro na Europa e nos Estados Unidos, com a ascensão ao poder de Thatcher e Reagan no final da década de 1970, mas também nos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, ao longo das décadas de 1980 e 1990. O motivo de tal rejeição do sistema público de previdência está ligado ao fato de que, nesse modelo, o Estado deve arcar com eventuais insuficiências financeiras das contribuições especificamente a ele destinadas, o que, no Brasil, pode ser verificado pela leitura dos artigos 195 da Constituição Federal e 16 da Lei nº 8.212/91.

Nesse sentido, o exemplo mais conhecido verificou-se no Chile, durante o governo do general Augusto Pinochet, em que o sistema público de previdência funcionando sob a lógica da repartição simples foi substituído por um sistema privado de capitalização individual, rompendo a solidariedade transgeracional e separando a população em dois grupos: os novos ingressantes no mercado de trabalho, vinculados ao regime privado, cujas contribuições eram capitalizadas para futuro pagamento de seus próprios benefícios; e os já filiados ao regime público de previdência quando do advento da reforma, que ficaram vinculados a um regime com significativa redução de fontes de financiamento e com o qual deveria arcar o Estado chileno até sua completa extinção. A medida adotada no Chile foi drástica e não é consensual sequer entre os economistas neoliberais, em razão de provocar custos de transição praticamente insuportáveis:

A passagem do sistema de repartição para o de capitalização tem apresentado elevados custos de transição, inviabilizando o equilíbrio nas contas públicas. As receitas da previdência oficial dimi-

nuíram, pois parte da contribuição do trabalhador, antes aportada aos cofres públicos, passou a ser destinada aos fundos de pensão privados. As despesas aumentaram porque o Estado, além de continuar custeando os inativos, deve garantir aos trabalhadores um benefício proporcional em reconhecimento às contribuições feitas no passado. (...). No Brasil, a passagem para o sistema de capitalização foi estudada em 1998 e 1999, sendo descartada em razão dos elevados custos fiscais que representaria. Estimativas de instituições nacionais e internacionais chegavam a valores que variavam entre 200% e 250% do PIB.¹⁸

Ainda que o valor deva ser saldado ao longo de duas ou três décadas, não há qualquer economia no mundo apta a suportar sem sobressaltos custos de transição da ordem de duas vezes e meia o próprio produto interno bruto, principalmente tratando-se de economia emergente e de já elevada carga tributária, como o Brasil. A solução a que se chegou foi buscar simular um sistema de capitalização dentro do próprio sistema de repartição, com inspiração no sistema sueco de capitalização virtual ou escritural. Para tanto, era necessário desenvolver uma fórmula matemática que induzisse o sistema a operar segundo os dois pilares essenciais a qualquer sistema de capitalização: o pagamento dos benefícios com recursos oriundos da própria contribuição dos segurados e o rendimento de juros a partir do investimento do capital acumulado pelas contribuições vertidas.

Para simular a primeira característica, a ideia é muito simples, bastando que o segurado não receba, em média, mais dinheiro do que contribuiu. Na impossibilidade de verificar financeiramente tal ocorrência, em razão da não acumulação de recursos, a comparação deve ser feita em termos temporais, de modo que o segurado não receba benefícios

por mais tempo do que contribuiu. Por isso, a primeira parte da fórmula do fator previdenciário consiste numa comparação entre o tempo total de contribuição com a expectativa de sobrevida do segurado.

Duas observações são necessárias acerca de tal comparação. Considerando que o segurado jamais entrega todos os seus rendimentos ao custeio da previdência social, mas apenas parte deles, o tempo de contribuição, ao ingressar na fórmula, deve ser multiplicado pela alíquota de contribuição, que corresponde sempre a trinta e um por cento, representando uma soma dos onze por cento descontados do trabalhador e dos vinte por cento pagos pelo empregador sobre sua folha de remunerações. A expectativa de sobrevida, por sua vez, deve ser periodicamente divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Ela é divulgada na forma de uma tábua que estabelece a expectativa de sobrevida para cada idade e não coincide perfeitamente com a expectativa média de vida ao nascer, uma vez que, conforme cada indivíduo aumenta a idade e supera as principais causas de óbito relativas a sua faixa etária – a mortalidade infantil, a violência urbana, as doenças coronárias, certos tipos de neoplasia, etc. –, a expectativa de quantos anos mais a pessoa viverá em média muda. Observe-se, a esse respeito, que o esclarecimento é imprescindível inclusive porque permite calcular a expectativa de sobrevida das pessoas que já ultrapassaram a expectativa de vida média ao nascer.

Por isso, a primeira parte da fórmula consiste em dividir o tempo de contribuição, multiplicado pela alíquota de trinta e um por cento, pela expectativa média de sobrevida na idade em que requerido o benefício, simulando, assim, o pagamento dos benefícios pelos próprios recursos aportados ao sistema pelo beneficiário.

Como já afirmado, a segunda parte da fórmula tem a função de simular o rendimento de juros pelos recursos acumulados. Por isso, a estrutura do fator previdenciário é similar à da fórmula dos juros simples, isto

¹⁸ PINHEIRO, Vinícius Carvalho. Reforma da previdência e crise na Argentina. *Informe de Previdência Social*, Brasília, v. 13, n. 12, dez. 2001, p. 1-4.

é, a primeira parte da fórmula é multiplicada pela soma do número um por uma fração de base centesimal que consiste, justamente, na simulação da taxa de juros. Reside aí o que pode ser considerado o maior problema da fórmula do fator previdenciário.

A fração que representa a taxa de juros simulada tem por numerador uma soma da idade do segurado com a multiplicação de seu tempo de contribuição pela alíquota de trinta e um por cento. Este numerador jamais alcançará a contagem centenária, ficando, em média, entre sessenta e setenta. Sendo o denominador da fração fixo, sempre igual a cem, logicamente a fictícia taxa de juros do sistema de capitalização virtual brasileiro apresenta um valor médio de sessenta a setenta por cento. Essa taxa é irrisória se comparada aos rendimentos de qualquer sistema previdenciário de capitalização real,¹⁹ razão pela qual o fator previdenciário vem sendo tão prejudicial ao valor das aposentadorias concedidas sob sua égide.

Além disso, o fator previdenciário tornou o sistema automaticamente reformável, pois inclui em sua fórmula uma variável – a expectativa de sobrevida – cujo valor é determinado periodicamente por uma autarquia federal, o IBGE. É sintomático, a esse respeito, o fato de a Lei nº 9.876/99 ter sido a última reforma do sistema previdenciário, já que novas reformas tornaram-se desnecessárias pela atualização constante da expectativa de sobrevida.

O fator previdenciário possui apenas um “defeito”, na visão dos reformadores da previdência social, que consiste no fato de ele não contemplar atuarialmente a concessão de pensões por morte, principalmente as pensões vitalícias de cônjuges jovens. Daí a instituição do fator previdenciário não ter

cessado a propaganda midiática sobre o *deficit* da previdência social: ainda é necessário criar na opinião pública um clima favorável à aceitação de mais reformas, a fim de que possam ser feitos os últimos “ajustes” no sistema previdenciário, restringindo a concessão de benefícios aos dependentes.²⁰

Enquanto todas essas modificações aconteciam e acontecem na distribuição de benefícios, o custeio da seguridade social sofreu alterações cosméticas, destinadas apenas a sepultar discussões judiciais acerca da constitucionalidade de determinadas contribuições, como no caso da discussão a respeito da base de cálculo da COFINS, se abrangendo apenas o faturamento, em seu sentido consagrado no direito comercial, ou toda a receita bruta. A única possível exceção a ser lembrada é a da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, contribuição vinculada à saúde e que representou muito mais uma forma de desviar o foco das discussões acerca da DRU do que propriamente uma reforma no custeio, por ser provisória – hoje já extinta – e pela pequena representatividade de sua arrecadação, se comparada com o orçamento total da seguridade social.²¹

5. Princípios da seguridade social e o planejamento do custeio.

Entre os princípios estabelecidos no parágrafo único para a seguridade social, destacam-se dois direcionados especificamen-

19 Apenas para efeitos de comparação, é pertinente mencionar que a colocação mensal de uma quantia na poupança renderia cento e cinco por cento ao final de trinta e cinco anos, isso sem considerar a capitalização dos rendimentos, ou seja, taxa muito superior à simulação de juros empreendida pelo fator previdenciário.

20 Confira-se: “A despeito das especulações, o governo já tem no prelo a nova reforma previdenciária, à qual a coluna teve acesso. A maior mudança é a implementação da carência para recebimento de pensões nos casos de morte. Só haverá benefício para órfãos e cônjuges com contribuição mínima de dois anos. O mesmo período – dois anos de união estável comprovada – será determinado para o direito a pensão no casamento. Será extinta a pensão vitalícia para as(os) viúvas(os) jovens, para cônjuge com idade inferior a 40”. MAZZINI, Leandro. Exclusivo: a nova reforma da previdência. *Congresso em foco*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaao/colunistas/exclusivo-a-nova-reforma-da-previdencia/>>. Acesso em: 18 out. 2012.

21 Veja-se, a esse respeito, os estudos orçamentários referidos nas notas 10 e 11.

te para seu custeio: o princípio da equidade na forma de participação no custeio e o princípio da diversidade da base de financiamento, previstos, respectivamente, nos incisos V e VI. Considerando a redação bastante generalista, cabe recorrer à doutrina. Sobre a equidade na forma de participação no custeio, leciona José Antonio Savaris:

Esta equidade, bem de ver-se, mais do que igualdade e, para além de apenas reafirmar o princípio fiscal da capacidade contributiva, carrega a ideia de que no domínio no financiamento da Seguridade Social, o conteúdo da obrigação de recolhimento das contribuições leva em consideração a capacidade de prestar solidariedade (superioridade ou inferioridade econômica) e, também, a probabilidade de a atividade produzida gerar riscos de subsistência.²²

Prossegue o autor, dessa vez abordando o princípio da diversidade da base de financiamento em seu contexto histórico:

Ainda sobre o modelo de financiamento, a Constituição dispõe que o custeio da Seguridade Social se dará a partir de uma diversidade de fontes, superando-se o paradigma da tríplice fonte de custeio que garantia as prestações da Previdência Social, mediante contribuições dos trabalhadores, dos empregadores e da União. (...). A tríplice fonte de custeio foi introduzida originariamente pela Constituição de 1934 (...). (...). Cumpre acrescentar que outras raízes de financiamento da previdência já eram observadas desde a LOPS (...).²³

A previdência social, como parte da seguridade social, deve submeter-se aos princípios gerais que lhe são estabelecidos. Deve,



por isso, ser custeada de forma equânime e com base diversa, tudo a guiar a forma pela qual deve igualmente atender o princípio, previsto especificamente para si no *caput* do artigo 201 da Constituição Federal, da necessidade de preservar o equilíbrio atuarial.

Em outras palavras, a leitura sistemática da Constituição Federal leva à conclusão de que o equilíbrio atuarial não pode ser perseguido de forma desordenada, por meio de reformas adotadas sem visão de conjunto do sistema, mas apenas obedecendo às diretrizes que guiam a organização de todo o sistema de seguridade social a que pertence a previdência. Isso significa que o equilíbrio atuarial somente será garantido, em conformidade ao texto da Constituição Federal, se decorrer de um custeio cuja participação seja pautada pela equidade e cuja base de financiamento seja a mais diversa possível.

22 SAVARIS, José Antonio. Traços elementares do sistema constitucional de seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2005, p. 146.

23 *Idem*, p. 148.

Como ficou demonstrado mais acima, não é isso que vem ocorrendo. Não é possível olvidar que o legislador não tinha condições de prever, ao editar os planos de custeio e benefícios em 1991, que os benefícios previdenciários seriam exclusivamente financiados com uma única modalidade de contribuição, violando o princípio da diversidade da base de financiamento. Mas já era possível então constatar que esta contribuição, incidente sobre a folha de pagamentos, é pouco adequada ao princípio da equidade na forma de participação no custeio, seja por fazer o empregado concorrer ao financiamento do sistema com mais da metade do valor da contribuição do empregador, penalizando o trabalho, economicamente mais frágil em relação ao capital, seja por criar disparidade entre as próprias empresas, privilegiando aquelas menos intensivas em mão-de-obra, normalmente as mesmas que operam com tecnologia de ponta e que são, por isso, mais pujantes economicamente.

É certo ainda que, uma vez disposto a reformar o sistema previdenciário, não poderia o legislador, já tendo visto funcionar o sistema e as disparidades por ele provocadas, deixar de corrigir as perturbações causadas à ordem constitucional pelas escolhas por ele feitas no passado. Assim, diante de uma estrutura contributiva que, ao mesmo tempo, violava dois princípios da seguridade social e não era capaz de atender seu próprio princípio específico de preservação do equilíbrio atuarial, a pior escolha possível consistia em manter a estrutura de custeio, priorizando reformas que restringiam o acesso a diversos benefícios.

6. Análise crítica das reformas da previdência – à guisa de conclusão.

Sintetizando todo o raciocínio desenvolvido até aqui, há vinte e quatro anos persistimos num modelo em que o custeio é concentrado na folha de pagamentos. Embora a Constituição Federal tenha integrado

os sistemas de previdência social, assistência social e saúde e com isso permitido que o planejamento orçamentário fosse feito de forma a efetivamente fazer do sistema de seguridade social uma única estrutura de proteção social, é possível perceber por meio do estudo dos dados orçamentários que a União Federal empreende todos os esforços para que a previdência social “se sustente por si só”, o que acaba por cindir o sistema de seguridade social, colocando de um lado a previdência, financiada apenas pela folha de salários, e de outro a assistência e a saúde, financiadas pelas demais contribuições à seguridade social – PIS, COFINS e CSLL, principalmente – que também são manejadas para auxiliar a União na tarefa de constituir o *superavit* primário. Ao fazê-lo, a União descumpre o comando constitucional que determina a integração dos sistemas, viola os princípios da equidade na forma de participação no custeio e da diversidade da base de financiamento, e acaba por criar e perpetuar a discussão a respeito do *deficit* da previdência social.

A discussão do *deficit* é a grande justificativa para todas as reformas empreendidas desde a edição da Constituição Federal em 1988 e para aquelas ainda julgadas necessárias pela União. Ela está sempre cercada por



dois fatores, um demográfico e outro econômico, que dão ares ainda mais catastróficos à sua apresentação: a inversão da pirâmide etária e o crescimento exponencial do desemprego estrutural. Não se deve desprezar a discussão, até porque ela faz todo sentido. Com a inversão da pirâmide etária, mais pessoas estarão aposentadas e menos pessoas estarão contribuindo, o que tende a trazer um desequilíbrio ao sistema.²⁴ Ao mesmo tempo em que o Brasil passa a viver esse fenômeno, aproximando-se, demograficamente, dos países europeus, a evolução tecnológica elimina cada vez mais postos de trabalho, lançando milhares, quicá milhões, de trabalhadores ao desemprego estrutural, ou seja, impossibilidade de encontrar trabalho motivada não por flutuações conjunturais na economia, mas pela desnecessidade de uma quantidade cada vez maior de trabalhadores para a continuidade da reprodução da economia.²⁵

O problema deste debate não está nas suas premissas, aceitas de forma razoavelmente consensual, mas nas consequências a

serem deduzidas delas. A União vem há pelo menos vinte anos sistematicamente utilizando tais argumentos para fundamentar as reformas restritivas de direitos dos segurados. Nenhum governo, em todo esse período, propôs-se a pensar no âmbito em que efetivamente se encontra o cerne do problema, isto é, o custeio da seguridade social e a integração efetiva entre os sistemas que a compõe e os princípios que o regem. O raciocínio, de tão óbvio, chega a ser simplista: se a quantidade de empregos está diminuindo e a população em idade ativa diminuirá sua quantidade relativamente à população de aposentados, por que continuar mantendo um custeio baseado na remuneração do emprego? A tradição que mantém viva até hoje essa forma de custeio perdeu sua razão de ser ainda na década de 1960, quando se extinguiu a divisão dos institutos previdenciários por categoria e a previdência social passou a ser administrada de forma unificada por uma autarquia federal. Desde então já seria possível organizar uma base de financiamento fundada no lucro e na receita bruta, como foi feito de forma acessória a partir de 1988, apenas para custear a assistência social e a saúde.

Um futuro financeira e atuarialmente saudável para a previdência social não será garantido pelo remodelamento de seu plano de benefícios ou por sua migração, ainda que fictícia ou simulada, para um regime de capitalização individual que inibe um dos poucos resquícios de solidariedade ainda restantes em nosso direito, mas sim por um planejamento racional de suas fontes de custeio, que se desvincule tanto quanto possível da folha salarial e que aprofunde a tributação do lucro e da receita bruta, estimulando a geração de emprego e renda e garantindo a perenidade da obtenção de recursos por parte da seguridade social, de forma equitativa e diversificada.

24 Ainda que haja estudos críticos em relação ao tema, é inegável que a proporção entre jovens e idosos se modificará drasticamente. Exemplificativamente, dados extraídos de estudo que busca negar a dimensão do problema revelam que, se no ano 2000 a quantidade de habitantes entre quinze e sessenta e quatro anos de idade correspondia a doze vezes o total de habitantes maiores de sessenta e cinco anos, as projeções apontam que tal proporção, em 2050, cairá para cerca de três vezes e meia. ANFIP. *Análise da seguridade social em 2006*. Brasília: ANFIP, 2007, p. 46.

25 “A inovação torna certos trabalhadores ‘redundantes’ e eles acabam sendo excluídos do processo social de produção, sobretudo na fase da crise e depressão, que o refluir da onda de inovações inevitavelmente (numa economia apenas regida pelos mecanismos de mercado) provoca. Transforma-se assim a inovação técnica de benção em maldição, ao ocasionar o ‘desemprego tecnológico’, que atinge de modo particularmente virulento trabalhadores idosos, cujas qualificações são tornadas ‘obsoletas’ da mesma maneira que o equipamento que costumavam utilizar”. SINGER, Paul. *Curso de introdução à economia política*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 126.

Bibliografia.

ANFIP. *Análise da seguridade social em 2011*. Brasília: ANFIP, 2012.

_____. *Análise da seguridade social em 2006*. Brasília: ANFIP, 2007.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *RGPS: Setor urbano tem novo superávit em junho: R\$ 2,2 bilhões*. Disponível em: <<http://inss.gov.br/vejaNoticia.php?id=47122>>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. *Resultado do Tesouro Nacional*. Brasília: STN, v. 17, n. 12, dez. 2011.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZINI, Leandro. Exclusivo: a nova reforma da previdência. *Congresso em foco*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaocolumnistas/exclusivo-a-nova-reforma-da-previdencia/>>. Acesso em: 18 out. 2012.

PINHEIRO, Vinícius Carvalho. Reforma da previdência e crise na Argentina. *Informe de Previdência Social*, Brasília, v. 13, n. 12, dez. 2001.

PONDÉ, Lafayette. O direito administrativo na república. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 178, out./dez. 1989, p. 24-37, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002.

SAVARIS, José Antonio. Traços elementares do sistema constitucional de seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Juliana Américo Lourenço da. Déficit da previdência social chega a R\$ 4,9 bilhões em agosto. *Infomoney*. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/aposentadoria/noticia/2575116/Deficit-Previdencia-Social-chega-bilhoes-agosto>>. Acesso em: 05 out. 2012.

SINGER, Paul. *Curso de introdução à economia política*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

Jurisdição e competência: contornos doutrinários



Bruno Santhiago Genovez

Juiz Federal Substituto. Ex-Procurador Federal. Especialista em Direito Civil.

Introdução.

Este modesto estudo destina-se a traçar alguns elementos fundamentais da conceituação de jurisdição e competência, além de estabelecer as principais nuances que levaram à evolução histórica do próprio sentido de jurisdição ao longo dos Estados liberal e contemporâneo, como reflexo do desenvolvimento do constitucionalismo mundial.

Assim, o artigo foi sistematizado em tópicos: primeiro (*I*), delimitou-se a noção de jurisdição desde seu surgimento, à luz dos princípios e valores do Estado liberal para, em seguida (*II*), serem expostas as influências que o neoconstitucionalismo contemporâneo lhe trouxe e, por fim (*III*), estabelecer-se o conceito de competência, com suas principais classificações.

Longe da pretensão de esgotar o tema, de vastidão imensurável e objeto de estudo de várias ciências (jurídica, filosófica, sociológica e política), o presente escrito oferecerá ao leitor um panorama geral sobre os conceitos doutrinários de jurisdição e competência, abordando os principais aspectos com eles relacionados e que estão, explícita ou implicitamente, presentes no cotidiano do operador do Direito.

I.

Diz-se que o Direito, enquanto ordenação política, é, por isso, indissociavelmente ligado à vida em sociedade (*ubi societas, ibi jus*), sendo tarefa da ordem jurídica harmonizar as relações intersubjetivas a fim de realizar os valores de cada comunidade de acordo com a convicção prevalente sobre o que é justo e equitativo, em cada momento e lugar.

Mas a existência de um Direito regulador da cooperação entre as pessoas não é, porém, suficiente para prevenir ou evitar os conflitos que surgem na complexa vida social, onde uns indivíduos são levados a situações de insatisfação diante de outros, por pretenderem para si determinados *bens* cujo acesso lhes é negado (pelos mais variados motivos). Surgem aí os conflitos que, em maior ou menor escala, põem em risco o convívio social, devendo ser eliminados (ou pacificados) a fim de permitir a continuidade desse convívio de maneira harmônica.

Assim é que, nos primórdios da civilização, quando ainda inexistia um Estado suficientemente forte e hegemônico para superar os ímpetos individualistas das pessoas e impor o Direito acima da vontade particular destas, valiam-se os homens da *autotutela* (ou autodefesa) para solucionar seus conflitos

de interesses, que garantia a vitória do mais forte sobre o mais fraco, e, portanto, não implicava em efetiva distribuição de justiça. Com efeito, no regime da autotutela, não existia a figura de um juiz distinto das partes conflitantes, e a decisão final, obra do mais forte, era por este imposta à outra parte por sua própria força.

Outra solução possível, a par da autotutela, era a *autocomposição* que, como aquela, ainda era um meio parcial de resolução de conflitos, onde a controvérsia era dirimida por ato das próprias partes envolvidas. São três as formas de autocomposição (que sobrevivem até hoje na seara dos direitos individuais disponíveis): a) a desistência (renúncia, pelo interessado, de sua pretensão); b) a submissão (renúncia à resistência diante da pretensão de outrem); c) e a transação (implicando em concessões recíprocas entre as partes no litígio).

Ocorre que, pouco a pouco, os indivíduos foram apercebendo-se da precariedade desse sistema, passando a preferir, ao invés dos meios parciais, uma solução amigável e imparcial ditada por pessoas de sua confiança (ditos *árbitros*), em quem se louvavam para resolver seus conflitos. Essa tarefa inicialmente foi confiada aos sacerdotes, que garantiam soluções acertadas de acordo com a vontade dos deuses, e aos anciãos, posto conhecedores dos costumes do grupo social.

Somente à medida que o Estado afirmou-se e conseguiu impor-se aos particulares, mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, paulatinamente, a sua tendência em absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando também a preestabelecer abstratamente regras de caráter objetivo e vinculativo para esse fim, afastando assim as possibilidades de julgamentos arbitrários e subjetivos. Marco fundamental dessa época foi a edição de Lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C., fazendo surgir a figura do *legislador*. Com isso, completa-se o ciclo histórico de evolução da

justiça privada para uma *justiça pública*, onde o Estado, já suficientemente fortalecido, sobrepõe-se aos particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses.

Nesse cenário vislumbra-se o surgimento da *jurisdição*, como atividade pela qual o Estado, por seus Juizes (ou pretores, como foram inicialmente chamados), examina as pretensões e resolve os conflitos de interesses entre seus cidadãos, substituindo as partes que não mais podem agir (uma vez vedada a autotutela), mas *fazer agir*, pelo exercício dessa atividade estatal.

Etimologicamente, pois, jurisdição deriva do latim – *jurisdictio* –, o que já lhe revela o conteúdo: a palavra advém da aglutinação de *juris* (significando *do direito*) e *dictio* (ou seja, dicção, ato de dizer), consistindo na atividade estatal de *dizer o direito* através da identificação da norma de direito objetivo preexistente (ou de sua elaboração, se inexistente) e da sua atuação numa determinada situação concreta.

Consistindo em um dos três poderes do Estado,¹ cumpre distinguir a jurisdição dos Poderes Executivo e Legislativo.

Historicamente, diz-se que o Poder Judiciário é anterior ao Legislativo² pois, na Roma antiga, ao conceder a *actio*, o pretor frequentemente criava a lei para o caso concreto, tendo o processo sido concebido antes das definições dos direitos subjetivos pela legislação. Numa análise simplista, pode-se dizer que o Poder Legislativo cria normas gerais e abstratas para o futuro, fundando-se num juízo de *dever-ser*, enquanto o Judiciário cuida da aplicação do direito preexistente a um caso concreto, mesmo naqueles em que, omissa a lei, cabe ao juiz encontrar as normas

¹ Como se vê do artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

² COUTURE, Eduardo J. *Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

de conduta latentes na ordem jurídica, recorrendo para tanto à analogia, aos costumes, princípios gerais de direito ou equidade.³

Enquanto função, distingue-se a jurisdicional da administrativa (Poder Executivo) principalmente porque, embora o administrador também aplique a norma de regência aos casos que lhe são atribuídos, suas decisões não se revestem de definitividade, seja porque pode a própria Administração rever de ofício seus atos, seja porque esses atos podem ser contrastados judicialmente.

Interessante mencionar-se a teoria de Mauro Capelletti, para quem a característica mais nítida do ato jurisdicional é a *terzietà* do juiz, ou seja, seu desinteresse pessoal na relação jurídica que irá julgar, pois é sempre um terceiro, alheio e imparcial ao litígio. Note-se que a atividade administrativa carece dessa *terzietà*, que também inexistente na atividade legislativa, pois nesta o legislador atua de ofício, enquanto o juiz, como terceiro alheio, age condicionado ao pedido da parte.⁴

Modernamente, sabe-se que jurisdição não é propriamente um *poder*, no quadro de uma suposta pluralidade de poderes do Estado; é somente uma expressão (uma face) do poder estatal, que é uno e indivisível, mas que por ela se manifesta quando o Estado decide imperativamente os conflitos sociais e impõe suas decisões pelo monopólio que detém do uso da força. Porém, não é pacífico, na doutrina, ser a jurisdição um *poder*, um *dever*, ou as duas coisas ao mesmo tempo.

Os que concebem a jurisdição como *poder* só assinalam um de seus aspectos, pois não se trata somente de um conjunto de poderes ou faculdades, senão também de

um conjunto de deveres dos órgãos do Poder Público. Para outros, a jurisdição é um *poder-dever* do Estado de declarar e realizar o direito, o que parece mais acertado pois, ao excluir dos particulares o recurso à autotutela, o Estado incumbiu-se da obrigação de solucionar os litígios, necessitando do uso de seu poder (a violência legítima, ou monopólio estatal da força) para impor e fazer cumprir suas decisões.



Pode-se assim, num primeiro momento, definir jurisdição como “a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto”.⁵ Num primeiro momento porque, no próximo item deste trabalho, será abordada a necessidade de redefinição da atividade jurisdicional no Estado contemporâneo, à luz dos valores do pós-positivismo.

Todavia, não se pode dizer que a autotutela foi completamente banida pelo poder jurisdicional do Estado. Diante da impossibilidade deste em se fazer presente sempre que um direito esteja sendo violado, ou na iminência de sê-lo, o ordenamento jurídico

3 É o que dispõem o artigo 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro e os artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil.

4 Vide artigo 2º do Código de Processo Civil.

5 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

ainda permite, excepcionalmente, o recurso à autodefesa em algumas situações: no Direito Civil, é o caso do direito de retenção (art. 578 do CC), do desforço imediato (art. 1210 do CC), e do direito de cortar ramos e raízes de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (art. 1283 do CC); no Direito Administrativo, é o que se dá com a autoexecutoriedade outorgada a algumas decisões administrativas; e, no Direito Penal, verifica-se a autotutela em institutos como a legítima defesa e o estado de necessidade (arts. 24 e 25 do CP).

Frise-se o caráter excepcional da permissão ao uso da autotutela que, nada obstante, pode ter sua legitimidade contrastada judicialmente, seja quanto à presença das hipóteses para seu exercício, seja quanto à extensão de seus limites, considerado o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, elevado pelo legislador constituinte à categoria de direito fundamental e, portanto, de cláusula pétrea do ordenamento jurídico (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Entretanto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição não leva a crer que, em todos os casos de norma descumprida, invariavelmente há possibilidade de acesso aos tribunais para obtenção da tutela jurisdicional. Existem *limites internos* à jurisdição, ditados por cada Estado em casos determinados (como nos países que adotam o sistema do contencioso administrativo), e *limites externos (ou internacionais)*, ditados pela necessidade de coexistência dos Estados soberanos (*v. g.*, as normas que definem imunidades diplomáticas, como a Convenção de Viena, de 1961).

A fim de melhor compreender esse poder-dever do Estado, a doutrina aponta algumas *características básicas* da jurisdição: a primeira é a *inércia*, pois nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando o interessado a requerer,⁶ sendo raríssimas as

exceções a este princípio.⁷

Visto de outra ótica, o exercício de requerer a tutela jurisdicional, rompendo, assim, com sua inércia, pressupõe a existência de um conflito de interesses, ou seja, de uma *lide* deduzida pelo interessado ao Estado, em face de outrem que lhe resista à pretensão (embora sejam vários os casos em que o poder jurisdicional é exercido na ausência de uma lide concreta).⁸

A jurisdição, como poder do Estado, é uma *atividade pública*, pressupondo-se seu exercício por um órgão do Poder Judiciário (art. 92 da CF/88) dotado de garantias que assegurem sua imparcialidade.

Aponta-se, outrossim, como característica da jurisdição, a *substitutividade*, pois com ela o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas no conflito e propicia sua pacificação, mediante a atuação da vontade do Direito naquele caso.

A jurisdição também é vista como *atividade indeclinável, a ser exercida pelo juiz natural*. Com isso quer-se dizer que não poderá o juiz delegar suas atribuições ou eximir-se de julgar,⁹ salvo nas hipóteses de incompetência, impedimento e suspeição, devendo a demanda ser formulada perante um julgador cuja competência foi prévia e abstratamente fixada por regras objetivas, proibidos que são, pela Lei Maior, os juízos e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF/88).

É ainda vista como atributo específico da jurisdição a *coisa julgada*, que faz imu-

Nemo iudex sine actore (ninguém é juiz sem autor) e *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não procede de ofício). O princípio da inércia vem expressamente previsto nos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil.

7 São exceções à inércia da jurisdição as previsões dos artigos 61, § 1º, e 73 da Lei de Falências (decretação *ex officio* da falência) e do artigo 989 do Código de Processo Civil (previsão de que o juiz inicie de ofício o inventário, quando omissos os legitimados).

8 Como nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal e nos procedimentos de jurisdição voluntária.

9 É a previsão do artigo 126 do Código de Processo Civil.

6 Dois brocardos latinos expressam a necessidade de pedido do interessado ao Estado para a prestação jurisdicional:

tável a declaração contida na sentença de mérito após o esgotamento dos recursos cabíveis, impedindo as partes (ou seus sucessores) de discutir ou reclamar, em processo posterior, quanto ao bem da vida que a sentença atribuiu, ou denegou, a qualquer delas. Essa *eficácia vinculativa plena*, derivada da coisa julgada, é característica que só a atividade jurisdicional possui.

Nesse contexto, outra característica da atividade jurisdicional é o *escopo jurídico de atuação do direito*: ela garante que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado, que aceita a provocação do interessado e a sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até o final,¹⁰ mas apenas na medida em que o interesse do postulante em obter a prestação jurisdicional coincida com o interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

Couture, por sua vez, distingue três *elementos* próprios do ato jurisdicional: a forma, o conteúdo e a função. Por forma (ou elemento externo) entende-se a presença de partes, de juiz e de procedimentos estabelecidos na lei. Por conteúdo considera-se a existência de um conflito com relevância jurídica, que deve ser dirimido pelos órgãos da jurisdição mediante



uma decisão com força de coisa julgada. E por função entende-se o encargo ou incumbência de assegurar justiça, a paz social e os demais valores jurídicos, mediante a aplicação eventualmente coercível do direito.¹¹

De outro prisma, Alfredo Rocco ensina que a jurisdição apresenta as seguintes *formas externas*: a) um órgão adequado (o juiz), distinto dos que exercem as funções de legislar e administrar, e colocado em posição de independência em relação às partes do litígio, para exercer seu ofício imparcialmente; b) um contraditório regular, que permita às partes propugnar por seus interesses, fazendo valer suas razões, a fim de que o juiz decida tudo conforme o direito; c) um procedimento preestabelecido, com formas determinadas para assegurar uma solução justa do

conflito.¹²

Vê-se, pois, que várias são as características atribuídas ao poder jurisdicional, conforme o ângulo em que se analise essa função do Estado de resolver conflitos, não cabendo, no âmbito deste modesto trabalho, detalhar todas as proposições oferecidas pela doutrina.

Como expressão do poder do Estado, a jurisdição não comporta divisões, ou classificação em espécies. Porém, embora una e homogênea, por utilidade didática e para facilitação de uma série de problemas proces-

10 Para Pontes de Miranda, "o processo nada mais é do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo". *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 100.

11 COUTURE, Eduardo J. *Apud* ALVIM, José Eduardo Carneira. *Teoria geral do processo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 54.

12 ROCCO, Alfredo. *Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

suais (como competência, graus de jurisdição etc.), passou a doutrina a elaborar diversas *classificações da jurisdição*.

Assim, fala-se em *jurisdição penal*, quando o titular do direito de ação pretende a aplicação ao demandado de sanções de natureza penal, e *jurisdição civil*, como abrangente dos ramos não penais do direito.

A jurisdição é dita *comum ou especial*; esta nas hipóteses definidas expressa e taxativamente na Constituição, e aquela como competência residual. São jurisdições especiais: a federal (art. 109 da CF/88), trabalhista (art. 114 da CF/88), eleitoral (art. 121 da CF/88) e militar (art. 124 da CF/88), cujas competências vêm definidas expressamente na Constituição, enquanto os demais conflitos de interesses resolvem-se na justiça comum, integrada pelos juízes componentes dos poderes judiciários dos estados.

A jurisdição pode ser *superior ou inferior* (ou *de primeira ou segunda instância*), se exercida perante os juízes que ordinariamente conhecem do processo desde o seu início ou perante os órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Na organização judiciária brasileira, o órgão máximo que exerce a jurisdição em nível superior ao de todos os outros juízes e tribunais é o Supremo Tribunal Federal.

Aponta-se também a jurisdição *de direito ou de equidade*. Esta é exercida quando o juiz decide sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal, só podendo ocorrer “nos casos previstos em lei” (art. 127 do CPC), embora seja a regra na arbitragem ajustada perante os juizados especiais, independentemente de autorização das partes (art. 25 da Lei nº 9.099/1995). Aquela quando a decisão jurisdicional apoia-se em regras de direito objetivo preexistente.

Ainda como espécies de jurisdição, o direito brasileiro prevê as *jurisdições voluntária (ou graciosa) e contenciosa*. É que existem certos atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcen-

dente aos limites da esfera de interesses das pessoas diretamente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade. Diante disso, o Estado impõe, para a validade desses atos, a necessária participação de um órgão público, realizando uma “administração pública de interesses privados” e, se essa participação é confiada a um órgão judiciário, está-se diante da jurisdição voluntária, que pressupõe a ausência de lide entre os interessados, o que levou alguns doutrinadores a lhe negar natureza jurisdicional.

Porém, a jurisdição voluntária visa também, tanto quanto a contenciosa, à pacificação social mediante a eliminação de situações incertas ou potencialmente conflituosas, exercendo-se segundo as formas processuais, com uma petição inicial, citação dos interessados, eventual contraditório e sentença sujeita a apelação, restando evidente sua natureza jurisdicional.

De jurisdição contenciosa se trata quando há efetivamente uma lide no bojo do processo, ou seja, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, reveladora de um conflito social que necessita ser eliminado pelo juiz por decisão definitiva.

N’outra quadra, a Constituição admite dois casos de *jurisdição anômala*, ou seja, exercida por órgãos alheios ao Poder Judiciário: o processo de *impeachment* e o Tribunal de Contas.

O processo de *impeachment* diz respeito ao julgamento do Presidente da República e de outras altas autoridades (como Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República) perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, limitando-se a pena, de caráter predominantemente político, à perda do cargo e à inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública (arts. 51 e 52 da CF/88).

Por sua vez, o Tribunal de Contas é órgão colegiado instituído constitucionalmente como auxiliar do Poder Legislativo, desempenhando atribuições jurisdicionais admi-



nistrativas relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com a aplicação dos dinheiros públicos e com a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões. Diz-se que o Tribunal de Contas desempenha jurisdição anômala na medida em que suas decisões, quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, impõem-se ao Poder Judiciário no que toca ao aspecto contábil, e possuem, quando imputem débito ou multa, eficácia de título executivo (art. 71, § 3º, da CF/88).

Mister ressaltar que nem sempre a composição definitiva da lide é resultante de atos praticados pelas autoridades judiciárias brasileiras. O direito alberga também alguns *substitutivos da jurisdição*, ou *equivalentes jurisdicionais*, que, enquanto meios alternativos de solução de controvérsias, derivam de autocomposição ou heterocomposição entre os envolvidos. Na autocomposição, os próprios interessados, com eventual colaboração de terceiros, obtêm a solução de seu conflito; na heterocomposição, quando não realizada jurisdicionalmente, um terceiro, escolhido pelos interessados, decide a controvérsia. São equivalentes jurisdicionais a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Assim, o legislador brasileiro editou a

Lei nº 9.307/1996, instituindo a *arbitragem* como forma de solução de conflitos entre partes capazes acerca de direitos patrimoniais disponíveis, podendo os interessados dela fazer uso mediante “convenção de arbitragem” instituída nos negócios jurídicos a fim de que eventuais controvérsias deles resultantes sejam dirimidas fora da jurisdição estatal, por árbitros por eles eleitos. A convenção de arbitragem compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Pela cláusula, os contratantes comprometem-se em submeter à arbitragem os

litígios que possam surgir relativamente ao contrato em que se insere; pelo compromisso, que pressupõe a presença de uma controvérsia sobre determinado negócio, os litigantes efetivamente submetem a questão ao(s) árbitro(s) por eles nomeado(s). Vê-se que, tal qual a jurisdição, a arbitragem é modo de heterocomposição, pois um terceiro, escolhido pelos interessados, decide a controvérsia.

A arbitragem assemelha-se à jurisdição pelo fato de também procurar estabelecer um julgamento correto, mas com ela não se equipara, pois diverso é o órgão julgador que, naquela, é um ente privado incumbido basicamente de resolver uma disputa sobre direitos patrimoniais disponíveis e, nesta, é um agente do poder do Estado, que busca aplicar o direito conferindo sentido aos valores públicos, de forma imparcial, independente e equidistante das partes.

Com efeito, o juízo arbitral não detém os poderes de *imperium* conferidos aos magistrados togados: seus poderes limitam-se à cognição, ou seja, à formulação da norma jurídica que deve reger o conflito de interesses; eventuais medidas coercitivas ou cautelares serão solicitadas pelo órgão julgador privado ao Poder Judiciário competente, bem como a execução forçada da sentença arbitral somen-

te ocorre perante a jurisdição estatal, com eficácia de título executivo judicial (art. 584, III, do CPC). Mas não se nega a divergência doutrinária quanto à natureza jurisdicional da arbitragem, não faltando quem a defenda.

Mas a maior utilidade da arbitragem está em sua aplicação no nível internacional, prevendo a Lei nº 9.307/1996 que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais vigentes, sujeita unicamente à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* dos artigos 483 e 484 do CPC. Atualmente, os mais importantes tratados internacionais sobre arbitragem são o Tratado de Olivos e a Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (aprovados pelo Congresso Nacional, para eficácia em território brasileiro, pelos Decretos nºs 4.982/2004 e 4.311/2002, respectivamente).

Por sua vez, a *conciliação* é meio de autocomposição de conflitos onde as partes envolvidas, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam um litígio, com a intermediação de um conciliador, podendo ser extraprocessual (realizada fora de um processo judicial) ou endoprocessual (quando obtida no curso de uma ação já instaurada, na presença do juiz).

A conciliação endoprocessual, de natureza cível, é estimulada pela ordem jurídica quanto aos direitos disponíveis: as reclamações trabalhistas contam com duas tentativas de conciliação (arts. 847 e 850 da CLT); o Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de tentar a qualquer tempo conciliar as partes, prevendo audiência específica para esse fim (art. 331) e a tentativa de acordo quando do início da audiência de instrução e julgamento (arts. 447 e 448), podendo a qualquer tempo fazer comparecer as partes, a fim de conciliá-las (art. 342); e, nos Juizados Especiais da Lei nº 9.099/1995, a conciliação é um dos objetivos do próprio procedimento,

que conta com uma verdadeira fase conciliatória (arts. 21 a 26 da Lei nº 9.099/1995).

A *mediação* assemelha-se à conciliação, por se utilizarem os interessados de um terceiro particular para chegarem à pacificação de seu conflito; mas dela se diferencia porque, na conciliação, busca-se sobretudo o acordo entre as partes, e na mediação a atividade do mediador é precipuamente voltada a trabalhar intersubjetivamente o conflito, surgindo o acordo como mera consequência, que pode ou não ocorrer.

Ressalta-se o incentivo que os tribunais têm dado à conciliação e à mediação, tendo o E. Conselho Nacional de Justiça criado uma política de institucionalização de meios adequados de solução de conflitos pela mediação e conciliação judiciais, por intermédio da Resolução nº 125/2010.

Outro equivalente jurisdicional apontado por Cernelutti é a *atribuição de efeitos jurídicos à sentença emanada de tribunal estrangeiro* pois, embora seja um ato jurisdicional no seu país de origem, dada a característica de ser a jurisdição uma função soberana dos Estados, referida decisão necessita, para produzir efeitos em território nacional, da homologação de um Tribunal brasileiro que, no caso, é o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, i, da CF/88, e Resolução nº 09/2005 do STJ).

II.

Todavia, se as teorias da jurisdição, assim como a própria noção de direito, refletem os valores e as ideias das épocas em que foram concebidas e, assim, não podem ser tidas por equivocadas, é certo que, à luz de outros valores, devem ser contextualizadas quando não mais revelem em plenitude a função do juiz no Estado contemporâneo.

As noções acima expendidas (*I*), apoiadas nos clássicos ensinamentos de Chiovenda e Cernelutti, foram elaboradas conforme os valores do Estado liberal de direito, onde os

parlamentos da Europa continental reservavam para si grande parte do poder político mediante a consagração do *princípio da legalidade* (ou *princípio da legalidade formal*). Com isso, os Poderes Executivo e Judiciário assumiram posições de subordinação: o Executivo somente atuava se autorizado por lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicava a lei, sem mesmo poder interpretá-la.

É que o Estado liberal preocupava-se com a defesa dos cidadãos contra as investidas da autoridade estatal, e não com as suas diferentes necessidades sociais. O Estado de direito oriundo do liberalismo clássico era definido como todo Estado que respeite incondicionalmente o Direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam, o que contribuía para eternizar o *status quo* daqueles que se beneficiavam das normas editadas pelo Legislativo.¹³ Porém, como o direito foi resumido à lei (em decorrência do positivismo jurídico adotado), e a validade desta era vinculada diretamente à autoridade de sua fonte produtora, tornou-se impossível conter os abusos do Poder Legislativo.

A ideia de uma lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, pressupunha uma sociedade homogênea, composta por homens livres, iguais e portadores das mesmas necessidades, o que restou negado pela concretude da vida social e política, onde a vontade legislativa passa a ser a vontade dos ajustes do Legislativo, sendo a maioria legislativa substituída, cada vez mais, pelas variáveis coalizões de interesses que permeiam os parlamentos.

Por isso, o princípio da legalidade não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico, pois se tornou evidente a necessidade de submeter-se a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça a fim de se encontrar a substância da lei. Isso só foi possível com a

inserção desses princípios nas Constituições, deixando a lei de ostentar legitimação meramente formal, pois sua validade fica condicionada também à sua sintonia substancial com os direitos positivados na Constituição, ditos *direitos fundamentais*.

Assim, o princípio da legalidade formal foi substituído pelo *princípio da legalidade substancial*, o que implica numa transformação das próprias concepções de direito e de jurisdição, visto que, se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, a tarefa do jurista deixa de ser a de simplesmente descrever a lei (ou de revelar-lhe o conteúdo no caso concreto), cabendo-lhe precipuamente compreender a lei em conformidade com esses princípios e direitos para romper com o positivismo do Estado liberal, que se expressava em um direito constituído por regras.

Vale dizer: a própria lei passa a ser compreendida a partir da Constituição, tendo seu texto submetido à análise de conformação com os princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, o que revela uma nova fase do positivismo, denominada de *positivismo crítico ou pós-positivismo*, onde o juiz deixa de ser apenas a “boca da lei” (como queria Montesquieu) para tornar-se o garantidor de direitos assegurados constitucionalmente, mesmo que à custa da obra do Legislativo.

Para tanto, deve a jurisdição proceder aos devidos ajustes na lei para suprir suas imperfeições ou encontrar uma interpretação que corresponda aos desideratos da Constituição, procedendo ao *controle de constitucionalidade das leis*.

Ao exercer esse controle, o Poder Judiciário poderá: aplicar a lei ao caso concreto, se entendê-la de acordo com a Constituição; declará-la inválida, por inconstitucional, julgando o caso de acordo com os princípios e direitos fundamentais consagrados na Lei Maior; dar à lei uma *interpretação conforme a Constituição*, fixando qual das possí-

¹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Apud MARI-
NONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

veis interpretações é com esta compatível;¹⁴ e *declarar parcialmente a nulidade sem redução do texto legal*, quando algumas interpretações são afirmadas inconstitucionais, mas outras não, expressamente ressalvadas no julgado como válidas.

E, mesmo na *ausência de lei* regulando a situação em concreto, a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/88) exige que o juiz lhes dê aplicação para preencher o vácuo legislativo à luz dos valores constitucionais. Se não há dúvida que o juiz pode desconsiderar a solução legal que repete inconstitucional, não há razão para crer que ele não possa suprir a omissão legal atentatória a esses direitos, embora a ação do juiz, no suprimento de uma omissão legislativa, não possa ter a mesma amplitude da ação do legislador, pois não lhe é dado editar normas gerais e abstratas, senão identificar a norma aplicável ao caso submetido à sua apreciação.

Nesse contexto, em se tratando de *omissão de regra processual*, em que o juiz não encontra a técnica processual adequada à tutela do direito, deve o magistrado suprir essa insuficiência tendo em vista as exigências do direito material reconhecido, pois o direito fundamental de acesso aos tribunais implica



no direito a uma proteção jurisdicional adequada, verdadeiro dever da jurisdição.

É claro que, tendo o controle judicial de constitucionalidade implicação direta na vontade popular supostamente manifestada nas leis editadas pelo Congresso, ao exercer essa função, deve a jurisdição valer-se de suficiente carga argumentativa em prol da sociedade que faça prevalecer os direitos e valores constitucionalmente assegurados ante a decisão tomada pelo Legislativo, sob pena de violação dos princípios democrático e da separação dos Poderes.

Vê-se, pois, a importância que assume a jurisdição no Estado de direito contemporâneo, principalmente sob o influxo do pensamento pós-positivista. Se, nas teorias clássicas, o juiz apenas declarava a lei (ou criava a norma individual a partir da norma geral), ele agora constrói a *norma jurídica* que irá reger o caso em apreço mediante a conformação da lei com os ditames da Cons-

14 Para José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*), “o princípio da interpretação conforme a Constituição é um princípio geral de interpretação que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana, segundo o qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution*” (apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 99). Por isso, deve ser esclarecido que o termo “interpretação conforme a Constituição” possui dois significados no direito brasileiro: o de ser um princípio geral de interpretação e uma técnica específica de controle judicial de constitucionalidade, podendo ambos coexistirem num mesmo caso.

tituição, especialmente com seus princípios e direitos fundamentais. A norma jurídica, que antes era vista como a norma individual que particulariza a norma geral, passa a ser fundamento da sentença, resultado que é da interpretação e do controle de constitucionalidade do direito objetivo.

Entretanto, na construção dessa norma jurídica, a diversidade dos litígios submetidos à jurisdição pode levar a situações em que dois direitos fundamentais estejam em conflito. Nessas hipóteses, em que se questiona a amplitude do direito de um diante do direito de outro, tendo ambos a marca da fundamentalidade, a solução se dá pela aplicação da *regra do balanceamento*,¹⁵ segundo a qual quanto maior o grau de afetação de um princípio (ou direito), tanto maior tem que ser a satisfação do princípio (ou direito) concorrente. Contudo, sendo impossível hierarquizar previamente os direitos fundamentais mediante uma definição daqueles que devam prevalecer diante de outros, a forma de balanceamento entre eles somente pode ser encontrada diante do caso concreto, conforme os valores e princípios consagrados constitucionalmente.

Por isso, nessas situações em que o juiz exerce o controle de constitucionalidade das leis, ele não cria o direito: apenas zela para que os direitos sejam concretamente protegidos de acordo com as normas constitucionais, a fim de que sejam garantidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, cumprindo com a tarefa que lhe foi atribuída pelo constitucionalismo contemporâneo.¹⁶

Vê-se, então, que a função jurisdicional é corolário do dever estatal de proteger os direitos (não só os fundamentais, mas toda e qualquer espécie de direitos), pois a renúncia dos cidadãos à autoproteção, dada pela transição da situação pré-estatal à situação estatal, somente se justifica se o indivíduo, em troca dessa renúncia, obtém uma efetiva proteção estatal de seus direitos. Essa proteção dá-se por meio de normas e atividades fático-administrativas, além do dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos, sejam eles transindividuais ou individuais.

Neste ponto, é preciso esclarecer que o Estado cumpre sua função jurisdicional mesmo que o direito material invocado não seja reconhecido ao final do processo, dado que a jurisdição é sempre exercida com o objetivo de proteger os direitos (ainda que, ao final, o direito material não seja por ela reconhecido). Mas, reconhecido o direito material, o processo, que é o instrumento da jurisdição, deve necessariamente viabilizar a tutela autorizada e prometida por esse direito, evitando-se que a inidoneidade das técnicas previstas pelo direito processual impeça a efetiva proteção das suas diferentes necessidades.

É que existe na decisão jurisdicional uma integração e complementação recíprocas entre os planos dos direitos material e processual, mediante a constatação das necessidades do direito material a partir da Constituição, para que o processo possa conferir ao titular da posição jurídica nele reconhecida a devida proteção (ou tutela) buscada junto ao Estado juiz.

Concluindo, no constitucionalismo contemporâneo, o poder jurisdicional não é mais visto como aquele exercido pelo juiz ao solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei; é muito mais do que isso pois, enquanto agente do poder estatal, o juiz tem o dever de compor os litígios através da adequada interpretação da lei e do controle de sua constitucionalidade, fazendo valer os direitos fundamentais e os princípios e valores constitucionais em cada caso concreto.

15 Ou “lei da ponderação”, para Robert Alexy, na esteira da doutrina alemã.

16 Aqui, fica interessante o conceito de Dworkin de *direito como integridade*: “O direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa” (*O império do direito*, p. 273/274, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107).

III.

Estabelecida a noção conceitual de jurisdição no Estado liberal e no contemporâneo (I e II), mister traçar algumas considerações sobre outro importante instituto com ela relacionado: a *competência*.

Como visto, a atuação de um dos poderes do Estado, voltado à realização da justiça através da aplicação do Direito, necessitou consolidar-se no corpo das Constituições como consequência do constitucionalismo e de suas garantias. Ocorre que o funcionamento prático dos órgãos estatais incumbidos dessa função (os tribunais e demais instâncias judicantes) requereu que se distinguíssem as incidências específicas de atuação de cada um deles, considerando-se que são inúmeros os processos que podem ser instaurados como decorrência dos conflitos interindividuais que surgem em um país e, por consequência, inúmeros são (ou deveriam ser) os órgãos julgadores.

Daí a ideia das competências: para Rocco, é o fracionamento concreto da função jurisdicional que faz surgir a competência, “como distribuição e atribuição da jurisdição entre os vários juízos”, de onde conclui que a distinção entre jurisdição e competência seja mais quantitativa do que qualitativa¹⁷ pois, como expressão do poder do Estado, todos os órgãos da jurisdição o possuem (distinção qualitativa), variando apenas em relação à distribuição concreta dos casos em que o manifestarão (distinção quantitativa).

Assim, o âmbito no qual o Poder Judiciário de cada país e, dentro dele, cada um dos órgãos que o compõe exercem a jurisdição denomina-se *competência* (do latim *competentia*: proporção, simetria; *competere*: con-

correr com outro; buscar ao mesmo tempo).¹⁸

Clássico é o conceito de Liebman:

(...) competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, “a medida da jurisdição”. Em outras palavras, ela determina em que casos e com relação a que controvérsias tem cada órgão em particular o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas.¹⁹

Traduzindo a idéia de legitimidade do exercício do poder jurisdicional, num determinado momento e sob determinadas circunstâncias.

Por isso, nem todo órgão que tem jurisdição é competente para julgar indiscriminadamente todas as causas, embora a recíproca seja verdadeira, pois todo juiz com competência para apreciar determinada demanda está, *ipso facto*, investido de jurisdição. E as restrições ao exercício da jurisdição provêm do ordenamento jurídico de cada país, que traça os limites dentro dos quais poderá ser exercida, de modo que, se nenhuma lei restringe a jurisdição de um juiz, ele pode julgar tudo. Mas, se alguma norma lhe atribui apenas o julgamento de determinadas controvérsias, a jurisdição fica demarcada pela competência.

E cada país é soberano para delimitar as suas *fontes de normas sobre competência*. Assim, no ordenamento pátrio, encontram-se normas de determinação de competência na Constituição Federal (ex.: art. 109, dispondo sobre a competência dos juízes federais), nas Constituições dos Estados, nos Códigos de Processo (civil e penal), em leis federais não codificadas (ex.: art. 12 da Lei da Ação Civil

¹⁷ ROCCO, Alfredo. *Apud* SALDANHA, Nelson. Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 539.

¹⁸ BERMUDEZ, Sérgio. *Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73/74.



Pública), nos Códigos de Organização Judiciária dos Estados e nos Regimentos Internos dos próprios tribunais.

Mas antes de se iniciar a caminhada pela qual a jurisdição sai do plano abstrato que ocupa como poder atribuído a todos os juízes e chega à realidade concreta da atribuição de seu exercício a determinado órgão julgador, mister ressaltar que o legislador atribui ao juiz nacional, em tese, o poder de apreciar determinadas causas, excluindo as demais. Fala-se então na chamada *competência internacional*, que, na realidade, não está propriamente afeta à noção de competência, mas de jurisdição, pois, se nenhum juiz brasileiro é competente para conhecer de determinada causa, não se faz nenhuma distribuição de jurisdição entre juízes, mas simplesmente se afirma faltar à autoridade brasileira em geral o próprio poder jurisdicional. Esbarra-se, pois, no intransponível

limite externo (ou internacional) da jurisdição.

Assim, a boa política legislativa recomenda que somente se dê competência a um Estado para julgar causas cuja satisfação do direito nelas reconhecido possa ser, por esse Estado, efetivamente assegurada. Aplica-se, então, o *princípio da efetividade*, assente em direito internacional e segundo o qual o juiz brasileiro somente atuará em relação às demandas de alguma forma vinculadas a outro país se houver a possibilidade de tornar efetiva (ou de fazer cumprir) sua sentença. Por isso, para Dinamarco:

(...) a conveniência do exercício da jurisdição e a viabilidade da efetivação de seus resultados são os fundamentais critérios norteadores das normas de direito interno sobre competência internacional.²⁰

Partindo de tais premissas, o legislador estabelece casos em que a competência da Justiça brasileira será exclusiva ou concorrente. Nas hipóteses de *competência exclusiva* da jurisdição brasileira, se proposta a ação perante tribunal estrangeiro, a sentença não será executada em nosso país (não merecerá a homologação do STJ, a que se refere o art. 105, I, *i*, da CF/88). São os casos previstos no artigo 89 do Código de Processo Civil, e em tratados de direito internacional relativos à imunidade de Estados e agentes estrangeiros, que constituem normas de ordem pública a implicar em negação do próprio direito de ação se violadas, não se aplicando à competência internacional a conhecida classificação da competência interna que a distribui em “absoluta” ou “relativa”.

20 Apud CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

Porém, casos existem nos quais a Justiça brasileira se considera competente para julgar uma demanda, mas não exclui a possibilidade dessa causa ser julgada por Justiça estrangeira, cuja decisão será respeitada e cumprida pelos órgãos jurisdicionais pátrios, desde que devidamente homologada pelo E. STJ (art. 105, I, *i*, da CF/88). Os casos de *competência internacional concorrente* estão previstos no artigo 88 do Código de Processo Civil, e na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.707/1942), artigos 9º e 12.

Vale ressaltar que, nos casos de competência internacional concorrente, a *cláusula contratual de eleição de foro estrangeiro* é inoperante, não elidindo o ajuizamento da ação em foro brasileiro (STJ, REsp 804.306), pois as normas que definem a jurisdição de um Estado são diretamente fundadas na soberania nacional, não sendo derogadas pela vontade das partes interessadas.

Verificada a competência da Justiça brasileira, passa-se a uma segunda etapa na busca do juiz competente, perquirindo-se qual é a *Justiça competente*: trata-se de saber se o conhecimento da ação caberá à Justiça comum ou a algum ramo das Justiças especializadas (Justiça do Trabalho, Militar, Eleitoral ou Federal). Todas as causas não previstas expressamente na Constituição Federal como de competência das Justiças especializadas cabem à Justiça comum, exercida pelos tribunais e juízes estaduais (ou pela Justiça local do Distrito Federal) que, assim, exercem competência residual.

Numa terceira etapa, busca-se o *foro competente*, ou seja, a circunscrição territorial judiciária em que a causa deverá tramitar. Na justiça comum, fala-se em “comarca”; na eleitoral, em “zona eleitoral”; na federal, em “seção e subseção judiciárias”.

O quarto e último passo, após a definição do foro, é a determinação do *juízo competente*, pois num mesmo foro podem estar sediados diversos órgãos judicantes, de competência comum ou delimitada por

matéria (como, por exemplo, as Varas de Família, de Execução Fiscal, Previdenciárias ou Criminais).

Neste ponto, impende consignar que, em certos casos, as regras de competência visam atender principalmente ao interesse das partes, seja para facilitar o acesso do autor ao Judiciário, seja para propiciar ao réu melhores oportunidades de defesa, quando têm-se os casos de *competência relativa*. Esta pode ser validamente afastada pelos litigantes, mediante prévio acordo inserido em cláusula contratual (chamada “cláusula de eleição de foro”), ou deixando o réu de opor a devida “exceção de incompetência relativa” (ou “exceção declinatória de foro”). São as hipóteses de competência territorial (ou de foro) e algumas em razão do valor da causa e da situação do imóvel objeto da disputa.

Outros casos há, porém, em que as regras de competência são motivadas por considerações ligadas ao interesse público de melhor administração da Justiça. Cuida-se da *competência absoluta*, indisponível pelas partes e cogente ao juiz, que tem o poder-dever de controlar de ofício sua própria competência (“princípio da competência sobre a competência”), afirmando-se incompetente se for o caso, ainda que não haja a respectiva impugnação pelas partes. Na incompetência relativa, ao contrário, não há essa fiscalização de ofício pelo juiz, cabendo exclusivamente aos interessados arguí-la no momento oportuno, sob pena de permanecer a causa com o juiz relativamente incompetente que, assim, teve sua competência prorrogada. Constituem hipóteses de competência absoluta as estabelecidas em razão da matéria, em razão da pessoa e a competência funcional (horizontal, vertical ou recursal), além de algumas hipóteses de competência pelo valor da causa e pela situação do imóvel.

Finalizando este tópico, impende dizer que a competência é uma *forma de garantia constitucional*, derivada do princípio do devido processo legal (*due process of law*), previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal

de 1988, *in verbis*: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

E devido processo legal pressupõe processo conduzido e julgado por autoridade judiciária competente, isto é, autoridade dotada de atribuições jurisdicionais prévia e objetivamente determinadas, a fim de preservar a independência e imparcialidade do magistrado nelas investido.

Por isso, outro corolário do princípio do devido processo legal é do *juiz natural*, previsto no artigo 5º, XXXVII, da Carta Magna,²¹ e que apresenta duplo significado:²² primeiro, consagra a norma de que só é juiz o órgão legitimamente investido de jurisdição; segundo, impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, criados para o julgamento de questões *ex post facto*.

Modernamente, tem-se englobado no princípio do juiz natural a proibição de se subtrair o juiz constitucionalmente competente; com isso, a garantia do juiz natural também estabelece que entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja, tudo com vistas a assegurar a imparcialidade do órgão julgador e garantir justiça às partes.

Oportuno transcrever a lição de Raquel Fernandez Perrini a respeito:

(...) o princípio do juiz natural exerce papel de relevo, pois somente o órgão adrede investido de jurisdição, composto de membros dotados dos predicamentos indispensáveis ao exercício da função, bem como de prévia divisão de competências, é capaz de velar pela fiel observância do *devido processo*, tal como estabelecido pelo ordenamento jurídico-constitucional.²³

Assim, jurisdição, competência e devido processo legal são institutos jurídicos que se correlacionam na perspectiva de garantir aos cidadãos o efetivo acesso à Justiça, mediante a realização concreta dos direitos que o ordenamento jurídico e, em especial, a Constituição Federal, atribui-lhes.

Conclusão.

Vê-se, pois, a importância que a jurisdição exerce no Estado Democrático de Direito, enquanto função estatal garantidora do respeito aos direitos individuais e coletivos, fazendo-os valer tanto nas relações entre particulares, como naquelas em que o Poder Público toma lugar, inclusive quando em disputa os limites do regular exercício de cada um dos Poderes da República.

E, mesmo num cenário onde a disputa desmedida pela supremacia de um dos poderes do Estado ante os demais faz questionável a própria noção de *democracia*, o Poder Judiciário é o último reduto em que pode confiar aquele que tem ameaçados seus direitos, em vista da indisponível missão constitucional que lhe é outorgada de tutela da ordem jurídica.

Jurisdição e competência são, assim, muito mais que meros conceitos acadêmicos a se perderem nas primeiras lições da Teoria Geral do Processo, pois constituem alicerce do próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, sem os quais esta sucumbiria aos interesses econômicos mais vorazes e competitivos que permeiam as mais diversas esferas de poder.

21 “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

22 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo *et al.* *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61.

23 PERRINI, Raquel Fernandez. *Competência da justiça federal*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 96.

Referências bibliográficas.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo *et al.* *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 100.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competência da justiça federal*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2011.

SALDANHA, Nelson. Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 537-542. (Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos).

TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição, ação e processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 489-536. (Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos).

Fidelidade partidária: análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹



Juliana Ribeiro Brandão

Mestre e Doutoranda em Direitos Humanos (Universidade de São Paulo). Advogada.

Karina Denari Gomes de Mattos

Mestranda em Direito Constitucional (Universidade de São Paulo).



Marcelo Doval Mendes

Mestrando em Direito Constitucional (Universidade de São Paulo). Especialista em Direito Público (Escola Paulista de Direito). Advogado.

Marco Aurélio Serau Junior

Mestre e Doutorando em Direitos Humanos (Universidade de São Paulo). Especialista em Direito Constitucional (Escola Superior de Direito Constitucional). Especialista em Direitos Humanos (Universidade de São Paulo). Professor de cursos de pós-graduação e autor de diversos artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior, além de diversas obras.



¹ O presente artigo é fruto de seminário apresentado pelos autores perante a Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina “O Papel do Supremo Tribunal Federal na Efetividade dos Direitos Fundamentais – DES 5824-2”, regida pelo Prof. Alexandre de Moraes, com título homônimo, apresentado no dia 23/10/2012.

RESUMO: O presente trabalho procura trazer um panorama jurisprudencial e normativo referente ao tratamento da fidelidade partidária no Brasil que, mesmo objeto de decisões em mandados de segurança impetrados no Supremo Tribunal Federal e de consultas e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, ainda não constitui matéria pacífica na doutrina. A complexidade dos fundamentos jurídicos e a intrincada mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal acabaram por trazer contornos que ainda não estão nítidos no delineamento do tema no Direito Eleitoral brasileiro. A importância, portanto, insere-se na simplificação do funcionamento do sistema partidário e eleitoral brasileiro com vistas à concretização de uma democracia representativa eficaz e plural.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucional. Direito Eleitoral. Partidos políticos. Fidelidade. Mandato. Perda.

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema. 2. Apontamentos iniciais sobre o papel da Justiça Eleitoral. 2.1. Direito Eleitoral e posição constitucional do Direito Partidário. 2.2. Fidelidade partidária. 3. Análise da posição do Tribunal Superior Eleitoral. 3.1. Consulta nº 1.398/DF. 3.2. Resolução TSE nº 22.610/2007. 4. Análise das posições minoritária e majoritária do Supremo Tribunal Federal no caso da fidelidade partidária. 4.1. MS nº 26.602-3/DF. 4.2. MS nº 26.603-1/DF. 5. A (in)constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007: ADI nº 3.999-7/DF. 5.1. Fundamentos da ADI nº 3.999-7/DF. 5.2. Posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. 5.3. Posição minoritária do Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução ao tema.

O tema da fidelidade partidária é um dos mais candentes no Direito Eleitoral brasileiro, pois muito impactante no próprio funcionamento da democracia representativa.

Atualmente a questão é regida pelo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.999-7/DF.

Embora o julgamento e o tema não sejam propriamente recentes, ainda são dotados de alta relevância, pela repercussão na vida partidária-eleitoral e, sobretudo, no próprio parlamento.

Diante disso, a proposta deste breve trabalho é analisar os fundamentos daquela decisão do Excelso Pretório, assim como os principais argumentos das decisões judiciais daquela Corte e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que lhe precederam. Um dos principais pontos é o exame do alegado ati-

vismo judicial do Supremo Tribunal Federal nessa questão.

O intuito mais ousado é o de produzir argumentos que permitam melhorar a crítica ao funcionamento partidário no Brasil e, quiçá, a própria democracia representativa.

2. Apontamentos iniciais sobre o papel da Justiça Eleitoral.

A polêmica sobre o alegado ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, no caso da fidelidade partidária, deve considerar, inicialmente, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral como órgão superior da Justiça Eleitoral e suas funções específicas.

Ao contrário de outros países, onde o controle da regularidade dos pleitos eleitorais é delegado aos Poderes Legislativo ou Executivo (sistemas de “verificação dos poderes”), ou um misto de ambos, no Brasil o controle

da regularidade e legitimidade do processo eleitoral, em sua plenitude, está a cargo de um segmento especializado do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral.²

Diferentemente dos demais ramos judiciários, o Tribunal Superior Eleitoral possui, além das normais atribuições judicantes, papel *consultivo*, *executivo*, *administrativo* e também *normativo*,³ conforme previsão do artigo 23, incisos IX, XII e XVIII, do Código Eleitoral:

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

(...)

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

(...)

XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de Partido Político;

(...)

XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

Este conjunto de funções, que na Justiça Eleitoral não é função *atípica*, mas sua exata função típica, conforme conhecida distinção do Direito Público, é um fator complicador da delicada análise relativa ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, também nesse tópico da *fidelidade partidária*.

Devemos tratar com acuidade a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral. Destaca Suzana de Camargo Gomes que:

(...) é evidente que, em se tratando de normas regulamentares, não podem as instruções extrapolar o conteúdo da lei.⁴

O que se deve indagar, então, é a regularidade ou ilegalidade do exercício desse poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral. Isso será feito adiante, a partir das premissas postas no próximo tópico.

2.1. Direito Eleitoral e posição constitucional do Direito Partidário.

O Direito Eleitoral, embora autônomo, é prolongamento do Direito Constitucional, fundamentado nos princípios elementares da democracia política: igualdade, neutralidade e exercício da cidadania.⁵

Assim, o Direito Eleitoral serve à representação popular, para que seja a melhor possível e isenta de vícios, assegurando-a e procurando respeitá-la.⁶

O Direito Partidário se insere no Direito Eleitoral. São aspectos constitucionais privilegiados dos partidos políticos, conforme aponta a doutrina, sua *liberdade externa* e sua *liberdade interna*.⁷ A liberdade externa diz respeito à ausência de intromissão do Estado na constituição e funcionamento dos partidos; a liberdade interna diz respeito à sua economia interna: modo de funcionamento, critérios de escolha dos candidatos, etc. Essas últimas questões, por exemplo, sequer estão ao alcance da Justiça Eleitoral, ficando sob apreciação da Justiça Comum.

Postos estes argumentos, pode-se falar, embora não exista essa expressão na doutrina, de um “Direito Eleitoral mínimo” ou “Direito Partidário mínimo”: a intervenção normativa na esfera democrática deve ser a menor possível, limitando-se a preservar a lisura dos pleitos, “deixar o jogo fluir”, em linguagem coloquial.

2 GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20-23.

3 GOMES, Suzana de Camargo. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80-82.

4 GOMES, Suzana de Camargo. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.

222, p. 173-174. No mesmo sentido posiciona-se Antonio Roque Citadini. *Código eleitoral anotado comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 58-59.

5 DEMICHEL, André; DEMICHEL, Francine. *Droit électoral*. Paris: Dalloz, 1973, p. 08, 11 e 20.

6 *Ibidem*, p. 13.

7 MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 144-146.

2.2. Fidelidade partidária.

Fidelidade partidária é instituto do Direito Eleitoral que pode ser definido como a obrigação dos representantes políticos de não deixarem o partido pelo qual foram eleitos, ou não se oporem às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos seus órgãos sob pena de perda do mandato.⁸

Essa questão revigora o debate entre *mandato partidário* (primazia do partido na representação democrática) e *mandato imperativo* ou *representativo*, onde o mandato é propriedade pessoal.⁹

A Constituição Federal de 1988 adota a concepção de primazia dos partidos políticos como atores privilegiados na democracia representativa brasileira. Inexiste, no Brasil, por exemplo, a candidatura avulsa.

A fidelidade partidária foi introduzida no Brasil com a Constituição de 1969, regulamentada pela Lei nº 5.682/71, perdendo eficácia com a Emenda Constitucional nº 25/85. A Constituição de 1988 não previu referido instituto (nem no art. 15, tampouco no art. 55), que foi remetido à esfera estatutária dos partidos políticos.

À medida que a suspensão, cassação ou perda dos direitos políticos é *numerus clausus*, a desfiliação ou descumprimento das diretrizes partidárias implica, como sanção, apenas perda de eventuais cargos ocupados em mesas diretoras, por se tratar de indicações partidárias.¹⁰ Isso é reforçado pela Lei

dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95).

Diante dessa omissão constitucional (ausência de previsão constitucional), o mandato acaba por vincular-se ao representante, dele não podendo ser suprimido por questões de *infidelidade partidária*.

Não se pretende chegar à longamente debatida tese de que *questões políticas* encontrem-se fora da esfera de apreciação judicial,¹¹ mas é fato que o tema da *fidelidade partidária*, que teve atenção privilegiada nos debates a respeito da reforma política, deve ser tratado politicamente, através de Emenda



Constitucional,¹² sendo inviável sua implementação pela via transversa do *ativismo judicial* ou do *excesso de normatização* da Justiça Eleitoral.

Nestes termos, embora ocorra verdadeira *contradição constitucional*, isto é, um mesmo texto constitucional a valorizar a representação partidária e deixar de punir a *infidelidade partidária*, não se pode ampliar indevidamente as hipóteses de sancionamento

8 MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 275.

9 *Ibidem*, p. 276.

10 *Ibidem*, p. 276.

11 LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 56-65.

12 MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 297-300.

da infidelidade partidária, senão pela via da alteração legislativa (constitucional).

É corrente a indicação que o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal atuaram na perspectiva do ativismo judicial, ampliando, por construção jurisprudencial, o sancionamento por infidelidade partidária.

Para que se conclua a respeito, analisaremos, doravante, a respectiva jurisprudência destas Cortes.

3. Análise da posição do Tribunal Superior Eleitoral.

3.1. Consulta nº 1.398/DF.

Trata-se de consulta realizada pelo PFL – Partido da Frente Liberal, atual DEM – Democratas, a fim de obter a posição do Tribunal Superior Eleitoral quanto à possibilidade de parlamentar eleito que se filia a outra agremiação partidária perder seu mandato, preservando o partido político referida vaga.

Os principais argumentos do partido consulente residem na necessidade de filiação partidária para participar de eleição, inexistindo a candidatura avulsa no Brasil; a existência e utilização do quociente eleitoral para eleição dos cargos proporcionais, assim como a previsão normativa do voto de legenda.

O insigne Relator, Ministro Cesar Rocha, adotou a tese do *mandato partidário*, com lastro em uma série de argumentos, de duas ordens: a primeira, de Direito Eleitoral; a segunda, ligada à Teoria Geral de Direito Constitucional.

Quanto aos argumentos de Direito Eleitoral, o Ministro Cesar Rocha aventou a necessidade de prévia filiação partidária, dada a inexistência da candidatura avulsa no Brasil, o que é reconhecido pela Constituição Federal e pelo Código Eleitoral. Nessa linha, ressaltou a estatura constitucional dos partidos políticos, sua primazia no processo democrático-eleitoral brasileiro. Repudiou,

portanto, que o parlamentar eleito se utilize do mandato como propriedade privada sua, o que é vedado pelo Direito Público, onde se insere o Direito Eleitoral.

Aduziu ainda a frequente utilização do quociente eleitoral e das sobras partidárias para obtenção de vagas no parlamento, exemplificando que, nas eleições federais de 2006, 36 deputados federais trocaram de partidos, sendo que, no cômputo geral, apenas 31 parlamentares (6%) se elegeram sem se utilizar do quociente. Além disso, ressaltou que toda a condução, não só ideológica, mas também estratégica, propagandística e financeira é encargo partidário.

Fez a única ressalva da justa causa (fusão ou incorporação a outro partido; variação ideológica inaceitável ou perseguição política interna) para desfiliação partidária, hipótese em que não ocorreria a sanção da perda de mandato parlamentar.

Os argumentos que não se restringem ao Direito Eleitoral residem na possibilidade, aceita pela Teoria do Direito Constitucional, da aplicação direta dos princípios constitucionais, acarretando a superação da orientação pretoriana anterior; e no princípio da moralidade (art. 37 da CF), pois o candidato não poderia se apropriar do mandato.

Em conclusão, o insigne Relator admitiu a possibilidade de perda do cargo por infidelidade partidária, tendo sido acompanhado pelos demais ministros, inclusive quanto aos argumentos expendidos.

Os demais ministros, embora tenham acompanhado o Relator no dispositivo e na maior parte dos argumentos, trouxeram também alguns fundamentos próprios, que atenuam o debate.

O Ministro Marco Aurélio suscitou a existência do voto de legenda e, sobretudo, as distorções desse sistema; indicou também que a desfiliação equivaleria à renúncia ao cargo pelo próprio parlamentar, em ambas as hipóteses ocorrendo a perda de mandato.

O voto do Ministro Cezar Peluso recorreu as máculas do patrimonialismo e personalismo na política brasileira. Na mesma linha, o Ministro Carlos Britto sugeriu que a desfiliação é fraude à soberania popular, prevista no artigo 14 da Constituição Federal.

O Ministro Caputo Bastos, em seu voto, trouxe um argumento lógico-formal: apontou a contradição entre a necessidade de filiação partidária prévia de ao menos um ano antes da eleição e nenhuma indicação de carência para a desfiliação do parlamentar eleito.

O único voto vencido no julgamento da consulta que tratamos é do Ministro Marcelo Ribeiro. Embora reconhecendo o “verdadeiro abuso” na troca de partidos verificado em nossa vivência partidária, ressaltou a inexistência de previsão constitucional sancionatória para essa situação, bem como a impossibilidade de construção jurisprudencial lógico-sistemática da perda de mandato nestas hipóteses.

Ademais, revigorou e valorizou a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, adiante tratada, que reconhecia a incompatibilidade constitucional da desfiliação partidária dos parlamentares eleitos, mas impedia a perda de mandato, por inexistência de previsão normativa. Assim, deu resposta negativa à consulta.

Uma primeira conclusão crítica segue no sentido de que, embora a posição estabelecida na Consulta nº 1.398/DF, bem como os argumentos ali ventilados, sejam todos dotados de extrema relevância, indicando problemas de direto prejuízo ao sistema de representação democrática, o estabelecimento de sanção à desfiliação partidária com a perda de mandato eletivo demandaria previsão constitucional expressa, a indicar indevido *ativismo judicial* ou, mais tecnicamente, *exercício irregular de poder normativo-consultivo* do Tribunal Superior Eleitoral.

3.2. Resolução TSE nº 22.610/2007.

A Resolução TSE nº 22.610/2007, fundamentada em decisões do Supremo Tribunal

Federal (a saber, Mandados de Segurança nºs 26.602-3/DF, 26.603-1/DF e 26.604-0/DF, tratados a seguir) disciplinou o processo de perda de cargo eletivo em virtude de desfiliação partidária destituída de justa causa.

Apesar de tratar apenas de questões procedimentais da perda do cargo, tendo a aparência de mera regulamentação procedimental, certo é que admitiu, em essência, a possibilidade de perda de mandato em virtude de *infidelidade partidária*.

A resolução inovou, ademais, ao entender a perda de mandato por desfiliação injusta não somente aos cargos proporcionais, mas também aos cargos eletivos majoritários (art. 13).

4. Análise das posições minoritária e majoritária do Supremo Tribunal Federal no caso da fidelidade partidária.

A partir da Consulta nº 1.398/DF, o Partido Popular Socialista – PPS, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e o Democratas – DEM impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu os requerimentos formulados pelas referidas agremiações, nos quais postulavam fosse declarada a vacância dos deputados federais que haviam mudado de filiação partidária.

Tais decisões se deram no MS nº 26.602-3/DF, Relator Ministro Eros Grau; MS nº 26.603-1/DF, Relator Ministro Celso de Mello; MS nº 26.604-0/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia e MS nº 26.890/DF, Relator Ministro Celso de Mello e foram determinantes no sentido de uma nova condução do tema, já que a percepção do Supremo no julgamento destas ações lançou a defesa do instituto da fidelidade partidária e, posteriormente, em razão deste entendimento, como visto, foi lançada a Resolução TSE nº 22.610/2007, que disciplinou o processo de perda de cargo

eletivo em virtude de desfiliação partidária destituída de justa causa.

Assim, tais decisões abriram uma nova perspectiva no tratamento do tema e, por isso, merecem cuidadosa análise.

Porém, preliminarmente, cumpre fazer uma ressalva metodológica quanto ao tópico aqui explorado.

Quando nos referimos às posições minoritária e majoritária há a dificuldade na identificação da divergência de métodos quanto à divisão. Explica-se. Enquanto parte da doutrina analisa a posição minoritária como sendo a posição exposta nos votos vencidos (e, contrariamente, a posição majoritária como a revelada dos votos vencedores); parte assume como posição minoritária aquela que sugere a abordagem não adotada pelo Tribunal (neste caso em concreto, a defesa da infidelidade partidária, contrariamente à posição vencedora referente à defesa da fidelidade partidária).

Tal confusão metodológica é de difícil acerto, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, diversamente do Tribunal Constitucional Alemão, não julga com lastro nos fundamentos da decisão, formando um precedente único. Ao contrário, o Excelso Pretório adota a pluralidade de fundamentos e, mesmo que no mérito haja uma concordância pela procedência ou improcedência da ação, resta difícil ao estudioso da jurisprudência identificar quais fundamentos constituem base do precedente e, assim, fixar o entendimento majoritário (ou minoritário) da Corte Suprema.

Dentre os precedentes citados, o MS nº 26.602-3/DF e MS nº 26.603-1/DF, julgados concomitantemente entre 03 e 04 de outubro de 2007, explicitam claramente a mudança de posição do Supremo Tribunal Federal quanto à análise do tema. Vejamos como tal confusão metodológica se dá nos julgados para ficar clara nossa abordagem.

4.1. MS nº 26.602-3/DF.

No MS nº 26.602-3/DF, impetrado pelo PPS – Partido Popular Socialista contra o Presidente da Câmara dos Deputados e litisconsortes, o Tribunal rejeitou por unanimidade as preliminares de ilegitimidade passiva, ativa e falta de interesse de agir. E, por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez (vencido o Ministro Relator Eros Grau).

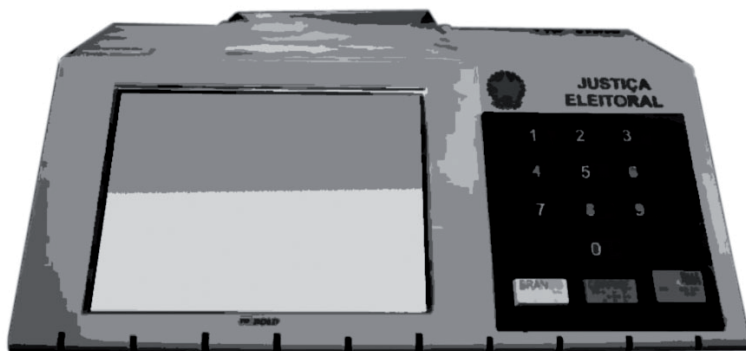
Quanto ao mérito, por maioria, conheceu do pedido e denegou a ordem, vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio.

Salientaremos, assim, os pontos principais nos votos de todos os ministros neste julgamento por conta da confusão metodológica de análise de fundamento, já que, mesmo vencidos apenas os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, não são estes os ministros que defendem a infidelidade partidária, como restará exposto, estando a posição em acordo com a infidelidade partidária transcrita nos votos dos Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

A fundamentação que prevaleceu para deferimento ou indeferimento do pedido está, assim, muito mais relacionada à falta de direito líquido e certo, à segurança jurídica e ao aspecto temporal da consulta que propriamente à defesa ou não do instituto da fidelidade partidária.

Vejamos.

Preliminarmente, o Ministro Relator Eros Grau rejeitou as alegações de ilegitimidade ativa, passiva e falta de interesse de agir, porém acolheu preliminar de ausência de liquidez, sob fundamento de que



a infidelidade partidária não caracterizaria quebra de decoro parlamentar. Afirmou que é hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional, que não foi obedecido o rito estabelecido na Constituição de ampla defesa, que se segue uma operação de mutação constitucional.

Deu ênfase à posição de que não há previsão de fidelidade partidária no texto legal ou constitucional e, assim, o artigo 26 da Lei nº 9.096/95 afirma que ele perde o cargo, não o mandato. Dessa forma, o Ministro Relator Eros Grau denegou o mandado de segurança com fulcro na ausência de previsão constitucional sobre fidelidade partidária.

O Ministro Celso de Mello, já relator do MS nº 26.603-1/DF, acrescentou que a definição de um marco temporal se funda no princípio da segurança jurídica decorrente de uma revisão substancial de diretriz jurisprudencial e o critério de se usar a data da consulta é um “critério objetivo, fundado em bases impessoais”. Assim, indeferiu a ordem.

Tais argumentos foram seguidos pela Ministra Carmen Lúcia e pelo Ministro Menezes Direito.

Para o Ministro Menezes Direito, houve ainda a correta identificação dos mecanismos possíveis de interpretação constitucional, citando o precedente MS nº 20.927-5/DF, de 11/10/1989 (Relator Ministro Moreira Alves). Assumiu que o Tribunal Superior Eleitoral examine a questão e possa dar curso ao procedimento na forma que o órgão máximo da Justiça Eleitoral autorizar, indeferindo a ordem.

O Ministro Ricardo Lewandowski proferiu interessante voto, já que rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e fez apurada análise da importância dos partidos políticos e do advento da democracia participativa no Brasil. Ressaltou, em seu voto, a importância da fidelidade partidária ao fortalecimento do sistema partidário brasileiro, mas estabeleceu uma ressalva:

A fidelidade partidária, porém, conquanto represente um passo importante para o fortalecimento do sistema partidário brasileiro, não constitui, ao contrário do que imaginam alguns, uma panaceia universal (MS nº 26.602-3/DF, p. 256).

Sobre a segurança jurídica da presente decisão, o ministro alegou:

Os parlamentares que trocaram de partido fizeram-no não apenas confiando no ordenamento legal vigente, como também na interpretação que a mais alta Corte de Justiça do País lhe conferia, bem assim no entendimento dos maiores expoentes da doutrina constitucional pátria. (MS nº 26.602-3/DF, p. 261)

Assim, ao confirmar que os parlamentares que trocaram de partido o fizeram mediante comunicação oficial à Justiça Eleitoral, nos termos da legislação aplicável, defendeu a proteção da confiança pela migração partidária lícita, sob pena de grave solapamento do crédito dos cidadãos nas instituições, com todas as consequências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social.

Por fim, o Ministro Lewandowski denegou o mandado de segurança pela ausência de direito líquido e certo, com base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como em atenção ao devido processo legal, ao direito de ampla defesa e ao contraditório.

Outro ministro que nos brindou com a defesa da infidelidade partidária, e desta vez de forma veemente, foi o Ministro Joaquim Barbosa que, em seu voto, rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e, no mérito, invocou a soberania popular e a representação política:

(...) terreno movediço em que trafegam ao mesmo tempo o Direito Constitucional e a Filosofia Política. (MS nº 26.602-3/DF, p. 289)

Cumpre-nos salientar os seguintes trechos do voto:

O argumento acolhido pelo TSE coloca o partido político como o elemento central, incontrastável de toda nossa organização política. Faz dos partidos políticos a fonte derradeira de toda a legitimidade democrática em nosso país. Esse argumento faz, a meu ver, a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania – o povo. (...) A soberania do povo (...) constitui elemento chave de todas as democracias atualmente existentes. (...) Não vejo como admitir no Brasil, a existência desta PARTIDOCRACIA (...) (MS nº 26.602-3/DF. p. 283-284 e 287).

E, assim, denegou o mandado de segurança com base no direito constitucional positivo (o constituinte não coloca a infidelidade partidária como hipótese nos arts. 55 e 56), no princípio do devido processo legal e nos requisitos de liquidez e certeza indispensáveis ao seu deferimento e, caso atingisse maioria pela concessão, determinou que fosse concedido efeito ex nunc (não acompanhando o marco temporal da resolução do Tribunal Superior Eleitoral):

Assim, Senhora Presidente, por mais que eu comungue dos anseios generalizados em prol da moralização da vida político-partidária do país, não vejo como fazê-lo nos termos propostos na impetração, razão pela qual eu denego a segurança, pedindo vênias aos que votam pela concessão. (MS nº 26.602-3/DF, p. 292)

Os votos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto foram anexos e vinculados ao outro mandado de segurança, que foi julgado concomitantemente e que será melhor explorado no próximo tópico.

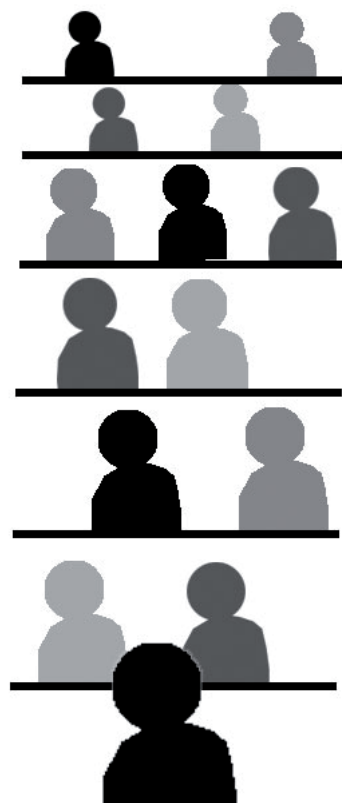
O Ministro Marco Aurélio rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e admitiu a previsão legal da fide-

dade partidária com base no artigo 26 da Lei nº 9.096/95 – emprestando ao preceito um alcance consentâneo com a Carta da República

Também esclareceu que a ação mandamental pressupõe ato ilegal praticado pela autoridade, ainda que possuísse carga declaratória, e questionou como ficaria a eficácia do que seria decidido no julgamento. Não viu como chegar à fixação temporal – tal interpretação decorreria da vontade do Supremo Tribunal Federal se tornar legislador positivo inspirado na resposta do Tribunal Superior Eleitoral – e previu o surgimento de uma casta: conforme tal interpretação, ter-se-ia na mesma legislatura deputados sujeitos a enfoques diversificados quanto à filiação. Antes de 27/03/2007, seriam salvos da guilhotina. Assim, não imaginou a necessidade de um processo administrativo para ter o esclarecimento do abandono do partido – seria apenas a constatação de um fato, de uma desvinculação – e concedeu as ordens formalizadas nas iniciais dos mandados de segurança.

O Ministro Carlos Ayres Britto também rejeitou a preliminar e concedeu o mandado de segurança comprovadas a liquidez e certeza no direito dos impetrantes à declaração de vacância dos cargos reivindicados.

O Ministro Cezar Peluso rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e retomou o voto que proferiu na consulta, afirmando ser nítida e visceral de-



pendência que guarda o sistema proporcional em relação aos partidos políticos.

Assim, o ministro levantou como fundamento que a crise da fidelidade não é um sintoma, é antes uma das graves doenças do quadro mórbido da crise partidária, e que a filiação é requisito e pressuposto constitucional do mandato, portanto, a preservação da vaga é do partido político.

Acrescentou à sua exposição que algumas exceções devem ser asseguradas (por exemplo, mudança significativa de orientação programática do partido; perseguição política) e, por fim, concedeu em parte a ordem.

O Ministro Gilmar Mendes, a partir da evolução jurisprudencial sobre o tema, da análise dos partidos políticos e de peculiaridades de nosso sistema eleitoral proporcional (candidato sem voto nominal eleito e candidato mais votado no pleito sem assento por não ter obtido quociente eleitoral), trouxe a necessidade de uma nova leitura constitucional sobre a fidelidade partidária pela revisão da jurisprudência da Corte.

Ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos por parte da agremiação ou perseguição política, o abandono da legenda deve dar ensejo à extinção do mandato e viu, assim, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão (mutação constitucional).

Desta forma, concedeu parcialmente o mandado de segurança apenas aos que mudaram de legenda após o marco temporal de 27/03/2007 – que consiste na data da resposta à Consulta nº 1.398/DF pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A Ministra Ellen Gracie deferiu parcialmente o mandado de segurança, aos casos verificados após a data de 27/03/2007 – alinhada ao entendimento dos Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia.

4.2. MS nº 26.603-1/DF.

Impetrado pelo PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira contra o Presidente



da Câmara dos Deputados e litisconsortes, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa, de falta de interesse de agir, de impossibilidade jurídica do pedido e da impossibilidade de o Judiciário interferir em matéria de reserva estatutária. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória (vencido o Ministro Eros Grau).

Quanto ao mérito, por maioria, conheceu o pedido e denegou a ordem, tendo por vencidos os mesmos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, como no MS nº 26.602-3/DF, que entenderam presentes a liquidez e certeza do direito quanto à declaração de vacância dos cargos reivindicados pelo impetrante.

Podemos observar que o binômio fidelidade - infidelidade partidária apareceu no mérito desse julgado vinculado a valores constitucionais, inerentes ao regime democrático. A fidelidade emergiu representando tanto o respeito ao cidadão, que elegeu o parlamentar, quanto aos partidos políticos, que deram sustentação para que a candidatura do

parlamentar pudesse prosperar. A *contrario sensu*, a infidelidade figurou como o desrespeito a essa mesma lógica, desfalcando as agremiações partidárias e desequilibrando as forças no parlamento, consubstanciando-se em violação ao sistema proporcional.

Assim, os votos desse julgamento, em essência, não se diferenciaram daqueles proferidos no MS nº 26.602-3/DF. Tanto que, como salientado anteriormente, se recorrermos aos votos vencidos não encontraremos a defesa da infidelidade partidária. Pelo contrário, os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio sustentaram suas posições justamente com a acolhida da fidelidade partidária, vinculando esta à relevância dos partidos políticos, que seria irradiada do tratamento constitucional a eles dispensado. Nessa linha de argumentação, embora divergentes quanto à interpretação das consequências (pois, enquanto para o Ministro Ayres Britto a perda de mandato decorrente da troca de partido seria uma renúncia tácita do parlamentar, para o Ministro Marco Aurélio o que ocorreria seria uma desqualificação do parlamentar para o exercício do mandato), não restou dúvida para ambos que a desfiliação voluntária do parlamentar geraria sim perda de mandato.

Nos votos vencedores encontramos, (i) majoritariamente, a infidelidade partidária como causa para perda de mandato, entendendo a fidelidade partidária como valor extraído da interpretação constitucional e, (ii) minoritariamente, a negação de que a infidelidade partidária possa ser colocada como causa para a perda de mandato, justamente por não se encontrar expressamente listada no texto constitucional.

Buscando, então, uma análise que resuma as correntes presentes nos votos de todos os ministros, observamos que os argumentos giram em torno da perda ou não do mandato quando o parlamentar se desfilia de seu partido. Em defesa da perda do mandato, o instituto da fidelidade partidária se apresenta como fundamento que sustentaria a existência de mandato partidário, sendo o referido instituto

extraído de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Por outro lado, a inexistência de perda de mandato estaria vinculada à ausência de previsão constitucional para a fidelidade partidária.

Identificamos desse modo quatro correntes:

(i) Perda de mandato para o parlamentar que troca de partido, tendo por base a observância da fidelidade partidária – Ministro Carlos Ayres Britto e Ministro Marco Aurélio.

(ii) Perda de mandato para o parlamentar que troca de partido tendo por base a observância da fidelidade partidária, com modulação dos efeitos da perda de mandato, observando o marco temporal de 27/03/2007 (data do julgamento da Consulta nº 1.398/DF pelo Tribunal Superior Eleitoral), a partir do qual a decisão proferida no MS nº 26.603-1/DF seria válida – Ministro Celso de Mello (Relator), Ministra Carmen Lúcia, Ministro Menezes Direito, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Ellen Gracie.

(iii) Ausência de perda de mandato para o parlamentar que troca de partido em caso de (a) mudança significativa de orientação programática do partido ou (b) comprovada perseguição política – Ministro Cezar Peluso.

(iv) Ausência de perda de mandato para o parlamentar que troca de partido, pois a infidelidade partidária não tem previsão constitucional – Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Joaquim Barbosa.

5. A (in)constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007: ADI nº 3.999-7/DF.

Como visto, a partir da Consulta nº 1.398/DF, a questão relativa à fidelidade partidária foi levada ao Supremo Tribunal Federal em mandados de segurança impetrados por partidos políticos que postulavam fosse declarada a vacância de deputados federais que haviam mudado de filiação partidária.

Nestes precedentes, o Supremo Tribunal Federal, alterando seu posicionamento consolidado desde 1989 (MS nº 20.916-0/DF, Relator para acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, j. 23/08/1989; MS nº 20.927-5/DF, Relator Ministro Moreira Alves, j. 11/10/1989; MS nº 23.405-9/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22/03/2004), decidiu que:

(...) o instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007 (MS nº 26.602-3, Relator Ministro Eros Grau, j. 04/10/2007, p. 191).

Ocorre que não havia norma para regular o procedimento de verificação da infidelidade partidária e o processo de perda do cargo eletivo, de modo que o Supremo Tribunal Federal, já no julgamento dos mandados de segurança que culminaram na alteração do entendimento do Tribunal, acenou que competiria ao Tribunal Superior Eleitoral:

(...) formular e editar resolução destinada a regulamentar o procedimento (materialmente) administrativo de justificação em referência, instaurável perante órgão competente da própria Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento (MS nº 26.603-1/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 04/10/2007, p. 454-455).

Neste contexto é que o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/2007 (alterada pela Resolução nº 22.733/2008), que disciplina o processo de perda do cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

A constitucionalidade desta resolução foi impugnada por meio das Ações Direta de Inconstitucionalidade nºs 3.999-7/DF e 4.086-3/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Social Cristão (PSC) e pelo

Procurador-Geral da República, sendo sua principal questão de fundo o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral, e o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, que a declaravam inconstitucional.

Passamos, assim, à análise da ADI nº 3.999-7/DF, buscando identificar quais foram os fundamentos da ação direta e como eles foram tratados pela posição majoritária e pela minoritária da Corte.

5.1. Fundamentos da ADI nº 3.999-7/DF.

Basicamente, seis foram os fundamentos apresentados na ADI nº 3.999-7/DF para a declaração de inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007:

a) Inobservância da reserva de lei complementar para definição de competências dos Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (contrariedade do art. 2º da Resolução TSE nº 22.610/2007¹³ ao art. 121 da CF¹⁴).

b) Usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (violação do art. 1º da Resolução TSE nº 22.610/2007¹⁵ aos

13 “Art. 2º. O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado”.

14 “Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”.

15 “Art. 1º. O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º. Considera-se justa causa:

I – incorporação ou fusão do partido;

II – criação de novo partido;

III – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV – grave discriminação pessoal.

§ 2º. Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º. O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa,

arts. 22, I,¹⁶ 48¹⁷ e 84, IV,¹⁸ da CF).

c) Usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo para estabelecer normas de caráter processual (violação dos arts. 3º a 8º da Resolução TSE nº 22.610/2007¹⁹ aos arts. 22, I, 48 e 84, IV, da CF).

d) Indevida atribuição de competência ao Ministério Público para postular a perda do cargo eletivo na omissão do partido político (violação do art. 1º, § 2º, da Resolução

fazendo citar o partido, na forma desta Resolução”.

16 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”.

17 “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...)”.

18 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

19 “Art. 3º. Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º. O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º. Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º. Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º. Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º. Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido”.

TSE nº 22.610/2007, aos arts. 128, § 5º,²⁰ e 129, IX,²¹ da CF).

e) Indevida legitimação do terceiro juridicamente interessado para postular a perda do cargo eletivo na omissão do partido político (contrariedade à orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o mandato “pertence” ao partido, com violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção legítima da confiança).

f) Violação da Resolução TSE nº 22.610/2007 ao princípio da separação de poderes (arts. 2º²² e 60, § 4º, III,²³ da Constituição).

Como se vê, o principal fundamento da ação direta para a declaração de inconstitucionalidade reside na violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes, intimamente ligados, sendo que, no conteúdo destes princípios, centrou-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que se deu em 11/12/2008.

5.2. Posição majoritária do Supremo Tribunal Federal.

Como vimos, a maioria do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI nº 3.999-7/DF e, consequentemente, declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007. De acordo com a posição majoritária, com a alteração da anterior orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da

20 “Art. 128. (...)”

§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...)”.

21 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)”

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

22 “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

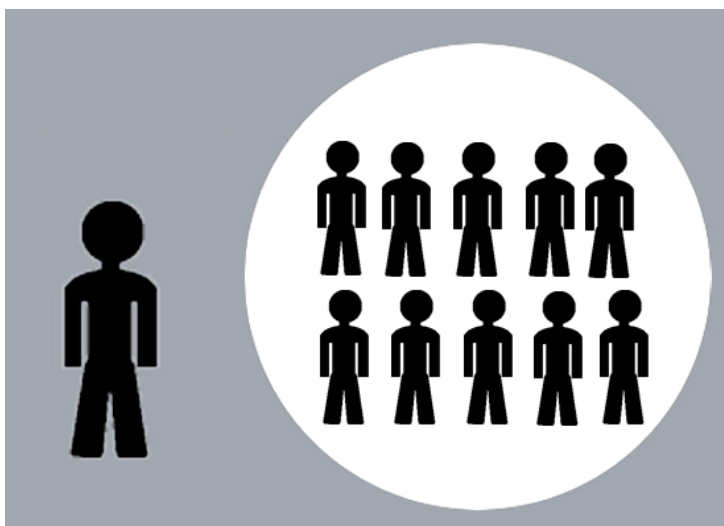
23 “Art. 60 (...)”

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III – a separação dos Poderes;”.

existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária, faz-se necessário um instrumento para assegurar a prevalência da Constituição e este instrumento é bem representado pela Resolução TSE nº 22.610/2007 (alterada pela Resolução TSE nº 22.733/2008), à medida que se trata de mecanismo excepcional e transitório que cumpre o objetivo de salvaguardar a observância da fidelidade partidária (comando constitucional, na visão do Supremo Tribunal Federal) enquanto o Poder Legislativo não se pronunciar.



Os principais argumentos para tal conclusão foram lançados pelo Ministro Joaquim Barbosa (Relator) e deságuam nesse sentido em decorrência de um conteúdo específico conferido ao princípio da legalidade, de maneira a relativizá-lo diante da necessidade de se conferir eficácia jurídica à Constituição, instrumento de onde, para o Supremo Tribunal Federal, foi extraída a fidelidade partidária.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, a exigência constitucional de lei em sentido estrito para tratar de matéria eleitoral não é meramente formal. O tema, pois, deve ser debatido pelo Poder Legislativo, posto que é eminentemente político. No entanto, a indagação que se coloca é como deve ser tratada a questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal (perda do cargo por desfiliação par-

tidária) enquanto temporariamente silente o Poder Legislativo, à medida que, para o Ministro, de pouco adiantaria reconhecer o dever (fidelidade partidária) e não estabelecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo.

Portanto, neste quadro excepcional, extraordinário e transitório, ante a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurar a fidelidade partidária, o Ministro Joaquim Barbosa, relativiza o princípio da legalidade e entende que a Resolução TSE nº 22.610/2007, como expressão da atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral, é adequada ao artigo 23, IX,²⁴ do Código Eleitoral, em interpretação conforme a Constituição.

O voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, foi integralmente seguido pelo Ministro Menezes Direito, pela Ministra Carmen Lúcia (que reafirmou que o tema relaciona-se à efetividade jurídica da Constituição), pelo Ministro Ricardo Lewandowski (que enfatizou a necessidade de dar concreção à decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em sede de interpretação constitucional), pelo Ministro Carlos Britto, pela Ministra Ellen Gracie, pelo Ministro Cezar Peluso (que pontuou que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral é expressão de um devido processo legal de fonte constitucional porque nasce da eficácia da coisa julgada material que a Constituição lhe garante) e pelo Ministro Gilmar Mendes.

Vê-se, pois, que a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007 diante de uma leitura do princípio da legalidade, sob um viés material, à luz

24 “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...)
IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;”.

da efetividade da Constituição.

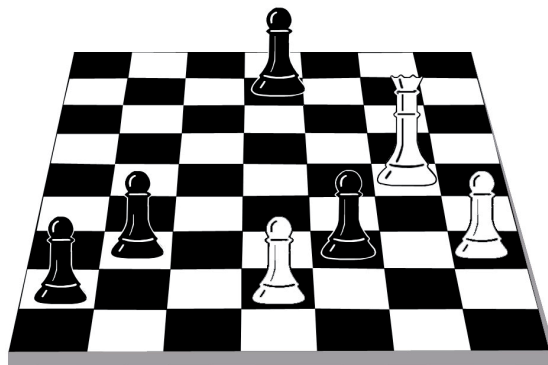
5.3. Posição minoritária do Supremo Tribunal Federal.

A despeito dos votos da ampla maioria, os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio dissentiram e votaram pela inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, também utilizando como fundamento básico o princípio da legalidade, porém tomado sob outra perspectiva, o que levou a uma conclusão diversa.

O Ministro Eros Grau foi enfático quanto à inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, afirmando que se trata de uma múltipla inconstitucionalidade, um abuso de inconstitucionalidade, à medida que o artigo 1º afronta os artigos 22, I, e 48 da Constituição (reserva de lei); o artigo 2º afronta o artigo 121 da Constituição (reserva de lei complementar); os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em matéria processual (reserva de lei, no âmbito da qual não se admite nem mesmo medida provisória) e o artigo 1º, § 2º, inova atribuições do Ministério Público (reserva de lei complementar federal e estadual).

Considerando o princípio da legalidade sob um viés formal, que tem por objetivo maior a limitação do poder e a manutenção do Estado Democrático de Direito, o Ministro Eros Grau entendeu que as providências referidas no inciso XVIII e instruções mencionadas no inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral eram apenas para execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral e não podiam inovar o ordenamento jurídico (analogia com os decretos do Presidente da República para fiel execução das leis – art. 84, IV, da CF – e com as instruções dos ministros de estado para a execução das leis, decretos e regulamentos – art. 87, II, da CF).

Distinguindo vontade estatal normativa primária e secundária, o Ministro Eros Grau fundamentou seu posicionamento na própria Constituição, observando que esta não contemplou o Tribunal Superior Eleitoral com



o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal não possui competência para lhe conferir tal tarefa.

Assim, concluiu sua visão do princípio da legalidade em relação com o princípio da “separação” de poderes, observando que os poderes devem ser interdependentes e harmônicos entre si, mas sem superposição de momentos (como o normativo e o jurisdicional). O Poder Legislativo detém o monopólio apenas da função legislativa, não de toda função normativa. O Tribunal Superior Eleitoral possui função normativa, tendo em vista exclusivamente a execução das leis, mas não função legislativa para inovar no ordenamento.

O Ministro Marco Aurélio também se posicionou no sentido da inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, a despeito de, nos mandados de segurança precedentes, bem como na Consulta nº 1.398/DF ao Tribunal Superior Eleitoral, ter sido defensor da necessidade de observância da fidelidade partidária.

Assim, ainda preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio votou pela incognoscibilidade da ADI nº 3.999-7/DF, à medida que a resolução do Tribunal Superior Eleitoral não seria um ato normativo abstrato autônomo impugnável em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

No entanto, vencido na preliminar, o Ministro entendeu necessário adotar a

premissa do Plenário de que o Tribunal Superior Eleitoral legislou, pautando-se para tanto no fato de que, no âmbito da própria ADI nº 3.999-7/DF, o Supremo Tribunal Federal indicou a existência de uma condição resolutive: a sobrevinda de lei editada pelo Poder Legislativo tornará insubsistente a Resolução TSE nº 22.610/2007.

Assim, comungando de uma visão do princípio da legalidade próxima à do Ministro Eros Grau, o Ministro Marco Aurélio concluiu que a competência prevista pelo Código Eleitoral confere ao Tribunal Superior Eleitoral poder normativo para expedir atos necessários à execução da lei e não da Constituição Federal (esta é regulamentada por lei complementar). E essa competência restrita não lhe autoriza a substituir-se ao Congresso Nacional. Ao legislar (de acordo com a premissa adotada pelo Plenário), atuou o Tribunal Superior Eleitoral como que julgando implicitamente um mandado de injunção (cuja competência seria do Supremo Tribunal Federal) ante a lacuna legislativa quanto à disciplina da matéria no Congresso Nacional.

Portanto, é possível concluir que, com base no mesmo princípio da legalidade, porém compreendido com outro conteúdo, a posição minoritária do Supremo Tribunal Federal votou pela inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007.

6. Conclusões.

Após percorrermos o tratamento jurisprudencial dispensado pelo Supremo Tribunal Federal à fidelidade partidária, em diálogo com as posições do Tribunal Superior Eleitoral sobre esse tema, observamos que estas Cortes Superiores, embora tenham reconhecido a importância das instituições partidárias para a democracia brasileira, igualmente assinalando a ausência de previsão constitucional expressa, acataram majoritariamente a perda de mandato como consequência para a desfiliação partidária.

Isso nos chama a atenção para os limites da interpretação judicial aos comandos constitucionais: afinal, o silêncio legislativo pode ou não ser preenchido pelo Judiciário? Em nome da estabilidade e da certeza jurídicas se sustenta o ativismo judicial?

A análise dos fundamentos jurídicos dos votos proferidos pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo próprio Supremo Tribunal Federal, além de possuir relevância *per se*, permite adentrar nesse espinhoso tema das possibilidades de inovação à ordem jurídica através de criação judicial.



Referências Bibliográficas.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Código Eleitoral (1965)*. Legislação eleitoral: Código eleitoral e legislação correlata. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999-7*. Relator Ministro Joaquim Barbosa: Brasília, DF, 17 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.602-3*. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 17 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.603-1*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 dez. 2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.398*. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 27 mar. 2007.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610*. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 25 out. 2007.

CITADINI, Antonio Roque. *Código eleitoral anotado e comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1986.

DEMICHEL, André; DEMICHEL, Francine. *Droit électoral*. Paris: Dalloz, 1973.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Atipicidade da utilização de cartões de crédito internacionais para o pagamento de importações com finalidade comercial



Marcelo Costenaro Cavali

Juiz Federal Substituto da 6ª Vara Criminal/SP. Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal).

RESUMO: Sustenta que, conquanto não seja admissível, como regra, a retroatividade benigna de normas cambiais complementares de tipos penais em branco, a utilização de cartões de crédito internacionais para a aquisição de bens com finalidade comercial jamais foi penalmente típica – constituindo, somente, infração administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal econômico. Evasão de divisas. Cartão de crédito internacional. Importação. Atipicidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A (revogada) vedação administrativa da utilização de cartões de crédito internacionais para a aquisição de mercadorias importadas com finalidade comercial. 3. (Ir)retroatividade benigna de normas cambiais complementares de tipos penais em branco. 4. Atipicidade da conduta de realizar pagamentos de importações mediante uso de cartões de crédito internacionais. 5. Análise de eventual erro de tipo em relação ao elemento normativo. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Antes da edição do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI) – divulgado pela Circular BACEN nº 3.280, de 9 de março de 2005 – era vedada a utilização de cartões de crédito internacionais para, entre outros negócios jurídicos, a aquisição de bens com finalidade comercial.

O Banco Central do Brasil, no curso da atividade de acompanhamento do mercado de

câmbio, deparou-se, em várias ocasiões, com a utilização, por pessoas físicas e jurídicas, de cartões de crédito internacionais para pagamento de mercadorias adquiridas no exterior com fins comerciais. Em razão disso, foram enviadas comunicações ao Ministério Público Federal, relatando a possível prática de crime.

Hoje, tal proibição já não existe mais. Todavia, existem ainda diversas ações penais, referentes a fatos ocorridos na vigência dessa proibição, em que o Ministério Público Federal enquadra referida conduta (de utilização

de cartão de crédito internacional para pagamento de mercadorias adquiridas no exterior, com finalidade comercial) na figura típica do artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional). Imputa, portanto, aos agentes da conduta, o crime de evasão de divisas.

Sustenta-se, nesse breve ensaio, que, embora não seja admissível, como regra, a retroatividade benigna de normas cambiais complementares de tipos penais em branco, a conduta examinada jamais foi penalmente típica – constituindo, apenas, infração administrativa.

2. A (revogada) vedação administrativa da utilização de cartões de crédito internacionais para a aquisição de mercadorias importadas com finalidade comercial.

Até o advento do RMCCI, vigia a Consolidação das Normais Cambiais. Especificamente no que diz respeito ao item II.1, da Seção II, do Título 14 (Cartões de Crédito Internacionais), do Capítulo 2 (Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes), a Consolidação das Normais Cambiais possuía redação dada pela Circular nº 2.967, de 11 de fevereiro de 2000, assim prevendo:

II.1 - Condições gerais

1. *É admitida a utilização no exterior de cartões de crédito emitidos no Brasil em favor de pessoas físicas (cartão pessoal) ou jurídicas (cartão empresarial) residentes ou domiciliadas no País, observando-se as condições previstas nesta seção.*

2. Observado o limite de crédito estabelecido para cada cliente pela administradora do cartão, *a cobertura das despesas de que trata esta seção deve restringir-se:*

- a) aos gastos no exterior, em viagens a qualquer título;
- b) à aquisição de bens e serviços do

exterior, desde que não configurem operações sujeitas a regulamentação específica tais como: importação sujeita a registro no Siscomex e desembarcada ao amparo de Declaração de Importação - DI, investimento no exterior e transações subordinadas a registro no Banco Central do Brasil, devendo ser observados os aspectos fiscais e tributários aplicáveis e a documentação guardada para comprovação à autoridade fiscal. (destaquei)

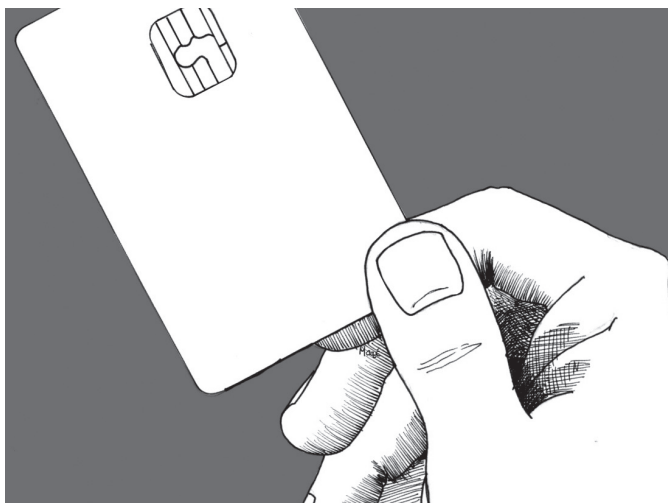
Por sua vez, o item 5, do Título I (Disposições Preliminares), do Capítulo 6 (Importação), estabelecia:

5. O pagamento em moeda estrangeira deve ser efetuado exclusivamente em banco autorizado a operar em câmbio mediante a celebração de contrato de câmbio de importação e o pagamento em reais deve observar, adicionalmente às outras disposições, o título 13 deste capítulo.

Por fim, o item 9, da Seção II.2, do Título 14 (Cartões de Crédito Internacionais), do Capítulo 2 (Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes), dispunha:

9. Devem as administradoras de cartões de crédito ajustar contratualmente com seus clientes que o Banco Central do Brasil pode comunicar à Secretaria da Receita Federal eventuais irregularidades detectadas, bem como adotar as medidas cabíveis, no âmbito de sua competência, no caso de despesa realizada no exterior com finalidade diversa das previstas neste capítulo. Configurada essa hipótese e sem prejuízo das sanções legais aplicáveis, deve ser promovido o imediato cancelamento do cartão, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

Não há dúvida de que a conduta era proibida pela legislação cambial, sendo sua infração sujeita a sanções na esfera administrativa.



Resta saber se tal conduta também merecia reprovação criminal e, nesse caso, se a revogação dessa vedação deve operar retroativamente.

Analiso, inicialmente, a viabilidade da retroatividade benigna de normas cambiais complementares de tipos penais em branco.

3. (Ir)retroatividade benigna de normas cambiais complementares de tipos penais em branco.

Como exposto, atualmente não é mais proibida a utilização de cartões de crédito internacionais para o pagamento de despesas relativas a importações sujeitas a registro no Siscomex e desembaraçadas ao amparo de Declaração de Importação – DI.

De 28/08/2006 a 18/08/2008, a Circular BACEN nº 3.325, de 24 de agosto de 2006, previu autorização para importações comerciais mediante cartão de crédito no valor de até US\$ 20.000,00. Já a partir de 19/08/2008, porém, a Circular BACEN nº 3.401, de 15 de agosto de 2008, autorizou importações comerciais por meio de cartão, sem estabelecer limite de valor.

Com efeito, hoje, a restrição que se encontra no RMCCI diz respeito exclusivamente à utilização do vale postal internacional, modalidade de pagamento que somente

pode ser realizada para operações de até US\$ 50.000,00, ou o seu equivalente em outras moedas. Confira-se o item 21, da Seção 1 (Disposições Gerais), do Capítulo 12 (Importação), do Título 1 (Mercado de Câmbio), do RMCCI:

21. Os pagamentos de importação podem também ser realizados mediante utilização de cartão de crédito internacional emitido no País ou, para operações de até US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos), ou o seu equivalente em outras moedas, por meio de vale postal internacional, devendo ser observadas, no que couber, as disposições do capítulo 10.

Ressalto, portanto, que não existe, hodiernamente, qualquer restrição de valor quanto ao pagamento de importações por meio de cartão de crédito internacional emitido no Brasil.¹

Ainda assim, entretanto, não há que se argumentar com a retroatividade da alteração de normas cambiais, para fins de descriminalização da conduta. Explico.

O artigo 5º, XL, da Constituição estabelece, como garantia fundamental, que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Essa garantia está mais bem especificada na disposição do artigo 3º do Código Penal, segundo a qual “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

¹ Na seção de perguntas e respostas do Banco Central do Brasil, relativa às operações de câmbio (exportação e importação), consta a seguinte pergunta:

“10. Posso pagar as minhas importações com cartão de crédito internacional?”

Sim. Conforme indicado anteriormente, não existe restrição para esse tipo de pagamento, podendo as importações de qualquer valor ser pagas com cartão de crédito internacional emitido no País”.

(Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/expImp.asp?idPai=portalbcb#11>. Acesso em: 10 abr. 2012)

É dizer que somente deixará de haver retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu nos casos de lei excepcional – elaborada para vigor enquanto durarem as circunstâncias que lhe deram origem – ou de lei temporária – editada para vigor por um período de tempo específico, determinado na própria lei. As exceções são lógicas porquanto se assentam na premissa de que normas destinadas a vigor somente durante o transcurso de tempo determinado ou de circunstância específica deixariam de ser observadas voluntariamente pelos seus destinatários, cientes de que seriam isentos de pena uma vez cessado o período preestabelecido ou as condições especiais previstas na norma.

Esse dispositivo, por decorrência lógica inferida pela doutrina e pela jurisprudência, também se aplica às normas penais em branco, salvo se as alterações nelas promovidas se assentarem em motivos permanentes – porquanto, nesse caso, não serão nem excepcionais, nem temporárias. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do STF:

“Habeas corpus”. - Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. - Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagio-

sas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica. “Habeas corpus” indeferido.

(HC 73.168/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, j. 21/11/95, DJ 15/03/96)

Outro exemplo clássico foi o da exclusão do lança-perfume da lista de substâncias consideradas ilícitas, prevista em portaria do Ministério da Saúde, norma complementar do tipo penal em branco de tráfico de entorpecentes (art. 36 da Lei nº 6.368/76). No entender do STF, essa exclusão configurou hipótese de *abolitio criminis*, como se vê da seguinte ementa:

PENAL. TRAFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. LEI 6368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CON-

TENEDORA DA LISTA DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS. LANÇA-PERFUME: CLORETO DE ETILA.

I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de

04.04.84, configurando-se a hipótese do “abolitio criminis”. A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente inclui o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta.

II. Adoção de posição mais favorável ao réu.

III. H.C. deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1º grau, a via-



bilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando. (HC 68.904/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 17/12/91, DJ 03/04/92)

E quanto às normas cambiárias? Inicialmente, vale lembrar que compete à União a tarefa de “administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada” (CF, art. 21, VIII).

O governo federal, portanto, em sua competência de administração de reservas cambiais e fiscalização de operações de câmbio possui a prerrogativa de definir regimes mais ou menos rígidos de controle cambial, o que interfere nas normas relativas à remessa e à manutenção de valores ao exterior.

Não se pode desconhecer que as normas cambiárias seguem a política cambial, que é altamente volátil. Nas palavras de Emilio Garofalo Filho, “[é] fundamental lembrar, sempre, que a regulamentação cambial brasileira contém regras cujas origens atenderam, em sua maioria, a exigências conjunturais ditadas por situações críticas”.²

Sob essa perspectiva, entendo que, a se admitir que a mudança de orientação governamental possa ensejar descriminalização das condutas anteriormente vedadas, os dispositivos penais a elas relacionados restariam ineficazes, na medida em que os destinatários da norma se apoiariam, para descumpri-los, na perspectiva de futura alteração dos rumos da política cambial.

Portanto, não há que se falar, a meu ver, em retroatividade benigna das normas infralegais pertinentes à utilização irrestrita de cartões de crédito internacionais para o pagamento de importações realizadas via Siscomex.

4. Atipicidade da conduta de realizar pagamentos de importações mediante uso de cartões de crédito internacionais.

Por outro lado, contudo, reputo que referida conduta jamais configurou crime. Explico as razões desse entendimento.

Segundo a argumentação do Ministério Público Federal, tal conduta configuraria o delito tipificado no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, assim redigido:

Artigo 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. *Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.* (destaquei)

À época em que publicada a lei, os atos normativos do Banco Central exigiam autorização prévia para a saída de moeda ou divisa para o exterior. Atualmente, contudo, conquanto a regulamentação não mais imponha tal autorização prévia, bem como não determine limites para as remessas, estabelece uma série de exigências e condições para que se promova lícitamente o fluxo de capitais brasileiros ao exterior.³

Assim, a autorização mencionada no tipo, atualmente, deve ser lida como adequação às regulamentações normativas do Banco Central, como explicam Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens:

3 Com efeito, prevê o artigo 3 do RMCCI: “As pessoas físicas e as pessoas jurídicas podem comprar e vender moeda estrangeira ou *realizar transferências internacionais em reais, de qualquer natureza, sem limitação de valor*, sendo contraparte na operação agente autorizado a operar no mercado de câmbio, observada a legalidade da transação, tendo como base a fundamentação econômica e as responsabilidades definidas na respectiva documentação”. (destaquei)

2 *Câmbio\$*: princípios básicos do mercado cambial. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 298.

A *elementar sem autorização legal* não se refere à necessidade de um ato administrativo que expressamente autorize a operação, pois o controle cambial exercido nesses casos se dá *a posteriori*. Na verdade, *a satisfação dessa elementar está a exigir que a conduta contrarie as normas que a regulam, e não que ocorra à míngua de autorização expressa ou mesmo contra os seus limites.* (destaquei) ⁴

Mas, somente estará caracterizado o delito se essa afronta à regulamentação administrativa se der por meio de atuação clandestina ou fraudulenta, conforme sustenta José Paulo Baltazar Junior:

(...) somente há crime quando a remessa ou a saída dos valores ocorrer *sem autorização legal*, sendo assim entendidas *tanto a remessa clandestina*, com a remessa ou transporte físico sem declaração, *quanto a fraudulenta*, com a remessa por meio físico ou eletrônico escudada em documento falso ou prestação de informação falsa. (destaquei) ⁵

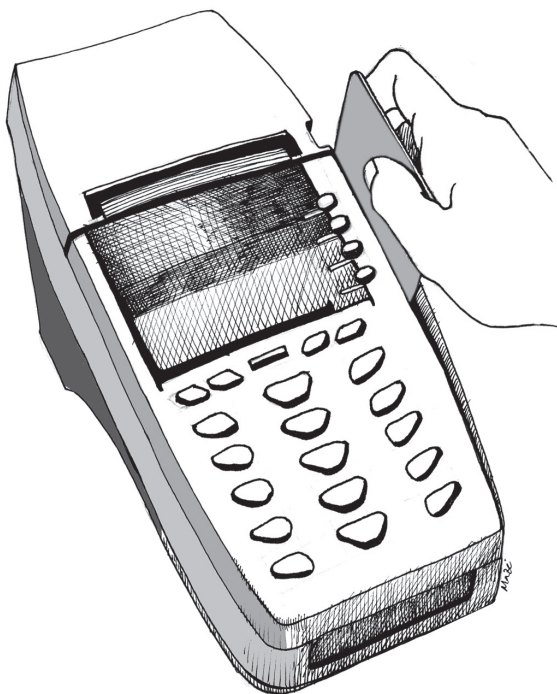
O entendimento é correto, pois a mera desobediência de norma administrativa não

possui reprovabilidade suficiente para atrair a incidência penal. É preciso que reste comprovado o claro propósito de burla das regras de controle cambial, sob pena de administrativização do direito penal.

Portanto, para a caracterização da conduta típica do artigo 22, parágrafo único, primeira figura, da Lei nº 7.492/86, impõe-se que o agente promova deliberadamente, *de forma clandestina ou fraudulenta*, a remessa de numerário ao exterior em desconformidade com a regulamentação normativa estatuída pelo Banco Central. Somente por meio dessas condutas resta inviabilizado o controle da existência da remessa, bem como da origem, do destino e da natureza do dinheiro enviado ao exterior.

Ocorre que, nas hipóteses em que se dá o pagamento de importações para fins comerciais mediante cartão de crédito internacional, tais informações não são sonegadas ao Banco Central. O cumprimento das normas cambiais relativas aos cartões de crédito, à época, sempre foi monitorado pelas administradoras, conforme estabelecido em contratos celebrados com seus clientes, cientes de que seriam informadas ao Banco Central as eventuais irregularidades detectadas, de acordo com o item 9, da Seção II.2, do Título 14 (Cartões de Crédito Internacionais), do Capítulo 2 (Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes), da então vigente Consolidação das Normas Cambiais.

Assim sendo, não há falar em saída de divisas à margem do controle estatal, uma vez



⁴ *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 176.

⁵ *Crimes federais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 402-403.

que as informações relativas aos pagamentos feitos através de cartão de crédito foram registradas nos sistemas informatizados do Banco Central, que realiza um acompanhamento rotineiro no que diz respeito à utilização dessa via de pagamento. Aliás, em regra, é justamente por meio desse acompanhamento que o Banco Central toma conhecimento dos pagamentos realizados.

Conclui-se, portanto, que, embora a aquisição das mercadorias no exterior e seu pagamento não tenham ocorrido de conformidade com o disposto na Consolidação das Normas Cambiais, ainda assim foi possível ao Banco Central o acompanhamento de tais operações.

Por conseguinte, se é possível ter-se por configurado ilícito administrativo-cambial, não se tem por caracterizado o crime de evasão de divisas.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes, dos E. Tribunais Regionais Federais da 4ª e da 5ª Regiões:

PENAL. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22, § ÚNICO DA LEI 7.492/86. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. FINALIDADE COMERCIAL. PAGAMENTO MEDIANTE CARTÃO DE CRÉDITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. *Não ocorre o crime inculcado no art. 22 da Lei 7.492/86 quando o comerciante brasileiro, ao importar produtos, paga com cartão de crédito internacional. Nessa hipótese, não há propriamente “evasão” de divisas, mas mera importação irregular, caracterizando ilícito administrativo.*

2. Evidenciada de plano a ausência de tipicidade da conduta, correta a decisão que rejeita a peça acusatória, com apoio no art. 43, I, do CPP.

(TRF 4ª Região, RSE 2002.71.00.031294-1/RS, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, j. 05/12/2007, D.E. 09/01/2008, destaquei)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22,

PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 7.492/86. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. FINALIDADE COMERCIAL. PAGAMENTO MEDIANTE CARTÃO DE CRÉDITO INTERNACIONAL. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. ABSOLVIÇÃO DO APELANTE. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A saída de divisas ao exterior não constitui, em regra, crime. Somente se configura o delito quando ocorre remessa de divisas ao exterior à margem do sistema de controle cambial, ou quando a operação não é declarada à autoridade competente.

2. A saída de divisas por meio de pagamento mediante cartão de crédito, ao contrário daquelas hipóteses em que há remessa de divisas sem o conhecimento do sistema financeiro oficial, não frustra os sistemas de controle cambiais, pois a saída de moeda, quando realizada daquela forma, não permite a ocultação da operação para as autoridades competentes.

3. *Não ocorre o crime inculcado no art. 22 da Lei 7.492/86 quando o comerciante brasileiro, ao importar produtos, paga com cartão de crédito internacional. Nessa hipótese, não há propriamente “evasão” de divisas, mas mera importação irregular, caracterizando ilícito administrativo.* (TRF da 4ª Região, RSE 2002.71.00.91294-1/RS).

4. Apelação provida.

(TRF 5ª Região, ACR 2003.81.00.012935-2/CE, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, j. 14/10/2008, DJ 05/11/2008, destaquei)

Não é demais recordar que o direito penal exerce a função de *ultima ratio* do sistema, somente devendo criminalizar condutas que não sejam suficientemente inibidas pelas sanções menos graves à dignidade da pessoa humana, previstas em outros ramos jurídicos, notadamente o civil e o administrativo.

Na situação examinada, parece-me que as sanções administrativas impostas já eram suficientes para garantir a reprovação jurídi-

ca da conduta e a adequada proteção ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

5. Análise de eventual erro de tipo em relação ao elemento normativo.

Além da atipicidade da conduta, constata-se, em alguns casos concretos, que os agentes atuaram com ausência de dolo, por erro sobre o tipo penal.

Como se sabe, via de regra, o erro sobre a ilicitude do fato caracteriza erro de proibição, relacionando-se com a culpabilidade. Porém, quando o preceito primário de um tipo penal inclui na descrição da conduta criminosa elementos normativos de índole jurídica, ou mesmo palavras ou expressões atinentes à ilicitude, o erro sobre tais elementos consubstancia erro de tipo. É o que se dá, exemplificativamente, nos crimes de violação de correspondência (CP, art. 151: “indevidamente”), divulgação de segredo, violação do segredo profissional, abandono material e abandono intelectual (CP, arts. 153, *caput*, e §2º, 154, 244, *caput*, e 246: “sem justa causa”).

Nas hipóteses aqui cogitadas, o erro incide sobre o elemento normativo “sem autorização legal”. Verifica-se que, em muitos casos, os gerentes dos bancos emissores dos cartões tinham conhecimento das operações e as incentivavam, aumentando o limite dos cartões de crédito. As operações eram feitas abertamente e os acusados acreditavam que se tratava do procedimento padrão. Em várias situações, constata-se que os réus são pessoas relativamente simples, sem conhecimento das especificidades das normas cambiais.

Além disso, não se pode ignorar que o adequado conhecimento de normas cambiais muitas vezes não é acessível ao comerciante comum, especialmente aquele de pequeno porte, desprovido de uma assessoria de comércio exterior.⁶



6. Conclusão.

Para fins didáticos, enumero as principais conclusões atingidas no curso da exposição:

a) até o advento do RMCCI, era vedada a utilização de cartões de crédito internacionais para, entre outros negócios jurídicos, a aquisição de bens com finalidade comercial;

b) até 18/08/2008, a Circular BACEN nº 3.325/2006 previu autorização para importações comerciais mediante cartão de crédito no valor de até US\$ 20.000,00. Já a partir de 19/08/2008, porém, a Circular BACEN nº 3.401/2008 autorizou importações comerciais por meio de cartão, sem estabelecer limite de valor, de modo que não existe, hodiernamente, qualquer restrição de valor quanto ao pagamento de importações por meio de cartão de crédito internacional emitido no Brasil;

c) não há que se falar, em regra, em retroatividade benigna das normas infralegais pertinentes à regulamentação cambial, dado que tais normas possuem caráter excepcional, pois seguem a política cambial, que é altamente volátil;

da Cruz faz as seguintes observações que são também aplicáveis ao problema ora examinado: “O crime de sonegações de informações cambiárias devidas ao Bacen é absolutamente técnico, não encontrando junto à maioria das pessoas um juízo de censura. Até mesmo porquanto poucos são os iniciados na matéria, poucos sabem quais as obrigações exigidas nesse âmbito”. (Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, set./out. 2010, p. 105)

6 Embora se referindo a outro tipo penal – aquele previsto no artigo 21 da Lei nº 7.492/1986 –, Flávio Antônio

d) de toda forma, em qualquer época, a utilização de cartões de crédito internacionais para a aquisição de bens com finalidade comercial jamais foi penalmente típica – constituindo, somente, infração administrativa;

e) isso porque não se verifica nenhuma fraude ou clandestinidade na conduta examinada, afastando-se, portanto, a configuração do delito de evasão de divisas;

f) além da atipicidade da conduta, constata-se, em alguns casos concretos, que os agentes atuaram com ausência de dolo, mediante erro sobre o elemento normativo do tipo penal.

Referências bibliográficas.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, set./out. 2010.

GAROFALO FILHO, Emílio. *Câmbio\$: princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



Jurisprudência em destaque

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0029586-43.2012.4.03.0000

(2012.03.00.029586-3)

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Agravado: OSMAR LUIZ BONAMIGO

Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E COMUNIDADE INDÍGENA PYELITO KUE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AI 488455

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2012

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI contra a r. decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, reproduzida às fls. 281/287, que nos autos da ação de manutenção de posse proposta por Osmar Luis Bonamigo em face da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e da União Federal, deferiu o pedido de liminar para determinar a retirada imediata de silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue que se encontram estabelecidos na área da Fazenda Cambará no Município de Iguatemi/MS e, ainda, fixou multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento, a ser suportada pela recorrente.

Alega a Fundação Nacional do Índio - FUNAI que a área em que se encontra localizada a Fazenda Cambará é objeto de estudo com vistas a identificar e delimitar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas desde 2008, época em que foi publicada a Portaria nº 790, o que significa que não se tem, até o presente momento, a confirmação de quem são os verdadeiros proprietários das terras.

Aduz que o Grupo de Trabalho já se pronunciou no sentido de que a Fazenda Cambará se encontra na região denominada Bacia Iguatemipecuária, área tradicionalmente ocupada pelos índios, situação que torna questionável as alegações do autor da possessória de que é legítimo proprietário das terras.

Sustenta que a cadeia dominial apresentada pelo autor não deve ser encarada como verdade absoluta, vez que outros documentos demonstram que os índios foram expulsos de suas terras com o objetivo de favorecimento de interesses privados.

Assevera que existem agrupados, numa área de 10 (dez) mil metros quadrados e de reserva legal, cerca de 160 (cento e sessenta) índios, situação que não atrapalha em absolutamente nada a atividade da Fazenda Cambará, até porque a área total das terras é de mais de 760 (setecentos e sessenta) hectares.

Afirma que os índios estão desenvolvendo a caça, a pesca e a coleta na região, mantendo resguardada a integridade da vegetação nativa e os bovinos criados na Fazenda.

Salienta que o permanente estado de remoção da comunidade indígena na região, em decorrência das sucessivas decisões judiciais de reintegração de posse, tem despertado a indignação dos silvícolas, os quais ficam privados de condições mínimas de sobrevivência (habitação, segurança, alimentação, saúde), fato este que contraria a própria ordem constitucional.

Ressalta que não detém a tutela da comunidade indígena presente na região, não influencia no seu modo de vida, na sua cultura e nem mesmo foi responsável pela retomada da área em conflito e, portanto, não pode ser penalizada com a estipulação de multa em caso de descumprimento da ordem judicial.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo, a fim de que seja revogada a ordem de desocupação da área pelos índios, ou pelo menos até o término dos estudos técnicos e, ainda, pela revogação da ordem que determinou o pagamento de multa em caso de descumprimento.

É o relatório.

DECIDO.

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros, almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitados na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

Acrescente-se, ainda, que os indígenas se encontram em situação de penúria e de falta de assistência e, em razão do vínculo que mantêm com a terra que crêem ser sua, colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura.

Dessa forma, há notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.

A situação dos autos reflete, também, a total ausência de providências essenciais por parte do Poder Público, relativas à demarcação das terras indígenas, omissão essa que obriga o Poder Judiciário a emitir decisões impregnadas de cunho social. Sim, porque o que se apresenta é um conflito de relevância social indiscutível e não um embate sobre meros interesses contrapostos, não sendo competência do Poder Judiciário substituir o Estado para prover as necessidades de um segmento da população que não foi atendido pela falta de implantação de políticas públicas específicas.

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O

juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos.

Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la.

A segurança jurídica e a legalidade devem caminhar juntas, de mãos dadas, para que a Justiça aflore.

Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem.

A propósito, a Colenda 2ª Turma desta Egrégia Corte já teve a oportunidade de se manifestar a respeito da relevância da questão aqui relatada, conforme se verifica do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÍNDIOS QUE SE ENCONTRAM NA MARGEM DE RODOVIA. ALEGAÇÃO DE QUE, DESCUMPRINDO LIMINAR JUDICIAL, OS ÍNDIOS INVADIRAM A FAZENDA DO AUTOR. DECISÃO QUE DETERMINA AO CACIQUE QUE SE ABSTENHA DE INCENTIVAR A INVASÃO E QUE ORDENA À FUNAI A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS “PARA LOCAL DISTANTE”. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO PARCIALMENTE. (...) 3. Os conflitos possessórios entre fazendeiros e indígenas não podem ser resolvidos unicamente com os olhos voltados para a

legislação civil comum, como se o problema fosse eminentemente patrimonial. A lei civil sabidamente não foi concebida para resolver a questão indígena, que abrange aspectos sociais, históricos e culturais bastante importantes e, exatamente por isso, tutelados pela Constituição Federal. 4. Não se mostra razoável a determinação, dirigida à FUNAI, para que promova, em dez dias, a remoção de índios instalados à margem de rodovia, levando-os para “local distante” e não definido. 5. Agravo parcialmente conhecido e provido em parte.

(TRF 3ª Região - Agravo nº 0015611-32.2004.4.03.0000 - Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos - 2ª Turma - j. 31/05/05 - v.u. - DJU 10/06/05)

Conforme já referido, o autor Osmar Luis Bonamigo apresenta documentação no sentido de ser proprietário de uma área de terras de mais de 762 (setecentos e sessenta e dois) hectares denominada Fazenda Cambará, localizada no Município de Iguatemi, no Mato Grosso do Sul. Por outro lado, a Comunidade Indígena Pyelito Kue se apegua a fatos históricos para se dizer dona da área onde está situada a Fazenda Cambará, ou pelo menos de parte dela.

A ação possessória e, principalmente, este agravo de instrumento, não são vias processuais adequadas para discutir a propriedade das terras. O que irá ser apreciado neste recurso é a legitimidade ou não do ingresso dos índios em uma parte de terras localizada na Fazenda Cambará.

Segundo consta dos autos, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 790 no dia 14/07/08 para realizar estudos de identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Guarani Kaiowá e Nhandeva na região das bacias denominadas Amambaipeguá,

Dourados-Amambaipeguá, Iguatemipecuá, Brilhantepecuá, Nhandevapeguá e Apapeguá, situadas no Mato Grosso do Sul. Posteriormente, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 179/09 para estabelecer os procedimentos a serem adotados pelos Grupos Técnicos criados a partir da Portaria nº 790/08. Por fim, no dia 01/10/12 a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 1.244 para constituir Grupo Técnico com o objetivo de complementar os estudos de natureza fundiária e cartorial necessários à identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos Guarani e Kaiowá, nas bacias denominadas Iguatemipecuá (Portaria nº 790/PRES, de 10.07.2008) e Nhandevapeguá (Portaria nº 792, de 10.07.2008), localizadas nos municípios de Amambaí, Paranhos e Tacuru, no Estado do Mato Grosso do Sul.

A Comunidade Indígena Pyelito Kue, integrante da etnia Guarani Kaiowá, se estabeleceu em período pretérito na Bacia Iguatemipecuá que, segundo estudos preliminares e não conclusivos, está inserida na área da Fazenda Cambará. Esse fato, por si só, não rende aos índios o direito de invadir as terras. Entretanto, as ações que tratam de conflitos de índios com fazendeiros merecem atenção especial e equilíbrio do juiz para restabelecer a ordem e contribuir para a paz social.

Aliás, cabe ressaltar a maneira com a qual os eminentes Juízes Federais que atuaram na ação possessória em referência no Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS conduziram o feito. Todos demonstraram preocupação com a questão e foram muito diligentes na prestação jurisdicional, o que é digno de admiração e respeito por parte desta Relatora.

Não obstante, fato é que há um procedimento administrativo de delimitação e demarcação de terras em curso na região onde está situada a Fazenda Cambará. A inércia do Poder Público e a morosidade do procedimento administrativo contribuem para provocar tensões e conflitos entre índios e fazendeiros,

restando ao Poder Judiciário responder ao embate apresentado.

Assim, tenho que, salvo melhor juízo, a demanda não está próxima de ter um desfecho, não importando a favor de quem venha a ser decidida. O caminho reservado às partes pode ser longo e árduo, eis que o caso envolve, de forma ampla, a solução de um dos maiores conflitos sociais de nossa época, qual seja, a demarcação das terras indígenas brasileiras, além de, tecnicamente, envolver intrincado exame de matéria constitucional.

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

Todavia, estando em risco valores que suplantam a necessidade de término do processo administrativo de demarcação - a vida e a ordem -, valho-me do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil, os quais seguem transcritos:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

O Professor Paulo Afonso Garrido de Paula, na obra *Código de Processo Civil In-*

terpretado, 3ª edição, 2.008, coordenador Antonio Carlos Marcato, Editora Atlas, páginas 2.482/2.484, explica de maneira singular as particularidades do poder geral de cautela conferido ao juiz, senão vejamos:

1. Poder geral de cautela do juiz. O dispositivo em apreço fundamenta o poder geral de cautela do juiz, hoje em consonância com a tutela preventiva prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, consistente na possibilidade de proteção jurisdicional a qualquer direito ameaçado de lesão.

1. Alcance do poder geral de cautela. Trata-se de norma exemplificativa do alcance do poder geral de cautela do juiz, que não sofre qualquer limitação, de vez que eventual restrição genérica importaria negação à efetivação da tutela preventiva prevista na Constituição da República. (...) Indica a norma em questão que direitos fundamentais podem ser juridicamente relativizados quando em conflito com outros direitos básicos, desde que observada a garantia genérica do devido processo legal.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça valoriza a aplicação do poder geral de cautela para resguardo de interesses maiores, conforme se verifica do seguinte acórdão, a título de exemplo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DO PROVIMENTO

JURISDICIONAL ÀS PECULIARIDADES DA DEMANDA. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. POSSIBILIDADE.

1. As medidas cautelares resguardam, sobretudo, o interesse público, sendo necessárias e inerentes à atividade jurisdicional. O artigo 798 do CPC atribui amplo poder de cautela ao magistrado, constituindo verdadeira e salutar cláusula geral, que clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado *ex officio*, pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes.
(...)

6. Recurso especial não provido.
(STJ - REsp 1.241.509 - Relator Ministro Luiz Felipe Salomão - 4ª Turma - j. 09/08/11 - v.u. - DJe 01/02/12)

Neste caso, por tudo quanto foi exposto, a melhor solução é circunscrever a permanência dos índios num espaço de 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término do procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras na região. Os índios devem ficar exatamente onde estão agrupados, com a ressalva de que não podem estender o espaço a eles reservado em

nenhuma hipótese.

Os índios não devem impedir a livre circulação de pessoas e bens no interior da Fazenda Cambará, tampouco estender plantações, praticar a caça de animais na fazenda e, ainda, desmatar áreas verdes consistentes em Reserva Legal. Índios, fazendeiros e demais indivíduos que se fizerem presentes na região devem conviver de maneira harmônica. Não será tolerado nenhum tipo de comportamento que quebre a ordem e não contribua para a paz social, princípio que deve se fazer presente no Estado Democrático de Direito.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deve adotar todas as providências no sentido de intensificar os trabalhos e concluir o mais rápido possível o procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras. Aliás, cabe aqui uma ressalva. Embora cause estranheza a afirmação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI no sentido de que “não detém a tutela da Comunidade Indígena, não influencia na sua cultura, modo de viver e nem mesmo foi responsável pela retomada da área em conflito”, deverá sim zelar pelo total cumprimento desta decisão, haja vista que na sua competência se insere exatamente a tutela e a guarda dos interesses dos índios.

Autorizo a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e outros órgãos governamentais - especialmente a Agência de Saúde - a adentrar na área *sub judice*, a fim de prestar toda e qualquer assistência que se fizer necessária à população silvícola ali alojada.

Revogo a multa estipulada em caso de descumprimento da decisão exarada pelo Juízo de origem, ante as considerações aqui realizadas.

Ante o exposto, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e

demarcação das terras na região, com a ressalva de que tudo o que foi aqui estabelecido deve ser estritamente observado por todas as partes envolvidas.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deverá atuar junto à comunidade indígena, no exercício de suas funções institucionais, esclarecendo às lideranças que a demarcação administrativa das terras não lhes garante a posse das mesmas de imediato, razão que desautoriza a ocupação de outras áreas que não sejam os 10 (dez) mil metros quadrados definidos.

Ao Ministério Público Federal, recomendando estar atento ao desenrolar das atividades na região de maneira a diligenciar, quando necessário e com a maior brevidade possível, visando resguardar a ordem e a legalidade. Recomendo, ainda, que harmonize a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade, cumprindo assim, de fato, o que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal.

Oficie-se ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, Dr. José Eduardo Martins Cardozo, a quem está subordinada funcionalmente a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, anexando cópia da presente decisão, para que determine, se julgar cabíveis, outras providências.

Oficie-se à Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, anexando cópia da presente decisão, para fins de ciência da situação.

Cumpra a Subsecretaria o disposto no artigo 527, V, do Código de Processo Civil.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Cumpram-se, ainda, todas as formalidades de praxe.

P.I.

São Paulo, 30 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

- Sobre conflitos possessórios envolvendo terras indígenas, veja também os seguintes julgados: Ag 1999.03.00.004554-2/MS, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 39/133; SL 2005.03.00.064067-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 73/69; Ag 2004.03.00.071885-6/MS, Relator Desembargador Federal Nelson dos Santos, publicado na RTRF3R 80/243; AC 2003.60.00.005222-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 90/387; AI 2005.03.00.064533-0/MS, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publicado na RTRF3R 92/118; SLAT 2008.03.00.049219-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada nas RTRF3R 92/10, RTRF3R 95/4, RTRF3R 97/52 e RTRF3R 98/7; AI 2000.03.00.055798-3/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 98/227; AI 0010497-05.2010.4.03.0000/MS, Relator Juiz Federal Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 101/141; SLAT 0037604-24.2010.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, publicada na RTRF3R 105/285 e SuExSe 0000072-45.2012.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 112/252.

“A opção adotada (...) é a que melhor atende a finalidade de alcançar a pacificação social, evitando que o conflito entre índios e não-índios se alastrasse e escapasse completamente ao controle estatal descambando em verdadeira tragédia.”

(Fernando Marcelo Mendes)

“Os indígenas eram os ‘senhores originários e naturais da terra’. Seus direitos são inatos e precedem a ordem estatal. Ordem esta responsável pela concessão dos direitos sobrepostos à posse originária. Logo, o Estado brasileiro nunca poderá conceder direitos aos índios mas, apenas, reconhecer e, conseqüentemente, declarar a sua existência.”

(Marco Antonio Delfino de Almeida)

“As terras são imprescindíveis, fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos índios, visto eles entenderem ser parte dela, assim como ser a terra parte deles. E a desídia do Estado vem importando a ocorrência de verdadeiro genocídio.”

(Roberto Lemos dos Santos Filho)



Em destaque



Fernando Marcelo Mendes

Juiz Federal Titular da 3ª Vara de Guarulhos/SP. Foi Advogado e Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo. Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP.

1. Introdução.

Tema que provoca grandes discussões judiciais, em virtude de suas importantíssimas implicações políticas, sociais, econômicas, históricas e culturais, é o relativo à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A Constituição Federal, em seu artigo 231, reconheceu aos índios os direitos originários sobre terras por eles tradicionalmente ocupadas, estabelecendo as condições para a sua caracterização e delimitação, a destinação que poderiam ter, a exclusividade que passaram a deter sobre o usufruto da riqueza do solo, rios e lagos nelas contidos, impondo à União a obrigação de demarcá-las, ao dispor que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União

demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo

são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

A possibilidade de que áreas do território brasileiro passem a ser consideradas, após processo administrativo regular específico,¹ como terra tradicionalmente ocupada por uma determinada comunidade indígena, com as consequências jurídicas daí advindas, pode gerar – *e acaba gerando* – como dito, grandes problemas de ordem política, social, econômica, histórica e cultural porquanto, não raro, nessas mesmas áreas, comunidades não-índias também podem, de há muito, ter fixado nelas residência e o meio de subsistência em razão de sua exploração econômica.

Como compatibilizar esses interesses conflitantes entre *índios* e *não-índios* pela ocupação de extensas parcelas do território brasileiro?

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a

Ação Popular² que foi proposta visando à anulação da Portaria nº 534/2005 do Ministro de Estado da Justiça que reconhecia o *modelo contínuo* de demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, situada no Estado de Roraima, acabou fixando as condições³ que

2 Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 19/03/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

3 As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas terão os seguintes conteúdos:

1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscagem, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI;

10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;

11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios

1 Art. 17 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 e Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

deverão ser observadas na demarcação e ocupação das terras indígenas.

Pois bem. A decisão comentada neste artigo foi proferida no âmbito de discussão judicial que, embora tenha como pano de fundo a questão da demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, teve por objeto a valoração jurídica quanto à legitimidade da *posse* de uma determinada área rural no curso do processo administrativo demarcatório. Qual deve ser a postura judicial ao decidir acerca da legitimidade da posse sobre área conflituosa e no

“A possibilidade de que áreas do território brasileiro passem a ser consideradas (...) como terra tradicionalmente (...) indígena pode gerar grandes problemas (...) porquanto, não raro, nessas mesmas áreas, comunidades não-índias também podem, de há muito, ter fixado nelas residência e o meio de subsistência em razão de sua exploração econômica.”

curso de processo demarcatório? Deve ser pautada pela estrita legalidade, conferindo a proteção possessória àquele que demonstre satisfazer os requisitos do artigo 926 do Código de Processo Civil, ou dado os valores que a envolvem, deve transbordar os limites da ótica patrimonialista que informa, nesse particular, o

diploma processual civil, para poder dizer, com base em outros valores jurídicos, o direito no caso concreto?

2. Resumo do caso.

O caso discutido nos autos pode ser assim resumido: em ação de manutenção de posse, o autor, alegando ser o legítimo proprietário da Fazenda Cambará, no Município de Iguatemi - MS, sustentou estar sofrendo turbação em sua posse desde 28/11/2011, quando índios das Aldeias Sassoró e Ramada invadiram parte de sua propriedade, passando a permanecer, ora na área invadida, ora na aldeia, utilizando como refúgio as matas ciliares, o que lhe estaria causando pânico e tormento, requerendo, assim, o reconhecimento judicial da proteção possessória.

A União se manifestou pelo indeferimento do pedido possessório, alegando que não houve invasão e prática de atos violentos pelos índios ou a ocorrência de danos na propriedade por eles ocupada; argumentou, amparada em nota técnica da FUNAI, que a área em discussão se situa na bacia de Iguatemi (MS), e que é objeto de estudo das terras indígenas de ocupação tradicional denominada *Tekoka Pyelito Kue*, de forma que

não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;

15 - É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 - Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis;

19 - É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

seria questionável a alegação de que o autor teria a sua posse mansa e pacífica; informou que existia clima de tensão no local, em virtude de ataque a um acampamento indígena instalado na divisa de outras duas propriedades daquela região; alegou que a decisão de ocupação foi tomada pelos próprios índios e que não caberia a ela ou a FUNAI retirá-los do local ou orientá-los em tais ações; argumentou que os indígenas encontrar-se-iam em situação de vulnerabilidade, frente às ameaças por parte de não-índios e às precárias condições de habitação, assistência social e saúde, dado que o autor estaria impedido o acesso ao acampamento de técnicos da FUNAI e SESAI.

O Ministério Público Federal resumiu o conflito que levou ao pedido possessório informando que desde a época da implantação da política indigenista, na década de 20, índios foram confinados em áreas que poderiam ou não coincidir com aquelas por eles tradicionalmente ocupadas, como no caso da então criada *Terra Indígena Sessoró*; informou que faz parte da cadeia dominial da propriedade do autor um antigo explorador de erva-mate que, por meio de influência política, obteve a titulação privada de terras ocupadas por índios especialmente de áreas que permitissem o acesso ao rio Iguatemi e a seus portos, o que colocaria os indígenas *Kaiowá* da aldeia *Pye-lito* como os verdadeiros esbulhados; requereu o indeferimento da liminar e a determinação judicial para que o autor não impeça o ingresso de órgãos assistenciais ao interior da área e o trânsito necessário para que as crianças da comunidade indígena possam frequentar a escola.

No primeiro grau, o pedido possessório do autor foi *acolhido*. Ao analisar a questão, o i. magistrado, Juiz Federal Sérgio Henrique Bonachela, delimitou a questão ao problema possessório, buscando a partir daí e sob esse fundamento, dizer a quem caberia o reconhecimento judicial à proteção possessória, assim decidindo, naquilo que importa à análise do caso:

Nestes autos, não cabe discutir a quem pertencem as terras a que se refere o pedido. Isso porque não se trata de ação petitória, mas de ação possessória. A proteção à posse, conferida por meio dessa classe de ações, é conferida até mesmo contra o legítimo proprietário, pois a razão de ser dessa proteção legal é a pacificação social mediante a vedação ao desapossamento por ato de particular, seja violento, seja clandestino (...) Em decorrência, perde qualquer relevância para o deslinde da controvérsia saber se as terras em litígio são ou foram tradicionalmente ocupadas pelos índios ou se o título dominial do autor é ou foi formado de maneira legítima. A discussão dominial sequer é possível em sede de ação possessória, como regra (...) É relevante para o deslinde desta causa saber, unicamente, se a propriedade objeto do pedido tinha efetivo possuidor e se, em caso positivo, ele está sofrendo esbulho, turbação ou ameaça por parte de outrem. Nesse sentido, não há dúvida sobre a posse das terras em litígio até 28/11/2011, já que todos concordam que elas estavam efetivamente na posse do autor, mesmo que eventualmente injusta. Mais importante ainda, não há dúvida sobre se a comunidade indígena ré ocupou, ainda que precária e transitoriamente, parte das terras cuja posse era exercida pelo autor naquela data e que permanecem lá até hoje, porque todos concordam que isso realmente ocorreu. Isso basta para concluir que o autor tem direito à proteção possessória, pelo menos neste momento de cognição sumária, considerando haver prova suficiente, para fins de decisão liminar, da existência de turbação da sua posse, pois ela foi parcialmente excluída, considerando o caráter precário do acampamento promovido pela comunidade indígena ré.

A decisão de primeiro grau ressaltou, ainda, que é a aplicação da lei ao caso concreto que vai evitar o conflito social e não o contrário:

Não pode ser acolhida a manifestação de que a lei não deve ser aplicada, sob o pretexto de que a ordem liminar poderia agravar a situação e deflagrar o conflito, afetando mulheres, crianças e enfermos. Ao contrário, é o império da lei – impessoal, geral e isonômica – que pode evi em (*sic*) uma compreensão diferente sobre a necessidade de acatamento aos poderes constituídos, cabe aos órgãos de assistência esclarecê-los e contê-los, sob pena de quebra da ordem jurídica e da ocorrência incontrolável de conflitos que facilmente redundam em uso da violência, da qual eles próprios, sendo a parte envolvida mais vulnerável, sempre são os mais prejudicados. É inútil tentar reprimir atos de violência em matéria que exalta tanto os ânimos, como é a da posse da terra, considerando a irreversibilidade das conseqüências de tantos casos de conflitos que resultam, em vezes tão incontáveis quanto lamentáveis, em ferimentos graves e até mortes.

A valoração emprestada à causa pelo juízo de primeiro grau veio assentada em precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª regiões que também entenderam, em casos análogos aos dos autos, que não obstante a discussão judicial envolver a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por índios, a proteção possessória deveria se aperfeiçoar na forma do direito positivo:

(...)

2. O artigo 1.196 do Código Civil define possuidor como todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Vale destacar que a posse tem autonomia, sendo protegida por si mesma, é dizer, ainda contra o proprietário. Assim, embora o domínio seja o fundamento teórico da proteção da posse, o juízo possessório não se confunde com o petitório, nem é possível que este se imiscua naquele. Utilizada a via possessória, a questão da propriedade torna-se irrelevante, prescindindo-se de qualquer

alegação sobre quem efetivamente seja o proprietário, já que a posse é protegida até contra esse.

3. Consoante se extrai da oitiva das testemunhas no processo de justificação, restou demonstrada a posse efetiva na figura dos proprietários e não dos indígenas.

4. Consta procedimento administrativo de demarcação de área identificada na Portaria nº 298 do Ministério da Justiça de 19.06.1992. Entendo, no entanto, que na demarcação das terras indígenas não de ser respeitados a posse e o domínio dos particulares, até decisão definitiva, em processo judicial contencioso.

5. Entendo que comprovados os requisitos exigidos pela legislação processual, quais sejam, a existência da posse e o justo receio de que seja esta molestada, deve ser deferido o interdito proibitório.

6. Irrelevante para o deslinde da questão a afirmativa de que a posse dos índios sobre a região debatida remonta a tempos imemoriais e está assegurada pelo texto constitucional, porque tal discussão diz respeito à propriedade da terra, cujo exame foge ao âmbito desta lide.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AI nº 0000968-79.1993.4.03.6006/MS, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, j. 15/05/2007, DJU 26/06/2007)

Ou ainda:

(...)

A realidade da causa não aponta conflito jurídico sobre posse, propriedade ou qualquer outro instituto de direito civil, administrativo ou constitucional. Indica, tão-somente, o fato de um esbulho, ou de uma invasão de terras possuídas por outrem. Nessa dimensão, a ordem jurídica não pode tolerar, no plano fático, a conduta de quem esbulha ou invade, seja ele índio ou não-índio, sem reagir, ou permitir a reação do esbulhado ou invadido, que são, justamente, os interditos

possessórios previstos nas legislações civil e processual civil.

(TRF 4ª Região, AC nº 2000.71.04.002217-5/RS, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti, j. 27/06/2005, DJU 17/08/2005)

A matéria, ao ser apreciada em grau de recurso no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede liminar, recebeu tratamento diferenciado. Entendeu a I. Relatora, Desembargadora Federal *Cecília Mello*, que, não muito embora segurança jurídica e legalidade tenham de caminhar juntas, sendo papel do juiz aplicar e não desprezar a lei, a questão não poderia ser resolvida apenas pela ótica do direito de propriedade e da proteção possessória positivada em lei:

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos. Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la.

A segurança jurídica e a legalidade devem caminhar juntas, de mãos dadas, para que a Justiça aflore.

Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em

conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem.

Assim, embora tenha expressamente consignado que “A ação possessória e, principalmente, este agravo de instrumento, não são vias processuais adequadas para discutir a propriedade das terras”, entendeu a I. Relatora que se fazia necessário, para valoração adequada da demanda, apreciar a legitimidade ou não do ingresso dos índios em uma área de 1 (um) hectare da Fazenda Cambará

que tem área total de 762 hectares:

“Dois princípios constitucionais estavam em flagrante colisão. De um lado, o proprietário titulado da área sob demarcação (...) e, de outro, o direito dos indígenas (...) de ocupar as terras que lhes sejam reconhecidas como tradicionais.”

A Comunidade Indígena Pyelito Kue, integrante da etnia Guarani Kaiowá, se estabeleceu em período pretérito na Bacia Iguatemipecuá que, segundo estudos preliminares e não conclusivos, está inserida na área da Fazenda

Cambará. Esse fato, por si só, não rende aos índios o direito de invadir as terras. Entretanto, as ações que tratam de conflitos de índios com fazendeiros merecem atenção especial e equilíbrio do juiz para restabelecer a ordem e contribuir para a paz social.

Aliás, cabe ressaltar a maneira com a qual os eminentes Juízes Federais que atuaram na ação possessória em referência no Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS conduziram o feito. Todos demonstraram preocupação com a questão e foram muito diligentes na prestação jurisdicional, o que é digno de admiração e respeito por parte desta Relatora.

Não obstante, fato é que há um procedi-

mento administrativo de delimitação e demarcação de terras em curso na região onde está situada a Fazenda Cambará. A inércia do Poder Público e a morosidade do procedimento administrativo contribuem para provocar tensões e conflitos entre índios e fazendeiros, restando ao Poder Judiciário responder ao embate apresentado.

Assim, tenho que, salvo melhor juízo, a demanda não está próxima de ter um desfecho, não importando a favor de quem venha a ser decidida. O caminho reservado às partes pode ser longo e árduo, eis que o caso envolve, de forma ampla, a solução de um dos maiores conflitos sociais de nossa época, qual seja, a demarcação das terras indígenas brasileiras, além de, tecnicamente, envolver intrincado exame de matéria constitucional.

Reconhecendo que a complexidade do processo demarcatório certamente prolongaria – *e muito* – o prazo para a definição quanto à adequada titulação da área, entendeu a relatora do agravo que a solução judicial para a demanda, na fase em que se encontrava, deveria ser pautada pela ótica do poder geral de cautela atribuído aos juízes:

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

Todavia, estando em risco valores que suplantam a necessidade de término do processo administrativo de demarcação – a vida e a ordem –, valho-me do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil, os quais seguem transcritos:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá

o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

“Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.”

O Professor Paulo Afonso Garrido de Paula, na obra Código de Processo Civil Interpretado, 3ª edição, 2.008, coordenador Antonio Carlos Marcato, Editora Atlas, páginas 2.482/2.484, explica de maneira singular as particularidades do poder geral de cautela conferido ao juiz, senão vejamos:

“1. Poder geral de cautela do juiz. O dispositivo em apreço fundamenta o poder geral de cautela do juiz, hoje em consonância com a tutela preventiva prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, consistente na possibilidade de proteção jurisdicional a qualquer direito ameaçado de lesão.”

“1. Alcance do poder geral de cautela. Trata-se de norma exemplificativa do alcance do poder geral de cautela do juiz, que não sofre qualquer limitação, de vez que eventual restrição genérica importaria negação à efetivação da tutela preventiva prevista na Constituição da República. (...) Indica a norma em questão que direitos fundamentais podem ser juridicamente relativizados quando em conflito com outros direitos básicos, desde que observada a garantia genérica do devido processo legal.”

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça valoriza a aplicação do poder geral de cautela para resguardo de interesses maiores, conforme se verifica do seguinte acórdão, a título de exemplo:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO

DE DÍVIDA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL ÀS PECULIARIDADES DA DEMANDA. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. POSSIBILIDADE,

1. As medidas cautelares resguardam, sobretudo, o interesse público, sendo necessárias e inerentes à atividade jurisdicional. O artigo 798 do CPC atribui amplo poder de cautela ao magistrado, constituindo verdadeira e salutar cláusula geral, que clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado *ex officio*, pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes.

(...)

6. Recurso especial não provido.”

(STJ - REsp 1.241.509 - Relator Ministro Luiz Felipe Salomão - 4ª Turma - j. 09/08/11 - v.u. - DJe 01/02/12)

Neste caso, por tudo quanto foi exposto, a melhor solução é circunscrever a permanência dos índios num espaço de 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término do procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras na região. Os índios devem ficar exatamente onde estão agrupados, com a ressalva de que não podem estender o espaço a eles reservado em nenhuma hipótese.

Os índios não devem impedir a livre cir-

culação de pessoas e bens no interior da Fazenda Cambará, tampouco estender plantações, praticar a caça de animais na fazenda e, ainda, desmatar áreas verdes consistentes em Reserva Legal. Índios, fazendeiros e demais indivíduos que se fizerem presentes na região devem conviver de maneira harmônica. Não será tolerado nenhum tipo de comportamento que quebre a ordem e não contribua para a paz social, princípio que deve se fazer presente no Estado Democrático de Direito.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deve adotar todas as providências no sentido de intensificar os trabalhos e concluir o mais rápido possível o procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras. Aliás, cabe aqui uma ressalva. Embora cause estranheza a afirmação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI no sentido de que “não detém a tutela da Comunidade Indígena, não influencia na sua cultura, modo de viver e nem mesmo foi responsável pela retomada da área em conflito”, deverá sim zelar pelo total cumprimento desta decisão, haja vista que na sua competência se insere exatamente a tutela e a guarda dos interesses dos índios.

Autorizo a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e outros órgãos governamentais – especialmente a Agência de Saúde – a adentrar na área *sub judice*, a fim de prestar toda e qualquer assistência que se fizer necessária à população silvícola ali alojada.

Revogo a multa estipulada em caso de descumprimento da decisão exarada pelo Juízo de origem, ante as considerações aqui realizadas.

Ante o exposto, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e demarcação das terras na região, com a ressalva de

que tudo o que foi aqui estabelecido deve ser estritamente observado por todas as partes envolvidas.

3. Colisão entre princípios e a regra da proporcionalidade.

Pois bem. Conquanto as duas soluções judiciais estabelecidas no curso da ação possessória estejam devidamente fundamentadas e traduzam a essência da função do papel do Poder Judiciário no modelo Constitucional de Estado,⁴ que é a de dizer o direito no caso concreto, entendemos que a opção adotada

pelo órgão com competência revisora de autorizar, na pendência da definição da titulação da propriedade, a permanência dos indígenas em *área certa e delimitada* de 1 (um) hectare – *em uma área total de 760 (setecentos e sessenta) hectares* – é a que melhor atende a finalidade de alcançar a pacificação social, evitando que o conflito entre índios e não-índios se alastrasse e escapasse completamente ao controle estatal descambiando em verdadeira tragédia. Não por outra razão observou a I. Relatora:

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros, almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitados na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

Acrescente-se, ainda, que os indígenas se encontram em situação de penúria e de falta de assistência e, em razão do vínculo que mantêm com a terra que crêem ser sua, colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura.

Dessa forma, há notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.

Não haveria solução simples para uma situação complexa como a posta a exame. Dois princípios constitucionais estavam em flagrante colisão. De um lado, o proprietário titulado da área sob demarcação, cujo direito é constitucionalmente garantido a fim de lhe preservar a inviolabilidade (art. 5º, *caput* e inciso XXII, da CF) e, de outro, o direito dos indígenas que também encontram no Texto Constitucional a garantia do direito de ocupar as terras que lhes sejam reconhecidas como tradicionais (art. 231 da CF).

4 Nas palavras de Black, “Governo constitucional é um governo legal. O papel do Estado é o de estabelecer e manter as leis. Mas a aplicação da lei ao indivíduo se apresenta sob três aspectos: é algo a ser ordenado, administrado, interpretado e aplicado. Há, assim, uma divisão natural tripla do poder e funções estatais na idéia do governo sob a lei. Primeiro, há o poder de ordenar ou prescrever leis, o qual inclui, incidentalmente, o poder de alterar, emendar, ou ab-rogar qualquer lei existente. Este é o chamado poder ‘legislativo’. Segundo, há o poder para administrar as leis, o que significa colocá-las em prática e impor o seu devido cumprimento. Este é o denominado poder ‘executivo’. Terceiro, há o poder de aplicar as leis em controvérsia ou disputas relacionadas a deveres ou obrigações legalmente reconhecidos entre o Estado e pessoas privadas, ou entre litigantes individuais, nos casos levados a um Tribunal Judicial, o qual inclui o poder de verificar quais são as leis válidas do Estado, interpretá-las e definir-lhes o sentido, e fornecer julgamentos autorizados. Este é o chamado poder ‘judiciário’.” (tradução nossa). No original: “Constitutional government is a government by law. The office of State is to establish and maintain laws. But law in its application to the individual presents itself in three aspects. It is a thing to be ordained, a thing to be administered, and a thing to be interpreted and applied. There is, therefore, a natural threefold division of the power and functions of the state in the idea of government by law. First, there is the power to ordain or prescribe the laws, which includes, incidentally, the power to change, amend, or repeal any existing laws. This is called the ‘legislative’ power. Second, there is the power to administer the laws, which means carrying them into practical operation and enforcing their due observance. This denominated ‘executive’ power. Third, there is a power to apply the laws to contests or disputes concerning legally recognized rights or duties between the state and privet person, or between individual litigants, in cases properly brought before the judicial tribunal, which includes the power to ascertain what ate the valid binding laws of the state, and to interpret and construe them, and to render authoritative judgments. This is called ‘judicial’ power”. (Black, Henry Campbell. *American Constitutional Law*. St. Paul, Minn: West Publishing Company, third edition, 1910, faltou incluir página da citação).

Embora seja tranquilo o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à inexistência de direitos e garantias constitucionais com caráter absolutos,⁵ a relativização de qualquer um deles pelos poderes constituídos deve se aperfeiçoar dentro de um modelo jurídico legítimo.

A nosso sentir, a decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento nº 0029586-43.2012.4.03.0000/MS pode ser lida, assim, como sendo a solução jurídica encontrada para, pela ótica da proporcionalidade, dirimir o conflito social estabelecido.

De fato. A idéia do que representa o princípio da proporcionalidade, como alerta Xavier Philippe,⁶ talvez seja de mais fácil compreensão do que de definição.

Uma frase de Jellinek⁷ nos dá bem a noção daquilo que, por meio do exame da proporcionalidade, pretendemos concluir: “o problema da proporcionalidade é saber se não se atirou no pardal com um canhão”.

De uma forma resumida, poderíamos dizer que a doutrina identifica três elementos (na verdade, além do termo elementos, a dou-

trina costuma se referir a aspectos, conteúdos parciais, máximas ou mesmo subprincípios) na conformação do princípio da proporcionalidade: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo seu primeiro elemento, seria analisada a *adequação* da medida ao fim cuja implementação por meio dela se pretende alcançar, isto é, constatar-se-ia se o meio utilizado é adequado à obtenção da finalidade legal. Nas palavras de Zimmerli,⁸ trata-se do exame para saber se a medida adotada substancia “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”.

Por meio do segundo elemento – a *necessidade* – é verificado se entre todas as medidas que poderiam ser tomadas para a concretização de um interesse público qualquer, a escolhida foi a que menos reflexos trouxe aos interesses dos particulares mediata ou imediatamente por ela afetados. É dizer, se o Estado ao agir afetando um interesse particular escolheu “de dois males, o menor”.⁹

O terceiro elemento do princípio da proporcionalidade é o juízo de *proporcionalidade em sentido estrito*, o que se faz pela ponderação ou pelo exame de precedência dos valores em conflito quando da realização de um interesse público. Nesse sentido, a lição de Inocêncio Mártires Coelho:¹⁰

Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repute igualmente utilizáveis como

5 “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, MS nº 23.452/RJ, Plenário, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16/9/1999, DJ 12-5-2000.) Vide: HC nº 103.236/ES, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, DJE 3/9/2010.

6 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 356.

7 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 356.

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 356.

9 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. p. 361.

10 Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra S. (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Amé-rica Jurídica, 2002, p. 363.

norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os *standards* concorrentes (obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão) optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça. Em outras palavras de Alexy, resolve-se esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.

Ao estudar o terceiro critério ou elemento do princípio da proporcionalidade, Humberto Ávila fala que, no exame de proporcionalidade em sentido estrito, o meio utilizado deve proporcionar vantagens superiores às desvantagens decorrentes de sua utilização, pois o Estado “tendo obrigação de realizar todos os princípios constitucionais, não pode adotar um meio que termine por restringi-los mais do que promovê-los em seu conjunto”.¹¹

Comentando os três elementos conformadores do princípio da proporcionalidade, Gilmar Mendes¹² explica que o exame da adequação e da necessidade tem de ser feito atentando-se à diferença de peso que apresentam em um juízo de ponderação:

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo

revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Entendemos que a decisão aqui analisada atende ao chamado princípio da proporcionalidade porquanto realiza os requisitos de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Se *adequada* é a medida que alcança o fim almejado, temos que ao autorizar a permanência dos índios na área em demarcação, delimitando-a à extensão de *1 hectare* do total *760 hectares* da Fazenda Cambará, a decisão obteve a finalidade a que se propôs, qual seja, evitar que o conflito possessório se estendesse pela área total da propriedade, resguardando, ao mesmo tempo, tanto o exercício da posse – *ainda que precária e limitada* – pelos índios sobre as terras que passaram a ocupar e que entendiam suas, como pelo proprietário que pode continuar a exercer sobre a maior parte – *e sobre a parcela mais significativa* – do seu imóvel os direitos inerentes ao domínio.

A decisão também atende ao aspecto da *necessidade*: dentre as medidas que poderiam ser adotadas para a concretização do interesse de pacificação social no local, foi escolhida a solução que menos reflexos trouxe aos interesses do proprietário pois, não

11 Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *RDA* nº 236, abr./jun. 2004, p. 369-384.

12 O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. 1, n. 5, ago. 2001, faltou incluir a página da citação.

obstante tenha garantido a permanência dos índios no local, permitiu-lhe a continuidade da posse sobre toda a área remanescente da fazenda. De dois males, *perder a possibilidade de exercer os direitos possessórios em toda área sob processo de demarcação ou perder esse direito apenas sob parcela reduzida dessa área*, este indubitavelmente, foi o menor. Ao mesmo tempo, também permitiu que os índios continuassem a ocupar parte do território que entendiam lhe pertencer e pelo qual, como anotado na decisão, haveria “notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação”.

A decisão pela manutenção dos indígenas, que veio fundamentada no poder geral de cautela conferido aos juízes pelo artigo 798 e seguintes do Código de Processo Civil, representou a forma que o órgão judicial encontrou para, no sopesamento necessário entre dois princípios constitucionais colidentes – *direito de propriedade e direito indígena* –, estabelecer a qual deles deveria ser reconhecida a precedência condicionada pelas situações fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto.

Cabe aqui lembrar a sempre citada teoria de Alexy¹³ sobre o caminho que o intérprete da norma deve trilhar quando se depara com situação que caracteriza a colisão de dois princípios constitucionais:

(...) o ponto decisivo na distinção entre princípios e regras é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em grau variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das

possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (...) Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm peso diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência.

A decisão judicial, conquanto tenha entendido que no caso concreto, em face das circunstâncias fáticas e jurídicas que circunscreviam o pedido, deveria ser emprestado maior peso ao direito constitucional dos índios de ocuparem provisoriamente parte das terras que tradicionalmente entendiam lhes pertencer do que à garantia constitucional do direito de propriedade e ao da sua inviolabilidade, relativizou este último na medida e extensão necessárias, reconhecendo o *direito condicionado* aos índios ao exercício da posse sobre parcela da área conflituosa, impondo-lhes o atendimento de determinadas obrigações, ao expressamente consignar que:

Neste caso, por tudo quanto foi exposto, a melhor solução é circunscrever a permanência dos índios num espaço de 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término do procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras na região. Os índios devem ficar exatamente onde estão agrupados, com a ressalva de que não podem estender o espaço a eles reservado em nenhuma hipótese.

Os índios não devem impedir a livre circulação de pessoas e bens no interior da

13 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-94.

Fazenda Cambará, tampouco estender plantações, praticar a caça de animais na fazenda e, ainda, desmatar áreas verdes consistentes em Reserva Legal. Índios, fazendeiros e demais indivíduos que se fizerem presentes na região devem conviver de maneira harmônica. Não será tolerado nenhum tipo de comportamento que quebre a ordem e não contribua para a paz social, princípio que deve se fazer presente no Estado Democrático de Direito.

A solução judicial encontrada permitiu ao Judiciário alcançar a finalidade que lhe é precípua que é a de dizer o direito no caso concreto como forma de se estabelecer a pacificação social.

Não vamos aqui entrar no mérito propriamente dito do processo demarcatório, vale dizer, analisar a legitimidade da pretensão das partes quanto à *caracterização* ou *não-caracterização* da área conflituosa como terra tradicionalmente ocupada pelos índios, objeto do pedido possessório deduzido, como analisado tanto em primeiro como em segundo graus.

Mas não podemos deixar de comentar que, mesmo sem entrar no mérito do pedido, as duas decisões judiciais observaram o dado relevante e causador desse e de outros inúmeros conflitos dessa natureza: *a omissão do Estado no cumprimento de seus deveres públicos*.¹⁴ Muitas poderiam ser as críticas a

serem deduzidas quanto à incompetência do Estado em gerenciar e solucionar uma questão estabelecida há quase 25 anos, ou seja, desde a promulgação da Constituição Federal. Mas aqui vamos chamar a atenção a um ponto específico: a incapacidade de órgãos estatais, com missão constitucional e legal de atuar solucionando conflitos sociais, de assumir as responsabilidades que lhes são próprias e que justificam as suas existências. Por isso, reputo importante a reprodução do seguinte trecho da decisão, destacando-o:

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deve adotar todas as providências no sentido de intensificar os trabalhos e concluir o mais rápido possível o procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras. *Aliás, cabe aqui uma ressalva. Embora cause estranheza a afirmação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI no sentido de que “não detém a tutela da Comunidade Indígena, não influencia na sua cultura, modo de viver e nem mesmo foi*

responsável pela retomada da área em conflito”, deverá sim zelar pelo total cumprimento desta decisão, haja vista que na sua competência se insere exatamente a tutela e a guarda dos interesses dos índios.
(...)

“A decisão judicial (...) relativizou este último [direito de propriedade] na medida e extensão necessárias, reconhecendo o *direito condicionado* aos índios ao exercício da posse sobre parcela da área conflituosa, impondo-lhes o atendimento de determinadas obrigações.”

sar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam os seus direitos. É que a administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Onde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.” (*Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62).

14 Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a questão da supremacia do interesse público sobre o privado, observa: “Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima anotação. Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expres-

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deverá atuar junto à comunidade indígena, no exercício de suas funções institucionais, esclarecendo às lideranças que a demarcação administrativa das terras não lhes garante a posse das mesmas de imediato, razão que desautoriza a ocupação de outras áreas que não sejam os 10 (dez) mil metros quadrados definidos.

Ao Ministério Público Federal, reco-

mendo estar atento ao desenrolar das atividades na região de maneira a diligenciar, quando necessário e com a maior brevidade possível, visando resguardar a ordem e a legalidade. Recomendando, ainda, que harmonize a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade, cumprindo assim, de fato, o que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal.



Marco Antonio Delfino de Almeida

Procurador da República. Especialista em Direito Constitucional pela UNIDERP/MS. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Antropologia pela UFGD.

Três daqueles homens, ignorando o quanto pesará um dia em seu repouso e felicidade o contacto com as nossas corrupções, e que do conhecimento destas nascerá a sua ruína, — o que, de resto, já deve ter acontecido, visto a loucura de se deixarem iludir pelo desejo de verem coisas novas, abandonando, pelo nosso, a doçura do seu céu, — chegaram a Ruão quando ali se encontrava Carlos IX. O Rei departiu com eles longo tempo. Mostraram-lhes os nossos costumes, nosso luxo, o que era uma bela cidade. Depois, alguém pediu-lhes a opinião sobre o que mais os havia surpreendido. Responderam que três coisas, das quais esqueci a terceira, o que muito lamento; mas duas ficaram-me na memória. Disseram que, em primeiro lugar, achavam muito estranho que tantos homens importantes, de grandes barbas, fortes e bem armados como aqueles que rodeavam o Rei (é muito provável que se referissem aos Suíços da guarda real) rendessem obediência a uma criança em vez de escolher entre eles um para os comandar. Em segundo lugar (têm uma forma de falar que divide os homens em duas partes), tinham reparado que havia entre nós pessoas cheias e fartas de comodidades de toda ordem, enquanto a outra metade mendigava a suas portas, descarnada de fome e de miséria; e que lhes parecia também singular como essa outra metade podia suportar tamanha injustiça sem estrangular os demais e lançar fogo a suas casas.

(...)

Em tudo o que aí fica dito não há nada de mau; o que há é que esta gente não usa calções.¹

O trecho acima retirado do capítulo “Dos Canibais” narra o encontro de Montaigne com três índios trazidos do Brasil. Passados quatrocentos e cinquenta anos da sua publicação permanece o nosso estranhamento ao nos confrontarmos com os indígenas. Serão incapazes? Necessitarão de tutela do órgão indigenista? Como conciliar a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade? Quais parâmetros deverão ser utilizados? Estes questionamentos trazidos no bojo da decisão em comento serão abordadas no presente artigo.

1. Contexto fático-histórico.

A peculiaridade do caso torna o exame da decisão indissociável da exposição do contexto fático-histórico da região. Não há como compreender os autos sem trazer o mundo para eles. O contexto de violação sistemática de direitos humanos ao longo de mais de cem anos demanda o necessário conhecimento sob pena de prolação de decisões que perpetuem as barbáries cometidas pelo Estado brasileiro ao longo de décadas.

1 MONTAIGNE, Michel de. *Os ensaios*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 319.

À guisa de introdução, cabe trazer à colação as seguintes transcrições de comunicações do arquivo do SPILT (Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais), predecessor da FUNAI:

Agora estes índios foram de lá expulsos com toda a violência, por um grupo de civilizados, todos armados a armas compradas (fuzis e mosquetões), alegando eles que ditas terras estão reservadas para uma colônia agrícola (Ofício de 12 de outubro de 1949). (...) *O funcionário conclui o relatório informando que já tentou várias soluções por meio da autoridade policial local, mas encontra pouca vontade da mesma agir com energia em defesa dos interesses dos índios.* (...) *Anexo vos transmito cópia do M/M nº 9, de 20/3/53, que se confirma em todos os seus termos, quanto à desocupação dos índios da área de Taquara (...), uma vez que foram indenizados de suas benfeitorias. F.I.F, Chefe da I.R.5 do SPI, em 11/07/53.*²

Este breve exemplo demonstra a nefasta participação de agentes públicos no processo de desocupação dos territórios tradicionais dos indígenas Kaiowá e Guarani. O quadro crônico de violações de direitos humanos é indissociável da atuação do Estado brasileiro na região.

A primeira intervenção relevante ocorreu no período entre 1915 e 1928, com o processo de criação de reservas pelo SPILT. À evidência o processo de confinamento dos indígenas visava o fornecimento de mão de obra aos empreendimentos agrícolas da região. Esta motivação é explicitamente demonstrada no Decreto-Lei nº 1.736/1939 que subordinou o SPI ao Ministério da Agricultura:

(...) que o problema da proteção aos índios se acha intimamente ligado à

questão de colonização, pois se trata, no ponto de vista material, de orientar e interessar os indígenas no cultivo do solo, para que se tornem úteis ao país e possam colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas.

Neste sentido, cabe transcrever o seguinte trecho do relatório do SPI de 1954:

(...) é uma região de boas perspectivas para a agricultura e pecuária, além da riqueza natural em erva mate e quebracho, duas indústrias ainda não exploradas pelo SPI. Como na Amazônia, a mão de obra para a coleta da erva mate, a indústria dominante na região, é o índio Guarani e Kaiowá, que trabalham como assalariados das grandes empresas. Os Postos do SPI não poderão competir com estas empresas, mas poderão assegurar nas áreas reservadas, condições de trabalho e mercado que permitam ao índio melhor remuneração e melhor assistência.³

As terras reservadas pelo Estado destinavam-se a tornar o lugar para onde os indígenas “pudessem voltar depois de jornada diária, como um ‘trabalhador nacional’”.

A “aldeia”, como concebida pelo SPI não era “um lugar ocupado por índios”, seu *habitat* ou lugar de assentamento tradicional, mas sim uma *área escolhida por funcionários* (Relatório da Inspeção de 1924) *que podia ou não coincidir com a ocupação dos índios.* (...) ⁴

Próximo à região dos fatos, foram delimitadas as reservas de Pirajuy (Paranhos), Jakarey ou Porto Lindo (Japorã) e Sessoró (Tacuru). O modo como se deu essa delimitação restou expresso em ricas fontes

2 BRAND, Antonio. *O confinamento e seu impacto sobre os Pãi/Kaiowá*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUC/RS, 1993, p. 77.

3 *Ibidem*, p. 79.

4 MURA, Fábio; ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de. *Terra Indígena Yvy Katu* (Revisão de limites da T. I. Porto Lindo/Jakarey). Portaria nº 724/PRES, p. 16.

documentais que aqui se colaciona. Cita-se trecho do relatório dirigido ao Sr. Estigarribia, inspetor interino da 5ª Inspeção Regional do SPI. Evidente a total desvinculação das áreas reservadas, destinadas à concentração de trabalhadores para as atividades econômicas locais, das áreas tradicionalmente ocupadas:

*Delimitação Pirajuy:*⁵

Escolhi, também na região de Ipehuma, outra área de terras destinadas aos índios, que em número superior a quinhentos, vivem nas margens dos rios Pirajuy, Taquapery, Aguará e outros.

Esses índios estão em serviços da herva de Marcellino Lima e não têm aldeia propriamente dita. Formam pequenos núcleos, espalhados, que reunidos em uma só propriedade formarão um número elevado talvez a mais de mil, se reunidos forem todos.

São limites dessas terras escolhidas: Ao nascente uma mata devoluta; ao Norte terras de mata devoluta; ao Poente da cabeceira do Córrego Pirajuy, onde foi ter o limite Norte, uma linha recta que vá ter a linha divisória da república do Paraguai; ao Sul pela linha divisória da república do Paraguai.

As terras acima constam de mata de cultura e herbal, e devem ter a extensão de 3.600 hectares. (Pimentel Barboza 1927, p. 24)

*Delimitação Jakarey (Porto Lindo):*⁶

Na região de Sacarã, hoje denominada “Patrimônio de Iguatemy” como já disse, há muitos índios dispersos pelos hervaes e que necessitam de terras onde possam se localizar e cuidar de suas lavouras.

Por isso, escolhi, também na margem direita do Iguatemy uma arca de 3.600 hectares com os seguintes limites: ao Nascente pelo córrego denominado

“Porto Lindo”, pequeno arroio que desemboca próximo do porto desse nome; ao Norte pelo rio Iguatemy; no Poente pelo Córrego Gassory; e ao Sul com terras devolutas.

*Decreto nº 835/1928 (Sassoró):*⁷

O Decreto de criação da reserva (n. 835 de 14 de novembro de 1928) previa a instituição simultânea de outros “cinco lotes de terras para patrimônio e usufruto dos índios ‘caiuá’ do extremo sul do Estado, que, diga-se de passagem, nessa época já os vinham ocupando, pacificamente, há dezenas de anos.”

A segunda intervenção estatal ocorreu por meio da denominada “marcha para o oeste” da Era Vargas, que visava ocupar os “vastos vazios demográficos brasileiros”. A criação do Território Federal de Ponta Porã e da Colônia Federal de Dourados, em 1943, representou o início de um ciclo de atração de migrantes que perdurou até os anos 80. Este processo acarretou intensos conflitos entre os ocupantes originários e os novos ocupantes, o que foi amplamente relatado em documentos da época.

“Povinho, Poblino e Pueblito” eram os nomes pelos quais era denominada a Comunidade de Pueblito.⁸

Do ano de 1953, à f. 12, consta documento onde Dayem Pereira escreve:

“Estou lhe-enviando junto a este uma carta recebida do Sr. José Silveira Dutra, morador, vizinho ao PUEBLITO. É necessário providências a fim de evitar conflitos entre os índios e os civilizados que se dizem donos das terras, afirmam eles que a compraram do Sr. Filomeno R. Nogueira, agora estão exigindo que os índios desocupem a casa que foi de Filomeno e onde resi-

⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁸ *Ibidem*, p. 04.

de o capitão Francisco S. Lopes. *Como o meu chefe sabe os índios vivem lá há mais de 20 anos e seria uma grande injustiça vê-los desalojados de suas habitações e de suas lavouras.* (...) (Museu do Índio, SPI, Microfilme 1, Planilha 12, destaque nosso).⁹

A clara oposição mencionada entre supostos “vazios demográficos” e reais territórios indígenas acarretou o nefasto processo de desocupação das áreas tradicionais e consequente confinamento nas áreas reservadas. Como exposto alhures, agentes do SPI participaram ativamente do processo de retirada das áreas indevidamente tituladas. Prova incontestada da permanência da prática ao longo dos anos é o ofício endereçado à FUNAI, em 04/10/1972, que relata a existência de um núcleo de índios, com 76 pessoas, no interior da Fazenda Campanário e solicita, conforme recomendação do chefe do posto indígena de Caarapó,

(...) a gentileza de sua atenção, no sentido de verem a possibilidade de remoção dos citados índios para uma “reserva”, eventualmente a de Amambai ou Caarapó, as mais próximas da localidade.¹⁰

2. Função social da posse.

Estabelecido este breve esboço histórico, passemos à análise da decisão. Em primeiro lugar, cabe trazer à colação a inobservância de um pressuposto constitucional necessário no exame das questões possessórias. Reza o artigo 1196 do Código Civil:

Art. 1196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Propriedade esta que nos termos do artigo 5º, XXIII c/c o artigo 186 da Constituição Federal deverá cumprir a sua função social. Logo, como preliminar necessária ao exame da causa, deveria ocorrer o enfrentamento do cumprimento da função social pelo imóvel ocupado pelos indígenas mediante a verificação dos critérios estabelecidos na Carta Magna:

“O novo conjunto de direitos associados à diversidade étnica e cultural (...) trazidos à lume pela Carta Magna, padece de efetividade.”

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
I - aproveitamento racional e adequado;
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Interessante decisão sobre o tema nos é trazida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo de Instrumento. Decisão atacada: liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos “sem terra”. Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da justiça estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art-526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais com mínimo social.

9 BRAND, Antonio *apud* BARROS, Valéria Esteves do Nascimento. *Lauda pericial antropológico*. 2011, p. 30

10 BRAND, Antonio. *O confinamento e seu impacto sobre os Pãi/Kaiowá*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUC/RS, 1993, p. 25.

Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa é refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proveram o agravo por maioria.

(TJ/RS, Agravo de Instrumento nº 598360402, Décima Nona Câmara Cível, Relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 06/10/1998)

No mesmo sentido temos a seguinte decisão do mesmo tribunal:

POSSESSÓRIA. ÁREA RURAL. MST. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Função social da propriedade como Direito Fundamental. Construção de nova exegese da norma material e procedimental. Investigação da produtividade e aproveitamento da área em ação possessória. Necessidade. Art. 5º, XXII e XXIII, CF. Lei nº 8.629/93. Negaram provimento. Voto vencido.

(TJ/RS, Agravo de Instrumento nº 70003434388, Décima Nona Câmara Cível, Relator Carlos Rafael dos Santos Junior, j. 06/11/2001)

Em relação à decisão mencionada, cabe apontar a seguinte fundamentação. A transcrição visa espantar eventuais alegações de indevida introdução de aspectos relacionados ao domínio na esfera possessória. Sobre o tema cabe adiantar que a própria definição doutrinária e legal de posse, baseada nos vetustos ensinamentos de Ihering, estabelece a proteção possessória como guarda avançada da propriedade. Se, ontologicamente, há a

vinculação entre posse e propriedade, inevitável o exame da regularidade de sua função social. Pensar de forma diversa é subverter a ordem constitucional, neste sentido o voto do eminente desembargador:

De outro lado, se tem argumentado que a ação de reintegração de posse não possibilita, conceitualmente, sequer o exame da questão da propriedade. Contudo, não parece acertada esta visão quando se trata, como no caso, de questão, não obstante possessória, em que se materializa conflito de interesses coletivos e individuais. Não se pode esquecer, no ponto, que a posse é, também, um dos direitos inerentes ao domínio, como o estabelece o artigo 524, do Código Civil Brasileiro. (...)

Com certeza, o tema ainda demandará modificação legislativa no âmbito do processo civil, com a sistematização da investigação judicial da função social da propriedade em cada caso concreto submetido ao Judiciário. Todavia, o Juiz não pode deixar de decidir pela falta de norma infra-constitucional de cunho procedimental. Há de emprestar, às normas processuais, então, caráter amplo, ajustando-as ao novo direito positivo material a fim de não sepultá-lo por eventual atraso legislativo. Assim, a construção de uma nova exegese da norma, necessária à luz de um sistema jurídico aberto e incompleto, "... assume, no seio do sistema, a condição de um de seus pressupostos lógicos, eis que, abolindo a arbitrária dicotomia entre interno e externo, assegura, em face do caso concreto e, principalmente, sem recorrer ao moroso legislativo, sua espontânea e natural modernização." (Alexandre Pasqualini, Revista da Ajuris, 65, pp.287/288).

De todo o exposto, a conclusão é única. Não há mais como se vedar, ao Juiz, a investigação acerca da função social da propriedade, quando se vê o Judiciário diante de conflitos agrários como o ora em pauta. Sustentar o contrário, a meu

juízo, significa negar vigência ao próprio Texto Maior, submetendo-o a garrote de norma processual que tem por finalidade, exatamente, dar efetividade ao direito material, jamais impedir seu exercício. E isto é violar a lei.

Como argumentação derradeira, temos que não houve nos autos a verificação da regularidade produtiva, ambiental, trabalhista e social da propriedade. A principal prova utilizada para comprovação da posse é, por contradição aos puristas, a certidão de propriedade do imóvel. Nenhuma diligência foi efetivada para verificação de sua veracidade e, sequer, para a verificação da efetiva e atual posse do imóvel. Ora, se houve a utilização argumentativa da propriedade como fundamento para a posse, nada mais coerente que a sua utilização como igual fundamento para aferição da regularidade constitucional. Em suma, necessário o abandono da ditadura dos códigos e consequente concretização fática dos comandos normativos expressamente previstos na Carta Magna. Urge imprimir aos mandamentos da lei maior a máxima efetividade na fundamentação das decisões judiciais.

3. Da posse indígena.

Ao privilegiar as normas infraconstitucionais em detrimento dos comandos da Lei Maior, incidimos em evidente subversão normativa. Apenas à guisa de argumentação, tratemos os institutos da posse indígena e da posse civilista sob os mesmos fundamentos teóricos. Ainda que o conceito de função social da posse seja afastado, temos que falece fundamentação aos argumentos trazidos pelo autor e utilizados parcialmente para a decisão. Como argumento inicial, temos a redação do artigo 1197 do Código Civil a fundamentar a posse da população indígena. Na dicção do artigo:

Art. 1197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal,

ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Como exposto alhures, há forte indícios de esbulho das populações indígenas residentes na região que, conseqüentemente, *teriam a posse indireta do imóvel*. No plano legal, estes fundamentos teóricos confeririam a própria legitimação da retomada da área nos termos do artigo 1224 do indigitado Código, *uma vez que a maioria absoluta dos ocupantes não presenciou o esbulho original, cometido há vários anos, e reconhece o território em face dos relatos orais da comunidade*:

Art. 1224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

Neste ponto, cabe enfrentar a premente necessidade de produção de prova pericial na ação possessória. A prova pericial teria o condão, à luz da mesma argumentação civilista, utilizada pelos autores, de comprovar *a posse indireta do imóvel e a consequente regularidade da tentativa da comunidade indígena de retomar a coisa de quem injustamente a detém, nos termos dos artigos 1197 e 1224 do Código Civil. Agregue-se que a prova pericial traria a paridade de armas ao processo, uma vez que a prova documental dos autores não encontra correspondente na detentora da posse mais antiga, em face da história oral associada às comunidades indígenas. Necessário se faz a transcrição dos seus relatos para que a ampla defesa e o devido processo legal sejam substantivados. Ainda no âmbito da legislação infraconstitucional, temos o artigo 22 e seguintes do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) que assim estabelecem*:

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e

tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.
(...)

Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independará de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Expostas estas breves considerações sobre a posse indígena à luz da teoria codificada, passemos ao confronto entre a posse indígena e a posse civilista, nos termos do artigo 231 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

(...)

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos

nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Frise-se que a Constituição consagrou o Instituto do Indigenato, segundo a qual o *direito dos índios é originário e congênito*, além de ter declarado *nulos e extintos, impossibilitados de produzir efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, posse ou domínio de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* (art. 231, § 6). Este dispositivo de forma explícita estabelece a *precedência da posse indígena em face da posse civilista*. O fundamento reside na óbvia predecessão histórica a toda e qualquer atuação do Estado, sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Os indígenas eram os “senhores originários e naturais da terra”. Seus direitos são inatos e precedem a ordem estatal. Ordem esta responsável pela concessão dos direitos sobrepostos à posse originária. Logo, o Estado brasileiro nunca poderá conceder direitos aos índios mas, apenas, reconhecer e, consequentemente, declarar a sua existência.

A diferenciação entre a posse civilista e a posse indígena é claramente apontada na lição de José Afonso da Silva:

(...) não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm

seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como *habitat*

(...)

quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como *ocupação efetiva*, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas para sempre ao seu *habitat*. *Se se destinam* (destinar significa apontar para o futuro) à *posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma*, e é o direito originário já mencionado.¹¹

Prossegue o Mestre ao abordar de forma mais explícita o instituto do indigenato:

“O rompimento com o padrão de tutela, de assimilação e invisibilização do diferente ainda encontra resistências.”

*Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.*¹²

Cabe repisar a clara diferenciação entre a posse civilista e a posse indígena. São institutos absolutamente diversos que merecem um

enfoque igualmente diverso por parte dos julgadores. A posse indígena não se confunde com a exteriorização do domínio, decorrente do exercício, pelo possuidor, de alguns dos poderes inerentes ao proprietário. A posse indígena é muito mais ampla. A posse indígena caracteriza-se pela ocupação da terra segundo os usos, costume e tradições. Esta posse espraia-se não apenas em relação às áreas habitadas em caráter permanente, mas igualmente em relação às utilizadas para suas atividades produtivas, às imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e às necessárias à sua reprodução física e cultural. Tal peculiaridade não passou despercebida ao Ministro Victor Nunes, que fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse

dos indígenas, como se constata, *in verbis*:

Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios.

Essa área foi transformada num parque indígena sob guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem a disponibilidade das terras. *O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural e intelectual.*

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos, trata-se do *habitat* de um povo. Se os índios, na data da Constituição ocupavam determinado território, tiravam seus recursos alimentícios embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual, e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei

¹¹ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILI, Juliana (Coord.) *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 50.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 827.

posterior, se o estatuto a diminuiu em dez mil hectares, amanhã reduzirá em outros dez, mais dez, e poderá acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o terreiro da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ele determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudesse permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo. Entendo, portanto que, embora, a demarcação desse território resultasse, originalmente, de uma lei do estado a Constituição federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer disponibilidade de reduzir área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico.¹³

Esta característica peculiar da posse indígena, fruto do desiderato constitucional, igualmente constitui a fundamentação principal para a elaboração da perícia nas ações possessórias. A menção constitucional a “terras tradicionalmente ocupadas” impende ao julgador a necessidade de sua clara definição para que ocorra o pleno cumprimento da vontade do constituinte originário. Obviamente, o território a ser objeto da posse indígena passa pela efetivação de um laudo antropológico que revele, à luz das narrativas das populações indígenas, o modo tradicional de possuir e utilizar a terra. Frise-se que não é exigida a imemorialidade da ocupação. Ou seja, a ocupação secular para a caracterização da posse indígena. O processo colonizador provocou intensas e irremediáveis alterações nos territórios ancestralmente ocupados com a consequente ressignificação da posse originária por meio de deslocamentos dos grupos envolvidos. A posse volta-se para o presente, para o grupo que hoje existe, com os seus modos de ex-

pressão, de criar, viver e fazer dinamicamente alterados, como em toda e qualquer sociedade.

4. Conclusão.

A efetiva harmonização da defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade reside no necessário abandono da visão codificada nas decisões judiciais e consequente recebimento do influxo constitucional a balizar e densificar conceitos.

Passados quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal, ainda persiste o mesmo estranhamento de Montaigne. O novo conjunto de direitos associados à diversidade étnica e cultural, claramente estabelecido na moldura do novo Estado, trazido à lume pela Carta Magna, padece de efetividade. O rompimento com o padrão da tutela, da assimilação e invisibilização do diferente ainda encontra resistências. Neste sentido, parafraseando Pannikar, temos que aceitar a diversidade como um conjunto de múltiplas janelas, cada uma delas com uma visão diferente (e parcial) do mundo. O diverso não é inferior, a exigir auxílio ou tutela, é apenas e tão somente, diverso. Nas palavras magistrais da Subprocuradora-geral Deborah Duprat:

(...) no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁴

13 RE nº 44.585, Rel. Min. Vitor Nunes, Referência da Súmula do STF, 1870, v. 25, p. 360/361.

14 DUPRAT, Deborah. *O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriethnicidade_multiculturalidade.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.



Roberto Lemos dos Santos Filho

Juiz Federal Titular da 1ª Vara de Bauru/ SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos/SP. Especialista em Antropologia pela Universidade Sagrado Coração de Bauru/SP. Foi Juiz de Direito em Mato Grosso do Sul.

“Decretem nossa extinção e nos enterrem por aqui”.

Esse o grito da comunidade indígena Guarani Kaiowá de Pyelito Kue acerca do iminente cumprimento de medida liminar, deferida em sede de ação possessória em trâmite pela Subseção da Justiça Federal de Naviraí - MS, que determinou a retirada de índios de propriedade rural encravada em Iguatemi - MS, área em estudo pela FUNAI para identificação e delimitação de terra indígena, liminar essa objeto do recurso onde proferida a r. decisão em análise.

Referido protesto teve grande repercussão nas redes sociais e nos meios de comunicação nacionais e internacionais. Revelou ao mundo a triste situação enfrentada pelos mais de quarenta mil índios Guarani do Mato Grosso do Sul que vivem à míngua, privados do mínimo necessário a uma sobrevivência digna, em razão do despojamento de suas terras imposto há décadas pelo Estado em incentivo ao desenvolvimento da produção agrícola.

Retrata a intolerável situação enfrentada pelos Guarani que habitam o Mato Grosso do Sul, fruto da mora do Estado no cumprimento do artigo 231, *caput*, da Constituição, que prevê o dever da União de demarcar e proteger terras indígenas, e do desrespeito ao artigo 67 do ADCT, onde estabelecido que a União deveria concluir a demarcação de terras indígenas no prazo de cinco anos a contar

da promulgação da Constituição editada em 1988.

As terras são imprescindíveis, fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos índios, visto eles entenderem ser parte dela, assim como ser a terra parte deles.¹ E a desídia do Estado vem importando a ocorrência de verdadeiro genocídio, como observado pela antropóloga Lúcia Helena Rangel em artigo publicado no Relatório “Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2011” do Conselho Indigenista Missionário (CIMI):²

(...)

Com uma taxa de homicídios de 100 por 100 mil pessoas, maior que a do Iraque, e quatro vezes maior do que a taxa nacional, o povo Guarani e Kaiowá, do Mato Grosso do Sul, enfrenta uma verdadeira guerra contra o agronegócio. O registro de 51 assassinatos de indíge-

- 1 Como salienta Marco Antonio Barbosa: “O famoso documento da ONU, mais conhecido como Relatório Martinez Cobo (ONU, 1983:73) adverte que para as populações indígenas a terra não é meramente um objeto de posse e produção. ‘Não é mercadoria que pode apropriar-se de não elemento material do qual deve gozar-se livremente’. Adverte, outrossim, que é indispensável que se compreenda que os povos indígenas têm com a Mãe Terra uma relação especial e profundamente espiritual, sendo tal relação básica para sua existência como são, para suas crenças, costumes, tradições e cultura.” (*Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade-FAPESP, 2001, p. 73, grifos originais)
- 2 RANGEL, Lucia Helena. *Vulnerabilidade, racismo e genocídio*. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/CNBB/Relat.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2013.

nas em 2011, mais uma vez, mostra que 62,7%, ou seja, 32 vítimas pertencem aos povos que habitam o Mato Grosso do Sul, sendo 27 Guarani-Kaiowá, 2 Terena, 2 Guarani Nhandeva e 1 Ofaye-Xavante. Se somarmos os 32 assassinatos com 27 tentativas de assassinatos são 59 casos de morte e quase morte que atingiram indivíduos, de acordo com os registros deste relatório.

A SESAI/DIASI/DSEI-MS registrou 39 assassinatos de indígenas, a maioria na região sul do Estado do Mato Grosso do Sul, onde vivem os Guarani-Kaiowá o que representa uma taxa de mortalidade específica

por homicídio de 53,75 por 100.000 pessoas. Mesmo que haja alguma diferença entre os dados do Cimi e do DSEI-MS, as proporções dos assassinatos e a

dimensão do problema que afeta esse povo nos faz reafirmar a situação de genocídio.

Além, dos assassinatos e das tentativas de assassinato outro fator de alerta, que atinge a população Guarani-Kaiowá, refere-se ao número elevado de suicídios, cujas vítimas são os jovens. Nos registros do Cimi constam 13 suicídios em 2011, enquanto o DSEI-MS registrou 45 casos, correspondendo a 70% do sexo masculino na faixa etária entre 15 e 29 anos. O grito de alerta dos jovens não tem sido ouvido pelas autoridades que fazem pouco caso frente a reprodução dessa situação, subestimando a denúncia de genocídio. Há muitos anos o Cimi tem publicado o relatório de violência, em âmbito nacional e regional, cujas denúncias já fizeram eco na 6ª Câmara do Ministério Público, já foram encaminhadas aos organismos internacionais e,

também, enfatizadas no último relatório da Anistia Internacional. Quem ouvirá o grito desses jovens?

Devemos também enfatizar as agressões dirigidas às comunidades, principalmente aquelas que tentam retomar suas terras tradicionais e são atacadas por agressores que disparam tiros, indiscriminadamente, contra crianças, idosos, jovens, homens e mulheres. Neste ano destacamos dois episódios que atingiram os Guarani-Kaiowá: um foi o ataque ao acampamento M'Barakay, no município de Iguatemi e outro ao acampamento Guayviri, no município

de Amambaí. Nos dois casos homens armados dispararam tiros e queimaram barracos, porém, em Guayviri o líder Nizio Gomes foi executado por dois tiros, um no pescoço e outro no peito; seu corpo foi arrastado e levado pelos assassinos; até hoje não foi encontrado. (...)

“A r. decisão (...) se destaca pela eficácia imposta ao artigo 14-1 da Convenção 169 da OIT (...) para salvaguardar os direitos dos povos indígenas de utilizar terras que não sejam exclusivamente por eles ocupadas.”

Enquanto o Poder Executivo permanece praticamente inerte no cumprimento do seu dever constitucional de proteger e demarcar as terras indígenas, os conflitos interétnicos se avolumam e intensificam, não raro chegando ao Judiciário situações de extrema complexidade, impondo aos julgadores, como verificado na r. decisão sob enfoque, a delicada tarefa de encontrar solução que proporcione equilíbrio entre os direitos envolvidos.

Esse fato restou bem assinalado na r. decisão em apreço, proferida pela eminente Desembargadora Federal Cecília Mello, exarada no Agravo de Instrumento nº 0029586-43.2012.4.03.0000/MS. Confira-se:

(...)

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros,

almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitados na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

Acrescente-se, ainda, que os indígenas se encontram em situação de penúria e de falta de assistência e, em razão do vínculo que mantêm com a terra que crêem ser sua, colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura.

Dessa forma, há notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.

A situação dos autos reflete, também, a total ausência de providências essenciais por parte do Poder Público, relativas à demarcação das terras indígenas, omissão essa que obriga o Poder Judiciário a emitir decisões impregnadas de cunho social. Sim, porque o que se apresenta é um conflito de relevância social indiscutível e não um embate sobre meros interesses contrapostos, não sendo competência do Poder Judiciário substituir o Estado para prover as necessidades de um segmento da população que não foi atendido pela falta de implantação de políticas públicas específicas.

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos. Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la.

A segurança jurídica e a legalidade devem caminhar juntas, de mãos dadas, para que a Justiça aflore.

Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem. (...).

A r. decisão em análise possui a singularidade de retratar a refinada forma de ser e de sentir da sua nobre prolatora, que com sua peculiar elegância e profundidade assegurou a proteção da pessoa humana, ao tutelar os interesses dos indígenas que reivindicam a posse da terra em processo de demarcação, alcançando justiça, ao menos naquela etapa processual, nas relações entre os produtores rurais e o grupo social minoritário.

Com efeito, assentando o incabimento de ação possessória para discussão sobre a propriedade de terras indígenas,³ o que, inclusive, é previsto de forma inequívoca no artigo 19, § 2º, da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio),⁴ e, no entanto, nem sempre é observado, a ilustre julgadora assim colocou os fatos

3 Sobre o assunto, confira-se a lição de Luiz Fernando Villares: "A Lei recusa a concessão de interdito possessório contra a demarcação de terras indígenas porque a União, baseada em elementos de prova da ocupação tradicional por índios de uma dita área, demarca-a como bem público federal, por força do que estabelece o XI do art. 20 da CF, do que decorrem os efeitos previstos no § 6º do art. 231, ou seja, o reconhecimento da nulidade e extinção dos títulos e atos de propriedade ou posse. A própria Constituição, então, fulmina a posse não-indígena sobre a área demarcada e a lei recusa o acolhimento, pelo Poder Judiciário, de uma ação que terá invariavelmente seu pedido refutado. Além disso, as ações possessórias buscam uma tutela bastante específica, a manutenção da posse ou a evitação de sua turbacão. Uma ação com tal tutela não poderá chegar a acolher um pedido que quer reconhecer a nulidade de um ato administrativo, amparado numa alegada inexistência de um direito real indígena." (*Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 146)

4 Lei nº 6.001/1973. "Art. 19 (...). § 2º. Contra demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou demarcatória".

como passavam naquele momento segundo a realidade dos autos:

(...) o autor (...) apresenta documentação no sentido de ser proprietário de uma área de terras de mais de 762 (setecentos e sessenta e dois) hectares denominada Fazenda Cambará, localizada no Município de Iguatemi, no Mato Grosso do Sul. Por outro lado, a Comunidade Indígena Pyelito Kue se apega a fatos históricos para se dizer dona da área onde está situada a Fazenda Cambará, ou pelo menos de parte dela.

A ação possessória e, principalmente, este agravo de instrumento, não são vias processuais adequadas para discutir a propriedade das terras. O que irá ser apreciado neste recurso é a legitimidade ou não do ingresso dos índios em uma parte de terras localizada na Fazenda Cambará.

(...)

A Comunidade Indígena Pyelito Kue, integrante da etnia Guarani Kaiowá, se estabeleceu em período pretérito na Bacia Iguatemipecuá que, segundo estudos preliminares e não conclusivos, está inserida na área da Fazenda Cambará. Esse fato, por si só, não rende aos índios o direito de invadir as terras. Entretanto, as ações que tratam de conflitos de índios com fazendeiros merecem atenção especial e equilíbrio do juiz para restabelecer a ordem e contribuir para a paz social.

Aliás, cabe ressaltar a maneira com a qual os eminentes Juízes Federais que atuaram na ação possessória em referência no Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS conduziram o feito. Todos demonstraram preocupação com a questão e foram muito diligentes na prestação jurisdicional, o que é digno de admiração e respeito por parte desta Relatora.

Não obstante, fato é que há um procedimento administrativo de delimitação e demarcação de terras em curso na região onde está situada a Fazenda Cambará. A inércia do Poder Público e a morosidade

do procedimento administrativo contribuem para provocar tensões e conflitos entre índios e fazendeiros, restando ao Poder Judiciário responder ao embate apresentado.

Assim, tenho que, salvo melhor juízo, a demanda não está próxima de ter um desfecho, não importando a favor de quem venha a ser decidida. O caminho reservado às partes pode ser longo e árduo, eis que o caso envolve, de forma ampla, a solução de um dos maiores conflitos sociais de nossa época, qual seja, a demarcação das terras indígenas brasileiras, além de, tecnicamente, envolver intrincado exame de matéria constitucional.

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

Todavia, estando em risco valores que suplantam a necessidade de término do processo administrativo de demarcação - a vida e a ordem -, valho-me do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil (...).

O paradigmático provimento jurisdicional em análise traz à reflexão a ponderação de Jean Cruet⁵ no sentido de que:

(...) não é o direito que faz viver a sociedade, é preciso que a sociedade faça viver o seu direito, quebrando ou alargando a carapaça legal ou jurisprudencial que lhe comprime o vôo.

Também desperta a razão às seguintes considerações de Plauto Faraco de Azevedo:⁶

5 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. 8. ed. Leme: Edijur, 2008, p. 67.

6 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 149-150.

Sem dúvida, assim como não pode o juiz tomar liberdades inadmissíveis interpretando a lei, tampouco pode permanecer surdo às exigências do real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. É chamado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, se modificam. A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizando-a, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta que o direito tem um papel social a cumprir e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que são chamadas a reger e segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim.

Em perfeita harmonia com os pensamentos dos jusfilósofos citados, a ilustre Desembargadora Federal relatora do recurso, ao concluir a decisão, de forma abalizada, equânime, pronta e precisa para solução da questão posta naquele instante, assim deliberou:

“Implementado equilíbrio aos interesses envolvidos, assegurada a coexistência e o desenvolvimento harmônico entre os grupos societários atingidos, com prestígio ao direito à vida.”

(...)

Ante o exposto, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e demarcação das terras na região, com a ressalva de que tudo o que foi aqui estabelecido deve ser estritamente observado por todas as partes envolvidas.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deverá atuar junto à comunidade indígena,

na, no exercício de suas funções institucionais, esclarecendo às lideranças que a demarcação administrativa das terras não lhes garante a posse das mesmas de imediato, razão que desautoriza a ocupação de outras áreas que não sejam os 10 (dez) mil metros quadrados definidos. Ao Ministério Público Federal, recomendo estar atento ao desenrolar das atividades na região de maneira a diligenciar, quando necessário e com a maior brevidade possível, visando resguardar a ordem e a legalidade. Recomendo, ainda, que harmonize a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade, cumprindo assim, de fato, o que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal.

A r. decisão em parte reproduzida se destaca pela eficácia imposta ao comando do artigo 14-1 da Convenção 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais, segundo o qual deverão ser adotadas medidas para salva-

guardar os direitos dos povos indígenas de utilizar terras que não sejam exclusivamente por eles ocupadas.

Também possui a marca de ter imposto efetividade ao preconizado pelo artigo 40 da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU-2007), que veicula normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo. Consoante o comando citado:

Art. 40. Os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e

coletivos. Essas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos.

O r. provimento ora tratado se distingue, também, em razão de sua nobre prolatora ter atribuído máxima efetividade ao direito à vida dos índios Guarani Kaiowá da região de Iguatemi - MS (art. 5º, *caput*, da Constituição), e proporcionado alívio ao sofrido povo com cultura à força fragmentada, cuja dignidade há tempos vem sendo dilacerada.

Ademais, cumpre ressaltar o fato de a r. decisão estar bem amoldada ao pensamento de Eliezer Rosa, contido na célebre obra “A Voz da Toga”,⁷ quando doutrina:

Na independência da Magistratura está o sagrado poder de opor-se e sobrepor-se às injustiças da lei. Pelo direito, apesar da lei, seria a divisa do juiz moderno consciente de seus quase divinos poderes. O juiz pode tudo para o bem do seu povo, embora nada ou quase nada possa para si mesmo. Combate-se com demasiada ênfase os teóricos da magistratura o chamado juiz-legislador, apregoando alto e bom som que o juiz não faz a lei, que os juízes não governam. Para o nosso tempo e para o nosso meio são apenas meias verdades. O juiz, se não faz, pode refazer a lei, fazendo-a falar a linguagem do direito; o juiz governa para o seu povo, não no sentido político, mas no sentido psicológico, por meio de seus exemplos, de suas virtudes e de sua coragem cívica e profissional. Note-se bem e note-se muito: o que importa não é a lei mas o direito, que vive e vibra na consciência do povo. Fazer justiça não é, em muitos casos, obedecer a lei e, sim, obedecer ao direito que é a fonte da lei.

É certa a necessidade de manutenção do que resta da cultura dos índios Guarani da região de Iguatemi - MS, para tanto se apresentando imprescindível sejam as terras a eles restituídas.⁸ Se apresenta não menos certa a imperiosidade dos Poderes Executivo e Legislativo encontrarem solução para a devida indenização do valor da terra nua e benfeitorias aos atuais ocupantes das antigas áreas indígenas, na maioria produtores rurais descendentes de agricultores que ali se estabeleceram por incentivo do próprio Estado.

Enquanto isso não for verificado, por certo a r. decisão da lavra da eminente Desembargadora Federal Cecilia Mello servirá de baliza aos julgadores que se deparem com situações tais, para que seja implementado equilíbrio aos interesses envolvidos, assegurada a coexistência e o desenvolvimento harmônico entre os grupos societários atingidos, com prestígio ao direito à vida e garantia da sobrevivência física e cultural dos índios, sempre e sempre tão sacrificados.

7 ROSA, Eliezer. *A voz da toga*. Rio de Janeiro: Barrister's, 1983, p. 48-49.

8 Como destaca a antropóloga Carmem Junqueira ao tratar dos grupos indígenas brasileiros com contato regular com a sociedade dominante: “*Grupos com contato regular*. Dependem substancialmente de produtos externos – sal, pano além dos artigos de metal. Perderam parte considerável da autonomia cultural por força das pressões a que foram submetidos. Sabem expressar-se em português, embora conservem sua própria língua. Quando o contato é intenso e continuado, cresce a ameaça de terem sua economia desorganizada, o que leva muitos dos seus membros a trabalharem como assalariados rurais. Em situações de grande pressão, como as que ocasionam perda do território ou de parte da população devido a doenças, muitos grupos se desestruturam. Nesses casos, as poucas famílias passam a sobreviver em condição de extrema penúria nos extratos mais baixos da sociedade nacional. Guardam, entretanto, a convicção de serem indígenas, distinguindo-se da população regional. Em condições favoráveis, essas famílias podem novamente reunir-se e recompor sua vida comunitária em torno do que sobrou de suas práticas culturais tradicionais, mesmo que pouco ou quase nada tenha restado.” (*Antropologia indígena: uma nova introdução*. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2008, p. 74-75, grifos originais)



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0007976-83.2002.4.03.6106

(2002.61.06.007976-7)

Parte Autora: TRANSPORTES JAÓ LTDA.

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: REOMS 287141

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXECUÇÃO DO SERVIÇO SEM AUTORIZAÇÃO. AUTUAÇÃO. APREENSÃO DO VEÍCULO (ÔNIBUS) E LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA MULTA (DECRETO 2.521/98, ARTIGOS 79 e 85). ILEGALIDADE. LEIS 8.987/95 E 10.233/2001. PODER REGULAMENTAR. LIMITES. DESPROVIMENTO.

- A Lei nº 8.987/95 disciplinou o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Dentre outras providências, em seu artigo 29, incumbiu o poder concedente do dever de regulamentar as atividades prestadas à coletividade. Contudo, não tipificou, em abstrato, atos ilícitos dos concessionários, permissionários e autorizatários, tampouco cominou sanções administrativas. A fim de disciplinar o cumprimento à lei anteriormente mencionada, quanto à exploração do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, foi editado o Decreto nº 2.521/98, que estabeleceu penalidades em seus artigos 79 e 85, § 3º.

- Em de 5 de junho de 2001, no entanto, sobreveio a Lei nº 10.233, que dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DENIT). Esse diploma normativo estabeleceu as sanções por infração de lei ou descumprimento dos deveres nos serviços de transportes, quais sejam: advertência, multa, suspensão, cassação e declaração de inidoneidade (artigo 78-A).

- Note-se, portanto, que da análise das Leis 8.987/95 (artigo 29, incisos I e II) e 10.233/2001 (artigo 78-A, inciso II) e do Decreto 2.521/98 (artigos 83), conclui-se que a aplicação da multa, em razão da prática de transporte rodoviário interestadual de passageiros sem autorização, possui respaldo jurídico. No entanto, a penalidade de apreensão do veículo (artigo 79) e sua restituição condicionada ao pagamento da multa e demais encargos (artigo 85), conforme previsto no decreto, não têm previsão legal, ou seja, foram instituídas, de maneira autônoma, exclusivamente no ato regulamentar, que excedeu os limites impostos pela Constituição Federal, artigos 2º, 5º, II, e 37, *caput*.

- O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que as penalidades previstas no Decreto nº 2.521/98 são ilegítimas, de modo que deve ser afastada a medida de

apreensão de veículo (artigo 79), mediante a exigência do pagamento prévio de multa, como condição para liberá-lo, quando autuado pela prática de transporte rodoviário interestadual de passageiros, sem autorização (artigo 85). Isso porque as sanções administrativas, tais como as penais, dependem de lei prévia para sua imposição, conforme disposto no artigo 78-A da Lei nº 10.233/01.

- Verifica-se, portanto, que condicionar a liberação do veículo à quitação da multa imposta, revela-se meio coercitivo indireto de cobrança de valores, o que é incabível, já que a administração pública possui os meios adequados e legais para o recebimento de seus créditos. Ademais, a proprietária do veículo, empresa da área de transporte, não deve ser privada de seu instrumento de trabalho, consoante os comandos constitucionais do artigo 5º, incisos LIV e LV.

- No que concerne ao cancelamento ou suspensão do auto de infração, constata-se tratar-se de questão que demanda dilação probatória, porquanto não houve de plano a comprovação de sua ilicitude, razão pela qual deve ser mantida a denegação da ordem.

- Relativamente à admissão de recurso administrativo, independentemente do recolhimento de multa, irreparável a sentença que extinguiu o pleito, sem resolução do mérito, uma vez que sequer houve a demonstração de sua interposição. Sem condenação aos honorários advocatícios, a teor das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

- Remessa oficial 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 remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Remessa oficial em mandado de segurança impetrado por Transportes Jaó Ltda. contra o Chefe Inspetor da 6ª Superintendência Regional da Polícia Rodoviária Federal de São Paulo/SP para assegurar:

a) a liberação do veículo apreendido, placa BWY-4434, independentemente do pagamento de multa;

b) o cancelamento ou a suspensão do auto de infração;

c) o recebimento de eventual recurso administrativo, isento do recolhimento de multa.

A sentença concedeu parcialmente a ordem (fls. 158/165) apenas para deferir a restituição do bem apreendido. Denegou a segurança quanto ao pleito relativo ao cancelamento ou suspensão do auto de infração e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, acerca da admissão de eventual irresignação administrativa.

O Ministério Público Federal nesta instância opinou fosse mantida a decisão de fls. 174/178.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): No caso, a impetrante informa que é concessionária habilitada para atuar na área de transportes de passageiros. Aduz que, no dia 13.09.2002, quando realizava viagem autorizada, com 29 passageiros, teve um ônibus de sua propriedade apreendido, em razão de fiscalização da Polícia Federal de Marília/SP, que, ao fundamento de acesso e embarque em local não permitido, recolheu o veículo e aplicou-lhe multa punitiva. A empresa pleiteia, ao argumento de regularidade contratual, a liberação do carro, placa BWY-4434, independentemente do pagamento da penalidade imposta, o cancelamento ou a suspensão do auto de infração e a possibilidade de apresentar recurso administrativo, isento do recolhimento de multa.

A Lei nº 8.987/95 disciplinou o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Dentre outras providências, em seu artigo 29, incumbiu o poder concedente do dever de regulamentar as atividades prestadas à coletividade. Contudo, não tipificou, em abstrato, atos ilícitos dos concessionários, permissionários e autorizatários, tampouco cominou sanções administrativas. A fim de disciplinar o cumprimento à lei anteriormente mencionada, quanto à exploração do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, foi editado o Decreto nº 2.521/98, que estabeleceu penalidades em seus artigos 79 e 85, § 3º.

Em de 5 de junho de 2001, no entanto, sobreveio a Lei nº 10.233, que dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DENIT). Esse diploma normativo estabeleceu as sanções por infração de lei ou descumprimento dos deveres nos serviços de transportes, quais sejam: advertência, multa, suspensão, cassação e declaração de inidoneidade (artigo 78-A).

Note-se, portanto, que da análise das Leis 8.987/95 (artigo 29, incisos I e II) e 10.233/2001 (artigo 78-A, inciso II) e do Decreto 2.521/98 (artigos 83), conclui-se que a aplicação da multa, em razão da prática de transporte rodoviário interestadual de passageiros sem autorização, possui respaldo jurídico. No entanto, a penalidade de apreensão do veículo (artigo 79) e sua restituição condicionada ao pagamento da multa e demais encargos (artigo 85), conforme previsto no decreto, não têm previsão legal, ou seja, foram instituídas, de maneira autônoma, exclusivamente no ato regulamentar, que excedeu os limites impostos pela Constituição Federal, artigos 2º, 5º, II, e 37, *caput*.

O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que as penalidades previstas no Decreto nº 2.521/98 são ilegítimas, de modo que deve ser afastada a medida de apreensão de veículo (artigo 79), mediante a exigência do pagamento prévio de multa, como condição para liberá-lo, quando autuado pela prática de transporte rodoviário interestadual de passageiros, sem autorização (artigo 85). Isso porque as sanções administrativas, tais como as penais, dependem de lei prévia para sua imposição, conforme disposto no artigo 78-A da Lei nº 10.233/01. Segue julgado da corte superior:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXECUÇÃO DO SERVIÇO SEM AUTORIZAÇÃO. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. AUTUAÇÃO. APREENSÃO DO VEÍCULO (ÔNIBUS) E LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA MULTA E DESPESAS DE TRANSBORDO (DECRETO

2.521/98, ART. 85). ILEGALIDADE. LEIS 8.987/95 E 10.233/2001. PODER REGULAMENTAR. LIMITES. DOCTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

1. A questão controvertida consiste em saber se é legítima a apreensão e a exigência do pagamento prévio da multa e despesas com transbordo (Decreto 2.521/98, art. 85) como condição para liberar veículo (ônibus) autuado pela prática de transporte rodoviário interestadual de passageiros sem autorização.

2. No regime constitucional vigente, o Poder Executivo não pode editar regulamentos autônomos ou independentes - atos destinados a prover situações não-predefinidas na lei, mas, tão-somente, os regulamentos de execução, destinados a explicitar o modo de execução da lei regulamentada (CF/88, art. 84, IV).

3. A Polícia Rodoviária Federal, na condição de entidade conveniada (Lei 8.987/95, art. 30, parágrafo único), é a responsável pela autorização, controle e fiscalização da atividade de transporte rodoviário interestadual de passageiros, nos termos do Convênio 004/2001, celebrado entre o Ministério dos Transportes e o Ministério da Justiça.

4. *O art. 85 do Decreto 2.521/98 criou penalidade (apreensão) e impôs obrigação (pagamento imediato da multa e despesas de transbordo como condição para liberação do veículo) não previstas em lei, violando os princípios da separação de poderes e da legalidade, bem como o postulado segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF/88, arts. 2º, 5º, II, e 37, caput).*

5. A cobrança da penalidade pecuniária pressupõe, necessariamente, a consistência do auto de infração, o que somente poderá ser verificado mediante regular processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa (CF/88, art. 5º, LIV e LV).

6. O reconhecimento da ilegalidade da apreensão tipificada no art. 85 do Decreto 2.521/98 não alcança, evidentemente, a apreensão veicular de que trata o art. 256, IV, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), prevista para infrações específicas.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp 751398/MG, Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 05/10/2006 p. 251)

Verifica-se, portanto, que condicionar a liberação do veículo à quitação da multa imposta, revela-se meio coercitivo indireto de cobrança de valores, o que é incabível, já que a administração pública possui os meios adequados e legais para o recebimento de seus créditos. Ademais, a proprietária do veículo, empresa da área de transporte, não deve ser privada de seu instrumento de trabalho, consoante os comandos constitucionais do artigo 5º, incisos LIV e LV.

No que concerne ao cancelamento ou suspensão do auto de infração, constata-se tratar-se de questão que demanda dilação probatória, porquanto não houve de plano a comprovação de sua ilicitude, razão pela qual deve ser mantida a denegação da ordem.

Relativamente à admissão de recurso administrativo, independentemente do recolhimento de multa, irreparável a sentença que extinguiu o pleito, sem resolução do mérito, uma vez que sequer houve a demonstração de sua interposição.

Sem condenação aos honorários advocatícios, a teor das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002107-49.2006.4.03.6123
(2006.61.23.002107-7)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL
Apelados: JOSÉ GALILEU DE MATTOS, FERNANDO DE ASSIS VALLE NETO E JESUS ADIB ABI CHEDID
Parte Ré: ANDRÉ LUIS ABI CHEDID
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AC 1495824
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2013

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 10 E 11 DA LEI 8.429/1992. PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL - PETI. USO DE VERBAS FEDERAIS PELO MUNICÍPIO DE BRAGANÇA PAULISTA. DISTINÇÃO ENTRE IRREGULARIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE TODOS OS RECURSOS NO PROGRAMA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. OCORRÊNCIA DE MERAS IRREGULARIDADES. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADA.

Preliminar de nulidade do procedimento administrativo do MPF afastada, eis que a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, reconhecida pela doutrina e jurisprudência, permite a instauração da ação civil pública independentemente do que tenha ocorrido na esfera do procedimento administrativo.

Alegação de inadequação da via eleita rejeitada, tendo em vista que a Suprema Corte já decidiu que a ação civil pública é a via processual adequada para combater os atos de improbidade administrativa, buscando o ressarcimento ao erário, cumprindo, assim, o disposto no art. 129, III, da Constituição Federal.

Não há incompatibilidade entre o Decreto Lei nº 210/1967 e a Lei 8.429/1992, porquanto os crimes de responsabilidade descritos no Decreto-Lei não têm qualquer relação com os atos de improbidade tratados na ação civil pública em questão, regidos pela lei referida.

Legitimidade ativa do MPF prevista expressamente no art. 129, III, da Constituição Federal, relativamente à defesa do patrimônio público, já que aqui se discute eventual malversação de verba pública federal destinada ao Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.

A Lei nº 8.429/1992 configura instrumento importante na defesa da moralidade administrativa, porém sua aplicação deve ser feita com cautela e restritivamente, evitando-se a imposição de sanções em face de erros toleráveis ou meras irregularidades.

Nas hipóteses previstas no artigo 10 da Lei 8.429/1992, basta a culpa para caracterizar a improbidade, mas, no entanto, é indispensável a comprovação do dano ao erário. Já nas situações previstas no artigo 11, é preciso haver necessariamente o dolo.

A Lei de Improbidade Administrativa não deve ser aplicada para punir meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, pois, até nas hipóteses em

que se admite meramente a culpa, é indispensável a comprovação de dano ao erário. Tem a lei em comento o objetivo de resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, à imoralidade e à desonestidade funcional.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 980.706, de relatoria do Ministro Luiz Fux, consignou que “o elemento subjetivo é essencial para a caracterização da improbidade administrativa”, a qual está associada à noção de desonestidade e má-fé do agente público, ressaltando que “somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10 da Lei 8.429)”. No mesmo julgado, restou consignado que “a má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.”

Restou comprovado nos autos que o atraso na implementação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI se deu por várias razões, dentre elas o atraso no próprio repasse das verbas de origem federal, o que dificultou a realização das metas traçadas no programa de acordo com os prazos previstos.

Trata-se de programa complexo e que estava a depender de várias providências prévias, e não só da liberação dos recursos, tais como: cadastramento dos potenciais usuários, elaboração de programação a ser implementada na jornada estendida, contratação e treinamento de profissionais para a aplicação das atividades aplicadas às crianças, aquisição de material e equipamento, assim como de suprimentos para a alimentação das crianças nos períodos estendidos, dentre outros.

As irregularidades constatadas, quais sejam, de que algumas famílias estariam arcando com despesas de transporte, bem como que crianças atendidas não faziam parte do público alvo do PETI, e outras, ainda, não frequentavam todas as vinte horas semanais da jornada ampliada, dizem respeito a casos pontuais e isolados, sendo certo que tais falhas, embora não desejáveis, não passaram de meras faltas singulares, tanto mais se considerarmos a ausência de orientação e capacitação dos gestores locais.

Os gastos e despesas havidos como o PETI, em sua essência, tendo-se em conta a particularidade da espécie, guardam natureza discricionária, tendo em vista que o programa não traz especificações aos municípios participantes a respeito de quais as atividades poderiam, ou deveriam, ser promovidas durante a mencionada jornada ampliada.

A administração do Município de Bragança Paulista buscou prestigiar, na implementação do PETI, a prática de atividades esportivas, o que não configura desvio de finalidade, eis que a prática de atividades esportivas, nas mencionadas Jornadas Estendidas, se mostra salutar e deveras apropriada para o público alvo do Programa, que se destina a crianças de 7 a 15 anos.

A acolhida da pretensão veiculada na presente ação civil pública, principalmente quanto à questão atinente ao suposto desvio de finalidade no uso dos recursos do PETI, tem aptidão a gerar usurpação de competência administrativa pelo Judiciário, o que encontra empecilho constitucional no princípio da separação de poderes.

Não houve a indispensável demonstração, pela autoria, de destinação irregular dos valores havidos para o programa em tela, tampouco que tenha ocorrido apropriação deles por parte dos requeridos. Tendo os recursos públicos sido aplicados no programa, certo é que meros enganos formais na elaboração da demonstração contábil e financeira não podem ensejar o reconhecimento de improbidade administrativa, à

míngua de demonstração do elemento subjetivo de culpa exarcebada ou dolo, bem como do dano ao patrimônio público.

Constatação da ocorrência de meras irregularidades na implantação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil no Município de Bragança Paulista, as quais não configuram, por falta de provas, atos de improbidade administrativa.

Agravo retido não conhecido. Apelações e remessa oficial, tida por submetida, não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e negar provimento às apelações e à remessa oficial, tida por submetida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de abril de 2013.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face de JESUS ADIB ABI CHEDID, JOSÉ GALILEU DE MATTOS e FERNANDO DE ASSIS VALLE NETO, com o objetivo de condenar os requeridos em razão de atos de improbidade administrativa por eles praticados quando da implantação e gestão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI, no período de 2001 a 2002, nas sanções do artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992, quais sejam, o ressarcimento integral dos danos materiais causados, no montante de R\$ 634.715,90 e o pagamento de danos morais a serem arbitrados em processo de liquidação, a ser revertido ao fundo a que se refere o artigo 13, da Lei nº 7.347/1985, regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994.

Afirmou o Ministério Público Federal, na inicial, que o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI tem como objetivo principal retirar crianças e adolescentes do trabalho, possibilitando acesso a atividades culturais, esportivas e de lazer no período complementar ao da escola (jornada estendida). Alegou que a Comissão Estadual do PETI, em visita a Bragança Paulista em 25/8/2003, constatou diversas irregularidades, que foram registradas em relatório, o que teria culminado na exclusão do Município do programa em janeiro de 2004. O aludido relatório deu origem a procedimento administrativo instaurado pelo MPF, no qual foram apontadas as seguintes irregularidades: a) houve acompanhamento físico total desde outubro de 2001, sendo que o Programa efetivamente iniciou-se somente em 2003; b) não foi oferecido reforço alimentar para as crianças do programa; c) várias famílias estavam arcando com despesas de transporte para que as crianças participassem das aulas do programa; d) algumas crianças atendidas no Programa não eram seu público alvo, ou seja, não estavam trabalhando anteriormente; e) algumas crianças inscritas no PETI não frequentavam a totalidade das vinte horas semanais da jornada ampliada, exigência básica do programa; e f) ocorreu desvio de verbas do PETI para aquisição de produtos utilizados em outros programas municipais.

Foi requerida medida cautelar para a quebra dos sigilos fiscal e bancário dos réus - JESUS ADIB ABI CHEDID, prefeito do Município de Bragança Paulista, JOSÉ GALILEU DE

MATTOS e FERNANDO DE ASSIS VALLE NETO, Secretários da Saúde e Promoção Social, à época dos fatos, e a indisponibilidade dos bens de todos eles, em montante suficiente para assegurar a reversão dos danos materiais e morais causados. Requereu-se, ainda, a decretação do sigilo processual.

Após a juntada das manifestações dos requeridos, sobreveio decisão que, concluindo pelo cumprimento de todos os requisitos legais necessários à instauração da lide, determinou a exclusão da lide do co-réu ANDRÉ LUIZ ABI CHEDID e a indisponibilidade dos bens dos réus remanescentes, limitando-se a constrição ao valor dos danos materiais a serem eventualmente ressarcidos, não atingidos os bens impenhoráveis por disposição legal (fls. 252/276). Foi deferida a intervenção da União como assistente litisconsorcial e do Município de Bragança Paulista como assistente simples.

Em face dessa decisão foi interposto agravo de instrumento, ao qual foi indeferido o efeito suspensivo. Após a prolação da sentença, foi julgado prejudicado o recurso.

Os réus apresentaram contestações.

Às fls. 2175 foi proferida decisão saneadora do feito, indeferindo realização de prova pericial contábil pleiteada pelos réus e designando data para audiência de instrução e julgamento, e expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas. Em face dessa decisão foi interposto agravo retido pelo réu Jesus Adib Abi Chedid (fls. 2183/2199).

O termo de assentada em audiência de instrução e julgamento foi juntado às fls. 2264/2277.

A sentença julgou improcedente o pedido inicial, com resolução do mérito, na forma do artigo 269, I, do CPC. Concluiu o Juízo *a quo*, na sentença, que, do contexto das provas coligidas aos autos por todas as partes envolvidas em lide, não se conclui ter havido a prática de atos de improbidade administrativa, mas sim a ocorrência de meras irregularidades, que não implicaram em dano ao erário.

Apelou o Ministério Público Federal (fls. 2808/2816), alegando, em síntese, que: a) é cediço na doutrina, e também na jurisprudência, que o artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 permite a configuração de improbidade por ato culposos, somente exigindo a conduta dolosa para as hipóteses previstas nos artigos 9º e 11 da mesma lei; b) constatada a ilegalidade no tocante à inobservância de normas vigentes para a execução do programa e a comprovação do desvio de verbas para outros fins que não a erradicação do trabalho infantil, não importando se por culpa ou dolo, devem os réus suportar as cominações da lei de improbidade administrativa; c) ainda que se pudesse vislumbrar alguma dificuldade na implementação do PETI, é certo que suas diretrizes estavam bem delineadas na Portaria nº 458, de 4/10/2001, da Secretaria de Assistência Social; d) o descontrole e a desorganização na gestão do PETI, de forma a inclusive ensejar a exclusão do município do programa, configura ofensa grave aos princípios da moralidade, legalidade e eficiência, e, portanto, caracterizam atos de improbidade.

A União Federal (AGU) também interpôs apelação (fls. 2818/2821), alegando o seguinte: a) a Lei nº 8.429/1992 capitula a conduta dos ora recorridos como de improbidade administrativa por ato culposos ou doloso (artigo 10), independentemente da demonstração da culpa ou dolo (artigo 11); b) restou demonstrado que houve a intenção de desviar os recursos públicos federais, ou, ao menos, a clara intenção de aplicá-los em desacordo com os ditames legais; c) as verbas destinadas ao PETI só poderiam ser usadas no próprio programa, não havendo espaço para discricionariedade; d) não houve mera irregularidade na aplicação dos recursos, mas sim improbidade administrativa, pois parte das verbas não foi utilizada no programa de Erradicação de Trabalho Infantil, para o qual se destinava, em nítido desvio de finalidade;

d) embora o início do repasse das verbas tenha ocorrido em novembro de 2001, é certo que o programa só foi efetivamente implantado em novembro de 2003, ou seja, após lapso temporal nada razoável.

Foram apresentadas contrarrazões de *José Galileu de Mattos* (fls. 2824/2833) e *Fernando de Assis Valle Neto* (fls. 2834/2838), defendendo a manutenção da sentença.

Nas contrarrazões de *Jesus Adib Abi Chedid* (fls. 2844/2931), foram reiteradas as preliminares suscitadas nos autos, a saber: a) nulidade do procedimento administrativo do MPF e inexistência de fundamento ou investigação capaz de indicar a existência de ato de improbidade autorizador do manejo da ação civil pública; b) inadequação da via eleita, por incompatibilidade de coexistência entre o Decreto Lei nº 210/1967 e a Lei de Improbidade Administrativa e pela impossibilidade jurídica do pedido; c) carência da ação e falta de interesse processual. Requer a manutenção da sentença.

Subiram os autos a esta Corte.

O recorrido *Jesus Adib Abi Chedid* requereu o desbloqueio de todos os seus bens, o que foi deferido por meio da decisão de fls. 2948/2950.

Compareceram aos autos, respectivamente, os requeridos *José Galileu de Mattos* e *Fernando de Assis Valle Neto*, requerendo que a determinação de desbloqueio, deferida em relação a *Jesus Adib Abi Chedid*, se estendesse aos seus bens. O pleito foi deferido (fls. 2958/2961).

Em petição (fls. 2969/2979), requereu o MPF a concessão de medida cautelar para a decretação de indisponibilidade dos bens dos réus até o trânsito em julgado, assim como a prioridade no julgamento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Inicialmente, embora a r. sentença não tenha sido submetida ao reexame necessário, bem como a Lei nº 7.347/1985 não faça menção à chamada “remessa oficial”, nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil, tendo sucumbido a União Federal, de rigor a sua análise.

Não conheço do agravo retido de fls. 2183/2199, interposto pelo réu *Jesus Adib Abi Chedid*, uma vez que não reiterado seu conhecimento, em contrarrazões, como exige o § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil.

Por se tratar de questões de ordem pública, passo à análise das preliminares arguidas nas contrarrazões do réu *Jesus Chedid*.

Nulidade do procedimento administrativo do MPF.

Aduz o réu que a inicial deveria ser rejeitada em razão da suposta nulidade, por ausência de contraditório, ocorrida no procedimento administrativo desenvolvido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, e que teria dado ensejo à presente demanda.

Contudo, não procede o argumento, eis que a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, reconhecida pela doutrina e jurisprudência, permite a instauração da ação civil pública independentemente do que tenha ocorrido na esfera do procedimento administrativo.

Nesse sentido trago o seguinte julgado do STJ, proferido em caso semelhante:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO INQUÉRITO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. LEI Nº 7.347/85 (ARTS. 8º, 9º E 17). SÚMULA 7/STJ.

1. Compete ao Ministério Público facultativamente promover, ou não, o inquérito civil (§ 1º, art. 8º, Lei 7.347/85), procedimento administrativo e de caráter pré-processual, com atos e procedimentos extrajudiciais. Não é, pois, cogente ou impositivo, dependendo a sua necessidade, ou não, das provas ou quaisquer elementos informativos precedentemente coligidos. *Existindo prévia demonstração hábil para o exercício responsável da Ação Civil Pública, o alvitre do seu ajuizamento, ou não, é do Ministério Público, uma vez que o inquérito não é imprescindível, nem condição de procedibilidade. A decisão sobre a dispensa, ou não, está reservada ao Ministério Público, por óbvio, interdita a possibilidade de lide temerária ou com o sinete da má-fé.*

2. Existente fundamentação razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância, tanto que, se não aparecer como autor, obrigatoriamente, deverá intervir como *custos legis* (§ 1º, art. 5º, ref.), não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da Ação Civil Pública, atribuir-lhe a litigância de má-fé (art. 17, Lei ant., c/c o art. 115, Lei nº 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios. Demais, no caso, a pretensão não se mostra infundada, não revela propósito inadvertido ou clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resultante de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Grampeia-se que a litigância de má-fé sempre reclama convincente demonstração.

3. Recurso parcialmente conhecido e provido para derruir a condenação nos honorários advocatícios.

(RESP nº 152447, Primeira Turma, j. 28/8/2001, DJ 25/2/2002, Relator Milton Luiz Pereira, grifos meus)

Ressalto, ainda, que o Supremo Tribunal Federal também já manifestou entendimento no sentido da independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal (SS - AgR 284, Rel. Min. Néri da Silveira).

Ademais, conforme bem asseverado pelo MM. Juízo *a quo* na decisão liminar proferida às fls. 253/276, ainda que cerceamento de defesa houvesse, tal constatação levaria à eventual decretação de nulidade do procedimento administrativo, restabelecendo-se o debate *naquela seara*, cujos efeitos não teriam reflexo direto nesta ação civil pública.

Inadequação da via eleita.

Afasto a alegação de inadequação da via eleita, tendo em vista que a Suprema Corte já decidiu que a ação civil pública é a via processual adequada para combater os atos de improbidade administrativa, buscando o ressarcimento ao erário, cumprindo, assim, o disposto no art. 129, III, da Constituição Federal (RE 208.790/SP, 1ª Turma, j. 23/3/1999, DJ 15/12/2000, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 234.439/MA, 1ª Turma, j. 30/4/2002, DJ 14/06/2002, Rel. Min. Moreira Alves; AI-ED 497.618/SP, 2ª Turma, j. 17/5/2005, DJ 17/06/2005, Rel. Min. Carlos Velloso).

Há precedentes, também, do Superior Tribunal de Justiça: Resp 507.142/MA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13/03/06; Resp 434.661/MS, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ 25/08/03; Resp 510.150/MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29/03/04.

Nem se diga que há incompatibilidade entre o Decreto Lei nº 210/1967 e a Lei de Improbidade Administrativa, porquanto os crimes de responsabilidade descritos no Decreto-Lei nº 210/1967 não têm qualquer relação com os atos de improbidade tratados na ação civil pública em questão, que são regidos pela Lei nº 8.429/1992.

Ademais, a definição contida no artigo 2º da Lei nº 8.429/1992 também abarca o agente político, definido como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função (...)”.

Ressalto, ainda, que o próprio § 4º, do art. 37, da Constituição Federal afasta qualquer característica penal aos atos de improbidade administrativa ao acrescentar a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível” ao final do dispositivo.

Carência da ação e falta de interesse processual.

No que tange à legitimidade ativa do MPF, ela está prevista expressamente no art. 129, III, da Constituição Federal, relativamente à defesa do patrimônio público, já que aqui se discute eventual malversação de verba pública federal destinada ao Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.

Nem se alegue, como pretende o réu, que a inexistência de conclusão no procedimento de controle interno perante o Tribunal de Contas da União em relação aos fatos delineados nestes autos impediria a procedibilidade deste feito, pois a independência das esferas administrativa e judicial refuta, de pronto, tal argumento, conforme já mencionado.

Passo ao mérito.

A ação civil pública presente foi ajuizada com o objetivo de condenar os requeridos nas sanções do artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992, em razão da ocorrência de supostos atos de improbidade administrativa por eles praticados quando da implantação e gestão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI, no Município de Bragança Paulista, no período de 2001 a 2002.

Referido programa, de iniciativa do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, visa atender crianças de 5 a 15 anos que frequentam a escola e também realizam algum tipo de trabalho, promovendo a substituição deste por jornada ampliada de atividades socio-educativas, que podem ocorrer no próprio estabelecimento de ensino ou em outros locais, de forma que tenham as crianças todo o dia preenchido. O Programa também promove a ajuda de custo às crianças no valor de R\$ 18,00 mensais àquelas do meio rural e R\$ 40,00 na área urbana.

Requeru o Ministério Público Federal, na exordial, a condenação dos réus ao ressarcimento integral dos danos materiais causados, no montante de R\$ 634.715,90, e o pagamento de danos morais a serem arbitrados em processo de liquidação.

Alegou que a Comissão Estadual do PETI, em visita a Bragança Paulista em 25/8/2003, constatou diversas irregularidades na aplicação do Programa, cuja constatação culminou na exclusão do Município em janeiro de 2004, o que ensejaria a condenação dos responsáveis nas cominações na Lei nº 8.429/1992.

De início deixo consignado que comungo dos fundamentos esposados na sentença apelada, que analisou a hipótese com grande propriedade, lastreada em princípios de relevo, em especial no tocante às considerações a respeito da distinção entre “*irregularidade administrativa*” e “*ato de improbidade administrativa*”.

Com efeito, bem asseverou o MM. Juiz *a quo* (fls. 2.792 v.):

A primeira [irregularidade administrativa] consiste na prática do ato administrativo em desacordo com o figurino legal. Em se tratando de Administração Pública, e presentes os cânones da legalidade estrita, a prática do ato em desacordo com a lei se sujeita às sanções próprias constantes do ordenamento jurídico.

Encarece a doutrina que o ímprobo é o desonesto, o desleal, o imoral. É essa a nota distintiva da improbidade. Mais do que a comprovação da prática do ato viciado em si mesmo, deve-se caracterizar, para fins de enquadramento do sindicado nos ditames da improbidade, a falta ao dever ético de conduta de parte do servidor, a falta ou desvio de caráter da ação a qualificar a nulidade como ato imoral, ímprobo.

Acompanhando esse pensamento, entendo que, de fato, a Lei nº 8.429/1992 configura instrumento importante na defesa da moralidade administrativa, porém sua aplicação deve ser feita com cautela e restritivamente, evitando-se a imposição de sanções em face de erros toleráveis ou meras irregularidades.

Nesse passo, cumpre observar que os artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992 trazem extenso rol de atos caracterizados como ímprobos. O artigo 9º trata da improbidade administrativa *que gera enriquecimento ilícito* e o artigo 10 aborda a modalidade que *causa dano ao erário*, por ação ou omissão, dolosa ou culposa. Por fim, o artigo 11 traz os atos que *violam os princípios da administração pública*, como legalidade, moralidade e imparcialidade.

No caso dos autos, alega a autoria que os réus teriam praticado atos insertos no artigo 10, incisos IX e XI e artigo 11, incisos I e II, da Lei 8.429/1992 (fls. 22). Vejamos o texto da lei (grifos meus):

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Analisando os termos da lei, com facilidade se verifica que, nas hipóteses previstas no artigo 10, *basta a culpa* para caracterizar a improbidade, mas, no entanto, é indispensável a comprovação do *dano ao erário*. Já nas situações previstas no artigo 11, é preciso haver *necessariamente o dolo*.

A jurisprudência do STJ, enfrentando a questão, já consolidou a tese de que “é indispensável a existência de dolo nas condutas descritas nos artigos 9º e 11 e, nas hipóteses do artigo 10, nas quais o dano ao erário precisa ser comprovado, apenas a culpa”, quando do julgamento do REsp nº 1.127.143. De acordo com o Ministro Castro Meira, relator do referido recurso especial, a conduta culposa ocorre quando o agente não pretende atingir o resultado danoso, mas atua com negligência, imprudência ou imperícia.

Há que se concluir, assim, que a Lei de Improbidade Administrativa não deve ser aplicada para punir meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, pois, até nas hipóteses em que se admite meramente a culpa, é indispensável a comprovação da existência de dano ao erário. De outro lado, tem a lei em comento o objetivo de resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, à imoralidade e à desonestidade funcional.

Nesse ponto, importante destacar o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp nº 980.706, de relatoria do Ministro Luiz Fux, consignou que “o elemento subjetivo é essencial para a caracterização da improbidade administrativa”, a qual está associada à noção de desonestidade e má-fé do agente público.

Ressaltou o Ministro Relator, naquela oportunidade, que “somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10 da Lei 8.429)”. No mesmo julgado, restou consignado que “a má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.”

Em suma, a Lei de Improbidade Administrativa “alcança o administrador desonesto, não o inábil” (REsp 213.994, Relator Min. Garcia Vieira, j. 17/8/1999)

Com esboço nas premissas acima delineadas, há que se avaliar as condutas imputadas aos réus pela autoria da presente ação civil pública.

No procedimento administrativo instaurado pelo MPF, no qual se fundamenta a inicial, foram apontadas as seguintes irregularidades: 1) embora tenha sido oficialmente implantado em 2001, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI efetivamente iniciou-se somente em 2003 no Município de Bragança Paulista; 2) não foi oferecido reforço alimentar para as crianças do programa; 3) algumas famílias estavam arcando com despesas de passagem para que as crianças participassem da jornada estendida; 4) algumas crianças atendidas não faziam parte do público alvo do PETI, ou seja, não estavam trabalhando antes de entrarem no programa; 5) algumas crianças inscritas não frequentavam todas as vinte horas semanais da jornada ampliada, exigência básica do PETI; e 6) ocorreu desvio de verbas do PETI para compra de materiais utilizados em programas municipais diversos, configurando desvio de finalidade.

Cumpra, nessa altura, proceder à análise de cada uma dessas condutas, a fim de verificar se configuraram efetivamente a prática de atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº Lei 8.429/1992.

Quanto à alegada *demora na implantação do programa*, efetivamente ocorrida somente no ano de 2003, quando a adesão se deu ao final de 2001, a análise da vasta documentação juntada aos autos dá conta de que o atraso na implementação do programa foi motivado por várias razões, dentre elas o atraso no próprio repasse das verbas de origem federal.

Contata-se, dos documentos de fls. 217/218, que os repasses das verbas, desde o primeiro mês (novembro de 2001), foram realizados sempre com atraso, às vezes de até quatro meses, o que dificultou a realização das metas traçadas no programa de acordo com os prazos previstos.

Esta foi, inclusive, a conclusão a que chegou o Tribunal de Contas da União, em acórdão proferido no processo nº 013.002/2001-O (fls. 684/715), o qual resultou de auditoria de âmbito nacional realizada no Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI, no qual restou consignado o seguinte:

Ocorrência de atrasos no pagamento da Bolsa Criança Cidadã às famílias do PETI:

4.5. Observa-se que em 95% dos municípios foi constatada a ocorrência de atrasos no repasse de recursos para o pagamento da Bolsa Criança Cidadã, sendo que na maioria deles com grande frequência (68%). Apenas 19 municípios (3%) disseram que nunca ocorrem atrasos.

4.6. A suspensão do repasse de recursos penaliza somente os beneficiários do programa, que ficam sem receber a Bolsa Criança Cidadã, e sofrem com a queda da qualidade da Jornada Ampliada, a qual também deixa de receber repasses e em casos extremos chegam a ser suspensas (...).

4.7. A falta de regularidade no envio dos recursos causa a perda da credibilidade no Programa, levando aquelas famílias mais carentes a retirarem seus filhos da escola e levá-los novamente para o trabalho, justificando que não têm como esperar tanto tempo até a chegada do dinheiro. *Além disso, o atraso nos recursos da Jornada Ampliada torna-se um complicador para o município oferecer condições satisfatórias para o seu funcionamento.*

(...)

6.39. Conforme pode-se observar no Gráfico 4, a inadimplência dos municípios quanto à Certidão Negativa de Débitos - CND representa 13% dos motivos da ocorrência dos atrasos, *enquanto em 60% dos casos não há justificativa por parte do Ministério.*

(fls. 690 e 732, grifos meus)

Ora, não parece razoável que se exija do município uma celeridade na aplicação do programa, que dependia dos recursos federais, quando a própria Administração Federal não cumpria a sua obrigação com pontualidade.

Ademais, conforme bem considerado na sentença apelada, o fato de os primeiros repasses de verba do PETI terem sido promovidos em 2001 não pressupõe a realização plena e eficaz do Programa já naquele exercício, porquanto se trata de programa complexo e que estava a depender não só da liberação dos recursos, mas também de várias providências prévias, tais como: cadastramento dos potenciais usuários, elaboração de programação a ser implementada na jornada estendida, contratação e treinamento de profissionais para a aplicação das atividades aplicadas às crianças, aquisição de material e equipamento, assim como de suprimentos para a alimentação das crianças nos períodos estendidos, dentre outros.

Portanto, percebe-se, da análise dos documentos juntados aos autos, que o PETI se apresenta bem mais complexo do que outros programas sociais implementados pelo próprio Governo Federal que, no mais das vezes, se resumem na mera distribuição da renda repassada.

Nesse contexto, é de se ver que a prova testemunhal colhida nos autos indica que ocorreram dificuldades outras na implantação do Programa no Município de Bragança Paulista, que teriam colaborado para as irregularidades constatadas, a saber, a imposição de metas muito complexas para o município e, ainda, a falta de orientação e esclarecimento aos gestores locais por parte do Ministério idealizador do Programa.

Isso é o que se observa, por exemplo, no depoimento de *Olga Maria Sgreva*, funcionária da Assistência Social do Estado de São Paulo (fls. 2.266/2.270), e que acompanhou a implantação do PETI no município de Bragança Paulista. Vejamos:

Com relação especificamente ao caso de Bragança Paulista, percebeu a depoente que, pelo fato de se tratar de um município de maiores dimensões, que, para o Estado, pode ser considerado um município de grande porte, ostentava metas muito grandes para o programa. Não tem memória exata das metas estabelecidas para a parte rural e urbana. Mas sabe que se trata de metas muito difíceis de cumprir, considerando o tamanho do município de Bragança Paulista. Esclareceu que essas metas não são estipuladas pelo município. Que essas metas já são impostas pelo governo federal. Que se lembre, em Bragança, deveria haver 560 crianças albergadas pela jornada ampliada. Referiu, com relação aos outros municípios, que o PETI foi um programa que apresentou problemas na sua implementação. Que não se tratava de um programa que transcorreu sem incidentes.

E continua:

Que quando da implementação do PETI no município, ano de 2001/2002, não houve nenhuma orientação específica no sentido de direcionar corretamente a implantação do programa, com orientações aos municípios sobre como implementá-lo.

Transcrevo, ainda, o depoimento de *Laura Maria Contador Rodrigues da Silva*, assistente social, que atuou como Diretora Regional da Secretaria de Estado da Assistência e Desenvolvimento Social, sendo responsável pela supervisão e pela aplicação efetiva dos recursos repassados ao município de Bragança (fls. 2.570/2.573):

No período referido (2001 e 2002) havia muita indeterminação da extensão das atividades que deveriam ser contempladas pelo programa de erradicação em comento. O Governo Federal concedia verbas, mas não especificava as instruções para utilização dessas verbas; o Governo Federal só queria que se tirassem as crianças da rua.

E continua a depoente:

A União repassava valores sem estudos prévios das necessidades específicas. Nunca houve uma reunião sequer da União com os municípios, nesses incluído o município de Bragança Paulista, para dar instruções de como deveriam as verbas ser utilizadas, nem quais as atividades exatamente eram incluídas no programa. Uma das reclamações da senhora Olga a mim foi justamente essa inexistência de parâmetros para utilização das verbas e quais atividades deveriam ser por elas patrocinadas. O repasse das verbas federais não ocorriam nas datas programadas; era comum o atraso do repasse e mesmo o repasse aglutinado de vários meses.

Ademais, é certo que as primeiras verbas federais foram repassadas ao município somente em *novembro de 2001*, e, portanto, mesmo que tenha sido efetivamente implantado o programa somente no *início de 2003*, entendo que a demora não se mostra desarrazoada para a espécie, à vista de todas as circunstâncias mencionadas.

Dessa forma, não se vislumbra a configuração da prática de ato de improbidade por parte dos réus pela simples demora na implantação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, o qual, de toda sorte, foi efetivamente implantado, mesmo que somente a partir de 2003, conforme reconhece, inclusive, o próprio *Parquet* Federal, sendo que o atraso se deu por vários fatores, inclusive alguns além do alcance da própria Administração Municipal, não havendo comprovação de dolo ou mesmo culpa dos requeridos nesse particular.

Quanto à alegação da autoria em relação a *algumas irregularidades* constatadas no programa, quais sejam, de que algumas famílias estariam arcando com despesas de trans-

porte, bem como que crianças atendidas não faziam parte do público alvo do PETI, e outras, ainda, não frequentavam todas as vinte horas semanais da jornada ampliada, tenho que tais inconsistências dizem respeito a casos pontuais e isolados.

Com efeito, considerando o grande volume de crianças e adolescentes atendidos pelo PETI durante a gestão dos ora recorridos (mais de 500), parece normal que algumas falhas ocorram no cadastramento dos usuários, sendo perfeitamente possível que se tenha incluído alguma criança que não tenha eventualmente comprovado todos os requisitos exigidos pelo programa.

Da mesma forma, em virtude do elevado número de atendidos, também é natural que alguns deles tenham deixado de frequentar a completude das horas semanais da jornada ampliada, sendo de patente dificuldade o exercício de controle absoluto sobre os atos praticados pelos beneficiários - crianças e adolescentes -, sem que isso represente ou configure má-fé ou improbidade por parte das pessoas responsáveis pela implantação do programa.

No que se refere à propalada ausência de oferecimento de reforço alimentar para as crianças do programa, verifica-se, das provas dos autos, que a acusação se mostra pouco factível, pois vários documentos (fls. 1821/1838; 2299) demonstram que houve aquisição de alimentos destinados ao reforço alimentar com a verba do PETI, sendo que os depoimentos testemunhais colhidos nos autos dão conta de que normalmente se procedia, nos estabelecimentos escolares e esportivos, à distribuição de Kits de alimentação aos beneficiários do Programa (fls. 2273 e 2276).

Assim, se alguma falha ocorreu no que tange ao cadastramento e frequência dos usuários no Programa, ou na distribuição de reforço alimentar, é certo que tais irregularidades, embora não desejáveis, não passaram de meras faltas singulares, tanto mais se considerarmos a ausência de orientação e capacitação dos gestores locais, como já mencionado.

No que tange às *despesas realizadas pela Prefeitura Municipal de Bragança Paulista com as verbas destinadas ao PETI*, cabem algumas ponderações.

Alega a autoria que os réus teriam agido com improbidade ao efetuar despesas com a compra de produtos incompatíveis com a finalidade do PETI, utilizando-se das verbas a ele destinadas. Afirma que a Prefeitura de Bragança Paulista teria apresentado uma série de notas fiscais relativas a aquisição de materiais que não se adequariam ao objeto do Programa.

Na inicial da presente ação, discorre o *Parquet* Federal, a respeito de tais despesas irregulares, o seguinte:

Primeiro observe-se que a quase totalidade dos gastos apresentados referem-se à compra de materiais esportivos. Claro que uma das atividades a ser realizada durante a Jornada Ampliada é a esportiva, mas não é a única; atividades culturais, artísticas, reforço escolar e alimentar também devem ser priorizadas, no entanto, não se verifica qualquer tipo de despesa nesse sentido (fls. 16).

A prefeitura ainda apresentou gastos com a implantação de outros programas que não o PETI, tais como a compra de material para Projeto Lanche/Esportes (fl. 320); para o programa do Centro de Saúde, fl. 363. (fls. 17).

Apresentou-se, ainda, como despesa, a aquisição de tabelas de basquetebol para instalação no “Cíles do Bairro do Toró e outro para reposição de estoque”, fl. 1313. A compra de traves para campo de futebol para “colocação no Estádio Municipal Cícero de Souza Marques e no Estádio Municipal do Jardim Morumbi (Formigão) e troca no Estádio Municipal do Tanque do Moinho (José Domingues)” (fl. 1318) (fls. 20).

Outro gasto irregular refere-se a compra de toner para máquina copiadora da Divisão de Promoção Social, fl. 1333. E nem se alegue que esse produto seria utilizado na jornada ampliada. Atividades ligadas a informática não necessitam desse equipamento. Trata-se de despesa da própria secretaria municipal e não há relação com o PETI (fls. 20).

Pois bem.

Primeiro, bom que se diga que, na execução das despesas havidas com as verbas recebidas da União para implementação do PETI, ficou provado nos autos que os gastos efetivamente ocorreram. Reside a alegada improbidade, na visão da autoria, na natureza dos gastos efetivados, que, em parte, não se adequariam às diretrizes do PETI.

Nesse tocante, tenho que assiste razão ao MM. Juiz sentenciante ao afirmar que tais gastos e despesas, em sua essência, tendo-se em conta a particularidade da espécie, guardam natureza discricionária.

Isso porque, o referido programa, em sua regulamentação, não traz especificações aos municípios participantes a respeito de quais as atividades poderiam, ou deveriam, ser promovidas durante a mencionada jornada ampliada.

Com efeito, ao analisarmos a Portaria nº 458, de 4/10/2001, da Secretaria de Assistência Social, que estabelece diretrizes e normas para o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI, verificamos que, no que toca à jornada ampliada, diz a norma, no item 5.10, do Anexo I, tão somente o que segue (grifos meus):

5.10 Atividades da Jornada Ampliada

O PETI busca aumentar o tempo de permanência da criança e do adolescente na escola, incentivando um segundo turno de atividades - Jornada Ampliada, nas unidades escolares ou de apoio. A Jornada Ampliada visa o desenvolvimento de potencialidades das crianças e adolescentes com vistas à melhoria do seu desempenho escolar e inserção no circuito de bens, serviços e riquezas sociais. *Deverão ser desenvolvidas atividades que visem: o enriquecimento do universo informacional, cultural, esportivo, artístico e lúdico e o desenvolvimento da autoestima das crianças e adolescentes; o reforço escolar e auxílio tarefa.* Em nenhuma hipótese poderão ser desenvolvidas atividades profissionalizantes, ou ditas semi-profissionalizantes, com as crianças e adolescentes do PETI, com exceção dos casos de adolescentes de 15 anos de idade vítimas de exploração sexual ou outras formas de exploração de sua mão de obra, em situação de extremo risco. A Jornada Ampliada deverá manter uma perfeita sintonia com a escola. Nesse sentido, deverá ser elaborada uma proposta pedagógica, sob a responsabilidade do setor educacional.

Da análise do dispositivo transcrito, não se vislumbra qualquer especificação a respeito de qual seria a ideal proporção de cada atividade a ser implantada, dentro do “universo informacional, cultural, esportivo, artístico e lúdico” da criança a ser desenvolvido durante a jornada ampliada.

De outro lado, fica claro, das provas dos autos, que a administração do Município de Bragança Paulista buscou prestigiar, na implementação do PETI, a prática de atividades esportivas, o que se conclui por meio das provas testemunhais e principalmente pelo volume de despesas realizadas com material dessa natureza, conforme notas de empenho juntadas aos autos.

Por certo a aquisição de material esportivo, que, segundo afirmação da própria autoria, configurou a área de destinação da quase totalidade dos recursos advindos do Programa PETI, não configura, de forma alguma, desvio de finalidade, eis que a prática de atividades esportivas,

nas mencionadas jornadas estendidas, se mostra salutar e deveras apropriada para o público alvo do Programa, que se destina a crianças de 5 a 15 anos.

Ora, considerando que a administração municipal não se encontrava vinculada a nenhuma norma determinante no que tange à eleição das atividades aplicadas durante as Jornadas Ampliadas, entendo que a opção primordial pelas atividades desportivas, realizada dentro da discricionariedade administrativa que cabia à hipótese, não se mostra de nenhuma forma reprovável.

É cediço que, dentro da margem de discricionariedade da Administração Pública, podem ocorrer atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade. Nessa perspectiva, caberá ao Poder Judiciário, quando incitado, a verificação da pertinência temática do ato atacado com os princípios que regem a atividade administrativa. Melhor dizendo, compete ao Poder Judiciário a análise do mérito do ato administrativo, mormente quanto aos limites da *moralidade, proporcionalidade e da razoabilidade*.

E, neste passo, diante do que foi já relatado, não vislumbro qualquer ofensa a tais princípios nas condutas levadas a efeito pelos acusados.

Nesse contexto, no que tange principalmente à execução das despesas havidas com as verbas recebidas para implementação do PETI, tenho que o MM. Juízo *a quo* analisou adequadamente também essa questão, motivo pelo qual transcrevo os bem lançados fundamentos da sentença, que ora adoto como razões de decidir:

Não há um contraste de legalidade imediato a proceder no caso em pauta, já que, do que decorre da própria análise dos termos do programa aqui em estudo não existia nenhuma diretiva compulsória ao administrador no sentido da implementação desta ou daquela atividade. Fica, então, esclarecido que o espectro de cognição judicial a ser aqui efetivado deve levar em conta - tão somente - a razoabilidade e proporcionalidade das medidas adotadas pelos administradores no âmbito de suas respectivas atribuições, já que, livres quanto à elaboração do conteúdo material das atividades que comporiam a Jornada Ampliada, não poderia o Judiciário, pelas mãos do Juiz, rever, com base em critérios de conveniência e oportunidade, as escolhas da Administração Pública, que ela, melhor do que ninguém, está autorizada a fazer. Dito isto, tenho que, do contexto das provas coligidas aos autos por todas as partes envolvidas em lide, não haja como aportar na conclusão pela prática de atos de improbidade administrativa. Explica-se: a implementação do programa de Jornada Ampliada em Bragança Paulista operou-se, na gestão dos co-requeridos, de forma a prestigiar, por parte das crianças por ele beneficiadas, a prática de atividades esportivas. A tal conclusão se chega a partir da natureza dos gastos que foram efetuados e do arcabouço de providências adotadas pela Administração Pública Municipal no sentido de implementar e promover atividades ligadas ao Programa. (...)

No ponto, de se espantar qualquer pecha de irregularidade e/ou improbidade administrativa, pelo fato de os recursos referentes ao Programa terem sido confiados a esta ou àquela pasta específica da Administração Municipal. A responsabilidade para atribuição das tarefas de implementação dos programas de responsabilidade do Governo Municipal compete ao Prefeito Municipal, sendo qualquer ingerência quanto a este aspecto completamente indevida. Assim, irrelevante, para efeitos jurídicos, que as despesas relativas ao PETI tenham sido afetadas à Secretaria dos Esportes, e não - como sustenta a inicial - à Secretaria da Promoção e Bem-Estar Social. (fls. 2797)

Nesta senda, de se avistar que a acolhida da pretensão veiculada na presente ação civil pública, principalmente quanto à questão atinente ao suposto desvio de finalidade no uso dos

recursos do PETI, tem aptidão a gerar usurpação de competência administrativa pelo Judiciário, o que encontra empecilho constitucional no princípio da separação de poderes.

Por fim, cumpre analisar a alegação do MPF no que diz respeito às irregularidades observadas nas *tomadas de contas* efetivadas em face da Administração Pública Municipal de Bragança Paulista.

Nesse aspecto, embora alegue o *Parquet* a ocorrência de situações de erro ou dúvida na escrituração das contas públicas relativas ao PETI, é certo que não houve a indispensável demonstração, pela autoria, de destinação irregular dos valores havidos para o programa em tela, tampouco que tenha ocorrido apropriação deles por parte dos requeridos.

Pelo contrário, a própria autoria reconhece que as verbas foram todas empregadas, mormente na compra de material esportivo, o que, conforme referido, não se considera incompatível com o Programa.

Outrossim, já que os recursos públicos foram todos aplicados no programa, certo é que meros enganos formais na elaboração da demonstração contábil e financeira não podem ensejar o reconhecimento de improbidade administrativa, à míngua de demonstração do elemento subjetivo de culpa exarcebada ou dolo, bem como do dano ao patrimônio público. Como já mencionado, a lei visa a alcançar o administrador desonesto, não o inábil.

Friso, novamente, que: o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas oportunidades, tem se manifestado no sentido de que a tipificação da conduta do réu na Lei de Improbidade Administrativa pressupõe a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; e EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010 (REsp 1261994/PE).

E que, na espécie, sequer resta configurada a ocorrência de dano ao erário, pressuposto igualmente indispensável para enquadramento das condutas ao art. 10 da Lei 8.429/1992.

Veja-se, nesse sentido, outros julgados do STJ:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL INDEVIDA NO CEMITÉRIO LOCAL POR OCASIÃO DO FERIADO DE FINADOS. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).
2. Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei 8.429/92), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são.

3. *O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).*

4. No presente caso, a conduta imputada ao agravado consiste na suposta realização de promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de Finados que, utilizando-se de funcionários públicos municipais, fez com que estes, na madrugada do dia 2 de novembro de 2003, distribuíssem por todos os túmulos existentes no cemitério municipal, um botão de rosa acompanhado de cartão (fls. 10).

5. Na linha da orientação ora estabelecida, a sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido do Ministério Público por ter entendido ausentes o dolo ou a má-fé do recorrente.

6. Ocorre que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a ausência do elemento subjetivo (dolo) ao afirmar que, muito embora, a princípio, não se vislumbre má-fé na atitude do Prefeito apelado, nem se tenha evidências de que teriam sido utilizados recursos financeiros públicos na empreitada motivadora do ajuizamento da presente ação, ao contrário (fls. 372), classifica esse mesmo comportamento como ato de improbidade administrativa.

7. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

8. Agravo Regimental do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desprovido.

(AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012, grifos meus)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VEREADORES - EDIÇÃO DE LEI MUNICIPAL QUE PERMITIA A CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO - EXAME DE LEI LOCAL: SÚMULA 280/STF - APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - ART. 11 DA LEI 8.429/1992 - ELEMENTO SUBJETIVO - DOLO GENÉRICO - NÃO-COMPROVAÇÃO.

1. Em sede de recurso especial, não pode o STJ examinar a pretensão da parte recorrente, se o Tribunal de origem decidiu a lide com base em normas de lei local.

2. A jurisprudência desta Corte, quanto ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em princípio, independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário público.

3. A Segunda Turma firmou entendimento de que, para caracterização dos atos previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, basta a configuração de dolo *lato sensu* ou genérico.

4. Não demonstrada a presença do dolo genérico dos vereadores na edição de lei municipal, que previa a contratação sem concurso público, descabe a tipificação de ato de improbidade administrativa.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1165505/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

Portanto, há que se concluir pela ocorrência de meras irregularidades na implantação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil no Município de Bragança Paulista, as quais, de toda sorte, não configuram, por falta de provas, atos de improbidade administrativa, razão pela qual não procede o pleito inicial desta ação civil pública.

E, estando a sentença de primeiro grau em consonância com o acima exposto, não merece reparo o *decisum*.

Ante o exposto, não conheço do agravo retido e *nego provimento* às apelações do MPF e da União, e à remessa oficial, tida por submetida.

Tendo em vista o resultado do julgamento, fica prejudicado o pedido de concessão de medida cautelar para decretação de indisponibilidade dos bens dos réus, deduzido pelo MPF (fls. 2969/2979).

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000301-77.2008.4.03.6100
(2008.61.00.000301-3)

Apelante: S & H NASSER COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MANUFATURADOS LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA

Classe do Processo: AC 1497523

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS EM RAZÃO DE APURAÇÃO DE SUBFATURAMENTO. DECISÃO EM INSTÂNCIA ÚNICA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES DA AUTORA.

I - Visto que o processo administrativo para apuração de infrações aduaneiras previstas nos arts. 23, 24 e 26 do Decreto-Lei nº 1.455/76 processa-se na forma do disposto no art. 27, do mesmo diploma legal, as disposições constantes da Lei nº 9.784/99 somente lhe são aplicáveis de forma subsidiária, caso não exista dispositivo legal específico.

II - A falsificação e adulteração, mencionadas no inciso VI, do art. 105, do Decreto-Lei nº 37/66, englobam a aposição, na declaração de importação ou documentos que a instruem, de valores não correspondentes aos efetivamente convencionados entre as partes, objetivando a sonegação dos tributos incidentes sobre a operação, razão pela qual incabível a distinção entre falsidade material e ideológica pretendida pela Impetrante.

III - Descabe a alegação de não cumprimento, pelo Fisco, da ordem prevista no Acordo de Valoração Aduaneira para aferição do valor das real das mercadorias em questão. A base de cálculo para fins da tributação sobre as operações de importação de bens está prevista no art. 20, II do CTN, isto é, quando a alíquota for *ad valorem* (como é o caso dos autos), a base imponível corresponderá ao preço normal que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da importação, em uma venda em condições de livre concorrência, para entrega no porto ou lugar de entrada do produto no País. A atuação fiscal deve perseguir o “valor real e de mercado” dos bens importados, independentemente do que constar na Declaração de Importação, não existindo norma expressa (legal ou administrativa) que vede a aferição desse valor com fulcro nos vários elementos que compõem a mercadoria.

IV - A apreensão das mercadorias foi fundamentada em procedimento fiscalizatório, no qual se constatou a ocorrência de dano ao erário, consistente na subvaloração das mercadorias nas declarações de importação e nos documentos que as instruíram, tendo a fiscalização tomado por base o valor de custo dos insumos utilizados na produção da mercadoria (considerado como hipótese mínima para o valor que deveria ter sido declarado), atentando, na seqüência, para o fato de que tal valor certamente é superior, na medida em que o exportador estrangeiro embute no preço o rateio das

despesas ocorridas, assim como uma margem de lucro.

V - Caberia à Autora demonstrar, de forma inequívoca, que o valor atribuído pela autoridade à mercadoria importada é irreal e discrepa do previsto no art. 20 II do CTN. No entanto, a Autora não logrou êxito em demonstrar as razões alegadas para justificar a aquisição das mercadorias por preços inferiores aos de custo. Desse modo, não tendo a Autora êxito em infirmar as conclusões da autoridade alfandegária, de modo a afastar as presunções de legalidade e veracidade dos atos administrativos impugnados, de rigor a manutenção da sentença.

VI - Agravo retido não conhecido e apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de maio de 2013.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de ação ordinária, ajuizada por S & H NASSER COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MANUFATURADOS LTDA., contra a UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), objetivando, em síntese, a liberação das mercadorias importadas, descritas na Declaração de Importação (DI) nº 06/1533574-2, retidas por ter sido apurada a falsidade ideológica das mencionadas declarações, bem como das faturas comerciais que as instruíram, pois apresentariam preços inferiores ao custo das matérias-primas utilizadas (fls. 02/23).

O MM. Juízo *a quo* julgou o pedido improcedente, condenando a autora em custas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados à razão de 20% (vinte por cento) do valor da causa, sob o fundamento da ausência de elementos aptos a afastar as alegações do Fisco (fls. 450/452).

A Autora interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, postulando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, ser baixo o custo das mercadorias retidas em razão de terem sido fabricadas com material de descarte, conforme atestado pelo fabricante, tanto que foram rechaçadas em outros países pela sua má qualidade (fls. 468/480).

Aduz a nulidade do processo administrativo, decidido em instância única, com fundamento no art. 27, § 4º, do Decreto-Lei nº 1.455/76, o qual, por se tratar de decreto, e por ser anterior, não pode sobrepor-se às disposições da Lei nº 9.784/99, e à garantia constitucional do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

Alega não ter sido respeitado o Acordo de Valoração Aduaneira, o qual prevê que o valor de revenda deve ser considerado antes do laudo.

Assevera ser inaplicável a pena de perdimento em razão de subfaturamento das mercadorias importadas.

Com contrarrazões (fls. 517/529), subiram os autos a esta Corte.
Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Inicialmente, não conheço do agravo retido, porquanto não reiterado nas razões de apelação.

Para a análise da pretensão, cumpre destacar o disposto no art. 69, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Tendo em vista, pois, que o processo administrativo para apuração de infrações aduaneiras previstas nos arts. 23, 24 e 26 do Decreto-Lei nº 1.455/76 processa-se na forma do disposto no art. 27, do mesmo diploma legal, as disposições constantes da Lei nº 9.784/99 somente lhe são aplicáveis de forma subsidiária, caso não exista dispositivo legal específico.

De outra parte, releva destacar a redação do art. 105, *caput*, e inciso VI, do Decreto-Lei nº 37/66, no qual se fundamentou o art. 618, inciso VI, do Decreto nº 4.543/02, bem como o ato administrativo impugnado, *verbis*:

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

(...)

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

(...)

XI - estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;

No mesmo sentido, é a redação do art. 23, inciso IV, e § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455/76:

Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b” do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

(...)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Com efeito, a falsificação e adulteração mencionadas englobam a aposição, na declaração de importação ou documentos que a instruem, de valores não correspondentes aos efetivamente convencionados entre as partes, objetivando a sonegação dos tributos incidentes sobre a operação, razão pela qual incabível a distinção entre falsidade material e ideológica pretendida pela Impetrante.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados desta 6ª Turma:

TRIBUTÁRIO - DESEMBARAÇO ADUANEIRO - APREENSÃO DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS - DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA - PENA DE PERDIMENTO.

1. A autoridade alfandegária, em regular ato de fiscalização, constatou inconsistências nos documentos que instruíram o despacho aduaneiro, bem como indícios de subfaturamento, porquanto o valor indicado na fatura comercial correspondia à metade do valor normalmente declarado por outros importadores em semelhantes transações. Em vista desses fatos, a autoridade impetrada lavrou o Auto de Infração nº 0817800/04040/00, sujeitando a apelante à pena de perdimento das mercadorias.

2. A autoridade impetrada apresentou quadro probatório pertinente e apto a fundamentar a imposição da reprimenda em questão. A apelante, por seu turno, não trouxe aos autos elementos seguros, tendentes a descaracterizar as conclusões da aduana.

3. Assim, no presente caso, verifico que o ato do impetrado se revestiu de absoluta legalidade, já que escudado na legislação pertinente, bem como por ter sido veiculado por meio idôneo. (TRF 3ª Região, 6ª T, AMS 218011, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. em 06.05.10, DJF3 17.05.10, p. 86)

MANDADO DE SEGURANÇA - ADUANEIRO - CONSTATAÇÃO DE FALSIDADE DA FATURA COMERCIAL UTILIZADA PARA PROMOVER O DESPACHO ADUANEIRO - INDÍCIOS DE SUBFATURAMENTO - PENA DE PERDIMENTO - DECRETO-LEI 37/66, ARTIGO 105, INCISOS VI E XI - AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Configura-se legítima a imposição da pena de perdimento das mercadorias importadas pela apelante, uma vez que lastreada no Decreto-lei 37/66, artigo 105, incisos VI e XI, diante da constatação de inidoneidade da fatura comercial apresentada para promover o despacho aduaneiro, assim como de indícios de subfaturamento daquelas.

2. Havendo indícios de fraude ou simulação em operações de comércio exterior, cabe à autoridade alfandegária adotar as providências tendentes a coibir tais práticas, providenciando a pertinente fiscalização. Ademais, a pena aplicada tem respaldo legal e obedeceu a procedimento administrativo em que se oportunizou à impetrante demonstrar sua regularidade junto à Secretaria da Receita Federal.

3. A tese ventilada pela apelante segundo a qual teria ocorrido cerceamento de defesa por ter a Alfândega deixado de comunicar o importador a suposta irregularidade, nos moldes do artigo 45 e 46 da IN/SRF 69/96, seguramente não goza de qualquer respaldo jurídico, tendo em vista que tal comando normativo refere-se ao procedimento para caracterização do abandono da mercadoria, o que não é o caso dos autos, em que se discute a legalidade da imposição da pena de perdimento ante a constatação de irregularidades no procedimento de despacho aduaneiro.

4. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 6ª T, AMS 220475, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. em 27.08.09, DJF3 05.10.09, p. 550)

Ademais, descabe a alegação de não cumprimento, pelo Fisco, da ordem prevista no Acordo de Valoração Aduaneira para aferição do valor real das mercadorias em questão.

Observe que a base de cálculo para fins da tributação sobre as operações de importação de bens está prevista no art. 20, II do CTN, isto é, quando a alíquota for *ad valorem* (como é o caso dos autos), a base impositiva corresponderá ao preço normal que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da importação, em uma venda em condições de livre concorrência, para entrega no porto ou lugar de entrada do produto no País.

A autoridade aduaneira pode discordar dos dados da Declaração de Importação de maneira a cumprir o mandamento legal. Em tal hipótese, cabe ao interessado produzir prova no sentido de afastar as presunções de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

Certo é que a atuação fiscal deve perseguir o “valor real e de mercado” dos bens importados, independentemente do que constar na Declaração de Importação, não existindo norma expressa (legal ou administrativa) que vede a aferição desse valor com fulcro nos vários elementos que compõem a mercadoria.

Com efeito, da análise dos documentos constantes dos autos, verifico ter sido a apreensão das mercadorias fundamentada em procedimento fiscalizatório, no qual se constatou a ocorrência de dano ao erário, consistente na subvaloração das mercadorias nas declarações de importação e nos documentos que as instruíram, tendo a fiscalização tomado por base o valor de custo dos insumos utilizados na produção da mercadoria (considerado como hipótese mínima para o valor que deveria ter sido declarado), atentando, na seqüência, para o fato de que tal valor certamente é superior, na medida em que o exportador estrangeiro embute no preço o rateio das despesas ocorridas, assim como uma margem de lucro (fls. 125/141).

Caberia à Autora demonstrar, de forma inequívoca, que o valor atribuído pela autoridade à mercadoria importada é irreal e discrepa do previsto no art. 20 II do CTN. No entanto, a Autora não logrou êxito em demonstrar as razões alegadas para justificar a aquisição das mercadorias por preços inferiores aos de custo.

Desse modo, não afastadas as presunções de legalidade e veracidade dos atos administrativos impugnados, de rigor a manutenção da sentença.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO E NEGÓ PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA

0004214-92.2012.4.03.0000

(2012.03.00.004214-6)

Impetrante: DIOGO CRISTIAN DENNY

Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR - PRESIDENTE DA COMISSÃO DO XVI CONCURSO PÚBLICO

Codinome: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DA COMISSÃO DO DÉCIMO SEXTO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA TERCEIRA REGIÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: MS 335883

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME, PELO PODER JUDICIÁRIO, DOS CRITÉRIOS DE FORMULAÇÃO E CORREÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO.

- Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade de concurso público, substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões ou os critérios de correção e atribuição de notas às provas.

- A documentação carreada aos autos e o contexto das questões objurgadas revelam a observância ao edital do concurso.

- Muito embora, em situações de rigorosa exceção, a jurisprudência já tenha admitido a intervenção do Poder Judiciário, quando verificada evidente desconformidade entre as questões da prova e o programa descrito no edital do certame, ou, ainda, na presença de hipótese de erro manifesto, detectável *primo ictu oculi*, não restam tais hipóteses caracterizadas nos autos.

- Caso no qual se pode sem dificuldade constatar que os temas abordados nas questões em que o impetrante alega ter havido cobrança de matéria divorciada do edital estavam contidos no programa do concurso.

- Com relação às demais questões cuja anulação foi pleiteada no *writ*, sob alegação de contrariedade à jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores e à lei, com conseqüente violação do edital, as razões aduzidas revelam a pretensão de obter judicialmente a revisão do mérito administrativo, vale dizer, dos critérios de elaboração e avaliação da prova, bem como a modificação da nota atribuída ao impetrante, o que não pode ser admitido.

- Tais questões já foram reavaliadas por ocasião do julgamento dos recursos administrativos dos candidatos, inclusive do impetrante, e os critérios utilizados pela banca examinadora em sua análise foram expostos em decisões devidamente fundamentadas, das quais resultaram as respostas consolidadas no gabarito definitivo, válidas indistintamente para todos os candidatos, tendo sido desse modo assegurada a igualdade de tratamento entre eles na correção das provas.

- Ademais, as soluções definidas no gabarito para as referidas questões, bem como as

decisões da banca a elas correspondentes, não revelam teratologia ou erro flagrante e incontestável, perceptível de plano, de molde a autorizar a ingerência do Poder Judiciário na correção da prova.

- Por outro lado, eventual conclusão acerca da certeza e liquidez do direito invocado exigiria não apenas o reexame dos termos das questões discutidas e das decisões da comissão de concurso, mas também, necessariamente, detida e minuciosa indagação a respeito da orientação jurisprudencial e da legislação concernentes aos temas abordados, procedimento que exorbita do âmbito do controle jurisdicional.

- Por fim, a circunstância de versarem as questões impugnadas sobre temas de Direito, relativos à área jurídica, não elide o fato de serem a sua elaboração e correção regidas por critérios técnicos, de competência estrita e discricionária da banca examinadora, nem as sujeita automaticamente à possibilidade de reapreciação judicial, consoante precedentes do STJ.

- Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2013.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por DIOGO CRISTIAN DENNY contra ato do então Presidente da Comissão do XVI Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto da 3ª Região, Desembargador Federal Nery Júnior, que negou provimento a recurso administrativo interposto pelo impetrante visando à anulação de questões da prova objetiva do concurso, ocorrida em 04.12.2011, e alterou o gabarito preliminar da referida prova, quando da divulgação do gabarito definitivo, depois do julgamento dos pedidos de revisão apresentados pelos candidatos.

Narra o impetrante que, tendo realizado a prova objetiva da 1ª fase do mencionado certame, como candidato regularmente inscrito, recorreu administrativamente de diversas questões formuladas, dentre as quais as de nºs 15, 25, 59, 86 e 93, a seu ver eivadas de nulidade, sem obter êxito.

Afirma, ainda, que a alteração da resposta de uma das questões da prova, a de nº 70, promovida pela Comissão de Concurso após o julgamento de todos os recursos administrativos interpostos, também acarretou a nulidade dessa questão.

Alega que as mencionadas questões violaram o edital do concurso, em razão de versarem sobre matéria não incluída no conteúdo programático divulgado (nºs 15, 59 e 93), de formulação baseada em entendimento jurisprudencial não pacificado (nº 70) e de afronta a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores ou a letra expressa da lei (nºs 25 e 86), aduzindo que a contagem a seu favor do ponto referente a qualquer dessas questões implicaria na sua aprovação

e conseqüente classificação para a prova subjetiva da 2ª fase.

Pleiteia medida liminar “para conferir-lhe temporariamente a pontuação das questões impugnadas e determinar, por conseguinte, sua inclusão na segunda etapa do certame”, em vista da presença do *fumus boni iuris*, evidenciado pelos vícios apontados, e do *periculum in mora*, decorrente da iminência da realização da segunda fase, prevista para os dias 02 a 04.03.2012.

Pede, ao final, a concessão da segurança, “para o fim de reformar a decisão do Presidente da Comissão de Concurso, que julgou improcedente (*sic*) os recursos administrativos em face das questões nºs 15, 25, 59, 86 e 93, e, lado outro, julgou procedente o recurso de outro(s) candidatos(s), alterando o gabarito da questão nº 70, anulando-se essas seis questões da prova escrita objetiva do XVI Concurso Público para Provisão de Cargos de Juiz Federal Substituto da Terceira Região”.

A medida liminar foi indeferida, mediante decisão de fls. 147/150.

Notificada para informações, prestou-as a autoridade impetrada às fls. 159/177.

Em face do indeferimento da liminar, foi interposto pelo impetrante agravo, nos moldes do art. 16, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009, requerendo a reconsideração da decisão agravada ou a sua reforma pelo Órgão Especial (fls. 178/186).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pela denegação da segurança (fls. 188/191).

Intimada, a União Federal manifestou seu interesse na lide (fls. 193/193 vº).

Em sessão de julgamento realizada aos 14.03.2012, o recurso de agravo foi submetido à apreciação deste Colegiado, que, por maioria, lhe negou provimento, consoante acórdão de fls. 197/207 vº.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME, PELO PODER JUDICIÁRIO, DOS CRITÉRIOS DE FORMULAÇÃO E CORREÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO.

- Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade de concurso público, substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões ou os critérios de correção e atribuição de notas às provas.

- A documentação carreada aos autos e o contexto das questões objurgadas revelam a observância ao edital do concurso.

- Muito embora, em situações de rigorosa exceção, a jurisprudência já tenha admitido a intervenção do Poder Judiciário, quando verificada evidente desconformidade entre as questões da prova e o programa descrito no edital do certame, ou, ainda, na presença de hipótese de erro manifesto, detectável *primo ictu oculi*, não restam tais hipóteses caracterizadas nos autos.

- Caso no qual se pode sem dificuldade constatar que os temas abordados nas questões em que o impetrante alega ter havido cobrança de matéria divorciada do edital estavam contidos no programa do concurso.

- Com relação às demais questões cuja anulação foi pleiteada no *writ*, sob alegação de contrariedade à jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores e à lei, com conseqüente violação

do edital, as razões aduzidas revelam a pretensão de obter judicialmente a revisão do mérito administrativo, vale dizer, dos critérios de elaboração e avaliação da prova, bem como a modificação da nota atribuída ao impetrante, o que não pode ser admitido.

- Tais questões já foram reavaliadas por ocasião do julgamento dos recursos administrativos dos candidatos, inclusive do impetrante, e os critérios utilizados pela banca examinadora em sua análise foram expostos em decisões devidamente fundamentadas, das quais resultaram as respostas consolidadas no gabarito definitivo, válidas indistintamente para todos os candidatos, tendo sido desse modo assegurada a igualdade de tratamento entre eles na correção das provas.

- Ademais, as soluções definidas no gabarito para as referidas questões, bem como as decisões da banca a elas correspondentes, não revelam teratologia ou erro flagrante e incontestável, perceptível de plano, de molde a autorizar a ingerência do Poder Judiciário na correção da prova.

- Por outro lado, eventual conclusão acerca da certeza e liquidez do direito invocado exigiria não apenas o reexame dos termos das questões discutidas e das decisões da comissão de concurso, mas também, necessariamente, detida e minuciosa indagação a respeito da orientação jurisprudencial e da legislação concernentes aos temas abordados, procedimento que exorbita do âmbito do controle jurisdicional.

- Por fim, a circunstância de versarem as questões impugnadas sobre temas de Direito, relativos à área jurídica, não elide o fato de serem a sua elaboração e correção regidas por critérios técnicos, de competência estrita e discricionária da banca examinadora, nem as sujeita automaticamente à possibilidade de reapreciação judicial, consoante precedentes do STJ.

- Segurança denegada.

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Pretende o impetrante, pela via do presente *writ*, obter a anulação das questões nºs 15, 25, 59, 70, 86 e 93 da prova objetiva seletiva do XVI concurso público para a magistratura da Justiça Federal da 3ª Região e a conseqüente reversão da pontuação dessas questões em seu benefício, de modo a ser aumentada a sua nota e, com isso, assegurada a sua aprovação na primeira fase do certame.

Sustenta haver ilegalidade nas referidas questões, decorrente de violação das regras do edital do concurso.

Alega que: as questões nºs 15, 59 e 93 exigiram conhecimento de matéria não incluída no conteúdo programático divulgado no edital; a questão nº 70 afrontou o item nº 7.4 do mesmo edital, uma vez que sua resposta, tida como correta no gabarito definitivo, não se apoiou em jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores, contrariamente ao exigido por aquele item; e as respostas das questões nºs 25 e 86 trazidas no gabarito afrontaram, ambas, a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, havendo ainda, além disso, na de nº 86, ofensa a texto expresso de lei.

As questões objetivas impugnadas foram assim formuladas, no caderno de prova do candidato impetrante (fls. 62/84):

QUESTÃO 15

Acerca dos *regimes especiais*, assinale a opção correta.

A) A reparação econômica em prestação mensal, devida ao anistiado político no valor igual ao da remuneração que receberia se estivesse na ativa, não é isenta de contribuição previdenciária nem pode ser acumulada com outros benefícios de natureza previdenciária.

B) Somente o ferroviário admitido na Rede Ferroviária Federal S.A. pelo regime estatutário e que não tenha feito a opção pelo regime celetista tem direito à complementação de aposentadoria para equiparar os proventos da inatividade com a remuneração que receberia se em atividade estivesse.

C) A *pensão especial aos portadores da síndrome da talidomida*, cujo valor é calculado com base nos pontos indicadores da natureza e no grau da dependência resultante da deformidade física, não pode ser reduzida em razão da aquisição de capacidade laborativa ocorrida após a sua concessão.

D) O direito de reversão da pensão de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial para a filha mulher, em razão do falecimento da própria mãe, que recebia a pensão especial, é regulado pelas normas em vigor na data do óbito da genitora.

E) Os seringueiros que contribuíram na produção da borracha durante a Segunda Guerra Mundial, conhecidos como “soldados da borracha”, têm direito à pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos, intransferível aos dependentes.

QUESTÃO 25

Com referência aos direitos fundamentais, aos recursos e ao procedimento da ação penal, assinale a opção correta.

A) Em nenhum caso será admitido, por intempestivo, recurso especial interposto antes da publicação do acórdão de julgamento dos embargos de declaração.

B) No processo penal, em regra, o interrogatório realiza-se antes da abertura do prazo para apresentação de defesa prévia.

C) Por falta de disposição legal expressa, não se aplicam à fase inicial do procedimento previsto para o tráfico de drogas as disposições do CPP referentes à absolvição sumária, à rejeição da denúncia e à citação do acusado para responder por escrito à acusação.

D) Nos termos do CPP em vigor, a prescrição é circunstância que pode conduzir à rejeição da denúncia e não, à absolvição sumária.

E) A ampla defesa, como efetiva participação no processo, compreende o direito a defensor técnico habilitado para todos os atos processuais, incluindo-se o interrogatório, não sendo admissível a ausência de manifestação da defesa nos momentos relevantes, como nas alegações finais, cuja inexistência ou deficiência impossibilitam a prolação de sentença.

QUESTÃO 59

Uma das características do mundo globalizado é a adoção de normas internacionais em diversos setores da sociedade. Na área da contabilidade, por exemplo, houve, nos últimos anos, alterações significativas introduzidas pela *Lei das Sociedades por Ações*. No que se refere à classificação dos componentes patrimoniais, assinale a opção correta com base nas normas legais atualmente aplicáveis.

A) Os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte devem ser classificados no grupo “realizável a longo prazo”.

B) O que antes era contabilizado no grupo “investimentos” passou a sê-lo no grupo “imobilizado”.

C) O grupo “ativo imobilizado” manteve-se como parte do grupo “investimentos”.

D) As despesas pré-operacionais devem ser registradas como parte do grupo “diferido”.

E) Todos os ativos que não devam ser contabilizados no “ativo circulante” devem sê-lo no “ativo não circulante”.

QUESTÃO 70

Caso tenha sido regularmente aberto procedimento administrativo tributário contra contribuinte, a autoridade tributária pode requerer informações sobre os bens, negócios e atividades desse contribuinte a

A) cartórios, mas não a bancos.

B) cartórios, mas não a empresas de administração de bens.

C) bancos, mas não a cartórios.

D) bancos, mas não a empresas de administração de bens.

E) bancos e cartórios.

QUESTÃO 86

Considerando o regime jurídico e o previdenciário dos servidores públicos, bem como os direitos e deveres desses servidores, assinale a opção correta.

- A) Litígios entre o Estado e servidores estatutários da administração direta, sejam eles federais, estaduais ou municipais, são dirimidos pela justiça do trabalho.
- B) Os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do DF e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, submetem-se a regime previdenciário especial, não ao RGPS, aplicável aos trabalhadores em geral da iniciativa privada.
- C) Entre os direitos sociais estendidos ao servidor público incluem-se o décimo terceiro salário, o salário família, o seguro-desemprego e o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho desenvolvido.
- D) Tendo o STF deferido medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39 da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o regime jurídico único voltou a ser obrigatório em toda a administração direta e indireta da União, dos estados, do DF e dos municípios.
- E) A unicidade do regime jurídico alcança os servidores permanentes e os temporários, cabendo à pessoa federativa, após a opção, aplicar o mesmo regime jurídico a ambas as espécies de servidores.

QUESTÃO 93

Assinale a opção correta relativamente aos *mecanismos de implementação dos direitos humanos no plano internacional*.

- A) A comissão Europeia de Direitos Humanos é um órgão de conciliação e mediação do sistema europeu de proteção.
 - B) A Corte Europeia de Direitos Humanos dispõe de competência consultiva.
 - C) Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são passíveis de recurso à Corte Internacional de Justiça.
 - D) A Corte Europeia de Direitos Humanos julga exclusivamente demandas de indivíduos contra Estados.
 - E) Na atualidade, existem apenas duas cortes regionais em funcionamento: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos.
- (destaques nossos)

O gabarito oficial definitivo divulgado pela Comissão do Concurso Público, após o julgamento dos recursos administrativos, apontou como respostas corretas às questões acima transcritas, respectivamente, as alternativas “C”, “E”, “E”, “A”, “B” e “B” (fls. 121).

O programa do concurso (exposto no Anexo I do Edital nº 1 - TRF 3ª Região, de 25.07.2011), de seu turno, no tocante às matérias em que incluídos os temas abordados nas questões nºs 15, 59 e 93, previu os seguintes conteúdos:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

(...)

4. Previdência social rural e previdência social privada; *regimes especiais*; regime previdenciário do servidor estatutário; previdência complementar.

(...)

DIREITO EMPRESARIAL

(...)

5. Sociedade limitada e *sociedade anônima*.
(...)

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO
(...)

4. *Proteção internacional dos direitos humanos*: Declaração Universal dos Direitos Humanos; direitos civis, políticos, econômicos e culturais; *mecanismos de implementação*.
(...)
(destaques nossos)

De outra parte, o item 7.4 do edital, que o impetrante alega ter sido contrariado, assim dispõe:

7.4 As questões da prova objetiva seletiva serão formuladas de modo que, necessariamente, a resposta reflita a posição doutrinária dominante ou a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores.

A autoridade impetrada, em suas informações (fls. 159/177), asseverou que a Comissão do Concurso, no exercício da sua competência, examinou em sessão de julgamento pública todos os recursos dos candidatos contra os gabaritos oficiais preliminares da prova objetiva e decidiu-os por unanimidade.

No que tange especificamente às questões discutidas neste *writ*, informou a autoridade impetrada ter votado a Comissão nos seguintes termos:

QUESTÃO 15 - VOTO:

A alternativa tida como correta não traz matéria estranha ao Edital de concurso. Há no conteúdo programático menção expressa a “regimes especiais” previdenciários, o que inclui segmentos específicos submetidos à proteção previdenciária estatal, a exemplo dos seringueiros (soldados da borracha), com expressa previsão constitucional (art. 54 do ADCT) e dos portadores de Talidomida.

A exigência acerca desses “regimes especiais”, dentre outros, não foge ao tema do concurso.
(...)

Votação: unânime, pelo não provimento dos recursos.

QUESTÃO 25 - VOTO:

A Súmula 523 STF, citada por muitos recorrentes, corrobora o acerto da alternativa “C”, pois diferencia os efeitos para a falta de defesa (nulidade absoluta) da sua deficiência (nulidade relativa) e essa alternativa trata da “(...) ausência de manifestação da defesa nos momentos relevantes, como nas alegações finais (...)” e a ausência equivalente à falta, logo, não pode o juiz prolatar sentença ante à (*sic*) evidente nulidade absoluta de falta de alegações finais.
(...)

Votação: unânime, pelo não provimento dos recursos.

QUESTÃO 59 - VOTO:

Não assiste razão aos recorrentes. Ao contrário do sustentado pelos recorrentes, a resposta à pergunta depende da análise dos dispositivos da Lei das S.A., matéria esta expressamente prevista no item 5 do programa de direito empresarial, que faz parte integrante do edital do concurso. (...)

Votação: unânime, pelo não provimento dos recursos.

QUESTÃO 86 - VOTO:

A questão indicada como correta não padece de nenhum vício que possa levar à declaração de sua nulidade.

A terminologia empregada na questão “regime previdenciário especial” é amplamente utilizada pela doutrina para se contrapor a “regime previdenciário geral” (RGPS), não sendo elemento que possa levar à ambigüidade ou à adequada compreensão da questão.

No mais, como bem assinala a doutrina “são dois os regimes de previdência hoje previstos na Constituição, os quais, embora apresentem pontos de convergência em alguns aspectos, com vista à obtenção da maior uniformidade possível, tem fisionomia e destinatários próprios. O primeiro tem a disciplina prevista nos artigos 201 e 202, sendo aplicáveis aos trabalhadores em geral, pertencentes em regra à iniciativa privada e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho; o segundo se encontra no artigo 40 e seus parágrafos, destinando-se especificamente aos servidores públicos efetivos, regidos pelos respectivos estatutos funcionais.” E, ainda, “o regime jurídico da previdência dos servidores públicos estatutários e efetivos, que são a grande massa de agentes administrativos, é o regime previdenciário especial, encontrando-se sua disciplina no artigo 40 e parágrafos da Constituição Federal.” (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Lúmen Júris Editora, 23ª edição).

A alternativa “D” está incorreta.

Os efeitos da ADIn 2.135-4 atingiram apenas as pessoas expressamente mencionadas no artigo 39 do ADCT da CF de 1.988, que previa a instituição do regime jurídico único e planos de carreira para servidores da (a) administração pública direta, (b) das autarquias e (c) das fundações não se compreendendo nessa norma os entes da Administração indireta, regidos por sistema próprio (celetista), a teor do artigo 173, parágrafo 1º, inciso II da Constituição Federal.

Votação: unânime, pelo não provimento dos recursos.

QUESTÃO 93 - VOTO:

A questão não merece reparos.

O Edital de concurso é claro ao prever dentre seu conteúdo o tema de “proteção internacional dos direitos humanos”, sendo a Corte Européia referência para a normatização de outros ordenamentos supranacionais e objeto de estudos de normas internacionais voltadas à proteção internacional dos direitos humanos.

Votação: unânime, pelo não provimento dos recursos.

QUESTÃO 70: VOTO:

Assiste razão aos recorrentes. Segundo a recente jurisprudência do STF (RE 389808, Dje 09-05-11), o sigilo bancário não está disponível à fazenda pública, salvo por decisão judicial. Destarte, apenas a assertiva “A” está correta, que prevê o acesso direto pela Receita Federal a informação de cartórios, mas não de instituições bancárias.

Votação: unânime, pelo deferimento dos recursos, para o fim de alterar a resposta do gabarito para assertiva “A”.

A jurisprudência de nossas Cortes Superiores é firme no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade de concurso público, substituir a banca examinadora para reexaminar os critérios de formulação das questões ou de correção e atribuição de notas às provas.

A esse respeito, de fato, são inúmeros os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo daqueles ora colacionados:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Anulação de questões de prova pelo Poder Judiciário. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. Pacífica a jurisprudência

desta Corte de que o Poder Judiciário não pode se substituir à banca examinadora do concurso público para aferir a correção das questões de prova e a elas atribuir a devida pontuação, consoante previsão editalícia. (...) 4. Agravo regimental não provido.

(STF, AgR no RE nº 405964/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 24/04/2012, DJe 16/05/2012)

Ementa

Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público. 3. Anulação de questões. Prova objetiva. 4. Não compete ao Poder Judiciário, no controle da legalidade, substituir a banca examinadora para censurar o conteúdo das questões formuladas. 5. Precedentes do STF. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgR no MS nº 30144/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 21/06/2011, DJe 01/08/2011)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES OBJETIVAS. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ao Poder Judiciário não é dado substituir banca examinadora de concurso público, seja para rever os critérios de correção das provas, seja para censurar o conteúdo das questões formuladas. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgR no AI nº 827001/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 01/03/2011, DJe 31/03/2011.)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DO CERTAME. CONTROLE JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO STF. 1. Não cabe ao poder judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas. (...) Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgR no RE nº 560551/RS, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 17/06/2008, DJe 01/08/2008)

EMENTA: (...) II. *Concurso público: recurso extraordinário: inviabilidade.* Já decidiu o Supremo Tribunal que não compete ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, examinar o conteúdo de questões de concurso público para aferir a avaliação ou correção dos gabaritos. Precedentes.

(STF, AgR no AI nº 608639/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 02/03/2007, DJ 13/04/2007.)

EMENTA: *Agravo regimental em agravo de instrumento.* 2. Concurso público. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Avaliação de critérios de correção de provas e atribuição de notas pelo Poder Judiciário. Impossibilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgR no AI nº 500416/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 24/08/2004, DJ 10/09/2004)

EMENTA: Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (MS 21176, Plenário). Agravo regimental improvido.

(STF, AgR no RE nº 243056/CE, Relª. Minª. Ellen Gracie, 1ª Turma, j. 06/03/2001, DJ 06/04/2001.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. REVISÃO

DO GABARITO. ANULAÇÃO DA QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A intervenção do Judiciário para controlar os atos de banca examinadora de concurso público restringe-se à averiguação da legalidade do procedimento, não sendo-lhe possível substituir a referida banca para reexaminar o conteúdo das questões formuladas, os critérios de correção das provas ou a resposta do gabarito final.

Precedentes: AgRg no REsp 1260777 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 16/03/2012; AgRg no RMS 21654 / ES, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 14/03/2012; AgRg no REsp 1221807 / RJ; 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 07/03/2012; AgRg no REsp 1301144 / RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30/03/2012.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp nº 187044/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. 07/08/2012, DJe 10/08/2012)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 283/STF. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. REVISÃO. NÃO CABIMENTO. QUESTÕES SOBRE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE À PUBLICAÇÃO DO EDITAL. VIABILIDADE. PRECEDENTES.

(...)

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual não cabe ao Poder Judiciário atuar em substituição à banca examinadora de concurso público, apreciando critérios utilizados na formulação de questões ou na correção de provas, salvo quando evidenciada ofensa à legalidade e à moralidade, o que não ocorre no caso.

3. “De acordo com a jurisprudência desta Corte é cabível a exigência, pela banca examinadora de concurso público, de legislação superveniente à publicação do edital, quando este não veda expressamente tal cobrança. Desse modo, previsto no edital o tema alusivo ao ‘Poder Judiciário’, é possível o questionamento sobre a Emenda Constitucional 45/2004, promulgada justamente com o objetivo de alterar a estrutura do Judiciário pátrio” (AgRg no RMS 22.730/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2010, DJe 10/5/2010).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no RMS nº 21654/ES, Rel. Min. Og Fernandes, 1ª Turma, j. 01/03/2012, DJe 14/03/2012.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS. PROVA PRELIMINAR (EDITAL nº 02/2004 - CPCIRSNR). CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E INTERPRETAÇÃO DE QUESTÕES.

1. O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora, tampouco se imiscuir nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, porquanto sua atuação cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público. Precedentes da Corte: RMS 26.735/MG, Segunda Turma, DJ 19.06.2008; RMS 21.617/ES, Sexta Turma, DJ 16.06.2008; AgRg no RMS 20.200/PA, Quinta Turma, DJ 17.12.2007; RMS 22.438/RS, Primeira Turma, DJ 25.10.2007 e RMS 21.781/RS, Primeira Turma, DJ 29.06.2007.

2. *In casu*, a pretensão engendrada no mandado de segurança ab origine, qual seja, invalidação da questão nº 23 da prova de Conhecimentos Gerais de Direito, esbarra em óbice intransponível, consubstanciado na ausência de direito líquido e certo, uma vez que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nos critérios de correção de provas, além do fato de que o desprovimento do recurso administrativo *in foco* decorreu da estrita observância dos critérios estabelecidos no edital que rege o certame, fato que, evidentemente, revela a ausência de ilegalidade e, *a fortiori*, afasta o controle judicial.

3. Recurso ordinário desprovido.

(STJ, RMS nº 19615/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 16/10/2008, DJe 03/11/2008.)

Por conseguinte, descabida a pretensão de submeter ao controle jurisdicional o conteúdo das questões de prova formuladas e o reexame das respostas indicadas como corretas no gabarito.

Em situações de rigorosa exceção, entretanto, tem sido admitida pela jurisprudência a intervenção do Poder Judiciário, quando verificada evidente desconformidade entre as questões da prova e o programa descrito no edital do certame, ou, ainda, na presença de hipótese de erro manifesto, detectável *primo ictu oculi*, sem qualquer possibilidade de controvérsia, consoante julgados a seguir:

EMENTA EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA PACÍFICA. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PUBLICIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 4. Não cabe ao Poder Judiciário rever os critérios de correção das provas e as notas a elas atribuídas, a não ser quando seja exigido conhecimento de matéria não prevista no edital. 5. Agravo regimental não provido.

(STF, ED na AO nº 1395/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 24/06/2010, DJe 22/10/2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. 1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso. 2. O Supremo Tribunal Federal entende admissível o controle jurisdicional em concurso público quando “não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso”. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgR no RE nº 440335/RS, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 17/06/2008, DJe 01/08/2008)

EMENTA: *Concurso público*: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso. Precedente (RE 434.708, 21.6.2005, Pertence, DJ 09.09.2005).

(STF, AgR no RE nº 526600/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 12/06/2007, DJe 03/08/2007)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REVISÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA. DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a revisão dos critérios adotados pela banca examinadora de concurso público apenas em situações excepcionais, onde resta caracterizado o erro crasso na elaboração da questão.

2. Existindo controvérsia a respeito da errônea formulação da questão, ainda que de acentuada dúvida, compete à banca examinadora dirimir tal questionamento.

3. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade do concurso público, tomar o lugar da banca examinadora, nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas.

4. Precedentes: RMS 32.098/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 10.12.2010; RMS 32.108/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.8.2010, DJe 14.9.2010; AgRg no Ag 1.298.842/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 29.6.2010; RMS 20.984/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3.11.2009, DJe 12.11.2009.

Recurso ordinário improvido.

(STJ, RMS nº 33725/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 12/04/2011, DJe 26/04/2011)

ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CONTROLE JURISDICIONAL - ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA - POSSIBILIDADE - LIMITE - VÍCIO EVIDENTE - PRECEDENTES - PREVISÃO DA MATÉRIA NO EDITAL DO CERTAME.

1. É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*. Precedentes.

2. Recurso ordinário não provido.

(STJ, RMS nº 28204/MG, Relª. Minª. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 05/02/2009, DJe 18/02/2009)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPEDIMENTO DE RELATOR. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO-CABIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE PROVA SUBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. A banca examinadora de concurso público elabora e avalia as provas com discricionariedade técnica. Assim, não há como o Poder Judiciário atuar para proceder à reavaliação da correção das provas realizadas, mormente quando adotados os mesmos critérios para todos os candidatos.

3. Hipótese que não se cuida de mero erro material, considerado aquele perceptível de plano, sem maiores indagações. Conclusão a respeito do direito líquido e certo invocado demandaria análise pormenorizada da resposta dada pelo recorrente à prova subjetiva, não apenas em confronto com a legislação processual, mas também com a orientação doutrinária a respeito do tema, o que não se insere, como referido acima, no âmbito de atuação do Poder Judiciário.

(...)

5. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no RMS nº 20200/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 25/10/2007, DJ 17/12/2007)

In casu, pode-se sem dificuldade constatar que os temas abordados nas questões em que o impetrante alega ter havido cobrança de matéria divorciada do edital (nºs 15, 59 e 93) estavam inequivocamente contidos no programa do concurso.

Com efeito, a questão de nº 15, que, conforme indicado no gabarito definitivo, teve como resposta correta a alternativa “C”, versou sobre regimes especiais previdenciários, assunto previsto no item 4 do programa de Direito Previdenciário do certame e que indubitavelmente abrange a “pensão especial” previdenciária ventilada na assertiva contida na referida alternativa.

A questão nº 59, de seu turno, que teve a assertiva da alternativa “E” apontada no gabarito definitivo como a correta, explorou matérias relativas à Lei das Sociedades por Ações, cuja temática foi incluída no item 5 do programa relativo ao Direito Empresarial, sob a expressão “sociedade anônima”.

Já a questão nº 93, que o gabarito indicou ter como resposta correta a alternativa “B”, tratou do tema da proteção internacional dos direitos humanos e seus mecanismos de implementação, expressamente previsto no item 4 do conteúdo programático da disciplina de Direito Internacional Público e Privado, do qual não desbordou aquela alternativa ao discorrer sobre a Corte Européia de Direitos Humanos, que, à evidência, se insere entre os referidos mecanismos.

De outra parte, a propósito, conforme pronunciamento do C. Supremo Tribunal Federal ao examinar caso semelhante, “seria inimaginável, por óbvio, que todas as informações de um determinado tema jurídico estivessem detalhadamente expostas no programa do concurso. Cabe ao edital, tão somente, a indicação das matérias que poderão vir a ser exploradas na prova aplicada aos candidatos, sem o esgotamento do universo de conhecimentos que as compõem” (in: MS nº 30894/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 08.05.2012).

Com relação às demais questões cuja anulação foi pleiteada neste *writ* (nºs 25, 70 e 86), sob alegação de contrariedade à jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores e ofensa à lei, com conseqüente violação do edital, as razões aduzidas traduzem eufemisticamente a afirmação de que tais questões foram mal formuladas ou corrigidas de maneira errônea, revelando em verdade a pretensão de obter judicialmente a revisão do mérito administrativo, vale dizer, dos critérios de elaboração e avaliação da prova, bem como a modificação da nota atribuída ao impetrante, o que, como foi acima assinalado, não pode ser admitido.

Frise-se que aquelas questões já foram reavaliadas por ocasião do julgamento dos recursos administrativos dos candidatos, inclusive do ora impetrante, e que os critérios utilizados pela banca examinadora em sua análise foram expostos em decisões devidamente fundamentadas, das quais resultaram as respostas consolidadas no gabarito definitivo, válidas indistintamente para todos os candidatos, tendo sido desse modo assegurada a igualdade de tratamento entre eles na correção das provas.

Ressalte-se, ainda, que as soluções definidas no gabarito final para as mencionadas questões, bem como as decisões da banca a elas correspondentes, não revelam teratologia ou erro flagrante e incontestável, perceptível de plano, de molde a autorizar a ingerência do Poder Judiciário na correção da prova.

Por outro lado, eventual conclusão acerca da certeza e liquidez do direito invocado exigiria não apenas o reexame dos termos das questões discutidas e das decisões da comissão de concurso, mas também, necessariamente, detida e minuciosa indagação a respeito da orientação jurisprudencial e da legislação concernentes aos temas abordados, procedimento que, como visto, exorbita do âmbito do controle jurisdicional.

Nesse diapasão, conforme entendimento sufragado em hipótese análoga, “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a revisão dos critérios adotados pela banca examinadora de concurso público apenas em situações excepcionais, onde resta caracterizado o evidente erro na elaboração da questão. (...) A banca examinadora adotou critérios doutrinários para justificar o acerto na formulação da questão, que não compete ao Poder Judiciário rever. Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário rever tais entendimentos. Existindo controvérsia a respeito da errônea elaboração da questão, ainda que de acentuada dúvida, compete à banca examinadora dirimir tal questionamento. O Poder Judiciário somente invade a seara restrita dos julgadores do certame quando inexistente dúvida do erro na elaboração da questão, apenas quando o erro é patente, evidente, insuscetível de indagação, ou seja, quando se tratar de erro crasso” (in: STJ, RMS 33725/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 12.04.2011).

Observe, por derradeiro, que a circunstância de versarem as questões impugnadas sobre temas de Direito, relativos à área jurídica, não elide o fato de serem a sua elaboração e correção

regidas por critérios técnicos, de competência estrita e discricionária da banca examinadora, nem as sujeita automaticamente à possibilidade de reapreciação judicial, em ordem a converter o Judiciário em instância revisora do mérito administrativo ou foro adequado para aferição de afirmações de caráter técnico-científico.

Nesse sentido, aliás, já se pronunciou a Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, consoante julgado assim ementado:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE MEDIDA LIMINAR. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE ANALISTA JUDICIÁRIO. CORREÇÃO DE PROVA DISCURSIVA ACERCA DE QUESTÃO DE DIREITO. Os critérios utilizados pela comissão de concurso na elaboração, correção e atribuição de notas não podem ser revistos pelo Poder Judiciário; fosse possível o controle judicial do critério adotado a propósito de questão de Direito, teria o Poder Judiciário de estender esse controle a processos de seleção em outras áreas do conhecimento, *v.g.*, física, química e matemática. Agravo regimental desprovido. (AgRg na SLS nº 1286/BA, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. 06/10/2010, DJe 14/12/2010)

No mesmo sentido, ainda, outros precedentes daquela E. Corte Superior, *v. g.*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE QUESTÕES DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE.

1. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. Precedentes.

2. O exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedado ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo programático e da questão em discussão.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS nº 32138/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Turma, j. 09/11/2010, DJe 17/12/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE QUESTÕES DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

1. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora.

2. O exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedado ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo programático e da questão em discussão.

3. Recurso ordinário improvido.

(RMS nº 18318/RS, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ acórdão Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 12/06/2008, DJe 25/08/2008)

Portanto, não se patenteando nas aludidas questões teratologia ou erro flagrante, compete à banca examinadora dirimir as controvérsias suscitadas, visto que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se nos critérios de correção das provas e atribuição de notas, em substituição aos julgadores do certame.

Ante o exposto, denego a segurança pleiteada.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RECURSO ADMINISTRATIVO

0034889-38.2012.4.03.0000

(2012.03.00.034889-2)

Recorrente: PAULO MAGALHÃES ARAUJO

Recorrida: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO CORREGEDORA REGIONAL DA 3ª REGIÃO

Codinome: SUZANA DE CAMARGO GOMES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: RecAdm 834

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2013

EMENTA

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DECISÃO DE ARQUIVAMENTO PELA ENTÃO CORREGEDORA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO - RECURSO DO NOTICIANTE DOS FATOS SUPOSTAMENTE INFRA-CIONAIS - IMPROVIMENTO.

1. A aceitação, sem qualquer reserva, pelo interessado, da escolha e da atuação de determinado Magistrado - na função correicional ou em qualquer outra -, não pode ser convertida, no curso do procedimento, em alegação de suspeição, apenas porque adotada decisão desfavorável à pretensão deduzida.
2. É inconfundível a suspeição declarada por motivo de foro íntimo, em certo feito, com o suposto comprometimento decorrente da amizade íntima ou inimizade radical entre Magistrado, partes e Advogados, alegado sem qualquer prova, em caso distinto e posterior.
3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso administrativo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2013.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Corregedor-Geral

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Corregedor-Geral): Trata-se de Recurso Administrativo contra r. decisão de arquivamento prolatada pela então Corregedora Regional, a Desembargadora Federal Suzana Camargo.

O recorrente alega que, perante a Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região, apresentou notícia sobre fatos supostamente infracionais praticados por Juiz Federal.

A então Corregedora Regional fez a análise do caso e determinou o seu arquivamento.

O recorrente impugna a decisão e pede seja a mesma declarada nula, com o encaminhamento dos autos ao Desembargador Federal em função de substituição na Corregedoria Regional.

Isto porque:

a. a então Corregedora Regional mantinha estreita amizade com o Juiz Federal representado;

b. a própria Corregedora Regional declarou suspeição no Pedido de Providências nº 779, em curso na Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região, no qual o ora recorrente também apresentou a notícia sobre fatos supostamente infracionais, praticados, em tese, pelo mesmo Juiz Federal;

c. o próprio recorrente apresentou representação contra a então Corregedoria Regional, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Determinei a cientificação do recorrente e do recorrido sobre a data do julgamento: a próxima sessão do Órgão Especial, dia 10 de abril de 2.013, 14 horas.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Corregedor-Geral

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Corregedor-Geral): O recurso não pode ser acolhido.

A suposta “estreita amizade” alegada pelo recorrente não foi objeto de prova. Sequer de encaminhamento de pedido de produção de prova.

Ademais disto, no período em que a então Corregedora Regional manteve-se na direção de procedimentos disciplinares instaurados por iniciativa do recorrente, não houve qualquer objeção relacionada à suposta suspeição.

Quando o recorrente ofereceu a notícia dos fatos, neste procedimento, em 5 de julho de 2.011, a Desembargadora Federal Suzana Camargo era a titular da Corregedoria Regional.

De 5 de julho até 26 de agosto de 2.011, quando prolatada a decisão agora impugnada, o recorrente permaneceu silente.

Apenas quando cientificado do conteúdo que lhe foi desfavorável, o recorrente apontou a suspeição.

No que concerne à declaração de suspeição produzida pela então Corregedora Regional, no Pedido de Providências nº 779, em curso na Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região, cumpre fazer os seguintes registros.

O recorrente sequer apresentou as cópias daquele procedimento.

Examinando-o, porém, é possível constatar que a então Corregedora Regional declarou suspeição em 20 de maio de 2.010 (fls. 695, daqueles autos).

Ou seja, quando o recorrente deu início ao presente procedimento - e enquanto aguardou o seu desfecho - tinha plena ciência do fato, mas nem por isto suscitou o tema da suspeição.

Ademais disto, também no Pedido de Providências nº 779, a então Corregedora Regional ordenou vários atos de instrução, sem qualquer objeção do ora recorrente.

Registre-se que, após praticar os tais atos de instrução, no Pedido de Providências nº 779, a então Corregedora Regional declarou suspeição, por “motivo de foro íntimo”.

Ou seja, nos dois procedimentos, enquanto não houve a perspectiva de uma solução desfavorável ao recorrente, a atuação da então Corregedora Regional foi aceita sem reservas.

Por último, o fato de o recorrente oferecer representação contra a então Corregedora Regional, perante o Superior Tribunal de Justiça, não a desqualifica.

O recorrente sequer apresentou cópia desta representação. O seu objeto é desconhecido.

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso administrativo.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Corregedor-Geral

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0009181-49.2013.4.03.0000

(2013.03.00.009181-2)

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Interessado: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Classe do Processo: SLAT 2965

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/05/2013

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada apresentado pela União contra a decisão proferida pela MMª Juíza Federal da 2ª Vara de Campo Grande/MS que, nos autos da ação civil pública nº 0009658-51.2012.4.03.6000, determinou *ou (a)* o deslocamento de servidores concursados integrantes de órgãos da União, pertencentes à área médica, para atendimento aos presos internados no Presídio Federal de Campo Grande/MS, devendo ser transferido ao menos um médico especialista em clínica geral e outro especialista em psiquiatria; *ou (b)* a contratação de tais profissionais por tempo determinado, por meio de procedimento simplificado, até o término de concurso público para o preenchimento de tais vagas. Fixou-se, ainda, o prazo de 30 (trinta) dias para que a União iniciasse os procedimentos para a realização de concurso público visando o preenchimento das vagas de médicos já existentes no presídio federal de Campo Grande/MS.

Sustenta a União a existência de manifesto interesse público, bem como de risco de grave lesão à ordem e à economia públicas. Aduz que a decisão causa impacto à ordem administrativa, “pois a União não pode ser compelida a deslocar dois médicos, seguramente necessários nos postos em que hoje se encontram (e que também não podem ser compelidos a terem suas funções e exercício profissional alterados sem previsão legal)” (fls. 3vº). Alega que as medidas impostas são “destituídas de necessidade fática” (fls. 3vº) e, se executadas, “a Administração Federal Prisional terá que abandonar o atual meio paliativo de adimplir a assistência médica de atenção básica aos presos” (fls. 3vº). Argumenta que a “assistência médica *in loco* (dentro da Penitenciária Federal) é limitada aos procedimentos de atenção básica à saúde, porquanto a atenção de média e de alta complexidade somente pode ser adequada e completamente asseguradas nos correspondentes níveis do SUS” (fls. 4vº). Entende que o art. 14, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) apenas impõe a prestação de assistência médica, mas “não exige que a preste, mediante todos os níveis de complexidade (básica, média e alta), exclusivamente dentro do estabelecimento penal” (fls. 5). Explica haver prova inequívoca de que a assistência médica está sendo “efetivada por meio da atuação de médicos colaboradores” (fls. 5), os quais consistem em “colaboradores eventuais, cedidos de outros órgãos, que atuam nessas Unidades esporadicamente, os quais recebem diárias e passagens necessárias ao seu deslocamento 02 (dois) Médicos Clínicos e 01 (um) Psiquiatra, os quais atuaram em todo o decorrer do ano de 2012” (fls. 5). Assevera ser desnecessário o deslocamento de funcionários, pois entende que a assistência médica está sendo prestada, e que há a necessidade de que os médicos sejam mantidos em outras entidades federais, por ser notória a “escassez de servidores médicos, civis e militares, na Administração Federal” (fls. 5vº). Aduz que a tutela antecipada “não tem

nenhum escoramento probatório” (fls. 6), por inexistir prova “de que existem servidores médicos ‘disponíveis’ em outros órgãos ou Entidades Federais” (fls. 6).

Argumenta que a concessão da tutela antecipada para o deslocamento de médicos é inviável em razão de sua “impossibilidade fática (*ad impossibita nemo tenetur*), ou, como se diz em Direito Público, transcende à ‘reserva do possível’” (fls. 7), ao passo que alega que o comando para a contratação de profissionais da saúde consiste em “providência temporária concretamente prescindível” (fls. 7).

Expõe que “a União iniciou, já para este ano de 2013, procedimentos com vistas à promoção de concurso público para provimento dos cargos médicos no Sistema Penitenciário Federal” (fls. 7vº), sustentando que até que seja realizado o concurso deve “dar-se continuidade, temporariamente, à assistência médica por médicos colaboradores, e não interrompê-la para a tentativa de execução das medidas temporárias antecipadas” (fls. 7º).

Aduz, ainda, que a contratação de médicos temporários é vedada pelo art. 37, inc. II, da CF, que exige concurso público, também contrariando a Súmula nº 685, do C. STF.

A fls. 254, abri vista à Defensoria Pública da União e ao Ministério Público Federal, os quais se manifestaram a fls. 257/260 e 262/265, respectivamente, pelo indeferimento do pedido.

É o breve relatório.

Primeiramente, destaco que não foram expostas as razões pelas quais existiria eventual risco de lesão à economia pública, o que torna inviável o exame do requerimento de suspensão com base neste fundamento.

Outrossim, entendo que não há demonstração concreta do risco de grave lesão ao interesse público ou à ordem pública, na forma exigida pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92. Em sua substância, a peça inaugural objetiva demonstrar: a) que o serviço de assistência médica está sendo prestado; b) que a transferência de médicos poderia trazer prejuízo ao atendimento em outras instituições federais; e c) que a contratação temporária de profissionais é desnecessária.

Contudo, os argumentos de que “a Administração Pública está assegurando o resultado prático de assistência à saúde do preso” (fls. 7/7vº) e de que haveria “prescindibilidade de impor-se a contratação temporária de médicos” (fls. 7vº) não são aptos a demonstrar a existência de risco ao bom exercício da função administrativa, tendo em vista que o aumento no número de profissionais da área médica na Penitenciária de Campo Grande poderia, no máximo, trazer diminuto gasto financeiro à Administração Pública, resultando, em contrapartida, em provável melhora dos serviços de saúde dentro do presídio. Logo, não é possível extrair destas alegações a existência de risco de excepcional proporção ao interesse público.

Além disso, a decisão que defere a antecipação da tutela não exige que a União remova médicos concursados de postos onde hoje prestam serviços de saúde, nem impõe que haja a transferência de servidores contra a vontade dos mesmos. Ao revés, o que se verifica, é que a decisão de primeiro grau é bem sensata e flexível quanto à solução que adota, facultando à própria União definir, discricionariamente, se o melhor para a Administração Pública seria a transferência de servidores concursados - evidentemente desde que isso não traga prejuízos aos serviços médicos prestados no posto onde o servidor exerce suas funções -, ou se o melhor seria a contratação de médicos temporários. Note-se que o *decisum* consignou expressamente que “A opção fica a critério do juízo de conveniência e oportunidade da União Federal” (fls. 197). Assim, se a União entende que a transferência de médicos concursados poderá trazer riscos à prestação dos serviços de saúde, então deverá proceder à contratação de médicos temporários, conforme autoriza o provimento atacado.

Já a alegação de que a contratação de profissionais temporários viola o art. 37, inc. II, da CF, não pode ser objeto de análise no âmbito deste incidente de suspensão, tendo em vista que se trata de matéria, cujo questionamento deve ser realizado nas vias ordinárias. Neste sentido: “A decisão será suspensa apenas quando for constatada a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não se prestando a medida ao exame da legalidade ou constitucionalidade das decisões judiciais” (STJ, AgRg na SS nº 1.891, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18/11/09, v.u., DJe 17/12/09). O mesmo ocorre em relação ao argumento de que a tutela antecipada “não tem nenhum escoramento probatório” (fls. 6), já que é impossível tal exame em sede de suspensão liminar.

Por estes motivos, entendo que a peça inaugural não traz fundamento hábil a demonstrar a concreta existência de risco à ordem ou ao interesse público.

Outrossim, mostra-se desaconselhável, *in casu*, a suspensão da tutela antecipada, já que poderia acarretar riscos à saúde dos detentos, além de incrementar o risco de fugas. É de se observar que mesmo os elementos trazidos aos autos pelo requerente apontam para a necessidade de melhoras nos serviços de saúde prestados na Penitenciária de Campo Grande. Como se extrai do documento de fls. 208/212, a assistência médica do presídio vem dependendo, “como forma paliativa” (fls. 208), dos serviços de “colaboradores eventuais, cedidos de outros órgãos, que atuam nessas Unidades *esporadicamente*” (fls. 208, grifei). Extrai-se também do documento que “devido à baixa demanda e a atuação dos profissionais enfermeiros nos estabelecimentos no que tange as suas atribuições, faz-se necessário a presença do Médico Clínico apenas duas vezes na semana e do Psiquiatra a cada quinze dias, o que vem sendo cumprido” (fls. 209), o que torna preocupante a eventual necessidade de atendimento médico urgente ou contínuo, especialmente em relação a casos de natureza psiquiátrica. Nota-se, finalmente, que a Penitenciária de Campo Grande/MS não conta com nenhum médico concursado em seus quadros - segundo o descrito a fls. 211 (Questionamento nº 7), o presídio dispõe de “uma Psicóloga, um Dentista, uma Enfermeira, uma Farmacêutica, uma Assistente Social, uma Terapeuta Ocupacional, duas Técnicas em Enfermagem e uma Assistente em Consultório Dentário” (fls. 211) - sendo que o atendimento por médico clínico ou por psiquiatria só é suprido por “colaboradores eventuais” (fls. 211). Necessário ressaltar que o dever do Estado de prestar adequado serviço médico (art. 196, CF) também se estende àqueles que se encontram no cumprimento de penas privativas de liberdade.

É de se destacar, ainda, trecho do parecer apresentado nos autos de Origem pelo Ministério Público Federal, no qual é exposta a preocupação com pacientes que dependem de tratamento psiquiátrico, bem como com a necessidade de deslocamento de detentos para terem acesso à prestação de serviços médicos (fls. 190/191):

No que concerne ao pressuposto “relevante fundamento da demanda” resta cabalmente afirmado e corroborado na inicial que a União, há bastante tempo, vem descumprindo a sua obrigação de prover tratamento médico de maneira permanente e com qualidade dentro do Presídio Federal de Campo Grande.

(...)

Noutro vértice, o pressuposto “justificado receio de ineficácia do provimento final” é cabalmente atendido no caso, haja vista que, sem a presença de médicos no presídio, os internos estão privados dos serviços de saúde, havendo graves prejuízos para o desenvolvimento das ações preventivas e curativas, bem como ao acompanhamento dos casos envolvendo pacientes com transtorno mental e/ou que façam uso de medicação psicotrópica.

Ademais, não se olvide que, em sendo necessário o atendimento médico ao detento, este certamente demandará a mobilização de dezenas de agentes penitenciários e a disponibilização

de viaturas para o deslocamento do preso até uma unidade básica de saúde mais próxima, colocando em risco a segurança pública e a própria eficácia do Sistema Penitenciário Federal.

Assim, mostra-se temerária a suspensão da tutela antecipada, tanto em razão do risco de prejuízo ao atendimento médico que deve ser prestado na Penitenciária de Campo Grande/MS - com possível risco à saúde dos detentos -, como em razão do risco à segurança da população local, decorrente do perigo de fugas de presidiários em deslocamento para consultas ou tratamentos médicos externos que poderiam ser realizados dentro do próprio presídio.

Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa. Comunique-se. Int. Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 15 de maio de 2013.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Presidente

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0001565-85.2001.4.03.6000
(2001.60.00.001565-1)

Apelantes: MARILDA LOURENÇO E SILVA E ALBERTO JORGE RONDON DE OLIVEIRA

Apelados: OS MESMOS E CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AC 1331648

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2013

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CUMULAÇÃO DE DANOS MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL. OMISSÃO DO CONSELHO MEDICINA NÃO COMPROVADO.

1 - Tratam-se de apelações cíveis interpostas pela autora e pelo co-réu Alberto Rondon em face da sentença, que, em sede de ação de conhecimento pelo rito ordinário, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o co-réu Alberto ao pagamento de indenização a título de danos moral e estético, decorrente de erro médico.

2 - O réu tem o ônus de elucidar e comprovar o que é que pretendeu reparar, evidenciando a necessidade de sua intervenção, a fim de justificar que a obrigação era mesmo de meio, porém, nada esclareceu nesse sentido em sua defesa.

3 - Na hipótese dos autos não se admite falar em obrigação de meio, pois o apelante, por se apresentar como especialista em cirurgia plástica assumiu a obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade no procedimento cirúrgico.

4 - Os danos da autora restaram comprovados pelas fotos de fls. 23/24 e pelo laudo pericial de fl. 297, revelando que o resultado da cirurgia plástica efetuada pelo co-réu Alberto Rondon foi inadequado e imperito, causando sérias deformidades e cicatrizes pronunciadas na paciente, agravando-se a pela negligência do mesmo, ante a falta do devido acompanhamento pós-operatório.

5 - Verificado a existência do nexo de causalidade entre a conduta do réu cirurgião e a ocorrência dos danos suportados pela autora, afastando a tese aventada pelo réu no que diz respeito às causas diversas excludentes de sua responsabilidade, porquanto o réu não demonstrou que, efetivamente, tenha realizado qualquer procedimento para investigar a predisposição da paciente ao desenvolvimento de cicatrizes anormais ou preveni-las no pós-operatório.

6 - Não tenho por suficientemente evidenciadas a omissão do Conselho de Medicina e a sua relevância nos danos apontados pela parte autora. Não restou comprovada a existência de conduta ativa ou omissiva e o nexo causal entre esta e o dano que a apelante diz ter experimentado, conforme ônus que lhe cabia, razão pela qual não merece reformas neste aspecto a sentença, devendo ser afastada a responsabilidade civil do Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul.

7 - Se o réu não nega a existência do pagamento, mas limita-se a arguir que não sabe o valor exato, oferece defesa indireta de mérito, e faz com que a controvérsia desloque-se para o fato trazido pela resposta que oferece. A si, portanto, terá o ônus de prová-lo, nos termos do art. 333, II do CPC.

8 - Apelação do réu e da autora parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de abril de 2013.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo réu Alberto Jorge Rondon e pela autora Marilda Lourenço e Silva em face da sentença prolatada nos autos da ação de indenização por danos material, moral e estético, que esta move contra aquele e o Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul - CRM/MS.

Narra a inicial que em 02/11/1989 a autora submeteu-se a uma intervenção cirúrgica estética para embelezamento da região corpórea dos seios e abdômen, realizada pelo médico Alberto Rondon, pagando-lhe a quantia de R\$ 4.500,00.

Afirma que o corréu Alberto agiu em desconformidade ao seu pedido, causando-lhe danos estético, consistente na diminuição e desproporção dos seios e horríveis cicatrizes, o que lhe causa constrangimento e vergonha.

Aduz que não lhe foi prestada a necessária assistência pós-operatória, tendo sentido fortes dores na região do corpo objeto da intervenção, com enfraquecimento da musculatura e que, em decorrência dos fatos, possui um certo comprometimento no movimento dos membros superiores.

Informa que o médico Alberto Rondon não possuía o registro como especialista em cirurgia plástica, no entanto o Conselho de Medicina do Mato Grosso do Sul - CRM permitiu indevidamente a propaganda e o exercício de tal especialidade, sem coibir ou advertir os pacientes da ausência daquela especialidade, agindo, portanto, negligentemente.

Aduz que o comportamento dos réus lhe causou danos estéticos, materiais e morais, razão pela qual requereu a condenação solidária ao pagamento das indenizações nos valores de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) a título de dano material, R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por dano estético e, por dano moral, 300 salários mínimos, na época o equivalente a R\$ 45.300,00 (quarenta e cinco mil e trezentos reais).

Apresentou documentos de fls. 18/29 e atribuiu à causa o valor de R\$ 74.800,00.

O feito foi distribuído inicialmente à Primeira Vara de Fazenda e Registros Públicos de Campo Grande/MS, tendo o MM. Juiz de Direito declinado da competência e determinado

a distribuição dos autos a uma das Varas Cíveis de competência residual. Posteriormente, o magistrado da 2ª Vara Cível ordenou remessa dos autos à Justiça Federal, ante o reconhecimento da competência absoluta.

Foram deferidos os benefícios da Justiça Gratuita.

Os réus foram citados, tendo o Conselho Regional de Medicina contestado o feito, alegando preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, culpa exclusiva da vítima, inexistência do dever de reparar o dano e inocorrência de omissão. Anexou os documentos de fls. 58/130.

A autora apresentou réplica às fls. 234/239.

O corréu Alberto Rondon ofereceu contestação alegando ausência de imperícia no procedimento cirúrgico realizado, afirmando que a falta de registro na especialidade de cirurgia plástica não o torna imperito, visto que o médico, uma vez diplomado e inscrito do conselho de medicina, pode praticar qualquer ato médico, independentemente de possuir título de especialista. Sustenta haver prestado toda a orientação à autora quando em consulta médica e no pós-operatório, não havendo queixas sobre desconforto por parte da autora. Acrescenta que o dano alegado pela autora se deu por culpa exclusiva da paciente, por ter abandonado o tratamento pós-operatório.

Apresentou os documentos de fls. 152/230.

Réplica da autora às fls. 240/242.

Foi produzida prova pericial médica (laudo de fls. 297/298), com quesitos das partes às fls. 268/9 e 264/5.

Foi realizada audiência para oitiva das testemunhas da autora e do réu CRM/MS, cuja ata encontra-se às fls. 337/344.

As partes apresentaram memoriais: às fls. 395/414 pela autora, às fls. 337/344 e 389/393, pelos réus Alberto Rondon e CRM/MS, respectivamente.

O d. Magistrado *a quo* não acolheu o pleito de indenização por dano material e julgou procedente em parte o pedido da autora, condenando o corréu Alberto Rondon ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de dano estético e R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de dano moral, acrescidos de juros de mora e correção monetária a partir da citação, bem como honorários advocatícios ao patrono da autora, fixados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Julgou ainda improcedente o pedido formulado em face do corréu CRM/MS, condenando a autora ao pagamento dos honorários fixados em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), suspensa a exigibilidade por esta litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita. Determinou o rateio das custas judiciais entre a autora e o corréu Alberto (Fls. 433/448).

Apela a autora, pugnando pela responsabilização solidária do CRM/MS, com a condenação de ambos os réus na reparação dos danos. Requer ainda a reforma da sentença para que lhe seja ressarcido também o dano material.

Os réus contrarrazoaram o recurso da autora.

Apelou também o corréu Alberto Jorge Rondon de Oliveira, requerendo a concessão dos benefícios da gratuidade de Justiça, pugnando pela improcedência total do pedido, alegando a impossibilidade da cumulação de dano moral e estético e por fim, alternativamente, a redução dos valores. Anexou documentos pertinentes ao pedido de justiça gratuita.

Em contrarrazões a autora requer seja negado provimento ao recurso do corréu, bem como indeferido o pedido de justiça gratuita.

É o relatório.

À douta revisão.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de apelações cíveis interpostas pela autora e pelo corréu Alberto Rondon em face da sentença, que, em sede de ação de conhecimento pelo rito ordinário, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o co-réu Alberto ao pagamento de indenização a título de danos morais e estéticos, decorrentes de erro médico.

Antes de adentrar ao mérito, faz-se necessário analisar o requerimento de assistência judiciária formulado pelo corréu apelante em grau de recurso.

O pedido de justiça gratuita pode ser formulado em qualquer grau, bastando um simples requerimento. No entanto, os benefícios da assistência judiciária apenas compreenderão os atos a partir do momento de sua obtenção até a decisão final, em todas as instâncias, sendo inadmissível a retroação, tampouco suspensão dos ônus sucumbenciais.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. CONCESSÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. EFEITOS *EX NUNC*.

1. O pedido de concessão da assistência judiciária pode ser formulado em qualquer momento processual. Como os efeitos da concessão são *ex nunc*, o eventual deferimento não implica modificação da sentença, pois a sucumbência somente será revista em caso de acolhimento do mérito de eventual recurso de apelação.

2. O princípio da “invariabilidade da sentença pelo juiz que a proferiu”, veda a modificação da decisão pela autoridade judiciária que a prolatou, com base legal no artigo 463 do CPC, não impõe o afastamento do juiz da condução do feito, devendo o magistrado, portanto, exercer as demais atividades posteriores, contanto que não impliquem alteração do decidido na sentença.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 904.289/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011)

Demonstrado que o tempo decorrido entre os fatos narrados na inicial e a interposição do recurso é suficiente para alterar a condição social de uma pessoa, e visto que o corréu Alberto Rondon apresentou declaração de pobreza na forma da lei (art. 4º da Lei nº 1.060/50), é imperioso reconhecê-la, para o fim de deferir seus benefícios, com efeitos *ex nunc*.

Diante desses fundamentos e considerações, deve ser concedido o benefício da assistência judiciária ao apelante.

Passo à análise do mérito do recurso de apelação do corréu Alberto Rondon.

Necessário, inicialmente, identificar a natureza da obrigação assumida pelo médico, se de meio ou resultado.

O réu apelante sustentou que a cirurgia realizada não foi de cunho estético, mas reparatório, tratando-se, portanto, de obrigação de meio, e não de resultado.

Conforme a doutrina especializada, a cirurgia plástica reparadora *tem por fim reparar*

verdadeiras enfermidades, congêntas ou adquiridas. (Kfoury Neto, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 169)

Dessa forma, o réu tem o ônus de elucidar e comprovar o que pretendeu reparar, evidenciando a necessidade de sua intervenção, a fim de justificar que a obrigação era mesmo de meio. Porém, nada esclareceu nesse sentido em sua defesa. Pelo contrário, a prova colhida nos autos evidenciou tratar-se de cirurgia estética.

É certo que, como bem delineado pelo juízo *a quo*:

(...) as cirurgias plásticas estéticas veiculam uma verdadeira obrigação de resultado, uma vez que sua alta especialização tecnológica reduz significadamente a possibilidade de um resultado indesejado, impondo-se, desse modo, a consecução do desiderato perseguido pelo contratante (embelezamento).

E, na hipótese dos autos, não se admite falar em obrigação de meio, pois o apelante, por se apresentar como especialista em cirurgia plástica, assumiu a obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não cumprimento, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade no procedimento cirúrgico.

Nesse ponto, aliás, vale destacar os esclarecedores ensinamentos do doutrinador Sérgio Cavaliéri Filho:

Importa, nessa especialidade, distinguir a cirurgia corretiva da estética. A primeira tem por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática. (...) O mesmo já não ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física - afinar o nariz, eliminar rugas do rosto, etc. Nestes casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado, não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 401/403.

Nesse sentido já se manifestou o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. JULGAMENTO EM SINTONIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE. CULPA DO PROFISSIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). RAZOABILIDADE. I - A jurisprudência desta Corte orienta que a obrigação é de resultado em procedimentos cirúrgicos para fins estéticos. II - Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que não ocorreu no presente caso. III - O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo improvido. Agravo Regimental improvido. (AGA 200802748491, SIDNEI BENETI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 25/06/2009.)

Referido posicionamento, repita-se, no sentido de que nas cirurgias plásticas meramente estéticas o que se tem é uma obrigação de resultado e não de meio, encontra amparo também na doutrina.

Nesse sentido, cite-se a lição de Sílvio Rodrigues:

Ordinariamente, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado. Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este apenas se

obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e artes, não se obrigando, portanto, a curar o doente (...) *já se tem proclamado que no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é uma obrigação de resultado e não de meio. Tal concepção advém da posição do paciente numa e noutra hipótese. Enquanto naquele caso trata-se de pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação que lhe é desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo, etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir o resultado, mas que obtenha o resultado em si.* (in “Direito Civil: responsabilidade civil”, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 246 - grifei)

A cirurgia plástica estética possui finalidade certa, o embelezamento, constituindo, portanto, uma obrigação de resultado, presumindo-se a culpa do médico, caso o resultado esperado não seja alcançado ou descumprido o contrato, bastando a paciente demonstrar a existência da obrigação e afirmar a inexecução, e ao médico, provar sua diligência no procedimento, evidenciando a ocorrência de causa diversa.

É cediço que toda incisão nas regiões do corpo humano, sejam elas cirúrgicas ou não, acarretam lesões à pele decorrente do processo de cicatrização. Essas lesões podem apresentar diferenças mínimas ou aspectos anormais característicos do processo de cicatrização exacerbada.

No caso concreto, o apelante realizou um procedimento cirúrgico na autora com a finalidade de embelezamento corpóreo nos seios e abdômen, porém, sobressai dos autos que a intervenção cirúrgica deixou cicatrizes anormais no corpo da paciente, claramente comprovadas pelas fotografias de fls. 23/25.

No laudo pericial médico, o perito relata que o padrão cicatricial verificado na autora não é compatível com cicatrização hipertrófica, mas existe um alargamento (fl. 297). Também o documento de fls. 21/22 descrevem a largura das cicatrizes da autora, variando entre 0,5 a 2,0 cm e outras que chegam a 3 cm. O que se verifica, portanto, é que as cicatrizes são inestéticas.

Embora o apelante afirme que “as cicatrizes resultantes da cirurgia não foram decorrentes de qualquer forma de culpa sua”, não restou comprovado que a autora tenha sido informada sobre a possibilidade de sua ocorrência, quer em razão de característica pessoais ou por fatores extrínsecos e imprevisíveis.

Conquanto o perito judicial tenha informado que a técnica aplicada na autora é aplicada em cirurgias reparadoras, não houve esclarecimento no laudo se a mesma técnica é também empregada nas cirurgias estéticas, nem relatou o réu se tais técnicas foram discutidas com a autora.

Nesse aspecto, cabia ao médico esclarecer à autora sobre os possíveis resultados sobre a cicatrização, para que este pudesse avaliar e decidir se ainda assim, se sujeitaria ao procedimento cirúrgico.

O risco a correr deve ser sempre menor que a vantagem procurada, sendo dever do médico prevenir o paciente de todos os riscos previsíveis, ainda que só se realizem excepcionalmente. Kfoury Neto, Miguel, ob. cit., p. 169.

O apelante recorrente sustentou que “foram entregues formulários como aqueles acostados aos autos, onde todas as informações referentes ao pós-operatório da mamoplastia e da abdominoplastia eram repassadas por escrito”, no entanto, em Réplica a autora afirma que

tais folhetos nunca lhe foram entregues.

Assim posta a questão, considerando que se trata de intervenção cirúrgica embelezadora, era ônus do réu comprovar que a paciente foi devidamente cientificada sobre os riscos decorrentes dos procedimentos cirúrgicos e possibilidade do resultado com cicatrizes.

Ressalte-se que o prontuário de atendimento clínico da autora não veio aos autos, o qual poderia comprovar documentalmente a efetiva investigação das condições pessoais da autora ou o acompanhamento pós-operatório.

Além da falta de orientação à paciente, o réu também não acompanhou o pós-operatório, o que é de suma importância para se alcançar um resultado satisfatório, conforme exposto no laudo pericial, em resposta ao quesito 5 (cinco) do réu (fl. 268 e 297).

Destaco que a testemunha ouvida durante a instrução processual, Maria Rosa Velha (fl. 339) confirmou que o médico não acompanhou o pós-operatório da autora, nem quanto à retirada dos pontos cirúrgicos, segundo lhe queixou a autora na época dos fatos.

Do confronto do conjunto probatório, restaram comprovados os danos causados à autora, em especial pelas fotos de fls. 23/24 e pelo laudo pericial de fl. 297, revelando que o resultado da cirurgia plástica efetuada pelo corréu Alberto Rondon foi inadequado e imperito, causando sérias deformidades e cicatrizes pronunciadas na paciente, agravando-se a pela negligência, ante a falta de orientação dos possíveis resultados e do devido acompanhamento pós-operatório.

Verificado a existência do nexo de causalidade entre a conduta do réu cirurgião e a ocorrência dos danos suportados pela autora, afastando a tese aventada pelo réu no que diz respeito às causas diversas excludentes de sua responsabilidade, porquanto o réu não demonstrou que, efetivamente, tenha realizado qualquer procedimento para investigar a predisposição da paciente ao desenvolvimento de cicatrizes anormais ou preveni-las no pós-operatório.

Dessa forma, devidamente caracterizada a culpa, o nexo causal e os danos sofridos pela autora, não há como se eximir o réu do dever de indenizar.

Por seu turno, a cumulação da indenização por danos moral e estético é plenamente possível, ainda que decorrentes do mesmo fato, quando é plausível a identificação separada de cada um deles.

Em outras palavras, nada impede que o dano estético possa ser separadamente aferido do dano moral, pois a consequência de seu reconhecimento é quantitativa, vale dizer, é ser o dano estético levado em consideração, quando do arbitramento do valor da indenização. Daí o entendimento, pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o ressarcimento por dano estético não significa o esgotamento do que seria devido a título de dano moral, pois, além da dor que decorre do dano estético, a lesão pode acarretar outras lesões que também importem em sofrimento moral (*STJ - Resp 94.596 -Rel. Min. Eduardo Ribeiro -3ª T. -J. 24.11.1998*). Nesse sentido, não haveria *bis in idem*.

Aliás, a possibilidade de cumulação de ambos os danos restou pacificada na Súmula 387 do STJ:

É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral.

No caso *sub judice*, o dano estético decorrente da cirurgia realizada pelo apelante Rondon é indiscutível. As fotografias anexadas aos autos, por si só, denunciam a notável lesão estética sofrida pela apelada.

Além do dano estético em si, deve ser considerada a dor moral decorrente da frustração

da cirurgia, que, apesar do caráter embelezador, produziu efeito contrário ao esperado pela apelada, o que consequentemente afetou sua qualidade de vida e auto-estima, trazendo-lhe prejuízos psicológicos, conforme já exposto._

As cicatrizes inestéticas, além de acarretar prejuízos estéticos, afetaram a autora em qualidade de vida e auto-estima, trazendo-lhe prejuízos psicológicos, que caracterizam o dano moral, destacado do estético.

É inegável, destarte, que, no presente caso, a lesão estética em si não esgotou o dano moral sofrido pela autora, daí não haver impedimento para o arbitramento em separado do dano estético, particularidade de um dano moral mais amplo.

Por conseguinte, tendo em vista o pedido do corréu Alberto Rondon para redução da indenização fixada, entendo não existir motivo para tal redução, de sorte que o valor arbitrado pelo Juízo se mostra adequado e razoável, diante das circunstâncias e provas dos autos, dada à extensão comprovada do dano, a capacidade do ofensor e da vítima e o duplo caráter da reparação pecuniária: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Não há falar, portanto, em enriquecimento sem justa causa.

Acrescenta-se que o valor é compatível com o fixado em casos semelhantes:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ.

1. (...)

2. Todavia, o acórdão recorrido entendeu que houve responsabilidade da União mediante ter ocorrido erro médico, por meio de seu agente, pericialmente comprovado, o que afasta qualquer dúvida sobre a sua responsabilidade em ressarcir os danos materiais e compensar o dano moral. O valor arbitrado pela sentença proferida pelo juízo singular em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) foi majorado - em razão da gravidade do dano sofrido, que acarretou a incapacidade parcial e permanente do autor, com a perda de parte dos movimentos da perna esquerda, conforme o Tribunal de origem - para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

3. (...)

4. (...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1269116/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 14/04/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. JULGAMENTO EM SINTONIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE. CULPA DO PROFISSIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. DANOS MORAIS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). RAZOABILIDADE.

I - A jurisprudência desta Corte orienta que a obrigação é de resultado em procedimentos cirúrgicos para fins estéticos.

II - Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que não ocorreu no presente caso.

III - O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo improvido.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1132743/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 25/06/2009)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA.

SEQÜELAS. DANO MORAL. FUNDAMENTAÇÃO EXISTENTE. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. VALOR. RAZOABILIDADE.

(...)

Razoabilidade do valor fixado a título de dano moral, não se justificando a excepcional intervenção do STJ a respeito.

III. Agravo improvido.

(AgRg no Ag 441.800/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 24/03/2003, p. 233)

No caso julgado acima colacionado, a indenização por dano moral foi mantida em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). E ainda, no julgado que segue, restou decidido que: “o valor arbitrado em 200 salários mínimos não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não se justificando a intervenção do Superior Tribunal de Justiça para rever o *quantum*.”

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 818.144/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 264)

Assim, não obstante os argumentos apresentados pela parte Recorrente, não se vislumbra, em face da quantia afinal fixada na r. sentença em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de dano estético e R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de dano moral, razão para redução.

Passo à análise do recurso de apelação da autora.

Alegou a apelante que o CRM/MS deve ser responsabilizado objetivamente, pois inobservou suas atribuições fiscalizatórias, posto que não coibiu as a publicidade enganosa realizada pelo réu Alberto Rondon.

Sustentou que o CRM/MS sabia da falta que cometia o réu e que no ano de 1996 solicitou que este providenciasse os documentos enumerados para fins de registro da especialidade que anunciava possuir, concluindo que o exercício ilegal da especialidade médica de cirurgia plástica pelo réu não foi devidamente fiscalizado e coibido pelo órgão, razão pela qual a sentença deve ser reformada para que o conselho seja responsabilizado solidariamente a ressarcir os danos requeridos nos autos.

As funções do Conselho estão reguladas no artigo 15, da Lei nº 3.268/57, que prevê que lhe compete:

Deliberar a respeito de inscrições de médicos, legalmente habilitados; manter um registro dos profissionais numa determinada região; fiscalizar o exercício médico; apreciar e decidir sobre ética profissional e impor as penalidades cabíveis; velar pela conservação da honra e da independência do Conselho; proteger e amparar o perfeito desempenho técnico e a moral da medicina; publicar relatórios anuais e seus trabalhos e a relação dos profissionais registrados; e exercer atos para os quais a lei lhe confere competência.

A Constituição Federal, artigo 37, § 6º estabelece que:

Art. 37 - (...).

§ 6º - 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. (Grifo do autor).

Nos casos de omissão, a doutrina e a jurisprudência já vêm acolhendo a tese de que seja caso de responsabilidade civil subjetiva, havendo necessidade de se fazer perquirições em relação à culpa e o dolo do agente munido de mister público.

Neste sentido, o caso deverá ser analisado pelo ponto da responsabilidade subjetiva, uma vez que a parte autora alegou que o corréu CRM/MS inobservou suas atribuições fiscalizatórias, posto que não coibiu as a publicidade enganosa realizada pelo réu Alberto Rondon.

De qualquer forma, em qualquer caso de responsabilidade, seja por conduta comissiva, seja por omissiva, haverá sempre os seguintes elementos a serem comprovados: o dano suportado pela vítima, a conduta (omissiva ou comissiva) e o nexo de causalidade. Ausentes um desses elementos, não há que se falar em responsabilização civil por parte da Administração.

Referente à responsabilidade subjetiva, no nosso ordenamento, a teoria é verificável naqueles casos em que o ente estatal estaria obrigado a impedir o dano, assim não agindo de modo a possibilitar para a consecução do evento danoso. Nessa hipótese, somente cabível a responsabilização se o dano decorrer de negligência, imprudência ou imperícia, condutas típicas de ato culposos, ou ainda no caso de dolo.

No caso dos autos, a alegada falta de fiscalização deve ser vista dentro da razoabilidade do padrão exigível, como bem expôs o juízo *a quo*:

Na situação fática em apreço, não logrou a autora comprovar que o co-réu CRM/MS procedeu de maneira negligente na fiscalização das atividades desenvolvidas pelo demandado Alberto Rondon, considerando-se as suas limitações financeiras e técnicas. Pelo contrário, a demandante sequer levou ao seu conhecimento, durante este significativo lapso temporal, o ocorrido. Em verdade, quando instado, instaurou a autarquia os pertinentes processos administrativos disciplinares que culminaram na cassação do registro profissional do demandado Alberto Rondon.

Acrescento ainda que, embora a autora informe na inicial as inúmeras denúncias e cirurgias com consequentes erros e lesões, é preciso ser analisado o caso concreto e as provas trazidas pelas partes e produzidas durante a instrução.

Nestes autos, os documentos apresentados pela autora na inicial, são posteriores à data da cirurgia, que ocorreu em 02/11/1989, conforme se verifica no documento de fl. 29, consistente na propaganda da clínica do réu, o qual se refere à data de 15/04/1999.

As sindicâncias e processos éticos apontadas também são posteriores à cirurgia da autora, fl. 243, 318, 319, 320/321 e ainda, sobre a alegação de exercício ilegal da especialidade médica de cirurgia plástica pelo réu, tratava-se de conduta não coibida pelo Conselho, conforme consta do depoimento do corréu CRM/MS às fls. 342/343:

(...) Legalmente, segundo o entendimento do CRM, qualquer médico pode executar cirurgias plásticas, mesmo sem ter especialização nessa área.

(...) Sei que o réu Alberto sofreu processo ético no CRM/MS e teve o registro cassado. Embora ele anunciasse que fazia cirurgia plástica sem ter especialização nessa área, ele não foi condenado no Conselho por essa razão, pois naquela época ainda prevalecia o entendimento de

que a vedação se restringia a anunciar a posse de título de especialista. Ele sofreu a cassação do registro, não tenho certeza, mas acho que foi por imperícia ou imprudência.

Resumindo, não há nenhum elemento sólido de prova, produzido dentro das regras do Código de Processo Civil, que possa demonstrar que foi a omissão do CRM/MS, na obrigação de refrear a conduta do corréu Alberto Rondon, a causa geradora do dano da autora, na época dos fatos.

Em face dessas considerações, não tenho por suficientemente evidenciadas a omissão do Conselho de Medicina e a sua relevância nos danos apontados pela parte autora. Não restou comprovada a existência de conduta ativa ou omissiva e o nexo causal entre esta e o dano que a apelante diz ter experimentado, conforme ônus que lhe cabia, razão pela qual não merece reformas neste aspecto a sentença, devendo ser afastada a responsabilidade civil do Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul.

O segundo aspecto do recurso da autora diz respeito impugnação do dano material não acolhido na sentença. Sobre esse aspecto entendo que deve ser acolhida sua irresignação, pois não foi negada a existência do pagamento, resultando a matéria incontroversa, à luz do princípio da eventualidade, que se infere do disposto no art. 301, *caput* do CPC.

O pagamento dos honorários médicos ao réu no valor de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) para realização de um procedimento cirúrgico é fato incontroverso, pois o réu, em sua contestação, não impugnou o valor, limitando-se unicamente a alegar que não se recorda qual foi a soma recebida. Portanto, deixou o réu de observar o princípio da eventualidade, o qual determina que toda matéria de defesa deve ser arguida na contestação, pelo que, presume-se verdadeiro o valor apontado na inicial.

Dessa forma, tal fato independe de prova, na linha do que preleciona o art. 334, inciso II e III, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - (...)

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

Valho-me das lições de Cândido Rangel Dinamarco:

Quando começa o processo, não sabe o magistrado como se passaram os fatos. Tem, assim, de recolher a prova a respeito das razões divergentes das partes - o sim do autor e não do réu - para se convencer da maneira como foi a realidade dos fatos ocorridos entre aquelas pessoas. Com a controvérsia criada, no momento em que surgem as questões é que a situação de fato ingressa o objeto da prova. Aqui não se trata de saber quem vai provar - ônus da prova - mas o que se prova - objeto da prova. Antes de sabermos quem é que prova, temos que saber se estamos diante de alguma coisa que deva ser provada.

Não se prova o fato notório, não se prova o fato confessado etc... Também não se provam os fatos incontroversos, que são também excluídos do campo de objeto da prova.

Voltando ao meu método de exposição, quero dizer que os fatos incontroversos não são objeto de prova, porque permaneceram como pontos, não passaram a questões. (Ônus de Contestar e o Efeito da Revelia, Cândido Rangel Dinamarco, RP 41/185).

Segundo a regra processual, se o réu ofereceu defesa negando os fatos alegados na inicial, caberá ao autor a prova desses fatos constitutivos do seu direito.

Porém, no caso concreto, o réu não negou que a autora lhe pagou honorários médicos para efetivar a cirurgia plástica, apenas não se recorda o valor, de forma que, ao firmar sua defesa em fato modificativo do direito da autora - dúvida quanto ao valor - implicitamente admitiu como verdadeiro o fato, conforme se verifica à fl. 138 e 146:

Quanto aos honorários profissionais não se recorda o requerido exatamente o seu valor, esclarecendo que em todos os valores passados às pacientes estavam inclusas as despesas hospitalares e anestesia. (...) A ocorrência de dano material, segundo a requerente, está ligado ao pagamento na realização da cirurgia no valor de R\$ 4.500,00. Como dito, sem nexo de causa não há como compelir o requerido a indenizá-la, até porque desprovido de qualquer prova documental nesse sentido.

O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, não havendo razão para produção de prova ou exigência do recibo de pagamento, pois, nos termos do art. 334, III, do CPC, apenas os fatos controvertidos se provam.

Assim, se o réu não nega a existência do pagamento, mas limita-se a arguir que não se recorda o valor exato, oferece defesa indireta de mérito, e faz com que a controvérsia se desloque para o fato trazido pela resposta que oferece. Destarte, o réu terá o ônus de prová-lo, nos termos do art. 333, II do CPC.

Deixando de fazê-lo oportunamente, na contestação, permite que se opere a presunção relativa de veracidade ocasionada pela revelia parcial.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. OBJETO DA PROVA. FATOS INCONTROVERSOS. DEFESA INDIRETA DE MÉRITO. REVELIA PARCIAL. ÔNUS DA PROVA. Revela-se inviável a abertura da via especial se, para que sejam revistas as teses suscitadas à apreciação desta Corte Superior, faz-se necessário o reexame da prova dos autos.

O pedido e a contestação fixam os limites da controvérsia, devendo as provas serem produzidas de acordo com as questões suscitadas pelas partes.

O conhecimento do objeto da prova e do tipo de defesa expendida pelo réu constitui análise que precede à verificação do ônus da prova.

Se o réu oferece defesa indireta de mérito, reconhece implicitamente os fatos em que se baseia a pretensão do autor, tornando-os incontroversos e portanto, despicieiros de prova.

Como consequência, inexistência de violação a regra pertinente ao ônus da prova se o réu não cumpre com o ônus da impugnação especificada, controvertendo os fatos, nos moldes do princípio da eventualidade e assim, é atingido pela revelia parcial.

Agravo no recurso especial a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 235154/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/03/2001, DJ 09/04/2001, p. 354)

Adita-se que deve ser afastada a alegação do réu de que não há nexo de causa para ressarcimento do dano material, ante o alegado cumprimento da obrigação para qual foi contratado, pois restou fartamente comprovado nos autos que o réu inadimpliu o contrato, razão pela qual a sentença deve ser reformada para acolher a irressignação da autora e condenar o réu Alberto Jorge Rondon de Oliveira ao ressarcimento do dano material na importância de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), incidindo juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do evento danoso, ou seja, novembro de 1989.

Deverá ser observado, no que couber e não contrariar a presente decisão, 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.

Especificamente quanto aos juros de mora, deverá incidir o percentual de 0,5% (meio por cento) até 11.01.2003 (entrada em vigor do novo Código Civil) e, somente a partir de 12/01/2003 à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do CC/2002.

Por tais razões, voto por dar parcial provimento ao recurso do réu, para conceder o benefício da assistência judiciária e dar parcial provimento ao recurso da autora, apenas para fixar o *quantum* relativo à indenização por dano material em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), mantendo a sentença em seus demais termos.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0004040-24.2009.4.03.6100

(2009.61.00.004040-3)

Agravante: MÁQUINAS FERDINAND VADERS S/A (em recuperação judicial)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 293/297

Interessado: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: AC 1789626

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PROVA PERICIAL. PRECLUSÃO. BANCO SANTOS. CLÁUSULA DE “RECIPROCIDADE”. DOLO E LESÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - Nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911/69, a comprovação da mora na alienação fiduciária pode ser efetivada mediante notificação extrajudicial promovida por meio de Cartório de Títulos e Documentos e entregue no domicílio do devedor. É o que se verifica na hipótese, uma vez que o devedor foi notificado regularmente, consoante se extrai dos documentos colacionados aos autos.

2 - Discussão sobre a necessidade de produção de prova pericial que não se conhece em face da preclusão temporal, eis que a decisão de indeferimento de tal prova pelo Juízo *a quo* restou irrecorrida.

3 - Ainda que os investimentos (“reciprocidade”) tivessem sido exigidos pelo Banco Santos, é forçoso reconhecer a inexistência de relação jurídica entre o BNDES e a ré no que tange tais operações. Isto porque as debêntures adquiridas pela requerida da SANVEST PARTICIPAÇÕES S.A. são títulos autônomos e independentes das obrigações relacionadas ao financiamento, ainda que o agente financeiro tenha incluído no contrato a previsão de possibilidade de compensação entre a dívida do instrumento de financiamento e eventuais fundos disponíveis da ré junto ao Banco Santos.

4 - O dolo (civil) se verifica quando a vítima é enganada, mediante expediente malicioso do autor, a praticar um ato que a prejudique ou que traga proveito ao autor ou terceiro. Não é o que se extrai dos autos. A própria ré confirma ter ciência de como funcionava a chamada “cláusula de reciprocidade” e, inclusive, traz aos autos um e-mail enviado por gerente do Banco Santos, tratando da questão. O que se verifica, na verdade, é que sua pretensão de obter a vantagem mediante a compensação das debêntures (remuneradas a taxas mais interessantes) com o saldo devedor do contrato (financiado mediante taxas de juros inferiores) feneceu com a decretação de liquidação do Banco Santos.

6 - Quanto à alegada lesão, o art. 157 do Código Civil prevê, *in verbis*: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Na hipótese, tem-se que a requerida não se desincumbiu de seu ônus processual de demonstrar a

desproporcionalidade da prestação, elemento da lesão.

7 - Ademais, o reconhecimento dos vícios alegados demanda o ajuizamento da competente ação anulatória (art. 177 do Código Civil), providência não adotada pela requerida.

8 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

9 - Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de abril de 2013.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Cuida-se de ação de busca e apreensão, com pedido de liminar, ajuizada pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, objetivando a concessão de medida de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente (01 mandrilhadora frezadora marca Zocca MFZ nº 162/1089; 01 pantógrafo de corte marca Walmar mod. Heavy vm 2.500; 01 torno para univ. marca Romi mod. MKD-II 400x300; 01 torno horizontal, de comando numérico, marca Romi mod. ECN III 250x1500; 01 torno horizontal, de comando numérico, marca Romi mod. Galaxy II; 01 centro de usinagem marca Zayer mod. 30 KCU - 12.000; 01 centro de usinagem horizontal marca Heller mod. BEA; 01 centro de usinagem horizontal marca Wotan mod. Womat HE; 01 torno horizontal marca Mazac mod. Dual Turn 20), com fundamento no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69.

Sustenta que a requerida formalizou, em 19/12/2003, o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 11716-7, vinculado ao programa BNDES- *exim*, com o Banco Santos (agente financeiro), pelo valor originário de R\$ 2.943.400,00 (dois milhões novecentos e quarenta e três mil quatrocentos reais).

Aduz que, como garantia do referido pacto, foi firmado instrumento particular de constituição de garantia fiduciária e outras avenças, por meio do qual foram alienados fiduciariamente os bens descritos na inicial.

Alega que, decretada a liquidação extrajudicial do Banco Santos S/A e por força da sub-rogação prevista na Lei nº 9.365/96, os créditos e garantias dos referidos contratos passaram à titularidade do BNDES.

Pugna pela concessão da medida de busca e apreensão, sob fundamento de que a parte requerida se tornou inadimplente e, apesar de notificada para pagamento, ficou-se inerte.

A liminar foi concedida às fls. 78/81.

Regularmente citada, a demandada contestou o feito (fls. 101/127), aduzindo, preliminarmente, falta de interesse de agir, pois entende que a cobrança de valores indevidos caracterizaria a mora.

No mérito, pugna pela improcedência da demanda, sob fundamento de que o Banco Santos teria exigido, para a efetivação do contrato, “uma contra-partida, a título de reciprocidade, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do financiamento requerido”.

Aduz que essa “reciprocidade” consistiria na aquisição de títulos emitidos por empresas do grupo do Banco Santos, a serem liquidados para o pagamento do saldo devedor do contrato.

No entanto, com a decretação da liquidação extrajudicial e falência do Banco Santos e demais empresas pertencentes ao grupo, esta garantia (os títulos) se perdeu, tornando a obrigação extremamente onerosa para a ré, que somente teria obtido em seu proveito metade dos valores mutuados.

Sem possibilidade de saldar o débito nas condições originariamente avençadas, a ré teria formalizado um novo contrato com o BNDES, na tentativa de equacionar o débito, o qual foi repactuado por duas vezes, até que, em 2008, a requerida ajuizou pedido de Recuperação Judicial.

Sustenta, assim, que o contrato originalmente firmado com o Banco Santos foi viciado por conduta dolosa deste e os instrumentos de novação seriam viciados por lesão e, portanto, os pactos seriam anuláveis, nos termos da legislação civil.

Réplica às fls. 189/202.

Sobreveio a sentença de fls. 252/259, pela qual o Juízo *a quo* julgou procedente a demanda, confirmando a liminar anteriormente concedida, e condenou a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Em suas razões de recurso de fls. 261/279, a requerida pugna pela reforma da sentença, alegando, em preliminar, ausência de interesse processual e cerceamento de defesa, ante o indeferimento da produção de prova pericial.

No mérito, repisa os argumentos expendidos em sua contestação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Este Relator, por meio da decisão de fls. 293/297, negou seguimento ao recurso.

Tempestivamente, a requerida tirou o agravo (art. 557, § 1º, do CPC) de fls. 300/320, no qual pugna pela reforma da decisão monocrática.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

O agravo legal, em especial, visa submeter ao órgão colegiado a legalidade da decisão monocrática proferida, afora isso, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

No mérito, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática cujos principais trechos pertinentes à matéria ora impugnada, por oportuno, passo a destacar:

A preliminar de ausência de interesse de agir não merece ser acolhida.

Com efeito, nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911/69, a comprovação da mora na

alienação fiduciária pode ser efetivada mediante notificação extrajudicial promovida por meio de Cartório de Títulos e Documentos e entregue no domicílio do devedor.

É o que se verifica na hipótese, uma vez que o devedor foi notificado regularmente, consoante se extrai dos documentos colacionados às fls. 55/57.

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR. VALIDADE. REVISÃO DE OFÍCIO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência assente desta Corte, não é possível a revisão, de ofício, de cláusulas contratuais consideradas abusivas (súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça) 2. Nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911/69, a comprovação da mora, na alienação fiduciária, pode ser efetivada mediante notificação extrajudicial promovida por meio de Cartório de Títulos e Documentos e entregue no domicílio do devedor, não se exigindo o recebimento pessoal pelo devedor. Precedentes. 3. A confirmação da validade das cláusulas contratuais e a caracterização da mora do devedor leva à procedência da ação de busca e apreensão. 4. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.”

(STJ, 3ª Turma, AGRESP 200602004259, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 10/11/2010);

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. IRREGULARIDADE. 1. A concessão de medida liminar em ação de busca e apreensão decorrente do inadimplemento de contrato com garantia de alienação fiduciária está condicionada, exclusivamente, à mora do devedor, que, nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ, 4ª Turma, AGA 1.299.788, Rel. Des. Conv. Honildo Amaral de Mello Castro, DJE 11/06/2010).

A preliminar de cerceamento de defesa em razão da não produção de prova pericial não merece, igualmente, acolhida.

Isto porque o Juízo *a quo*, às fls. 248/250, indeferiu o pedido de realização de perícia contábil, por entendê-la desnecessária ao deslinde do mérito.

Assim, como tal decisão restou irrecorrida, inafastável a conclusão de que a matéria não pode mais ser discutida nos autos, pois preclusa.

Afinal, a parte que se julga sujeita a gravame em face de uma decisão judicial tem um dentre dois caminhos: (a) ou aceita a decisão (b) ou recorre, sob pena de tornar-se a matéria preclusa, fato que impossibilita reabrir-se a discussão sobre o assunto.

Aliás, nos dizeres de Arruda Alvim, “a idéia de ônus consiste em que a parte deve, no processo, praticar determinados atos em seu próprio benefício: conseqüentemente, se ficar inerte, possivelmente esse comportamento acarretará conseqüência danosa para ela. A figura do ônus, aliada à da preclusão, faz com que a parte saia da inércia e atue utilmente no processo”

(*Manual de Direito Processual Civil*, 7ª ed., editora RT, v.1, p. 503/504).

Sobre esse tema, os seguintes precedentes:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO À CORTE A *QUO*. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO. *ASTREINTE*. VALOR FIXADO NA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. I - Não há violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, em razão da rejeição dos embargos declaratórios, quando as questões relevantes ao deslinde da causa foram devidamente enfrentadas, restando expostas as razões de convencimento do órgão julgador *a quo*. Para a completa prestação jurisdicional, como é cediço, não é necessário que se esgotem todas as teses levantadas pelas partes. II - Trata-se de processo de execução fundado em título judicial que impõe obrigação de fazer consistente na retificação de dados sobre a exequiente/embargada. Na inicial do processo de conhecimento, a autora

pediu o cumprimento da decisão em trinta dias, sob pena de multa diária. O pleito foi deferido integralmente, de modo que a modificação deste prazo, na via dos embargos à execução, implica violação à coisa julgada. III - O valor da multa, por seu turno, não foi definido no processo de conhecimento. O juízo da execução é que delimitou a importância da *astreinte*, decisão esta de natureza interlocutória. Destarte, a ausência de agravo de instrumento tornou preclusa a matéria. IV - Recurso especial improvido.”

(STJ, 1ª Turma, RESP 939399, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJE DATA: 10/11/2008);

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE JUIZ SINGULAR DETERMINANDO A PENHORA DOS BENS DOS RECORRIDOS. APRESENTAÇÃO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. INTERRUÇÃO E/OU SUSPENSÃO DE PRAZO RECURSAL. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO VERIFICADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO POSTERIORMENTE INTERPOSTO. INTEMPESTIVIDADE CONFIGURADA.

I - É cediço em nosso sistema recursal pátrio que o simples pedido de reconsideração não se constitui em recurso propriamente dito nem tem o condão de suspender ou interromper os prazos recursais.

II - Diante de decisão do Juiz Singular determinando a penhora dos bens dos recorridos, valeram-se estes de mero pedido de reconsideração, o qual fora indeferido pelo Magistrado, ratificando-se a determinação anterior.

III - Nesse panorama, inafastável a conclusão de que a questão enfrentada naquela decisão restou preclusa, ante a ausência de interposição de recurso no prazo legal e, de outra parte, intempestivo o agravo de instrumento posteriormente interposto.

IV - Precedentes: AgRg no AG nº 444.370/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 10/03/2003; AgRg no REsp nº 436.814/SP, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 18/11/2002; e AgRg no AgRg no Ag nº 225.614/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 30/08/1999.

V - Recurso especial PROVIDO.”

(STJ, 1ª Turma, RESP nº 704.060/RJ, Relator Ministro FRANCISCO GALVÃO, DJ 06/03/2006).

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

É incontroverso que o BNDES recebeu os créditos e garantias anteriormente titularizados pelo Banco Santos em decorrência de sub-rogação legal (Lei nº 9.365/96, art. 14).

Nos termos do referido dispositivo legal, nos casos de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, o BNDES automaticamente se sub-roga nos créditos e garantias constituídos em favor do agente financeiro, decorrentes das operações de repasse. Cuida-se exatamente do caso dos autos, eis que, na condição de agente financeiro, o Banco Santos teve sua liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central do Brasil.

Hialino, portanto, que a relação jurídica decorrente do contrato de financiamento vinculava, originariamente, apenas a requerida ao Banco Santos.

Assim, ainda que os investimentos (“reciprocidade”) tivessem sido exigidos pelo Banco Santos, é forçoso reconhecer a inexistência de relação jurídica entre o BNDES e a ré no que tange tais operações.

Ressalte-se que as debêntures adquiridas pela requerida da SANVEST PARTICIPAÇÕES S.A. são títulos autônomos e independentes das obrigações relacionadas ao financiamento, ainda que o agente financeiro tenha incluído no contrato a previsão de possibilidade de compensação entre a dívida do instrumento de financiamento e eventuais fundos disponíveis da ré junto ao Banco Santos (cláusula nona).

Neste sentido, trago à colação diversos julgados dos Tribunais Regionais Federais que espelham conclusão no mesmo sentido:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO

BNDES. PRELIMINARES REJEITADOS. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. BENS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE. AQUISIÇÃO DE DOIS GUINDASTES. ENTREGA DOS BENS OU DEVOLUÇÃO DE IGUAL VALOR EM DINHEIRO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pleito do BNDES determinando que a empresa demandada faça a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, dos bens alienados fiduciariamente (dois guindastes), ou o equivalente em dinheiro. - Não merece reparo a sentença que deve ser mantida por seus próprios fundamentos: 'Inicialmente, a questão da competência já foi resolvida nos autos da exceção de incompetência, processo nº 2007.81.00.013457-2. Na oportunidade, ficou confirmada a competência deste juízo para processar e julgar o feito, em razão do art. 49, parágrafo 3º, que prevê, explicitamente, que os créditos do credor fiduciário não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais. Quanto à legitimidade do BNDES, não há mais o que se discutir, vez que já ficou decidido às fls. 124/126 sobre a cessão de créditos do FINAME ao BNDES, não se cogitando qualquer irregularidade naquele contrato. Por sua vez, a questão da subrogação da FINAME nos direitos do Banco Santos, que alcança a alienação fiduciária em tela, também já foi enfrentada na decisão de fls. 124/126, considerando-a indiscutível em face da Lei nº 9.365/96.

(...)

- Apelação improvida."

(TRF 5ª Região, AC 200681000169727, Rel. Des. Fed. Nilcéa Maria Barbosa Maggi, DJE 02/04/2012, p. 359)

"ADMINISTRATIVO. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL FIDUCIÁRIA. RECURSOS ORIUNDOS DO BNDES. BANCO REPASSADOR EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INADIMPLÊNCIA DA EMPRESA TOMADORA DO EMPRÉSTIMO. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO COM APLICAÇÕES EM CDB's DADAS EM GARANTIA E REDUÇÃO DE JUROS. 1. Não há como invocar obrigações do BNDES (como a possibilidade de compensação com a dívida pendente), em relação jurídica na qual é terceiro estranho, sem poder de mando, mesmo porque, como anotado pelo julgador, na origem, os contratos acertados pelo Banco Santos Neves S/A com a Autora e o Réu, respectivamente, são distintos e, nessa perspectiva, a sorte dos títulos e o seu resgate deverão ocorrer nos estritos limites e compasso do processo de liquidação da empresa bancária. 2. Se a empresa é credora do Banco sob liquidação, essa qualidade não transmuda a sua condição de devedora do BNDES, sequer para mitigar os encargos do financiamento. Ademais, se as tentativas de renegociação amigável feneceram pelo desacordo dos contratantes, a menção ao possível destino dos títulos ou à minoração da taxa do spread, sugeridas nas propostas de transação, se apresentam como meras possibilidades (potenciais) não concretizadas, que, pela ineficácia daquelas resoluções, não vinculam os seus proponentes ou tampouco podem ser interpretadas como 'confissão'. 3. A simples mudança do credor não deveria surpreender a autora, fenômeno que não afetou o quantitativo do débito ou tampouco os critérios de sua determinação, posto que os pagamentos eram mensais e regulares. Se havia disposição para quitar o compromisso, uma simples medida judicial, desde que manejada pelo interessado, bastaria para prevenir a mora e os efeitos dela derivados. A inércia e a suposta 'confusão' sobre o que e quanto pagar, nesse quadro, não convencem em análise mais atenta. 4. Recurso desprovido."

(TRF 2ª Região, Oitava Turma Especializada, AC 200250010067260, Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland, DJE 02/03/2009, p. 120);

"ADMINISTRATIVO. BNDES. LIBERAÇÃO DE RECURSOS PARA AMPLIAÇÃO DO PARQUE FABRIL. DESVIO PARA APLICAÇÃO NO MERCADO FINANCEIRO. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. 1. A autora pretende, com a presente ação, liberar os valores que foram retidos por ocasião da intervenção do Banco de Santos ou a compelir o BNDES a liberar as demais parcelas dos contratos que havia firmado (R\$ 384.654,00 do primeiro contrato e R\$ 1.448.000,00 do segundo). 2. A autora firmou dois contratos de financiamento com recursos

do FINAME e do BNDES, ambos intermediados pelo Banco Santos S/A e, ao invés de aplicar os recursos no empreendimento para o qual foram os mesmos liberados, optou por investi-los no mercado financeiro - também por intermédio do Banco Santos - tendo sido surpreendido com a intervenção naquela instituição financeira. 3. Os valores foram investidos pelo Banco Santos S/A, e com a falência deste, o montante passou a integrar os créditos da massa falida, não havendo qualquer motivo para serem liberados à autora, a quem só resta se habilitar como credor da massa e respeitar a ordem de preferência para o pagamento de seus créditos, sob pena de violação ao Princípio da Isonomia. 4. O BNDES se sub-rogou dos créditos e garantias, pelo que lhe competia dar prosseguimento ao repasse dos valores contratados, o que não ocorreu porquanto se constatou que apenas parte dos recursos liberados havia sido empregada no projeto, a autorizar, inclusive, o vencimento antecipado da dívida. 5. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda deve responder pelos consectários legais. 6. Cabível, portanto, a condenação da autora em honorários advocatícios, já que os réus tiveram que comparecer aos autos para defender seus interesses. 7. Apelação que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AC 00062904220054036109, Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto, e-DJF3 CJ 1 09/03/2012).

Prosseguindo, consoante restou consignado pelo autor, a utilização de valores oriundos do BNDES para finalidade diversa daquela para a qual o financiamento foi aprovado e concedido constitui, em tese, a conduta prevista no art. 20 da Lei nº 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro.

Com efeito, a parte ré optou por celebrar contrato de financiamento com o Banco Santos, a despeito da existência de outras instituições que atuam na qualidade de agentes financeiros deste tipo de contrato, e concordou com a realização de investimentos dos valores recebidos do financiamento em objeto distinto daquele previsto no instrumento, visando, inclusive, vantagem, eis que a remuneração prevista para as debêntures superava a taxa de juros exigida no mútuo.

Não há falar, portanto, em nulidade do pacto decorrente de dolo.

Isto porque o dolo (civil) se verifica quando a vítima é enganada, mediante expediente malicioso do autor, a praticar um ato que a prejudique ou que traga proveito ao autor ou terceiro. Não é o que se extrai dos autos.

A própria ré confirma ter ciência de como funcionava a chamada “cláusula de reciprocidade” e, inclusive, traz aos autos um e-mail enviado por gerente do Banco Santos, tratando da questão (fl. 147).

O que se verifica, na verdade, é que sua pretensão de obter a vantagem mediante a compensação das debêntures (remuneradas a taxas mais interessantes) com o saldo devedor do contrato (financiado mediante taxas de juros inferiores) feneceu com a decretação de liquidação do Banco Santos.

Quanto à alegada lesão, o art. 157 do Código Civil prevê, *in verbis*:

“Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

Na hipótese, tem-se que a requerida não se desincumbiu de seu ônus processual de demonstrar a desproporcionalidade da prestação, elemento da lesão.

Com efeito, limitou-se a juntar aos autos duas notificações encaminhadas ao BNDES (em janeiro de 2005 e em março de 2006), propondo novos prazos e formas de amortização do saldo devedor do contrato originário.

Até onde se pode inferir de tais documentos, se houve renegociação, esta foi realizada nos

moldes oferecidos pelo próprio demandado, razão pela qual não há como se acolher a alegação de que houve desproporcionalidade na avença.

Ademais, o reconhecimento dos vícios alegados demanda o ajuizamento da competente ação anulatória (art. 177 do Código Civil), providência não adotada pela requerida.

Confira-se, por oportuno:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA, COM PEDIDO CONDENATÓRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. BNDES E FINAME. CONTRATO DE CRÉDITO FIXO. INTERVENÇÃO, LIQUIDAÇÃO E FALÊNCIA DO AGENTE FINANCEIRO. DESVIO DE FINALIDADE NA APLICAÇÃO DE RECURSOS PELO BENEFICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO, NÃO COMPROVADA. RETENÇÃO DAS PARCELAS RESTANTES DO MÚTUO CONTRATADO. VENCIMENTO ANTECIPADO DE CONTRATO. NÃO APRESENTAÇÃO PELO BENEFICIÁRIO DE OUTRO AGENTE FINANCEIRO PARA LIBERAÇÃO DE OUTRAS PARCELAS. ALEGAÇÕES NÃO VEROSSIMILHANTES. DESCA-
BIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA LIBERAÇÃO DAS PARCELAS RETIDAS.

1. Ausência de verossimilhança nas alegações da agravante. 2. Contratos de mútuo firmados com o BNDES, mediante o agenciamento financeiro do Banco Santos S.A. 3. Irregularidades na destinação da primeira parcela, com desvio de recursos para aplicação financeira, ao invés do cumprimento do objeto do contrato, provocando o vencimento antecipado de um dos contratos e o bloqueio das demais parcelas do financiamento. 4. Alegação de coação que se mostra pouco crível, além de exigir ação anulatória específica para o seu reconhecimento, nos termos do art. 177 do Código Civil de 2002. 5. Necessidade de outro agente financeiro, diante da declaração da falência do Banco Santos, além da análise da idoneidade da mutuária, como condições para a eventual liberação de outras parcelas do financiamento. 6. Prejudicado, em razão do julgamento do agravo de instrumento, o agravo regimental interposto contra a decisão monocrática negativa do relator. 7. Agravo de instrumento não provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI 00982333720054030000, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, DJU 27/09/2006)

Com tais considerações, NEGOU PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES:

Pedi vista para melhor analisar as questões relativas à medida de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente.

Compulsando os autos, entendo que o I. Relator analisou de forma profunda e adequada a questão posta, razão pela qual acompanho seu voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES

APELAÇÃO CÍVEL
0012303-15.2009.4.03.6110
(2009.61.10.012303-3)

Apelante: EDSON LUIZ DUARTE

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN

Classe do Processo: AC 1573666

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2013

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. CIVIL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL INDENIZÁVEL. INSS. DEMORA EXCESSIVA NA ANÁLISE DO PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. EVIDENCIADA A ANGÚSTIA E AFLIÇÃO EXPERIMENTADAS. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONDIZENTE. DANO MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de pedido de indenização por danos materiais e morais, apontando que o dano moral corresponde ao sofrimento (estresse, angústia e depressão), devido à demora na conclusão do processo administrativo em que buscou a concessão da aposentadoria em condições especiais e que ocasionou agravamento na perda auditiva. Uma vez recebido o montante devido a título desse benefício, pleiteia danos materiais, consistente na aplicação da correção monetária, juros legais e multa de 10% sobre quantia paga em atraso pelo INSS.

2. A Constituição Federal, em seu primeiro artigo, no inciso III, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, de acordo com o próprio texto constitucional, o dano moral passou a ter uma nova feição. Reputa-se como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, *fugindo à normalidade*, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe desequilíbrio em seu bem estar.

3. Como sabido, a responsabilidade civil consiste na obrigação imposta a alguém de ressarcir os danos sofridos por outrem, podendo ser contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva e os pressupostos clássicos da responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, a teor do artigo 159 do caduco Código Civil, e arts. 186 e 927 do atual, consubstanciam-se na ação ou omissão do agente, culpa, em uma de suas três vertentes (negligência, imprudência ou imperícia), relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. Ocorridos todos esses requisitos, nasce ao causador do evento a obrigação de ressarcir *in totum* os danos sofridos pelo lesado. De fato, tal responsabilidade somente poderá ser excluída quando houver ausência de nexo da causalidade, culpa exclusiva da vítima, legítima defesa, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior.

4. Também admitido pela Corte Maior a indenização por dano moral decorrente de ato das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, em face do acolhimento da teoria da responsabilidade objetiva destes entes com base no risco administrativo, o que permite certo abrandamento se houver prova de que a vítima concorreu para o evento danoso. Veja-se RE 179.147/SP, Min. Rel.

Carlos Velloso, DJ de 27.02.98, pg. 18.

5. No caso dos autos a prova coligida evidenciou a existência do abuso cometido pelo INSS, tendo em vista que, em 20.11.1998, o autor requereu a aposentadoria especial, ao completar vinte e cinco anos de serviço, tendo em vista que exposto a ruídos de 93 decibéis, indeferida em 24.11.1998.

6. A autoria ingressou com novos recursos, até que em 10.04.2002, instruiu o pleito administrativo com Laudo Pericial Coletivo, atestando a exposição a ruídos na ordem de 93,0 dB, acima do limite legal de 85 dB.

7. Entretanto, *apenas em 07.3.2007* esse recurso foi reencaminhado à 13ª Junta de Recursos da Previdência Social, sendo provido em 19.06.2007, por unanimidade, para reconhecer o direito a aposentadoria especial.

8. É dever da administração pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, no caso em comento, pelo princípio da eficiência (dever administrativo de razoável atuação, aí incluído o tempo de atuação dos agentes), se concretizando pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados, *sendo que a dilação dos prazos só pode ocorrer se houver motivo suficientemente capaz de justificar a demora na decisão, o que, no caso dos autos, não ocorreu*. É incontroverso, portanto, que o tempo de espera para que o apelante soubesse se fora concedida a aposentadoria especial foi de, *no mínimo, de cinco anos*. Tudo indica que o processo ficou “parado” na agência do INSS - por extravio ou desídia. Conquanto o mero indeferimento administrativo não seja apto a ensejar o dano moral, no caso dos autos, temos este *plus*: a inércia e a desídia do Poder Público, que não remeteu o procedimento administrativo à JRPS, *deixando-o parado, por cinco anos*, na agência correlata. Após a remessa, o processo foi julgado em TRÊS MESES.

9. Tal contexto evidencia falta do serviço e violação ao princípio da eficiência, insculpido no artigo 37 da CF/88. Resulta do exame das provas colhidas, que o retardamento não se deveu aos entraves e exigências de ordem burocrática, havendo indícios de que o procedimento administrativo extraviou-se, de maneira a se concluir que a demora na análise do recurso administrativo gerou danos não patrimoniais ao apelante com piora do seu estado de saúde, de certa forma presumida ante a atividade especial desempenhada, permanecendo exposto ao ruído muito além do tempo necessário.

10. É de se entender a angústia, aflição e insegurança do autor a respeito do resultado do pedido formulado perante a autarquia, uma vez que, desde o requerimento administrativo, no ano de 1998, possuía, em tese, direito adquirido da aposentadoria especial. Prescinde, inclusive, da prova do abalo psíquico, para fins de indenização por danos morais, haja vista que as circunstâncias do caso concreto permitem delimitar o abalamento psicológico. (REsp 1109978/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 13/09/2011)

11. Evidente que cabe à Administração a organização dos seus trabalhos, sendo certo que o atraso foi causado pela tramitação morosa e desídia na condução das atividades administrativas, razão pela qual o apelante faz jus à indenização pelo dano moral sofrido.

12. O dano patrimonial, ou material, consiste na *lesão concreta ao patrimônio da vítima*. Abrange o dano emergente (o que efetivamente se perdeu) e o lucro cessante (o que se deixou de ganhar em razão do evento danoso). Da inicial consta pedido de dano material, apontando ser devido o pagamento de correção monetária, juros de mora e multa com base na taxa SELIC, incidindo sobre o valor atrasado já restituído,

pleiteando o ressarcimento no valor total de R\$ 341.172,15 (trezentos e quarenta e um mil e cento e setenta e dois reais e quinze centavos). Todavia, prevalente na Turma o entendimento de que não existe direito a indenizar em tal situação, que restaria suprida com o pagamento retroativo do benefício, em relação à data em que a decisão considerou devida a concessão, acrescido de correção monetária, juros de mora e encargo sucumbencial. Dos documentos carreados, vê-se que o INSS restituiu as parcelas atrasadas, com a devida atualização de juros e correção monetária, de tal modo que não cabe nenhum ressarcimento a título de danos materiais, uma vez que não existiram prejuízos efetivos.

13. Estabelecida, assim, a ocorrência dos fatos, o seu caráter abusivo, a humilhação, angústia e ansiedade experimentadas, fatores capazes de agravar o sofrimento moral, restando evidenciado, portanto, o nexo de causalidade entre ambos. Comprovada a existência do nexo de causalidade entre os prejuízos morais alegados e a atuação da autarquia, a indenização é devida, razão pela qual se estabelece o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que não acarreta enriquecimento sem causa e se revela razoável e proporcional, para fins de censura da conduta do réu e reparação do dano sofrido pelo autor, observadas, ainda, as situações econômica do ofensor e econômica e social do ofendido, e demais circunstâncias do caso concreto.

14. O valor da indenização deve ser atualizado a partir da presente data e até o seu efetivo pagamento, com acréscimo de *juros de mora* desde o evento gerador do dano moral (Súmula 54/STJ), consistente na data do preenchimento de todos os requisitos até então exigíveis - juntada dos laudos coletivos em 07.01.2002, uma vez que não se permitiria ao Poder Público (por exemplo, por mera conveniência) deixar de acolher o pedido -, com a observância dos índices previstos na Resolução CJF 134/2010 para as ações condenatórias em geral, ajustada aos parâmetros das ADI's 4357 e 4425, inclusive no tocante à inconstitucionalidade por "arrastamento" do artigo 1ºF da Lei 9.494, de 1997, fixada a sucumbência recíproca.

15. Recurso a que dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de abril de 2013.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de apelação em ação de indenização, objetivando o ressarcimento por danos materiais e morais, consistentes, respectivamente: no valor da aposentadoria especial desde 20.11.1998 - descontados os valores recebidos - acrescido de correção monetária e em razão da demora no julgamento do processo administrativo relativo ao pedido de aposentadoria especial.

Da inicial consta, em suma, que: (1) em 20.11.1998, o autor contava com 25 anos, 06 meses e 02 dias de trabalho na empresa CBA, em condições especiais, razão pela qual fez o requerimento administrativo de sua aposentadoria especial, que foi indeferido porque a autarquia considerou que o período anterior a 23.07.1994 não poderia ser considerado insalubre, vez que o ruído era neutralizado através do EPI - Equipamento de Proteção Individual; (2) recorreu administrativamente e, ao ser demitido pela empresa, sem justa causa, em 06.11.2006, procurou a autarquia e foi informado de que seu processo havia desaparecido, vindo a ser orientado pela Ouvidoria do INSS que ingressasse com novo pedido de aposentadoria, entregando, inclusive, cópia integral do processo administrativo de seu primeiro pedido e recursos subsequentes; (3) após muitos esforços, em 19.06.2007 seu pedido foi deferido pela 13ª Junta de Recursos do INSS, demora essa que durou 9 anos, 2 meses e 17 dias, interregno em que foi obrigado a permanecer trabalhando em condições insalubres e, em razão disso, houve piora em sua acuidade auditiva (ruído na ordem de 93 dB); (4) houve descaso por parte da autarquia, por tratar-se de benefício com caráter alimentar e porque a saúde do trabalhador deveria ser preservada, sendo que a situação “lhe causou stresse, depressão, angústia e tudo o que se possa imaginar para uma pessoa de bem e cumpridora de seus deveres”; (5) a Emenda Constitucional 45/2004 fez referência expressa à duração razoável do processo, tanto administrativo quanto judicial; (6) o dano moral corresponde aos dissabores experimentados pela mencionada demora na conclusão do P.A., uma vez que foi privado de um direito seu, fundamental e indisponível e que a lesão auditiva não tem cura, o que influi diretamente em seu estado emocional, haja vista o “zumbido” permanente em seu ouvido, que o obriga a dormir com um “Ipod” para não ouvi-lo, além de falar alto e ser obrigado a elevar muito o volume do televisor; (7) o dano material consiste na aplicação, sobre o montante já recebido, da “correção monetária pelo maior índice utilizado pelo governo, mais juros e multa de 10% sobre o montante total”; (8) a CF/88 e o CDC consagraram a responsabilidade objetiva da administração.

A sentença rejeitou o pedido do autor (art. 269, I, CPC), condenando-o ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), sob o argumento de que inexistia prova efetiva do dano material ou moral, razão pela qual o “deferimento da pretensão à indenização poderia proporcionar ao Autor um enriquecimento a custo alheio, no caso, do INSS, autarquia federal mantida pela contribuição dos trabalhadores brasileiros, causando, por via reflexa, prejuízo a todos os cidadãos brasileiros”.

Considerou que a causa de pedir destoa dos fatos ocorridos e descritos na petição inicial, ressaltando que o autor afirma ter sido demitido sem justa causa em 06/11/2006 - f. 03. Porém, conforme documentos anexados aos autos - f. 111, a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição foi concedida em 07/11/2006, ou seja, no dia posterior à alegada demissão sem justa causa, fato que indica o encerramento do vínculo trabalhista pela aposentadoria deferida, e não sem justa causa, ainda que o benefício deferido não fosse o mesmo requerido em 1998 (aposentadoria especial). Ponderou que o autor teve à disposição a opção de se socorrer ao Poder Judiciário, tendo optado por seguir com os recursos administrativos, motivo pelo qual não houve inércia por parte da autarquia. (f. 239/41 e vº).

Apelou o autor alegando que: (1) a autarquia é responsável objetivamente pelos danos morais que causou, pois “se o INSS tivesse cumprido com seu dever de selecionar e distribuir corretamente o benefício em prazo razoável, o autor não teria sofrido as angústias que sofreu, daí o nexos causal, além da perda auditiva”; (2) deve ser ressarcido do dano material que sofreu, isto é, “a diferença resultante da correção monetária pelo índice SELIC, utilizado pelo governo em situações que lhe favorecem, ou seja, em casos de recebimento e não onde deve ele pagar; mais juros legais e multa de 10% sobre o montante total, levando em consideração

o pagamento dos atrasados”, conforme cálculo de f. 23/25.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Senhores Desembargadores, trata-se de pedido de indenização por danos materiais e morais, apontando que o dano moral corresponde ao sofrimento (estresse, angústia e depressão), devido à demora na conclusão do processo administrativo em que buscou a concessão da aposentadoria em condições especiais, o que ocasionou agravamento na perda auditiva. Uma vez recebido o montante devido a título desse benefício, pleiteia danos materiais, consistente na aplicação da correção monetária, juros legais e multa de 10% sobre quantia paga em atraso pelo INSS.

A r. decisão hostilizada é de ser mantida.

Inicialmente, a Constituição Federal, em seu primeiro artigo, no inciso III, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim Senhores Desembargadores, trata-se de pedido de indenização por danos materiais e morais, apontando que o dano moral corresponde ao sofrimento (estresse, angústia e depressão), devido à demora na conclusão do processo administrativo em que buscou a concessão da aposentadoria em condições especiais e que ocasionou agravamento na perda auditiva. Uma vez recebido o montante devido a título desse benefício, pleiteia danos materiais, consistente na aplicação da correção monetária, juros legais e multa de 10% sobre quantia paga em atraso pelo INSS.

A r. decisão hostilizada é de ser reformada.

Inicialmente, a Constituição Federal, em seu primeiro artigo, no inciso III, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, de acordo com o próprio texto constitucional, o dano moral passou a ter uma nova feição.

Reputa-se como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, *fugindo à normalidade*, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe desequilíbrio em seu bem estar.

Como sabido, a responsabilidade civil consiste na obrigação imposta a alguém de ressarcir os danos sofridos por outrem, podendo ser contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva e os pressupostos clássicos da responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, a teor do artigo 159 do caduco Código Civil, e arts. 186 e 927 do atual, consubstanciam-se na ação ou omissão do agente, culpa, em uma de suas três vertentes (negligência, imprudência ou imperícia), relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. Ocorridos todos esses requisitos, nasce ao causador do evento a obrigação de ressarcir *in totum* os danos sofridos pelo lesado.

De fato, tal responsabilidade somente poderá ser excluída quando houver ausência de nexo da causalidade, culpa exclusiva da vítima, legítima defesa, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Também admitido pela Corte Maior a indenização por dano moral decorrente de ato das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público,

em face do acolhimento da teoria da responsabilidade objetiva destes entes com base no risco administrativo, o que permite certo abrandamento se houver prova de que a vítima concorreu para o evento danoso. Veja-se RE 179.147/SP, Min. Rel. Carlos Velloso, DJ de 27.02.98, pg. 18.

No caso dos autos a prova coligida evidenciou a existência do abuso cometido pelo INSS, tendo em vista que, em 20.11.1998, o autor requereu junto ao INSS a aposentadoria especial, ao completar vinte e cinco anos de serviço na Companhia Brasileira de Alumínio (CBA), tendo em vista que ocupava cargo que o expunha a 93 decibéis de nível de pressão sonora, que foi indeferida em 24.11.1998, “tendo em vista laudo técnico constar que o agente agressivo está neutralizado com o uso de EPI” (f. 39).

Em 16.12.1998 ofertou o recurso de f. 38 e vº e em 14.11.2000 o feito foi julgado pela 13ª Junta de Recursos do INSS, convertido o julgamento em diligência, visando a juntada ao processo do “Laudo Técnico Pericial Coletivo da Empresa CIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO”. A diligência foi levada a efeito em 07.06.2001, retornando os autos à 13ª JR e, em 15.10.2001, foi mantido o indeferimento do recurso (f. 48/9, 54/6 e 61/3).

A notificação dessa decisão ocorreu em 19.12.2001 (f. 64) e, inconformado, o autor apresentou novo recurso em 28.12.2001 (f. 66 e vº), complementado em 10.01.2002 (f. 67), com o Laudo Pericial Coletivo, assinado por engenheiro da CBA, atestando a exposição a agente nocivo, informando ao INSS que o ruído a que o autor foi exposto era da ordem de 93,0 dB, acima do limite legal de 85 dB (f. 68/79).

Entretanto, apenas em 07.3.2007 esse recurso foi reencaminhado à 13ª Junta de Recursos da Previdência Social, com a seguinte informação:

Trata o presente recurso à CAJ/CRPS, apresentado pelo segurado às fls. 34, tempestivamente, encaminhamos os autos para a Perícia Médica do INSS e, tendo em vista o parecer técnico às fls. 52, elaboramos nova contagem de tempo de serviço às fls. 53, onde apuramos o total de 25 anos, 05 meses e 27 dias de tempo de serviço especial, suficientes para a concessão do benefício requerido. Dessa forma, e de acordo com o artigo nº 87 da Orientação Interna nº 151/2006, encaminhamos o presente para reexame da matéria. (f. 86)

Assim, na sessão de julgamentos do dia 19.6.2007, a 13ª JR deu provimento ao recurso, por unanimidade (f. 87/9), reconhecendo o direito a aposentadoria especial, decisão acolhida pela Seção de Revisão de Benefícios em 10.8.2007 (f. 90)

Em 31.8.2007, foi solicitado o comparecimento do segurado para optar entre o benefício concedido e a aposentadoria por tempo de contribuição que vinha recebendo (NB 42/143.387.125-1 - f. 106), providência cumprida em 12.9.2007 (f. 107/8), tendo o autor ajuizado a presente ação em 08.10.2009.

Infere-se, outrossim, que, por ocasião do requerimento inicial do benefício (20.11.1998) não foram apresentados documentos hábeis à sua concessão, vez que, muito embora o autor contasse, no seu entender, com o tempo de serviço em condições especiais, à época, a utilização de EPI's (Equipamento de Proteção Individual) afastou o aludido enquadramento.

Apresentado recurso dessa decisão, o julgamento foi convertido em diligência em 14.11.2000, com vistas a que novos laudos técnicos fossem apresentados e, *elaborada nova contagem baseada nos laudos técnicos de f. 68/79 - em 07.01.2002 -*, o processo administrativo foi revisto e o benefício concedido em 19.6.2007.

A diligência foi levada a efeito em 07.06.2001, retornando os autos à 13ª JR e, em 15.10.2001, foi mantido o indeferimento do recurso (f. 48/9, 54/6 e 61/3), haja vista não ter

sido possível o preenchimento dos requisitos legais.

Quanto ao ponto, verifico que a demora na apreciação e no deferimento do pedido de aposentação que, note-se - é ato vinculado -, ocorreu em razão do não preenchimento - até a juntada dos laudos coletivos de f. 68/79 - em 07.01.2002 -, dos requisitos legalmente exigidos, uma vez que não se permite ao Poder Público (por exemplo, por mera conveniência) deixar de acolher o pedido.

De outro norte, é dever da administração pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, no caso em comento, pelo princípio da eficiência (dever administrativo de razoável atuação, aí incluído o tempo de atuação dos agentes), se concretizando pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados, *sendo que a dilação dos prazos só pode ocorrer se houver motivo suficientemente capaz de justificar a demora na decisão, o que, no caso dos autos, não ocorreu.*

É incontroverso, portanto, que o tempo de espera para que o apelante foi de, no mínimo, de cinco anos.

Tudo indica que o processo ficou “parado” na agência do INSS - por extravio ou desídia. É certo que o mero indeferimento administrativo não é apto a ensejar o dano moral, bem como que o pagamento dos atrasados, como *in casu* ocorreu, elimina esta possibilidade, de acordo com a jurisprudência dominante.

Entretanto, no caso dos autos, temos este *plus*: a inércia e a desídia do Poder Público, que não remeteu o procedimento administrativo à JRPS, deixando-o, por cinco anos, na agência correlata. Após a remessa, o processo foi julgado em TRÊS MESES, o que configura falta do serviço e violação ao princípio da eficiência, insculpido no artigo 37 da CF/88.

Resulta do exame das provas colhidas, que o retardamento não se deveu, exclusivamente, aos entraves e exigências de ordem burocrática, havendo nos autos indícios de que o processo administrativo foi extraviado, de tal maneira que se pode dizer que a demora no julgamento do processo gerou danos não patrimoniais ao apelante, até porque houve a piora do seu estado de saúde, de certa forma presumida ante a atividade especial desempenhada, permanecendo exposto ao ruído muito além do tempo necessário ao cumprimento dos requisitos à concessão do benefício.

Em inteira compatibilidade com tal orientação tem decidido o Colendo STJ:

CIVIL. DANO MORAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME DA RECORRENTE EM UM SISTEMA DE FRAUDES DA QUAL NÃO PARTICIPOU. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é farta de precedentes que negam indenização por dano moral nas hipóteses em que o fato alegado pela parte representa, segundo as regras de experiência, um mero dissabor inerente à vida em sociedade.
2. *Os limites entre o mero dissabor e o dano moral indenizável deve ser apurado mediante regras de experiência, pelo julgador.*
3. A vinculação do nome da recorrente em um sistema de fraudes praticado na Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves, sem a sua ciência, não pode ser considerado um dissabor cotidiano. Trata-se de uma situação inusitada e claramente passível de causar abalo psíquico.
4. É natural que uma pessoa inocente que tenha seu nome vinculado a investigações administrativas, sendo inclusive convocada a prestar esclarecimentos, sofra com a insegurança a respeito do resultado da investigação. Até a confirmação de sua inocência, um cidadão comum teria sido colhido por significativa aflição e angústia, causadas pelo medo de ser responsabilizado por algo que não fez. Diante de tal quadro, a existência de dano moral subjetivo é inegável.

5. Há precedentes no âmbito desta Corte que reconhecem a existência de dano moral *in re ipsa* para hipóteses de inscrição do nome de um consumidor em cadastros de inadimplentes, ou em hipóteses de protesto indevido, ou seja, em hipóteses de violação de direitos da personalidade. Tendo em vista, *é razoável estender a mesma interpretação a todas as violações dessa natureza, considerando que a ofensa a qualquer direito de personalidade provoque um dano moral in re ipsa*.

6. Recurso especial provido para restabelecimento da sentença.

(REsp 955.031/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 09/04/2012)

É de se entender a angústia, aflição e insegurança do autor a respeito do resultado do pedido formulado perante a autarquia, uma vez que, desde o requerimento administrativo, no ano de 1998, possuía, em tese, direito adquirido da aposentadoria especial.

Prescinde, inclusive, da prova do abalo psíquico, para fins de indenização por danos morais, haja vista que as circunstâncias do caso concreto permitem delimitar o abalamento psicológico. (REsp 1109978/RS, Relatora Ministra Nancy Andrigli, DJe de 13/09/2011)

Evidente que cabe à Administração a organização dos seus trabalhos, sendo certo que o atraso no julgamento foi causado pela tramitação morosa e desídia na condução das atividades administrativas, razão pela qual o apelante faz jus à indenização pelo dano moral sofrido, nada obstante que todos os valores atrasados referentes à aposentadoria especial foram devidamente pagos.

Acolhida a indenização por dano moral, passo à análise do dano material.

O dano patrimonial, ou material, consiste na *lesão concreta ao patrimônio da vítima*. Abrange o dano emergente (o que efetivamente se perdeu) e o lucro cessante (o que se deixou de ganhar em razão do evento danoso).

Da inicial consta pedido de dano material, apontando ser devido o pagamento de correção monetária, juros de mora e multa com base na taxa SELIC, incidindo sobre o valor atrasado já restituído, pleiteando o ressarcimento no valor total de R\$ 341.172,15 (trezentos e quarenta e um mil e cento e setenta e dois reais e quinze centavos), conforme tabela de f. 23/5.

Todavia, não existe direito a indenizar em tal situação, pois a forma específica de reparação de danos, por demora de tal ordem, ocorre com a determinação para o pagamento retroativo do benefício, em relação à data em que a decisão considerou devida a concessão, acrescido de correção monetária, juros de mora e encargo sucumbencial.

O erro ou atraso na atividade administrativa, de que tenha resultado dano consistente na falta de percepção dos valores a tempo e modo, resolve-se pela forma e alcance de condenação inerente às ações previdenciárias e não através de ação de indenização autônoma, fundada em responsabilidade civil do Estado, porque esta exige um dano particular vinculado à conduta, comissiva ou omissiva, do Poder Público, cuja reparação não tenha se efetivado ou sido possível efetivar-se no âmbito da ação própria para a revisão da conduta administrativa impugnada.

Dos documentos carreados, vê-se que o INSS restituiu as parcelas atrasadas, com a devida atualização de juros e correção monetária, de tal modo que não cabe nenhum ressarcimento a título de danos materiais, uma vez que não existiram prejuízos efetivos (f. 172/175).

Bem estabelecida, assim, a ocorrência dos fatos, o seu caráter abusivo, a humilhação, angústia e ansiedade experimentadas, fatores capazes de agravar o sofrimento moral, restando evidenciado, portanto, o nexo de causalidade entre ambos.

Comprovada a existência do nexo de causalidade entre os prejuízos morais alegados e

a atuação da autarquia, a indenização é devida, razão pela qual se estabelece o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que não acarreta enriquecimento sem causa e se revela razoável e proporcional, para fins de censura da conduta do réu e reparação do dano sofrido pelo autor, observadas, ainda, as situações econômica do ofensor e econômica e social do ofendido, e demais circunstâncias do caso concreto.

O valor da indenização deve ser atualizado a partir da presente data e até o seu efetivo pagamento, com acréscimo de *juros de mora* desde o evento gerador do dano moral (Súmula 54/STJ), consistente na data do preenchimento de todos os requisitos até então exigíveis - juntada dos laudos coletivos de f. 68/79 em 07.01.2002, uma vez que não se permitiria ao Poder Público (por exemplo, por mera conveniência) deixar de acolher o pedido -, com a observância dos índices previstos na Resolução CJF 134/2010 para as ações condenatórias em geral, observado ainda os norteamentos das ADI's 4357 e 4425, recém julgadas, sobretudo quanto à inconstitucionalidade por "arrastamento" do artigo 1ºF, da Lei 9.494, de 1997.

Como se observa, a hipótese é de sucumbência recíproca, vez que é parcialmente procedente o pedido, sem decaimento mínimo, devendo, portanto, cada qual das partes arcar com os respectivos honorários advocatícios (artigo 21, CPC), rateadas as custas.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para reformar a sentença nos termos supracitados.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

Direito Constitucional



ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL

0005285-46.2000.4.03.6113

(2000.61.13.005285-2)

Arguente: SPEZZIO IND. DE CALÇADOS LTDA.

Arguida: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE FRANCA - SP

Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: ArgInc 898060

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2013

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade reconhecida em sede de apelação pela Quinta Turma deste Tribunal, em decisão monocrática da lavra do *Juiz Federal Convocado Rafael Margalho*, com determinação de remessa dos autos ao Órgão Especial do TRF da 3ª Região, tendo em vista o acolhimento da alegação de inconstitucionalidade do art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91, com as alterações procedidas pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por violação ao disposto nos arts. 195, § 4º, e 154, I, da Constituição Federal, nos termos do art. 97 da Constituição, c.c. o art. 481 do CPC, consoante *decisum* de fls. 163/165.

Os autos foram distribuídos em 08.02.2013 por dependência/prevenção, conforme certidões de fl. 168-169.

É o relatório. Decido.

Os Tribunais também exercitam o controle difuso de constitucionalidade ao julgarem os recursos ou demandas de competência originária. Assim, devem analisar a compatibilidade constitucional dos atos praticados nos autos do processo. Contudo, devem observar certas condicionantes materializadas no instituto do incidente de inconstitucionalidade e na cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição da República.

Segundo a cláusula de reserva de plenário:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Para que a questão objeto de apreciação do órgão fracionário chegue ao órgão pleno, há o incidente de inconstitucionalidade, regulado pelos arts. 480 a 482 do CPC.

E, observada a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, *ouvido o Ministério Público*, submete a questão à turma ou câmara, que, *se acolher o incidente*, provocará a manifestação do tribunal pleno ou órgão especial, o qual decidirá a matéria de forma vinculante.

Registre-se que o citado incidente somente está dispensado quando já houver pronunciamento do plenário ou órgão especial do próprio tribunal ou do STF.

Porém, não é o que se verifica no presente caso, onde o relator da 5ª Turma deste Tribunal, *de forma unipessoal*, no bojo do *decisum* proferido em 25.05.2012 (fls.163/165), reconheceu a inconstitucionalidade da exação tributária (contribuição social) prevista no art. 22, IV, da Lei de Custeio da Previdência Social, a cargo da empresa Spezzio Ind. de Calçados Ltda., no importe de 15% incidentes sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, e submeteu o processo ao Órgão Especial deste Tribunal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

O par. ún. do art. 481 do CPC determina que os órgãos fracionários dos Tribunais *não submeterão* ao Plenário ou Órgão Especial o citado incidente quando já houver julgamento da matéria pelo Plenário do STF.

Desde logo, registro que a (in)constitucionalidade do art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91, com as alterações procedidas pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999, está sendo discutida no âmbito do STF no bojo dos autos do *RE 595.838*, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, onde foi reconhecida a repercussão geral da matéria ora debatida. Em consulta processual, que ora se junta, verifiquei constar que o citado Recurso Extraordinário aguarda julgamento.

Por outro lado, o Regimento Interno desta Corte determina que o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade somente será remetido ao julgamento do Plenário *quando a maioria absoluta* de seus membros acolher a arguição de inconstitucionalidade, ainda não decidida, conforme dispõe o art. 174, *verbis*:

Art. 174 - Na hipótese do artigo anterior, a Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário apenas quando a maioria absoluta de seus membros acolher a arguição de inconstitucionalidade, não decidida ainda pelo Plenário.

Parágrafo único - Decidida a submissão da questão ao Tribunal Pleno, juntando-se aos autos as notas taquigráficas ou estenotipadas, e lavrado o acórdão, observar-se-á o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 171.

A exigência contida no referido art. 174 reflete a necessidade de exame, por todos os membros do órgão fracionário, de matéria constitucional que traz reflexo nos demais julgamentos do Tribunal, com eventual reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito legal.

No âmbito do Órgão Especial deste Tribunal, no *decisum* proferido nos autos da *Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0001048-37.2002.4.03.6100/SP* (e-DJF3 Judicial 1, de 25.04.2011), o Relator Desembargador Federal André Nabarrete destacou:

Evidencia-se, primeiramente, que *a arguição sequer chegou a ser suscitada, nos termos do artigo 175 transcrito. Em consequência, não foi aberta vista ao Ministério Público Federal para que se manifestasse. Também não foram colhidos os votos de todos os membros da turma, como exige o artigo 174. Portanto, há clara e incontornável desconformidade regimental que inviabiliza o prosseguimento do incidente.* (destaquei)

Logo, é imprescindível que os demais integrantes da Turma julgadora tragam seu posicionamento, considerando que a matéria é relevante por afetar a ordem constitucional, relevância que, inclusive, fora reconhecida pelo STF no *RE 595.838*. Em consequência, o julgamento monocrático, proferido a fls. 163/165, *enseja a não admissão* da presente arguição de inconstitucionalidade, devendo os autos retornar ao órgão fracionário julgador, *para que todos seus membros se manifestem expressamente acerca da inconstitucionalidade da contribuição social*

prevista no art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91.

Ante o exposto, *nego sequimento* à presente Arguição de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 33, XIII, c.c. 174, *caput*, todos do RI do TRF da 3ª Região.

Remetam-se os autos ao relator.

Publique-se.

São Paulo, 09 de abril de 2013.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000973-22.2007.4.03.6100
(2007.61.00.000973-4)

Apelante: CARLOS FONSECA MONNERAT
 Apelada: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO – SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
 Classe do Processo: AC 1326369
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/05/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO. ARTIGO 37, § 6º, DA CF. LISTA DE AUTORIDADES QUE RECEBERAM MOÇÃO DE REPÚDIO E DESAGRAVO. AMPLA DIVUGAÇÃO. EXCESSO DANOSO. NEXO DE CAUSALIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE DANO À INTEGRIDADE MORAL DO AUTOR.

1. Inexiste a necessidade da prova de má-fé na conduta da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo, já que referida entidade é autarquia especial, sendo que sua atividade se enquadra no amplo espectro de serviço público. Assim, como entidade da Administração Indireta, por força do artigo 37, § 6º, da CF, sua responsabilidade é objetiva, independentemente de culpa ou ilicitude da ação que deu causa ao dano. Precedente jurisprudencial.
2. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral e patrimonial, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
3. A possibilidade de realização de ato de desagravo público pela OAB, em defesa de seus membros, quando ofendidos no exercício da advocacia, decorre de lei, conforme dispõe o artigo 7º, XVII e § 5º da Lei 8.906/94, não cabendo ao Poder Judiciário analisar o mérito das decisões administrativas, desde que sejam legais. No entanto, no caso em tela, a OAB excedeu o seu direito de realizar tal ato.
4. A questão de fundo tem origem em termos empregados pelo autor, na prolação de sentença no processo nº 102/00 da 177ª Zona Eleitoral. Diante das expressões utilizadas e de matéria jornalística sobre a sentença foi promovida a Representação de Desagravo Público - TR nº 2432. Deferida a concessão pela OAB/SP, por decisão confirmada pelo seu órgão colegiado, procedeu-se à Sessão Solene de Desagravo, culminando, então, na inclusão do nome do autor na lista de autoridades que receberam desagravo ou moção de repúdio “concedidos”, amplamente divulgada pela internet e em periódico local.
5. Tal lista possui nítido caráter punitivo, considerada nos meios jurídicos, como o “rol dos inimigos da advocacia” ou “SERASA da advocacia”, podendo ser considerado fato notório, nos termos do art. 334, inciso I, do CPC, diante da difusão por vários meios de comunicação, no sentido da afirmativa do então Presidente da OAB - Seção de São Paulo de que a inclusão do nome na referida lista implicaria no futuro indeferimento

de pedido de inscrição daquela pessoa nos quadros da Ordem, em face da postura incompatível com a advocacia.

6. A resposta cabível em caso de eventual ocorrência de ofensa deveria se limitar ao exercício do direito de desagravar publicamente o advogado, assegurado à OAB pela Lei 8.906/94, XVII e art. 7º, § 5º.

7. Ausência de razoabilidade e proporcionalidade na medida de inclusão do nome do autor em tal “lista”, sob ameaça de impedimento do futuro ingresso nos quadros da Ordem, implicando, ainda, em ofensa ao direito à imagem do autor, da reputação da pessoa em seu meio social, posto que ultrapassados os limites do direito da liberdade de informação, da publicidade do desagravo pela OAB, configurando-se a ocorrência dos danos morais.

8. Compete a OAB fiscalizar exclusivamente o exercício da advocacia, detendo o poder de punir disciplinarmente aqueles que nela estão inscritos (Lei 8906/94, arts. 70 a 74), não se estendendo, porém, este poder aos magistrados ou a pessoas não pertencentes aos seus quadros, para as quais, nas hipóteses de necessidade de eventuais apurações disciplinares e penalizações existem as vias adequadas, perante as autoridades competentes.

9. É certo que embora a OAB não tenha sido a autora direta dos títulos e reportagens, deu ela causa aos mesmos, com suas atitudes explícitas e públicas.

10. Configurados o dano e o nexo de causalidade pelo ato de inclusão do nome do autor na “lista” da ré, necessária a indenização por danos morais em montante que respeite o binômio de mitigação do sofrimento pelo dano moral, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte.

11. Devida a indenização por danos morais, o montante foi fixado em conformidade com o decidido em julgados similares desta E. Turma do TRF, nos precedentes: AC 002932-28.2007.4.03.6100, relator Desembargador Federal Lazarano Neto, j. 19/8/2010, DJ 3/9/2010; AC 0004333-62.2007.4.03.6100, relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 29/3/2012, DJ 12/4/2012).

12. Correção monetária a partir da data do arbitramento (Súmula 362, do C. STJ), observados os índices previstos na Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal.

13. Os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, utilizando-se a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC até junho de 2009 e o mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, a partir de 29/06/2009 (STJ, RESP 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 02.02.12).

14. Inversão do ônus da sucumbência, devendo a ré arcar com a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

15. Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de maio de 2013.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação em ação de rito ordinário, ajuizada por Carlos Fonseca Monnerat, em face da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo, objetivando a indenização por danos morais.

Aduz o autor, juiz de direito, que a ré promoveu ato de desagravo por violação às prerrogativas funcionais e inscreveu o seu nome na “lista negra de inimigos da advocacia”, fato que teve ampla publicidade, tanto pela *internet*, quanto pela divulgação em reportagens nos jornais locais da cidade, sem que tal procedimento tivesse respeitado os princípios da legalidade e da ampla defesa, constituindo, ainda, ameaça de penalização, com a proibição do exercício futuro da advocacia.

Alegou não recordar qual o fato que teria originado o ato de desagravo, parecendo tratar-se de sentença envolvendo matéria eleitoral, confirmada pelo TRE e mantida pelo Tribunal Superior.

Sustenta que a divulgação de seu nome na “lista negra”, como “inimigo da advocacia” causou-lhe profundo constrangimento pessoal, além de enorme abalo moral, afetando profundamente o seu relacionamento com funcionários, colegas, membros do Ministério Público e, especialmente com os advogados, sendo abordado a todo instante sobre este fato, extremamente desagradável.

Requer a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais), correspondentes a três vencimentos-teto dos Magistrados.

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, oportunidade em que condenou o autor ao pagamento da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa.

Apelou o autor, requerendo a reforma do julgado, para que a OAB seja condenada ao pagamento da indenização por danos morais.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Primeiramente, observo inexistir, no caso em espécie, a necessidade da prova de má-fé na conduta da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo, já que referida entidade é autarquia especial, sendo que sua atividade se enquadra no amplo espectro de serviço público.

Assim, como entidade da Administração Indireta, por força do artigo 37, § 6º, da CF, sua responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa ou ilicitude da ação que deu causa ao

dano. Nesse sentido, cito o precedente deste E. Tribunal:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. DIREITO DE JUNTAR CÓPIAS DE SENTENÇAS NOS AUTOS PARA FIRMAR TESE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OAB/SP. AUTORIDADE. MOÇÃO DE REPÚDIO. AMPLA DIVULGAÇÃO DE LISTA COM NOMES DE AUTORIDADES. FATOS DEMONSTRADOS. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. REPARAÇÃO. REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO EM PRIMEIRO GRAU. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE. (...) 4. A Constituição Federal de 1988, consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado no § 6º, do artigo 37, dispondo 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, inovando, a atual Carta Política ao estender o dever de indenizar às empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. 5. A Ordem dos Advogados do Brasil enquadra-se no amplo espectro de serviço público, pois, se trata de autarquia federal *sui generis*, de regime especial, prestadora do relevante serviço de fiscalização do exercício de profissão regulamentada, no caso, a de advogado, sendo este necessário, por todos os títulos, à administração da Justiça. Está, pois, “sujeita ao regime jurídico administrativo de direito público e, conseqüentemente, aos parâmetros da responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo, impondo-se o enquadramento dos atos lesivos por ela praticados no vigor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.”, conforme já bem prelecionou sobre o tema o Eminente Desembargador Federal Márcio Moraes, em caso análogo ao dos autos (AC 1294950). (...) (Terceira Turma, AC 2007.61.00.003122-3, Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, j. 14/10/2010, DJ 26/10/2010)

Passo à análise do mérito, transcrevendo, para tanto, o art. 37, § 6º, da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

§ 6º - 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.

Destarte, para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral e patrimonial, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.

Observe que a possibilidade de realização de ato de desagravo público pela OAB, em defesa de seus membros, quando ofendidos no exercício da advocacia, decorre de lei, conforme dispõe o artigo 7º, XVII e § 5º da Lei 8.906/94, não cabendo ao Poder Judiciário analisar o mérito das decisões administrativas, desde que sejam legais.

No entanto, no caso em tela, a OAB excedeu o seu direito de realizar tal ato.

A questão de fundo tem origem nos termos empregados pelo autor em sentença proferida no processo nº 102/00 da 177ª Zona Eleitoral, tais como:

Neste ponto, este magistrado não pode deixar de mencionar a falta de cuidado com que o patrono subscritor da reclamação se houve no 2º parágrafo de fls. 03. Deveria ter tido a decência

de pedir uma certidão ao Cartório Eleitoral mas preferiu afirmar: “questiona-se o cumprimento até a presente data da publicidade que deveria ter ocorrido nesta Zona Eleitoral ...”. Quer dar a entender que está no prazo porque a publicidade não foi feita. Poderia ter a honestidade de utilizar apenas o primeiro argumento) ... Vê-se, mais uma vez, que andou mal o signatário da “reclamação” ... A ginástica feita pelo patrono dos “reclamantes” era totalmente desnecessária ... Não quero acreditar que os “reclamantes” e o subscritor desta peça se coloquem ao lado daqueles que corrompem, que roubam, que agem nas condutas públicas e particulares de forma imoral, etc, etc, etc “... Custo a crer que o patrono subscritor da pela inicial desconheça tal decisão, basilar sobre o tema. Mas o desconhecimento é a única desculpa para não a ter mencionado na sua argumentação, já que deve se presumir que litigue com galhardia, mas com boa fé e lealdade.” (fl. 116)

Diante das expressões utilizadas e de matéria jornalística sobre a sentença foi promovida a Representação de Desagravo Público - TR nº 2432. Deferida a concessão pela OAB/SP, em decisão confirmada por seu órgão colegiado, procedeu-se à Sessão Solene de Desagravo (fl. 198), culminando, então, na inclusão do nome do autor na lista de autoridades que receberam desagravo ou moção de repúdio “concedidos” (fls. 200/204), amplamente divulgada pela internet e em periódico local.

Tal lista possui nítido caráter punitivo, considerada nos meios jurídicos, como o “rol dos inimigos da advocacia” ou “SERASA da advocacia”, podendo ser considerado fato notório, nos termos do art. 334, inciso I, do CPC, diante da difusão por vários meios de comunicação (fls. 29 e 41), no sentido da afirmativa do então Presidente da OAB - Seção de São Paulo de que a inclusão do nome na referida lista implicaria no futuro indeferimento de pedido de inscrição daquela pessoa nos quadros da Ordem, em face da postura incompatível com a advocacia.

A resposta cabível em caso de eventual ocorrência de ofensa deveria se limitar ao exercício do direito de desagravar publicamente o advogado, assegurado à OAB pela Lei 8906/94, XVII e art. 7º, § 5º, *in verbis*:

Art. 7º São direitos do advogado:

...

XVII - ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela;

...

§ 5º No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator.

Ausente, *in casu* a razoabilidade e proporcionalidade na medida de inclusão do nome do autor em tal “lista negra”, de “inimigos da advocacia”, sob ameaça de impedimento do futuro ingresso nos quadros da Ordem, implicando, ainda, em ofensa ao direito à imagem do autor, da reputação da pessoa em seu meio social, posto que ultrapassados os limites do direito da liberdade de informação, da publicidade do desagravo pela OAB, configurando-se a ocorrência dos danos morais.

Insta considerar que compete a OAB fiscalizar exclusivamente o exercício da advocacia, detendo o poder de punir disciplinarmente aqueles que nela estão inscritos (Lei 8906/94, arts. 70 a 74), não se estendendo, porém, este poder aos magistrados ou a pessoas não pertencentes aos seus quadros, para as quais, nas hipóteses de necessidade de eventuais apurações disciplinares e penalizações existem as vias adequadas, perante as autoridades competentes.

É certo que embora a OAB não tenha sido a autora direta dos títulos e reportagens, deu ela causa aos mesmos, com suas atitudes explícitas e públicas.

Destarte, configurados o dano e o nexo de causalidade pelo ato de inclusão do nome do autor na “lista” da ré, necessária a indenização por danos morais em montante que respeite o binômio de mitigação do sofrimento pelo dano moral, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte.

Nesse aspecto, entendo devido a título de indenização por danos morais ao autor, o montante de R\$ 50.000,00 reais (cinquenta mil reais), em conformidade com o decidido em julgados similares, proferidos por esta E. Turma do TRF, nos precedentes: AC 002932-28.2007.4.03.6100, relator Desembargador Federal Lazarano Neto, j. 19/8/2010, DJ 3/9/2010; AC 0004333-62.2007.4.03.6100, relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 29/3/2012, DJ 12/4/2012).

O valor deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362, do C. STJ), observados os índices previstos na Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal.

Os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, utilizando-se a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC até junho de 2009 e o mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, a partir de 29/06/2009 (STJ, RESP 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 02.02.12).

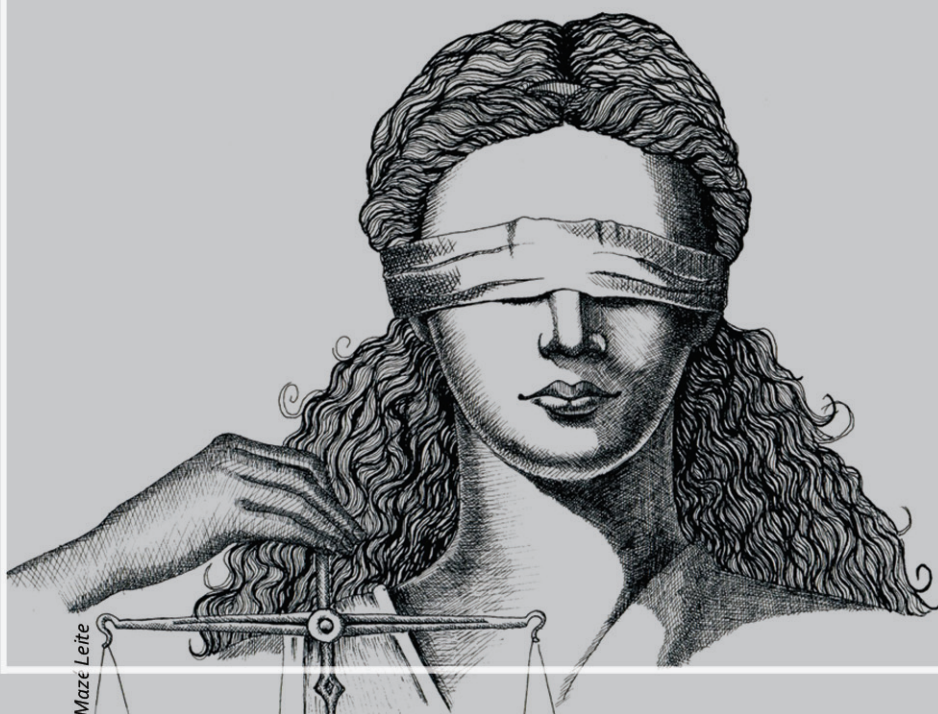
Inversão do ônus da sucumbência, devendo a ré arcar com a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Em face de todo o exposto, *dou provimento à apelação.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0002609-58.2000.4.03.6103
(2000.61.03.002609-0)

Apelante: LUCIANO DE OLIVEIRA COSTA (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Excluídos: SILVÂN PEREIRA DA SILVA E CARLOS ROBERTO DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE TAUBATÉ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 45983
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/05/2013

EMENTA

PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. SEQUESTRADOS MENORES DE DEZOITO ANOS. QUADRILHA ARMADA. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. GRAVAÇÃO DA CONVERSA INFORMAL ENTRE O ACUSADO E A AUTORIDADE POLICIAL. ILICITUDE. PRELIMINAR ACOLHIDA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Afastada a preliminar de prescrição do delito previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal.
2. Na hipótese dos autos, a pena a ser analisada é de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual tem prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal.
3. O fato criminoso ocorreu em 13/04/2000, a denúncia foi recebida em 20/09/2006 e a r. sentença publicada em 14/04/2010. Entre os citados marcos interruptivos não decorreu lapso temporal superior a 8 (oito) anos, não ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva estatal.
4. Acolhida a preliminar de ilicitude da prova resultante da gravação da “conversa informal” entre o acusado e a autoridade policial.
5. Da análise do laudo que registra a transcrição da conversa, constata-se que não foram observadas as formalidades procedimentais do interrogatório policial, sendo que a falta da advertência quanto ao direito ao silêncio basta, por si só, à caracterização da ilicitude da prova.
6. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, no sentido de que “o interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado - e menos ainda para validar eventual confissão nelas contida -, o registro, gravado ou não, de ‘conversa informal’ dele com policiais” (HC 80949-9).
7. Autoria e materialidade demonstradas.
8. Não obstante o réu, em juízo, ter negado a prática do delito, a negativa, por si só, não tem o condão de afastar sua culpabilidade, uma vez que não trouxe aos autos elementos capazes de demonstrar sua inocência.
9. Ao ser inquirido na Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté, o réu afirmou ter participado do seqüestro do gerente da Caixa Econômica Federal e seus familiares

no município de Taubaté/SP, juntamente com mais cinco companheiros.

10. Confissão extrajudicial corroborada pelas provas produzidas durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório.

11. Sentença condenatória mantida. Réu condenado pela prática dos delitos previstos no artigo 288, parágrafo único, e no artigo 159, *caput* e seu § 1º, ambos do Código Penal, na forma prevista no artigo 69 do mesmo diploma legal.

12. Dosimetria da pena. Matéria de ordem pública. Mantida a pena-base fixada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática do delito de quadrilha; e em 18 (dezoito) anos de reclusão, pela prática do delito de extorsão mediante seqüestro qualificado pelo seqüestrado ser menor de dezoito anos.

13. Afastada a aplicação da agravante da reincidência, pois não foi juntada aos autos a certidão cartorária comprovando a condenação anterior, não sendo possível o reconhecimento da aludida agravante por meio da análise da folha de antecedentes (TRF3, ACR 25.619, relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo).

14. Mantida a aplicação em dobro da pena do crime de quadrilha, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 288 do Código Penal, o que totaliza em definitivo a pena de 3 (três) anos de reclusão.

15. Quanto ao delito de extorsão mediante seqüestro qualificado, a pena privativa de liberdade resta definitivamente fixada em 18 (dezoito) anos de reclusão.

16. Apelação a que se nega provimento. De ofício, reduzida a pena privativa de liberdade para 21 (vinte e um) anos de reclusão.

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, acolher a preliminar para declarar a ilicitude e determinar o desentranhamento do laudo pericial nº 171C/2082/01 - transcrição de fita magnética áudio (fls. 179/209 do inquérito policial nº 2002.61.21.000290-4 em apenso), negar provimento à apelação e, de ofício, reduzir a pena privativa de liberdade para 21 (vinte e um) anos de reclusão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de maio de 2013.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de Apelação Criminal interposta por LUCIANO DE OLIVEIRA COSTA contra a r. sentença (fls. 548/554), proferida pela MMª Juíza Federal Substituta da 1ª Vara Federal de Taubaté, Dra. Carla Cristina Fonseca Jório, que o condenou à pena de 24 (vinte e quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, pela prática dos delitos previstos no artigo 288, parágrafo único, e no artigo 159, *caput* e seu § 1º, ambos do Código Penal, na forma prevista no artigo 69 do mesmo diploma legal.

Nas razões de recurso de fls. 591/598, preliminarmente, pleiteia:

a) o desentranhamento da prova colhida por gravação ambiental “clandestina” na fase

inquisitorial, em razão da sua ilicitude;

b) o reconhecimento da prescrição do delito previsto no artigo 288 do Código Penal.

No mérito, pede a absolvição, em síntese, alegando ausência de prova da autoria delitiva, tendo em vista que negou os fatos em juízo e por não haver sido reconhecido pelas vítimas como autor do delito.

Contrarrazões acostadas às fls. 603/609.

A Procuradoria Regional da República, por sua ilustre representante, Dra. Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini, no parecer (fls. 612/618), opinou pelo parcial provimento do recurso, apenas para reconhecer a extinção da punibilidade relativamente ao crime de quadrilha.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Por primeiro, afasto a preliminar de prescrição do delito previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal.

Como cedo, nos termos do § 1º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, é regulada com base na pena em concreto aplicada.

Na hipótese dos autos, a pena a ser analisada é de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual tem prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal.

Compulsando os autos, verifico que o fato criminoso ocorreu em 13/04/2000 (fls. 02/05), a denúncia foi recebida em 20/09/2006 (fls. 280) e a r. sentença publicada em 14/04/2010 (fls. 555).

Assim sendo, ao contrário do que alega a defesa, entre os marcos interruptivos acima mencionados, não decorreu lapso temporal superior a 8 (oito) anos, não ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por outro lado, tem razão o apelante quando afirma que a prova colhida por gravação ambiental “clandestina” na fase inquisitorial é ilícita.

Do exame dos autos, verifica-se que foi realizada gravação ambiental pelo Delegado de Polícia de Taubaté de conversa com o réu Luciano de Oliveira Costa, conforme o Laudo nº 171C/2082/01 - transcrição de fita magnética áudio (fls. 179/209 do inquérito policial nº 2002.61.21.000290-4 em apenso), na qual o acusado relata a dinâmica dos fatos apurados nestes autos, revelando o *modus operandi* da quadrilha e descrevendo a sua participação no cometimento de diversos crimes.

Com efeito, o artigo 6º do Código de Processo Penal estabelece em seu inciso V que “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

Não fosse o bastante, o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)”.

Na hipótese dos autos, foi objeto de exame pericial uma fita magnética áudio do tipo micro-cassete, da marca Panasonic, objetivando a degravação e transcrição de interrogatório informal feito com o indiciado Luciano de Oliveira Costa.

Da análise do citado laudo, constata-se que não foram observadas as formalidades procedimentais do interrogatório policial, sendo que a falta da advertência quanto ao direito ao silêncio basta, por si só, à caracterização da ilicitude da prova.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, no sentido de que “o interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado - e menos ainda para validar eventual confissão nelas contida -, o registro, gravado ou não, de ‘conversa informal’ dele com policiais” (HC 80949-9).

A propósito, o aresto que destaco:

I. *Habeas corpus*: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. *Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais*. 3. *Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio*. 4. *O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não*. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente,

não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

(STF - *Habeas Corpus* - 80949/RJ. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data da Decisão: 30/10/2001. Por unanimidade. DJ: 14/12/2001 página: 26)

Assim, no caso vertente, a prova resultante da gravação da “conversa informal” entre o acusado e a autoridade policial é ilícita, devendo ser desentranhado o laudo pericial que registra a sua transcrição.

Passo à análise do mérito.

Luciano de Oliveira Costa, Silvan Pereira da Silva e Carlos Roberto da Silva foram denunciados como incurso nas sanções do artigo 288, § único, do Código Penal, e artigo 159, *caput*, do Código Penal (este por duas vezes) c.c. artigo 9º da Lei nº 8.072/90, todos na forma dos artigos 69 e 29, ambos do Código Penal.

Consta da inicial que:

1. (...) em abril de 2000, os averiguados e mais pelo menos 03 (três) pessoas não identificadas estavam associados em quadrilha e bando armados com o fim de praticar crimes.
2. Consta, outrossim, dos inclusos autos que, no dia 13 de abril de 2000, por volta das 22h40min, na Rodovia Presidente Dutra, próximo ao Trevo da Rodoviária Nova, em Taubaté, os averiguados e mais pelo menos 03 (três) pessoas desconhecidas, agindo em concurso e com unidades de propósitos, seqüestraram Sandro Vimer Valentini, Vilma Aparecida Botasso Valentini, Sandro Vimer Valentini Júnior, Vanessa Botasso Valentini, estes últimos, com menos de 14 (quatorze) anos à época dos fatos, para obter, para proveito comum, vantagem econômica, como condição e preço do resgate.
3. Consta, outrossim, dos inclusos autos que no dia 25 de outubro de 2000, por volta das 22h30min, na Rua Visconde do Rio Branco, centro, Taubaté, os averiguados e mais pelo menos 03 (três) pessoas desconhecidas, agindo em concurso e com unidades de propósitos, seqüestraram novamente Sandro Vimer Valentini, Vilma Aparecida Botasso Valentini, Sandro Vimer Valentini Júnior, Vanessa Botasso Valentini, estes últimos, com menos de 14 (quatorze) anos à época dos fatos, para obter, para proveito comum, vantagem econômica, como condição e preço do resgate.
4. Segundo se apurou, os averiguados e mais pelo menos três pessoas não identificadas, se uniram com o fim de praticar diversos crimes. Os comparsas se intitulavam de “super quadrilha”, possuíam armamento pesado (fls. 45), veículos e equipamentos eletrônicos, como máquinas digitais e aparelhos capazes de captar a frequência da polícia militar.
5. Na referida quadrilha verifica-se a existência de hierarquia, divisão de serviço, atuação regional (Caçapava, Taubaté, Guaratinguetá, São José dos Campos, Pindamonhangaba e Monteiro Lobato) organizada e meticulosa e a corrupção de agentes do estado.
6. Com as características acima mencionadas a quadrilha resolveu extorquir a Caixa Econômica Federal, mediante o seqüestro do gerente Sandro Vimer Valentini e toda sua família.
7. Antes de iniciar a execução do delito, a quadrilha estudou os passos dos gerentes do banco, foi ao banco e obteve informações sobre serviços, aproveitando para verificar como era a segurança no referido estabelecimento.

8. Assim, a quadrilha, utilizando-se de quatro veículos e pistolas, fuzis e metralhadoras, abordou o veículo do Gerente Sandro e todos rumaram à residência da vítima em Guaratinguetá. Lá chegando, a quadrilha dominou a família da vítima e a levou para um cativeiro na Zona Rural, entre São José dos Campos e Monteiro Lobato.
9. Enquanto isso, o averiguado LUCIANO ficou em Taubaté, com rádio ligado na frequência da polícia militar, dando cobertura e instruções aos demais.
10. Ato contínuo, a quadrilha levou Sandro até seu carro, que a esta altura já se encontrava em Caçapava, determinou a ele que fosse ao banco retirar pelo menos R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e depois fosse até o posto CTASA em Taubaté e, por fim, fosse até a estrada para Campos do Jordão, onde seria novamente abordado por outros membros da quadrilha, estes com atribuição de receberem o preço do resgate.
11. O gerente obedeceu às ordens, apanhou R\$ 185.011,00 (cento e oitenta e cinco mil reais) no cofre da Caixa Econômica Federal e foi ao local combinado, onde abordado por dois homens em uma motocicleta CG Honda, entregou a quantia solicitada.
12. Após o crime, durante sua apuração, a quadrilha seguiu os passos do gerente, de modo que sabiam a roupa por ele utilizada para prestar depoimento e, inclusive, o teor de suas declarações.
13. Os membros da quadrilha abordaram novamente Sandro, disseram a ele que tinham contatos na polícia, que ele morreria se reconhecesse alguém e o seqüestrou novamente, bem como sua família, utilizando o mesmo *modus operandi*, contudo, desta vez ainda mais violentos.
14. Desta última vez, o crime rendeu à quadrilha a quantia de R\$ 99.422,19 (noventa e nove mil, quatrocentos e vinte e dois reais e dezenove centavos).

Decretada a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional em relação aos réus Silvan Pereira da Silva e Carlos Roberto da Silva, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.271/96; bem como, determinado o desmembramento dos autos, prosseguindo o feito apenas em face do réu Luciano de Oliveira Costa (fls. 374/376).

Registre-se que o réu foi absolvido em relação ao crime de extorsão mediante seqüestro praticado em 25 de outubro de 2000, considerando que “se encontrava preso na Penitenciária Tarcizio L. P. Cintra em Tremembé desde 25/09/2000, conforme informações cadastrais prestadas pela Secretaria da Administração Penitenciária” (fls. 553).

Do exame dos autos, verifica-se que há elementos aptos para subsidiar o decreto condenatório, ainda que excluído o Laudo nº 171C/2082/01 - transcrição de fita magnética áudio (fls. 179/209 do inquérito policial nº 2002.61.21.000290-4 em apenso).

A materialidade do delito está demonstrada pelo Boletim de Ocorrência nº 1879/I/2000, lavrado em 13/04/2000 (fls. 11/14); pelo documento de lançamento evento emitido pela CEF (fls. 29); pelas cópias das fotografias (fls. 51/53); pelo Laudo nº 1059/00 - Levantamento de local de sequestro (fls. 123/132); pelo Auto de apreensão (fls. 187) e pelo relatório do Delegado de Polícia Federal (fls. 262/271).

A autoria também é incontestável.

Não obstante o réu, em juízo (fls. 356), ter negado a prática do delito, a negativa, por si só, não tem o condão de afastar sua culpabilidade, uma vez que não trouxe aos autos elementos capazes de demonstrar sua inocência.

De fato, ao ser inquirido na Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté, em 19/10/2000, o réu afirmou ter participado do seqüestro do gerente da Caixa Econômica Federal e seus familiares no município de Taubaté/SP, juntamente com mais cinco companheiros. Confira-se (fls. 111/113):

(...) o interrogado e mais cinco companheiros, ficaram aguardando nas proximidades da Rodoviária Nova de Taubaté/SP, a passagem do Gerente em seu carro um Fiat/Marea; Que com a passagem deste, todos seguiram o gerente em dois veículos a frente e dois atrás e quando este chegou próximo a saída para a Rod. Pres. Dutra, sentido Rio de Janeiro, os dois veículos da frente pararam tendo os dois de trás encostado, ocasião em que dois dos quatro ocupantes que estavam nos dois primeiros veículos, desceram dos mesmos entrando no carro do gerente e seguindo com este para sua casa no município de Guaratinguetá/SP, onde este e seus familiares foram todos levados para um cativeiro existente na zona rural da estrada que liga São José dos Campos a Monteiro Lobato/SP; Que neste meio tempo o Interrogado ficou rodando no município de Taubaté/SP, com outro companheiro em um Fiat/Tempira, escutando a frequência de rádio da PM para ver se não havia pintado sujeira; Que fazendo contato via telefone celular com os demais, soube que a família tinha sido pega e informou estar tudo limpo recebendo ordem para aguardar comunicação até o dia seguinte quando iria ajudar no recebimento do dinheiro; Que o Interrogado foi no apoio a outros colegas que receberam o dinheiro, tendo o mesmo ficado a distância, somente para dar cobertura e assim que estes receberam o dinheiro o Interrogado foi embora para sua casa e no dia seguinte recebeu a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); Que o Interrogado tomou conhecimento de que o montante pago pelo resgate foi de R\$ 182.000,00 (Cento e oitenta e dois mil reais); Que participaram desta ação o Interrogado e mais cinco companheiros, tendo utilizado como armas, pistolas, fuzis e metralhadoras (...).

Como bem asseverado pelo *parquet* federal, em suas alegações finais, “em que pese a retração em juízo, a confissão extrajudicial é corroborada nos autos por elementos obtidos em instrução processual, sob o crivo do contraditório, mais especificamente pelas declarações de Sandro Vimer Valentini (fls. 441/447) e sua esposa Vilma Aparecida Bottasso (fls. 479), ambos vítimas dos crimes perpetrados pelo bando de Luciano, pois descreveram a sequência dos fatos e o *modus operandi* dos agentes criminosos da mesma forma como foi descrito por Luciano extrajudicialmente”.

Em juízo, a testemunha de acusação Sandro Vimer Valentini (fls. 441/447) declarou que:

(...) na época dos fatos, era gerente da agência da CAIXA de Taubaté; que no dia 13 de abril de 2000, estava à noite voltando da faculdade, que cursa em Taubaté, quando seu carro foi abordado na Rodovia Presidente Dutra, na altura do trevo que dá acesso à rodoviária de Taubaté por um veículo Gol de cor vinho, do qual desceram quatro homens armados; que tais elementos o renderam e, dividindo-se entre o Gol e o veículo do depoente, passaram a dar voltas com os carros; que pelas conversas dos indivíduos, o depoente percebeu que estes tinham receio de que o depoente, por algum código, informasse sua família de que havia sido seqüestrado, uma vez que na época eram freqüentes tais casos contra os gerentes da CAIXA; que por volta das 23h30, chegaram até a casa do depoente e aquele que parecia ser o líder vestiu um paletó e disse ao depoente que falasse a sua esposa que ele era auditor da CAIXA; que sua esposa não acreditou em tal fato, uma vez que isso não era comum; que na casa do depoente estavam dormindo no quarto seus dois filhos, sendo que um dos homens se dirigiu ao quarto e posteriormente montou uma metralhadora retirada de uma mala que portava; que tais pessoas obrigaram o depoente, sua esposa e seus dois filhos a se dividirem entre os dois carros, sendo que durante o caminho o depoente foi obrigado a deitar no vão que existe entre os bancos para não descobrir o caminho; que os carros trafegavam em alta velocidade (cerca de 200 km/h) e, mesmo deitado, o depoente percebeu que se dirigiam para São José dos Campos, tendo ido, posteriormente, na direção de uma estrada vicinal que vai para São Francisco Xavier; que por fim chegaram a uma espécie de chácara onde havia uma casa abandonada; que foram colocados capuzes no depoente e em sua família e estes foram

levados à casa e colocados em um colchão; que durante todo o período a família do depoente e este próprio foi ameaçada de morte; que quando estava amanhecendo o dia, os indivíduos perfilharam toda a família e tiraram uma foto na qual apareciam dois dos integrantes da quadrilha com capuzes e apontando metralhadoras para os filhos do depoente; que tal foto foi entregue ao depoente para que este apresentasse na agência para demonstrar a situação em que se encontrava; que os indivíduos saíram novamente com o depoente dividindo-se nos dois carros e foram em direção a Caçapava; que em determinado momento, pararam em um viaduto e disseram para o depoente ir até a agência em que trabalhava e pegar todo o dinheiro que lá havia; que o depoente foi até o local e esperou chegar os demais gerentes (eram num total de 08), tendo mostrado a foto que atestava a situação em que se encontrava; que decidiram cumprir o que os elementos haviam determinado e o depoente levou em seu carro malotes contendo o dinheiro no valor aproximadamente de 180 mil reais; que os indivíduos tinham determinado que ele fosse dirigindo na estrada que vai para Campos do Jordão e que, quando fosse abordado por um carro ou moto que desse sinal de luz, era para encostar no acostamento e, se a pessoa que o abordasse falasse a frase “o Júnior está bem” deveria o depoente lhe entregar o dinheiro e seguir as instruções que lhe seriam dadas; que o depoente foi abordado por uma moto, nessas condições, na altura do Bairro Quiriri, sendo que um dos ocupantes do veículo falou a frase e levou o dinheiro; que disse ao depoente para dirigir mais um km e parar o carro e que em 10 minutos sua família estaria lá; que o depoente esperou por volta de duas horas, mas ninguém apareceu; que retornou para a agência, sendo que a polícia já havia sido avisada; que somente por volta das 16 ou 17 horas recebeu um telefonema avisando que sua família estava em uma casa em um bairro de São José dos Campos; que eles haviam sido deixados em um pasto e foram caminhando pela estrada até chegarem em um local habitado; que embora todos estivessem muito abalados, estavam em perfeita saúde; que além dos quatro indivíduos que estavam inicialmente no Gol, apareceram mais dois na chácara e a esposa do depoente lhe informou que depois que saiu para ir à agência, foram levados ao pasto mencionado e nesse local apareceu outro integrante da quadrilha; que as pessoas que estavam na moto não eram as mesmas que o abordaram no Gol nem as que se juntaram ao grupo na chácara; que o depoente chegou a vir até o DEIC juntamente com mais dois gerentes, que tinham passado por situações semelhantes, para tentar reconhecer os integrantes da quadrilha, mas não chegou a reconhecer ninguém; que no mesmo dia foi chamado à delegacia de Taubaté, onde seria feito outro reconhecimento; que também não reconheceu as pessoas que lhe foram mostradas, muito embora o delegado tenha mostrado ao depoente uma gravação no qual uma delas descreve detalhes da atividade criminosa e da casa do depoente; que durante o período em que foi seqüestrado, os integrantes da quadrilha usaram capuzes, mas em alguns momentos ficavam com o rosto livre, mas se as vítimas chegassem a olhar para eles, eram logo ameaçadas; que no mesmo dia desses reconhecimentos, ao sair da faculdade e pegar seu carro no estacionamento, foi novamente abordado pelo líder da quadrilha, tendo passado por situação idêntica à da primeira vez com seqüestro de sua família, a qual foi levada para outro local; que dessa vez foi entregue aos indivíduos, com o mesmo procedimento da primeira, a quantia de aproximadamente 40 mil reais; que naquela ocasião, havia um evento no Rio e um destacamento do exército estava fazendo exercícios na Região, razão pela qual os integrantes da quadrilha provavelmente por receio de que os aviões estivessem atrás deles, só libertaram a família do depoente por volta das 11 horas da noite em Salesópolis; que leu no jornal que alguns dos integrantes da quadrilha foram presos; que os indivíduos não utilizaram qualquer nome para se identificar entre si (...).

No mesmo sentido, os depoimentos prestados por Sandro em sede policial (fls. 25/27; fls. 49/50; e fls. 35/37 do inquérito policial nº 2000.61.03.003112-7 em apenso).

Por seu turno, em juízo, a testemunha de acusação Vilma Aparecida Bottasso (fls. 479) declarou que:

(...) confirma os fatos narrados na inicial. Diz que em abril de 2000, seu marido foi rendido pelos denunciados, e outras pessoas, no caminho de volta para casa. Levaram Sandro até a casa da família, em seu próprio carro, e renderam a vítima, seu marido e os dois filhos menores, levando todos a um cativeiro em São José dos Campos, na zona rural. A vítima e a filha foram levadas no carro dos seqüestradores, no qual havia dois deles, sendo que seu ex-marido e o filho foram levados ao cativeiro no carro da família, sendo acompanhado de outros dois seqüestradores. No cativeiro havia mais pessoas, que se comunicavam o tempo todo por rádio. Em nenhum momento pôde ver o rosto dos envolvidos. Apenas ouvia vozes de várias pessoas diferentes. Conta que os seqüestradores tinham armas pesadas, tendo inclusive tirado fotos do filho e do ex-marido segurando algumas delas, para que Sandro mostrasse ao chefe no banco, facilitando assim a retirada do dinheiro. A vítima esclarece que ficou no cativeiro entre 23:00 horas da quinta-feira e o 12:00 horas da sexta-feira. Sabe que Sandro tirou uma grande quantia em dinheiro do cofre da Caixa Econômica Federal. Mesmo após a entrega do dinheiro, a vítima e os filhos ficaram em cativeiro por mais algumas horas. Os seqüestradores diziam que se Sandro não se acalmasse, iria ser morto na frente dos filhos (...).

Dos elementos de prova coligidos aos autos, depreende-se que o suporte probatório é apto para justificar a condenação do acusado pelo cometimento dos crimes de extorsão mediante seqüestro e quadrilha.

Da sentença extrai-se que:

(...) Saliente-se que restou sobejamente demonstrado que a quadrilha utilizava armas, consoante depoimentos prestados pelas testemunhas e cópia da foto da quadrilha com as vítimas (fl. 53).

(...)

Por todo o exposto, verifico a presença de todos os elementos previstos nas normas penais a confirmar a imputação oferecida na denúncia em face do réu LUCIANO DE OLIVEIRA COSTA quanto aos crimes de quadrilha e de extorsão mediante seqüestro no dia 13/04/2000, posto que se associou a cinco pessoas em quadrilha para o fim de cometer crimes, com emprego de armas de modo ostensivo (parágrafo único do artigo 288 do Código Penal) e atuou em seqüestro de quatro pessoas (duas delas menores de dezoito anos) com o fim de obter para si e para outrem vantagem econômica (dinheiro do cofre da agência da Caixa Econômica Federal em Taubaté) como condição do resgate da família de uma das vítimas, agindo com dolo - vontade consciente de praticar a conduta típica (§ 1º do artigo 159 do Código Penal)

(...)

Diante disso, à vista da existência de prova robusta e convergente no sentido de que os fatos ocorreram tal como reconhecidos na sentença, deve ser mantida a condenação decretada em primeiro grau de jurisdição.

Tratando-se de matéria de ordem pública, passo à análise da dosimetria da pena.

A MMª Juíza *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal para ambos os delitos nos seguintes termos:

(...) observo que as circunstâncias judiciais não são favoráveis ao réu. No que tange à culpabilidade, a quadrilha atuava de forma premeditada ao efetuar o seqüestro de gerentes de bancos, colhendo dados de forma antecipada para só então posteriormente praticar os seqüestros e extorquir as vítimas e respectivos a instituição financeira. Os antecedentes do réu lhe são desfavoráveis, consoante folha de antecedentes (fls. 536/546) e informações cadastrais prestadas pela Secretaria da Administração Penitenciária (fls. 502/526), noticiando a existência

de condenações penais anteriores transitadas em julgado posteriores ao crime apurado no presente feito. A personalidade do réu é voltada para o crime, conforme inúmeras anotações que se prestam de indícios a envolver o recorrente com a prática de diversos e constantes crimes contra o patrimônio entre 1995 e 2006. Por fim, as conseqüências do crime foram graves e contribuíram para desestruturação da família das vítimas (rompimento do vínculo de matrimônio).

Ressalvo que, não obstante seja vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, uma vez que não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, as demais circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na r. sentença revelam-se suficientes para a exacerbação da reprimenda, razão pela qual mantenho a pena-base fixada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática do delito de quadrilha; e em 18 (dezoito) anos de reclusão, pela prática do delito de extorsão mediante seqüestro qualificado pelo sequestrado ser menor de dezoito anos.

Na segunda fase, as penas foram majoradas, respectivamente, para 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 21 (vinte e um) anos de reclusão, pela aplicação da circunstância agravante da reincidência.

Todavia, deixo de aplicar a agravante da reincidência, pois não foi juntada aos autos a certidão cartorária comprovando a condenação anterior, não sendo possível o reconhecimento da aludida agravante por meio da análise da folha de antecedentes (cf. precedente: TRF3, ACR 25.619, relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo).

Na seqüência, mantenho a aplicação em dobro da pena do crime de quadrilha, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 288 do Código Penal, o que totaliza em definitivo a pena de 3 (três) anos de reclusão.

Quanto ao delito de extorsão mediante seqüestro, não havendo causas de diminuição e de aumento, a pena privativa de liberdade resta definitivamente fixada em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Por esses fundamentos, acolho a preliminar para declarar a ilicitude e determinar o desentranhamento do laudo pericial nº 171C/2082/01 - transcrição de fita magnética áudio (fls. 179/209 do inquérito policial nº 2002.61.21.000290-4 em apenso), nego provimento à apelação e, de ofício, reduzo a pena privativa de liberdade para 21 (vinte e um) anos de reclusão.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0009650-67.2000.4.03.6106
(2000.61.06.009650-1)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: HÉLIO ALVES DE LIMA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: Acr 51233
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2013

EMENTA

PENAL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIIS. MÉDICO. CORRUPÇÃO PASSIVA COMPROVADA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. Médico que participa do corpo clínico de hospital conveniado ao Sistema Único de Saúde - SUS é considerado funcionário público, nos termos do art. 327, *caput*, do Código Penal.
2. A conduta de solicitar e receber indevidamente valor em dinheiro para, no exercício de função pública de médico, realizar cirurgia integralmente custeada pelo Sistema Único de Saúde configura o crime previsto no artigo 317 do Código Penal.
3. Recurso ministerial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, decidiu dar provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar o réu Hélio Alves de Lima, como incurso nas disposições do art. 317 do Código Penal, a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada qual no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a privativa de liberdade por prestações pecuniária e de serviços à comunidade, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator acompanhado pelo voto do Senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, vencido o Senhor Desembargador Federal Peixoto Junior que, em voto vista, negava provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de abril de 2013.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de ape-

lação interposta pelo *Ministério Público Federal*, em face de sentença que, com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, absolveu o acusado *Hélio Alves de Lima* da imputação de ter cometido o crime previsto no art. 317 do Código Penal.

Consta da denúncia que, no dia 2 de abril de 1998, o acusado, na qualidade de médico da “Santa Casa de Misericórdia de Palmeira D’Oeste - SP”, solicitou e efetivamente recebeu R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para realizar uma intervenção cirúrgica de colocação de prótese de fêmur na paciente Lucy Rodrigues Galdino, sendo que “consoante se infere de f. 135, a prótese utilizada na cirurgia foi fornecida pelo Sistema Único de Saúde” (f. 3).

Ainda segundo a petição ministerial:

a) a paciente continuou sentindo fortes dores no local da cirurgia, razão pela qual consultou outros médicos que indicaram a necessidade de mais uma intervenção cirúrgica;

b) “procurado pelo marido da paciente, o médico Hélio Alves de Lima se recusou a devolver o dinheiro pago pela cirurgia, mas se prontificou a arrumar um hospital que pudesse fazer outra cirurgia pelo SUS, alegando que deveriam ser pagas apenas algumas despesas” (f. 3);

c) “a título de ‘serviços’, o denunciado Hélio solicitou e recebeu de João Galdino mais R\$ 855,00 (oitocentos e cinquenta e cinco reais) pagos em dinheiro” (f. 3);

d) “Lucy Rodrigues Galdino foi, então, operada novamente, por outro médico, João Pedro de Arruda (fls. 94), da ‘Casa de Saúde e Maternidade Nossa Senhora das Graças’ (fls. 63/71), também pelo Sistema Único de Saúde” (f. 3).

Em suas razões recursais, o Ministério Público Federal busca a condenação do réu, aduzindo que:

a) “o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o médico que atende beneficiário do SUS, mesmo antes da entrada em vigor da Lei 9.983/2000, deve ser considerado funcionário público por equiparação, tendo em vista o disposto no *caput* do artigo 327 do Código Penal” (f. 668);

b) estão presentes a materialidade e autoria dos fatos descritos na peça acusatória, pois “incontroverso o fato de que o recorrido Hélio Alves de Lima realmente solicitou a vantagem de cunho patrimonial” (f. 674) e ilícito, tendo a prova documental atestado que “todo o tratamento da paciente Lucy foi custeado pelo Sistema Único de Saúde” (f. 675, verso);

c) para a eventualidade de não serem acolhidas as teses esposadas nos itens anteriores, deve ser aplicado o art. 383 do Código de Processo Penal, condenando-se o acusado como incurso nas disposições do art. 171, § 3º, do Código Penal, na medida em que o réu recebeu R\$ 2.000,00 (dois mil reais) da paciente Lucy Rodrigues Galdino, para a realização de intervenção cirúrgica, sendo que “após o recebimento de tais valores, Hélio solicitou a autorização de internação hospitalar (AIH) e realizou todos os procedimentos com custeio pelo Sistema Único de Saúde. Em assim agindo, o recorrido recebeu duas vezes pelo mesmo procedimento: do particular em primeiro e do SUS em segundo” (f. 670-verso), restando certa a ocorrência de prejuízo ao último.

A defesa apresentou contrarrazões.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Isabel Cristina Groba Vieira, opina pelo provimento do recurso, “para que Hélio Alves de Lima seja condenado pela prática do crime do artigo 317, *caput*, do Código Penal” (f. 687).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal em face de decisão que absolveu o acusado Hélio Alves de Lima da imputação de ter cometido o crime previsto no art. 317 do Código Penal.

Entendeu Sua Excelência que o réu não poderia ser considerado funcionário público para fins penais, porquanto a cláusula de equiparação trazida pelo parágrafo primeiro do art. 327 do Código Penal, aplicável ao caso, somente foi introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 9.983, em 14 de julho de 2000, ou seja, após a ocorrência dos fatos narrados pela acusação, os quais não poderiam ser alcançados pela referida alteração legislativa, vez que prejudicial ao réu.

Entretanto, verifico que o ofício de f. 196 informa que o réu “prestou serviços ao Sistema Único de Saúde como código 4, isto é, o profissional tem vínculo com o hospital. Nessa condição, o hospital é que recebe os honorários do SUS e repassa para o profissional”.

Ademais, à f. 200 consta que, embora inexistia vínculo empregatício entre a Santa Casa de Misericórdia de Palmeira d’Oeste e o acusado, ele fazia parte do corpo clínico do hospital e utilizava os respectivos recursos físicos para o exercício da profissão, sendo remunerado pela Santa Casa com valores por ela recebidos do Sistema Único de Saúde - SUS.

Neste cenário, embora o réu não fosse detentor de cargo ou emprego público, exercia função pública, enquadrando-se no conceito trazido pelo art. 327, *caput*, do Código Penal, sendo desnecessária a utilização da cláusula de equiparação do parágrafo primeiro do referido dispositivo. Neste sentido as bem lançadas ponderações formuladas pela e. Procuradora Regional da República, as quais devem ser adotadas como razão de decidir:

Entretanto, há que se reconhecer que, enquanto médico atuante em hospital conveniado ao SUS, o denunciado exercia função pública, e, assim, à época dos fatos se enquadrava no conceito de funcionário público para fins penais, com base no artigo 327, *caput*, do Código Penal, independentemente da figura equiparada do § 1º do mesmo dispositivo, introduzida no ano de 2000. Consoante ensina Guilherme de Souza Nucci, “função pública é a denominação residual, que envolve todo aquele que presta serviços para a administração, embora não seja ocupante de cargo ou emprego”, tratando-se exatamente da situação em apreço. O acusado não ocupava cargo público nem era empregado público, mas exercia função tipicamente estatal.

Portanto, é necessário reconhecer que os médicos particulares que atuam de forma conveniada junto ao SUS devem ser considerados funcionários públicos para fins penais, nos termos do artigo 327, *caput*, do Código Penal, plenamente aplicável à época dos fatos, razão pela qual há que ser afastado o fundamento de atipicidade das condutas imputadas. (f. 684)

Prosseguindo, anoto estar demonstrada nos autos a materialidade do crime previsto no art. 317 do Código Penal, que tem a seguinte redação:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação vigente ao tempo dos fatos descritos na denúncia)

Deveras, os testemunhos de f. 392-393 e 527-528 são uníssonos no sentido de que o réu, exercendo função pública de médico na Santa Casa de Misericórdia de Palmeira d'Oeste, solicitou e recebeu indevidamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para a realização de cirurgia na paciente Lucy Rodrigues Galdino.

Porém, o respectivo tratamento e a prótese colocada na paciente foram custeados pelo Sistema Único de Saúde, conforme ofício de f. 29, dando conta da internação de Lucy Rodrigues Galdino no período de 21 a 27 de abril de 1998, tendo sido submetida à mencionada cirurgia no dia 22.

Por outro lado, não restou provada a conduta imputada na acusação no sentido de que o réu teria solicitado o pagamento de mais R\$ 855,00 (oitocentos e cinquenta e cinco reais) da paciente Lucy Rodrigues Galdino.

Desta forma, deve ser acolhido o pleito formulado pelo Ministério Público Federal, condenando-se o réu como incurso nas disposições do art. 317 do Código Penal. Neste sentido, vale destacar, uma vez mais, o parecer apresentado pela e. Procuradora Regional da República, de que me valho para fundamentar a reforma da r. sentença absolutória:

Isto posto, a prática do crime do artigo 317, *caput*, do Código Penal, restou plenamente demonstrada nos autos.

Lucy Rodrigues Galdino encontrou-se internada pelo SUS na Santa Casa de Misericórdia, em Palmeira d'Oeste, entre 21 e 27 de abril de 1998, com vistas à colocação de prótese ortopédica em 22 de abril de 1998, tendo sido realizada a cirurgia pelo acusado Hélio Alves de Lima consoante informaram a própria instituição de saúde (fls. 29/55) e a Secretaria Estadual da Saúde (fl. 140).

Ademais, Lucy Rodrigues Galdino também encontrou-se internada pelo SUS na Casa de Saúde e Maternidade Nossa Senhora das Graças, em São José do Rio Preto/SP, entre 09 e 11 de novembro de 1998, novamente com vistas à colocação de prótese ortopédica, desta feita sendo a cirurgia realizada pelo médico Pedro Casimiro Pinheiro Olmos, consoante informou a instituição de saúde (fls. 64/78).

A realização de ambas as cirurgias com o implante das próteses ortopédicas por meio do SUS foram amplamente confirmadas nos autos pela paciente Lucy Rodrigues Galdino (fls. 25, 143, 392 e 527), por seu marido João Galdino (fls. 08, 09, 26, 393 e 528), pelo próprio acusado Hélio Alves de Lima (fls. 125, 164 e mídia encartada á fl. 610) e pelo médico Pedro Casimiro Pinheiro Olmos (fl. 99), não havendo controvérsia em relação a esses pontos.

Nas diversas vezes em que ouvidos, Lucy Rodrigues Galdino e João Galdino relataram, de forma uníssona, que pagaram R\$ 2.000,00 ao médico Hélio Alves de Lima sob pretexto de aquisição da prótese, a qual não estaria coberta pelo SUS, para a realização da primeira cirurgia, em abril de 1998 (fls. 25, 143, 392 e 527 e fls. 08, 09, 26, 393 e 528). Como já visto, a instituição hospitalar e a Secretaria Estadual de Saúde informaram que todo o tratamento foi custeado pelo SUS, incluindo a própria prótese que seria implantada, de modo que nenhuma cobrança nesse sentido poderia ter sido feita. Não há nenhum registro feito pelas autoridades competentes no sentido de que teria sido utilizada prótese de qualidade superior à daquela fornecida pelo SUS, tampouco de que é possível efetuar-se pagamento por prótese de suposta qualidade superior.

Por outro lado, verificam-se contradições e inconsistências insuperáveis nas declarações prestadas por Hélio Alves de Lima durante as investigações e em Juízo, a evidenciar que o montante foi recebido de forma indevida quando da realização da primeira cirurgia.

Ao ser ouvido pela autoridade policial, Hélio Alves de Lima afirmou em duas ocasiões que o valor de R\$ 2.000,00 teria sido recebido em razão de “serviços médicos particulares prestados”, isto é, “consulta, orientações e indicações para possíveis acompanhamentos” (fls. 125 e

164). Tais afirmações, em si mesmas, já se afiguram bastante inconsistentes, na medida em que se trata de expressivo valor para a época (1998) e que a paciente acabou sendo internada e submetida a cirurgia custeada pelo SUS. Não bastasse, o acusado apresentou versão de todo incompatível ao ser ouvido em Juízo, afirmando, em síntese, que a cirurgia realizada em abril de 1998 foi custeada integralmente pelo SUS e que nada havia sido cobrado, sequer a prótese implantada, de modo que o montante de R\$ 2.000,00 só teria sido recebido posteriormente, por ocasião de uma segunda cirurgia realizada por outro médico, daí sim com vistas à aquisição da prótese. Entretanto, questionado em Juízo sobre as declarações prestadas à autoridade policial, o acusado apresentou-se bastante nervoso e não conseguiu explicar a razão de antes ter afirmado que o valor se destinava a serviços particulares realizados quando da primeira cirurgia. Ademais, essa versão se afigura inverossímil pois (i) o cheque copiado às fls. 61/63 foi emitido e compensado em abril de 1998, mesmo período em que realizada a primeira cirurgia, e (ii) não haveria motivo para que o acusado adquirisse prótese para uma segunda cirurgia que não foi por ele realizada e que também foi custeada pelo SUS. A corroborar o momento do pagamento, consta cópia de cheque emitido por João Galdino, pré-datado para 15 de abril de 1998 e compensado no dia seguinte, no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), como se vê às fls. 61/63, o que corrobora a narrativa de que o pagamento teria sido feito em duas parcelas de igual valor, sendo uma em espécie e, a outra, em cheque.

Em arremate, Hélio Alves de Lima não demonstrou documentalmente a aquisição de prótese para qualquer das cirurgias de Lucy Rodrigues Galdino.

Nesse contexto, inquestionável que Hélio Alves Lima solicitou e efetivamente recebeu, para si, diretamente, em razão de ser médico atuante em hospital particular conveniado ao SUS e, portanto, na condição de funcionário público para fins penais, vantagem indevida consistente no valor de R\$ 2.000,00, sob pretexto de que tal montante seria destinado à aquisição de prótese ortopédica a ser utilizada na cirurgia realizada em abril de 1998.

Entretanto, não restou comprovada a corrupção passiva no que se refere à solicitação de R\$ 855,00 (oitocentos e cinquenta e cinco reais) que teria sido feita por Hélio Alves de Lima pra intermediar a segunda cirurgia, realizada por Pedro Casimiro Pinheiro Olmos, em novembro de 1998, em São José do Rio Preto/SP. De fato, as declarações prestadas por João Galdino são no sentido de que o pagamento da importância referida foi feita diretamente à instituição hospitalar e não ao ora acusado. Portanto, quanto a essa imputação, não há elementos que sustentem a postulada condenação.

Passo à dosimetria da pena.

No que tange às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, entendo que a culpabilidade do réu deve ser considerada grave, pois se trata de médico que orientou sua atuação não no sentido de melhorar a qualidade de vida de um paciente, mas para fazer prevalecer seu interesse financeiro, de modo que lhe era ainda mais exigível conduta diversa.

O acusado não possui antecedentes aptos a gerar aumento da pena-base.

A conduta social do réu pode ser considerada favorável, tendo em vista os testemunhos de f. 576-579 e 584.

Por outro lado, ante a inexistência de dados sobre a personalidade do acusado, não é possível afirmar que seja voltada para a prática de crimes.

Quanto aos motivos, verifica-se que foi a vontade de obter vantagem ilícita com o recebimento de valores em dinheiro, o que, apesar de reprovável, está compreendido no âmbito do próprio tipo penal.

As circunstâncias também são desfavoráveis, vez que os fatos se passaram em torno de um bem extremamente caro à sociedade, qual seja, a saúde, o que fragiliza o usuário do serviço.

As consequências do crime não vão além do resultado típico consistente no efetivo recebimento da vantagem indevida.

Irrelevante, no presente caso, o comportamento da vítima.

Assim, considerando a existência de duas circunstâncias desfavoráveis, quais sejam, culpabilidade e circunstâncias, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Inexistem atenuantes a considerar, valendo ressaltar que o réu não confessou a prática do crime a ele imputado, bem ao contrário, negou haver recebido qualquer vantagem para a realização da cirurgia na paciente Lucy Rodrigues Galdino (f. 610).

Também não incidem agravantes no presente caso, notadamente porque a certidão de f. 233 informa ter sido o réu absolvido da imputação ali mencionada.

Inexistindo causas de aumento ou diminuição, torno a pena definitiva em *2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão*.

A pena privativa de liberdade será cumprida, inicialmente, em regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por prestações de serviços à comunidade e por prestação pecuniária.

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 prestação pecuniária fica estabelecida em 10 (dez) salários mínimos, compatível com o tanto de pena substituída. Referido valor será destinado a entidade pública ou privada com destinação social.

A multa prevista no tipo fica fixada em 30 (trinta) dias-multa, proporcional à pena privativa de liberdade. À vista da condição profissional do réu, fixo o valor unitário do dia-multa em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, devidamente atualizado desde então e até o efetivo pagamento, nos termos do artigo 49, § 2º, do Código Penal.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal e condeno o réu Hélio Alves de Lima, como incurso nas disposições do art. 317 do Código Penal, a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada qual no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a privativa de liberdade por prestações pecuniária e de serviços à comunidade, nos termos *supra*.

Transitada em julgado a condenação, inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados e procedam-se às devidas anotações e comunicações, inclusive ao Conselho Regional de Medicina de São Paulo e à Justiça Eleitoral.

Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas do processo.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR: Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença que absolveu Hélio Alves de Lima de imputação de delito dos artigos 317, “caput” c.c. 71, ambos do Código Penal, com fundamento

no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O eminente Relator deu provimento ao recurso para condenar o acusado como incurso no artigo 317 do Código Penal a dois anos e seis meses de reclusão, em regime inicial aberto, e trinta dias-multa no valor unitário de 1/3 do salário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de dez salários-mínimos, tendo sido acompanhado pelo voto do Desembargador Federal Cotrim Guimarães.

Pedi vista dos autos para melhor analisá-los.

A imputação é de conduta do acusado, na qualidade de médico da “Santa Casa de Misericórdia de Palmeira D’Oeste-SP”, em 02.04.1998 solicitando e recebendo vantagem indevida consistente no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a fim de realizar uma intervenção cirúrgica para colocação de prótese de fêmur em paciente internada pelo SUS (Sistema Único de Saúde) e posteriormente solicitando e recebendo mais R\$ 855,00 (oitocentos e cinquenta e cinco reais).

O magistrado “a quo” proferiu sentença de absolvição ao entendimento de que “é impossível a equiparação de médico de hospital particular conveniado com o SUS ao conceito de funcionário público para fins penais, por fato cometido antes da Lei nº 9.983/2000, já que somente com o advento da aludida norma houve a previsão legal de que referidos agentes passariam a ser caracterizados como tal”.

Contra a sentença insurgiu-se o órgão ministerial alegando que é com base no “caput” do artigo 327 do Código Penal que o médico que atende beneficiários do SUS é considerado funcionário público, subsidiariamente sustentando que a conduta imputada configura o delito do artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Impõe-se no caso vertente verificar se o acusado, na qualidade de médico que à época dos fatos trabalhava em hospital conveniado ao SUS, se enquadra no conceito de funcionário público previsto no artigo 327 do Código Penal, “verbis”:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitariamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Uma primeira consideração a ser feita é que somente com o advento da Lei 9.983/00, que deu nova redação ao § 1º do artigo 327 do CP, “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” passou a ser considerado funcionário público por equiparação.

Tendo em vista que a lei supramencionada possui conteúdo mais gravoso uma vez que ampliou o conceito de funcionário público por equiparação previsto no § 1º do artigo 327 do Código Penal e considerando que entrou em vigor posteriormente aos fatos imputados, não há se excogitar de aplicação retroativa, em respeito ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, estabelecendo que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, tampouco

sendo possível interpretação ampliativa da redação original por se tratar de norma penal incriminadora, consoante as lições de Damásio de Jesus (“Código Penal Anotado”, 2012, p. 1160):

A norma do art. 327 é de extensão, conceituando a elementar “funcionário público” contida em várias incriminações. Por isso, é também norma penal incriminadora. Sua interpretação deve ser restritiva, não podendo ser alargada.

Também não há se falar em enquadramento no “caput” do artigo 327 do Código Penal. Com efeito, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, “o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos”, enquanto que “o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT”; já a função pública “é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego” (“Direito Administrativo”, p. 420-422), quanto à função pública elucidando Hely Lopes Meirelles que “é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais” (*Direito Administrativo brasileiro*, 1998, p. 156), a título exemplificativo cabendo mencionar o jurado, mas a nenhuma dessas noções se amoldando a atividade do acusado, que não exercia a função em nome de órgão público mas de prestador de serviço conveniado.

Anoto ainda que a questão de ter havido ou não repasse de verba dos cofres públicos não é determinante para a caracterização da função pública, equivalente noção não entrando na definição de funcionário público como se depreende do acima expendido.

Feita essa ressalva, sublinho que a noção de função pública empregada no “caput” atrela-se primordialmente não à natureza da atividade exercida mas ao órgão em nome do qual é realizada, não fosse assim despicinda seria a previsão do parágrafo único porque preenchido o requisito da atividade típica o enquadramento já estaria adrede aperfeiçoado por incidência do “caput”.

Já por exegese dos conceitos que se encerram no “caput” conclui-se que à definição de funcionário público no dispositivo estabelecida não se amoldam os serviços prestados por médico de hospital conveniado com o SUS e em reforço a este entendimento tem-se a própria legislação de extensão do conceito, outra não podendo ser a conclusão senão a de que se o legislador, por meio da Lei 9.983/00, incluiu no conceito de funcionário público do artigo 327 do Código Penal “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”, tal figura não era abrangida nem pelo “caput” nem pela redação original do § 1º.

Nesse sentido são as lições de Cezar Roberto Bitencourt (“Código Penal Comentado”, 2010, p. 1226):

Significa dizer que antes dessa lei - julho de 2000 - não era equiparado a funcionário público “quem trabalhasse em empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada”, caso contrário não teria sido necessária essa previsão expressa do legislador. Em outros termos, até a entrada em vigor da Lei nº 9.983n (17 - 10 - 2000), os médicos e administradores de hospitais conveniados pelo SUS não podiam ser considerados funcionários públicos para fins penais, na medida em que tal possibilidade somente foi ocorrer com o advento do referido diploma legal. A equação é simples: ora, se passaram a ser considerados funcionários públicos, significa reconhecer que antes não o eram. Esta, aliás, é a única interpretação possível da previsão contida no art. 5º, XL, da Constituição Federal: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu! Os fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9.983/2000 não podem ser alcançados pela equiparação consagrada por essa lei.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de utilidade na questão:

PROCESSO-CRIME - FICÇÃO JURÍDICA - INTERPRETAÇÃO DE NORMAS. As normas que encerram ficção jurídica, equiparando cidadãos, hão de ser interpretadas de forma estrita. NORMA PENAL - DEFINIÇÃO DO AGENTE. NATUREZA. A norma há de ser tomada como exhaustiva, conflitando com o sistema pátrio revelador do Direito Penal concluir, sob o ângulo da definição do agente, que lei nova apenas veio a explicitar o que implícito na primitiva. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 327 DO CÓDIGO PENAL. A equiparação a servidor público de quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública somente ocorreu com a vigência da Lei nº 9.983/2000, sendo descabido entender-se implícita a abrangência do preceito, considerada a redação primitiva, no que alcançados os servidores públicos e os exercentes de cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. (STF, HC 83830, Primeira Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 30/04/2004)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. MÉDICO CREDENCIADO AO SUS. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ATO PRATICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.983/2000. IRRETROATIVIDADE. ENUNCIADO 83/STJ. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA REDAÇÃO ANTERIOR. INADMISSIBILIDADE.

1. Pacificou-se nesta Corte o entendimento de que a Lei nº 9.983/2000 não pode retroceder para equiparar a funcionário público médico credenciado ao SUS, sendo atípica a conduta praticada antes de sua vigência. Enunciado nº 83/STJ.
2. O Supremo Tribunal Federal consignou que não se pode equiparar cidadãos com base em interpretação extensiva da redação original do § 1º do art. 327 do Código Penal, pois o caráter excepcional das ficções legais exige a sua interpretação restritiva.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1101423, Quinta Turma, Ministro Marco Aurélio Belizze, DJe 14/11/2012)

Quanto à alegação de possibilidade de aplicação do instituto da “emendatio libelli” por se amoldar a conduta do réu ao tipo penal do artigo 171, § 3º, do Código Penal, deve ser prontamente afastada.

Com efeito, o que narra a denúncia não é a prática em tese de delito de estelionato, sequer havendo descrição de emprego de meio fraudulento, cabendo observar que o que o artigo 383 do Código de Processo Penal permite é que o magistrado atribua definição jurídica diversa *sem* modificar a descrição do fato descrito na inicial acusatória.

Destarte, com a devida vênia, divirjo da solução adotada pelo e. Relator e concluo pela manutenção da sentença.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

APELAÇÃO CRIMINAL
0002552-49.2005.4.03.6108
(2005.61.08.002552-2)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
 Apelado: CINCINATO LEONARDO DOS SANTOS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
 Classe do Processo: ACr 52435
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ARTIGO 339 DO CP. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - RÉU REINCIDENTE - PENA AUMENTADA EM 1/6 - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDO.

1. A materialidade delitiva está demonstrada pelo procedimento inquisitorial instaurado pela Polícia Civil de Paulistânia para apuração de eventual cometimento de crime eleitoral por parte do Sr. Hélio José Ferreira do Nascimento em razão da *notitia criminis* ofertada pelo acusado (fls. 08/53).
2. Autoria demonstrada. Única testemunha que apóia a versão do réu não foi ouvida em juízo, mas somente durante o inquérito que apurava cometimento de crime eleitoral, e era empregado do réu na ocasião.
3. Todas as testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório, diversamente do quanto afirmado pelo réu, foram unâimes em afirmar que a cártula emitida pelo Sr. Hélio José foi colocada em circulação com finalidade lícita, qual seja, o pagamento de aluguel de imóvel afetado à sua campanha eleitoral. Dita afirmação foi corroborada pela documentação apresentada à Justiça Eleitoral, cujas cópias estão acostadas às fls. 22/23 e 32 deste feito.
4. A versão apresentada pelo réu não se sustenta, ficando claro que ele praticou o delito previsto no artigo 339 do Código Penal, ao dar causa à instauração de investigação contra Hélio José Ferreira do Nascimento, acusando-o de cometimento de crime eleitoral que sabia inexistente.
5. A pena-base deve ser estabelecida em seu patamar mínimo, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, arbitrados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.
6. O réu é reincidente, conforme se verifica do Relatório de Pesquisa nº 531/2012, extraída do Sistema Nacional de Pesquisa e Análise -SNP/SINASSPA e trazido aos autos pelo Ministério Público Federal (fl. 261), motivo pelo qual elevo a pena base em 1/6, fixando-a em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, e 11 (onze) dias-multa.
7. Não há atenuantes a serem consideradas na segunda fase de fixação da pena, assim como não estão presentes causas de aumento e diminuição de pena, restando a pena definitivamente fixada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime

aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento.

8. O réu não preenche os requisitos elencados pelo artigo 44 do Código Penal para substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

9. Recurso do Ministério Público Federal a que se dá provimento para a condenação do apelado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar CINCINATO LEONARDO DOS SANTOS, pela infração prevista no artigo 339 do Código Penal, quanto ao delito descrito na denúncia, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, arbitrados em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de abril de 2013.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI:

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta pela JUSTIÇA PÚBLICA contra a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Bauru/SP, que absolveu o acusado CINCINATO LEONARDO DOS SANTOS da imputação contida no artigo 339 do Código Penal, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia que:

1. O denunciado compareceu, aos 06/10/2004, perante autoridade policial no Município de Paulistânia/SP e narrou que então candidato à prefeito daquela cidade, Hélio José Ferreira do Nascimento, aos 24/08/2004, lhe entregou cem reais em dinheiro e um cheque no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais - cópia à fl. 08), do Banco Nossa Caixa S/A., com o objetivo de que ele (Cincinato) e sua família nele votassem. Como essa suposta conduta de Hélio caracterizaria crime eleitoral (Lei nº 4.737/65: Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: - Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa) foi instaurado inquérito policial para apurar o fato (portaria às fls. 04/05).
2. De fato, o cheque mencionado foi emitido por Hélio, entretanto, este comprovou ter sido outra a destinação dada, mediante prestação de contas à Justiça Eleitoral (fls. 17-19) e recibo assinado por Iraci Gonçalves Rosa (fl. 27), dando conta de que foi utilizado em pagamento o aluguel do prédio onde o comitê eleitoral se instalou se instalou durante a campanha.
3. Iraci (fl. 31) declarou que teria entregue o título à sua filha, Cláudia Rosa Cristiano, para que efetuasse a troca por dinheiro. Cláudia por sua vez informou que trocou a cártula com o sogro, Joaquim Cristiano (fl. 32). Este, por seu turno, passou o cheque para Luiz Antonio Cadamuro, proprietário de um açougue, que confirmou o fato e a origem do título, em, contudo, indicar a quem entregou o mesmo, afirmando ter usado em pagamento de bovinos

para abate e engorda (fl. 41 e 42). É bem verdade que Joaquim disse que o cheque recebido era do Banco do Brasil, mas, é perfeitamente possível tenha-se confundido, o que poderá ser esclarecido durante a instrução processual.

4. Ademais, segundo o relatório a autoridade policial (fl. 35), o denunciado sofreu condenação criminal transitada em julgado e, portanto, estava impedido de exercer seu direitos políticos, não havendo inclusive recadastrado seu título de eleitor, motivo pelo qual não poderia nem mesmo exercer seu direito de voto. O inquérito policial, instaurado em face do quanto por ele narrado, foi então arquivado sob a motivação de que os fatos delituosos não ocorreram (fls. 45/47).

5. De maneira que, havendo prova de materialidade e indícios suficientes de autoria de que o denunciado deu causa à instauração de investigação policial contra alguém que sabia inocente, é oferecida a presente DENÚNCIA, requerendo o Ministério Público Federal a Vossa Excelência seja instaurado o competente processo-crime, com citação para interrogatório e demais atos processuais, pena de revelia, sendo, ao final, imposto ao denunciado as sanções legais cominadas pelo artigo 339, do Código Penal. (...) (fls. 2/3)

A denúncia foi recebida em 10 de maio de 2005 (fl. 60).

Regularmente citado (fl. 100), o réu não compareceu à audiência designada para seu interrogatório (fls. 101/102), sendo-lhe designada defensora dativa.

Defesa prévia às fls. 111/112.

Determinada a expedição de nova carta precatória para interrogatório do acusado (fl. 118).

Regularmente citado e intimado, novamente não compareceu para seu interrogado (fls. 130/131), sendo decretada sua revelia (fl. 135).

Testemunhas de acusação ouvidas às fls. 160/163 e 218.

Determinação às partes para manifestação na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal (fls. 221), requerendo o Ministério Público Federal a requisição da última declaração de bens e rendas do réu, bem como a juntada dos documentos que apresenta (fls. 222/241).

O pedido foi indeferido pelo MM. Juiz sentenciante, que entendeu desnecessária a quebra de sigilo fiscal do denunciado (fl. 242), nada requerendo a defesa.

Em alegações finais, o Ministério Público Federal pugnou pela condenação do réu (fls. 253/255vº), ao passo que a defesa se bateu pela sua absolvição (fls. 271/274).

A sentença absolutória foi proferida a fls. 277/284.

Em razões de apelação (fls. 286/288vº), o Ministério Público Federal requer a condenação do réu, alegando, em síntese, que a autoria e a materialidade delitiva restaram demonstradas nos autos, ensejando a condenação do acusado como incurso nas penas do artigo 339, nos termos da denúncia.

Com contra-razões (fls. 296/301), subiram os autos a esta E. Corte Regional, onde o parecer do Ministério Público Federal foi pelo provimento do recurso (303/305º).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): O réu foi denunciado como incurso no artigo 339 do Código Penal, pois, comparecendo perante autoridade policial

e noticiando prática de crime eleitoral por Hélio José Ferreira, sabia falsa a imputação feita e que deu origem a inquérito policial visando apurar esta eventual prática delitiva.

O inquérito em desfavor do Sr. Hélio José Ferreira foi arquivado por falta de provas, conforme manifestação do Ministério Público acostada às fls. 50/52 e deferida à fl. 53 dos autos. Neste mesmo momento processual foi determinada a extração de cópias e seu envio para Justiça Comum, o que deu origem aos presentes autos.

Assim, da prova constante nos autos verifica-se que a materialidade delitiva e a autoria restaram sobejamente comprovadas, conforme a seguir será demonstrado.

A materialidade delitiva está demonstrada pelo procedimento inquisitorial instaurado pela Polícia Civil de Paulistânia para apuração de eventual cometimento de crime eleitoral por parte do Sr. Hélio José Ferreira do Nascimento em razão da *notitia criminis* ofertada pelo acusado (fls. 08/53).

A autoria, por seu turno, também restou amplamente comprovada nos autos. De fato, temos que a única testemunha que teoricamente apoiaria a versão dos fatos apresentada pelo réu, Sr. Devair José de Sá, foi ouvida apenas durante o inquérito que apurava cometimento de crime eleitoral, e não aquele que sustenta a acusação nos presentes autos. Como se tal não bastasse, suas declarações não corroboram a versão sustentada pelo réu, *in verbis*:

sou empregado de Cincinato, não sou eleito desta cidade de Paulistânia, estive aqui no mês de Agosto de 2004 acompanhado de Cincinato, *recordo-me que paramos em uma residência defronte à praça, nesta ocasião lhe foi entregue um cheque por homem que não conheço, não sei de qual banco seria mencionado cheque*, Cincinato disse-me na ocasião que teria que receber mais 300,00 reais, não achei nada estranho, pois Cincinato recebe muitos cheques em razão do serviço que presta, empreiteiro de obras, *em relação a este cheque somente informou que havia ocorrido um problema e que deveria prestar depoimentos nesta Delegacia de Polícia, não sei do que se trata.* (...) (fl. 17 - negritei)

Corroborando que o réu sabia falsa a acusação que fazia, temos o depoimento das testemunhas de acusação. Os depoimentos prestados em Juízo nos dão conta de que:

(...) A depoente recebeu cheque no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), pelo aluguel do comitê do partido do candidato Hélio Nascimento. Em Paulistânia, na época, não tinha agência bancária. Por isso deu o cheque a sua filha Cláudia Rosa Cristiano. Não sabe para quem Cláudia entregou o cheque, mas a depoente ficou com aqueles R\$ 200,00 (duzentos reais). Não sabe quem seja Cincinato Leonardo dos Santos. Não sabe o que foi feito do cheque (...) (Iraci Gonçalves Rosa - fl. 160)

(...) A depoente trocou o cheque para sua mãe. Era cheque de aluguel do comitê do candidato Hélio. Trocou o cheque com seu sogro Joaquim Cristiano. Não sabe o que aconteceu com o cheque depois dessa troca. Na cidade não havia banco. Não conhece o réu. (...) (Cláudia Rosa Cristiano - fl. 161)

(...) O cheque referido na denúncia foi trocado pelo depoente, tendo o próprio depoente entregue o dinheiro a sua nora. O valor de R\$ 200,00 (duzentos reais). Por sua vez o depoente entregou o cheque no açougue de Luiz Antonio Cadamuro. Não sabe qual o destino do cheque. Não sabe de qual banco era o cheque. "Sou ruim de leitura". Na época não havia banco em Paulistânia. Não conhece Cincinato. (...) (Joaquim Cristiano - fl. 162)

(...) O depoente tem comércio de carnes em Paulistânia. Recebeu o cheque de Joaquim Cristiano, em pagamento de uma conta dele, no açougue. O valor era de R\$ 200,00 (duzentos reais). Na cidade de Paulistânia não tinha banco. Em seus atos de comércio o depoente não se recorda se o cheque foi depositado diretamente no banco, e este seria no Banco do Brasil em Duartina ou se o cheque foi entregue a viajantes vendedores. Ainda pode ser possível que o cheque tenha sido entregue a outras pessoas, também em Paulistânia, vez que também havia o hábito de trocar cheques em quantias maiores, ocasião em que um cheque de menor valor, tal qual aquele de R\$ 200,00 (duzentos reais), retornaria como troco. Não sabe quem seja Cincinato. (...) (Luiz Antonio Cadamuro - fl. 163)

Por fim, elidindo completamente qualquer dúvida que possa restar sobre a conduta do réu, tem-se o depoimento do Sr. Hélio José Ferreira do Nascimento, *in verbis*:

(...) Não conhece o réu. O depoente entregou o seu cheque, ao que se recorda, no valor de R\$ 200,00 para a proprietária do imóvel do comitê, a título de aluguel. Era período eleitoral. Parece que houve outra parcela, também a título de aluguel. Jamais entregou dinheiro ou cheque para Cincinato. A proprietária era Iraci Rosa. Não sabe o destino do cheque. Os fatos ocorreram próximos às eleições, não se recordando se antes ou depois do dia específico da eleição. (...) (fl. 218)

Desta feita, diversamente do quanto entendido pelo Douto Juízo *a quo* acerca da prova levada a efeito nos autos, entendo que esta é suficiente à comprovação da prática delitiva, senão vejamos. A única testemunha de defesa do réu, ouvida somente na fase policial, disse: “recordo-me que paramos em uma residência defronte à praça, nesta ocasião lhe foi entregue um cheque por homem que não conheço, não sei de qual banco seria mencionado cheque, Cincinato disse-me na ocasião que teria que receber mais 300,00 reais, não achei nada estranho, pois Cincinato recebe muitos cheques em razão do serviço que presta, empreiteiro de obras, em relação a este cheque somente informou que havia ocorrido um problema e que deveria prestar depoimentos nesta Delegacia de Polícia, não sei do que se trata” (fls. 17). Frise-se, ainda, que o Sr. Devair José de Sá, cujo depoimento ora é transcrito, era empregado do réu na ocasião, e não obteve mais nenhuma informação acerca da *notitia criminis* que originou a presente ação penal, o que soa, no mínimo, estranho, já que o réu sentiu-se incomodado pela situação a ponto de procurar a polícia para noticiar o suposto delito eleitoral.

Todas as testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório, diversamente do quanto afirmado pelo réu, foram unânimes em afirmar que a cártula emitida pelo Sr. Hélio José foi colocada em circulação com finalidade lícita, qual seja, o pagamento de aluguel de imóvel afetado à sua campanha eleitoral. Dita afirmação foi corroborada pela documentação apresentada à Justiça Eleitoral, cujas cópias estão acostadas às fls. 22/23 e 32 deste feito.

Resta claro, portanto, que a versão apresentada pelo réu não se sustenta, ficando claro que ele praticou o delito previsto no artigo 339 do Código Penal, ao dar causa à instauração de investigação contra Hélio José Ferreira do Nascimento, acusando-o de cometimento de crime eleitoral que sabia inexistente.

Por esse motivo, tenho que a condenação do réu pela prática desse delito é medida de rigor.

Passo à dosimetria da pena.

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código penal, verifico que o réu não possui antecedentes criminais, embora sua folha de antecedentes lhe seja amplamente desfavorável. Sua

personalidade, conduta social e circunstâncias do cometimento do crime são os normais ao delito.

Desta forma, a pena-base deve ser estabelecida em seu patamar mínimo, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, arbitrados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O réu é reincidente, conforme se verifica do Relatório de Pesquisa nº 531/2012, extraída do Sistema Nacional de Pesquisa e Análise - SNP/SINASSPA e trazido aos autos pelo Ministério Público Federal (fl. 261), motivo pelo qual elevo a pena base em 1/6, fixando-a em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, e 11 (onze) dias-multa.

Não há atenuantes a serem consideradas na segunda fase de fixação da pena, assim como não estão presentes causas de aumento e diminuição de pena, restando a pena definitivamente fixada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento.

O réu não preenche os requisitos elencados pelo artigo 44 do Código Penal para substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar CINCINATO LEONARDO DOS SANTOS, pela infração prevista no artigo 339 do Código Penal, quanto ao delito descrito na denúncia, à pena de *02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa*, arbitrados em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0009931-16.2005.4.03.6181

(2005.61.81.009931-6)

Apelante: JOSÉ MÁRIO ALVES DE SOUZA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: ACr 41281

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/05/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. ARTIGO 183, DA LEI Nº 9.472/97. INDISPENSABILIDADE DE AUTORIZAÇÃO ESTATAL PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE RADIODIFUSÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DANO OU PREJUÍZO EFETIVOS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDA. PENA DE MULTA REDUZIDA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A materialidade delitiva está comprovada através dos seguintes documentos: auto de apresentação e apreensão, parecer técnico e relatório técnico, ambos emitidos pela ANATEL, laudo de exame em aparelho eletrônico lavrado pela perícia do Departamento da Polícia Federal. Tais provas foram devidamente corroboradas pelos depoimentos das testemunhas de acusação ouvidas em sede judicial.
2. Apesar de ser possível a aplicação do princípio da insignificância no crime de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, previsto no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, tal hipótese encontra limites nas situações em que um acusado faz uso de aparelhos que não possuem potencial lesivo relevante a ponto de ensejar a aplicação da lei penal, cuja potência seja muito inferior ao máximo legalmente previsto como de “baixa potência” (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.612/98).
3. Para que o Direito Penal não intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal em hipóteses de delitos de lesão mínima, ensejando resultado insignificante, devem ser observados certos requisitos, entre eles a certeza de que o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora não possua capacidade de causar interferência prejudicial aos demais meios de comunicação, demonstrando que o bem jurídico tutelado pela lei permaneceu ileso, conforme recentemente decidido pela Suprema Corte (STF, Segunda Turma, HC 115729/BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, j. em 18.12.12, DJ 14.02.13).
4. No caso em questão, contudo, o laudo de exame em aparelho eletrônico, ao responder o quesito pertinente à capacidade do material examinado de provocar interferência nas radiocomunicações, foi conclusivo no sentido de que, embora o equipamento apreendido operasse numa faixa distinta da dos serviços públicos, sendo baixa a probabilidade de interferir na faixa de frequência utilizada pela polícia: “Qualquer

equipamento que opere com transmissão de rádio frequência é capaz de gerar sinais indesejáveis durante o processo de modulação, que podem interferir em sinais nas faixas de frequência adjacentes. (...) Para o caso de interferência nas rádios legalizadas, como o aparelho apresentado transmite sinais na mesma faixa de frequência utilizada pelas rádios legalizadas, o dispositivo é apto a causar interferência nas estações que operem em frequências próximas.(...)”

5. O crime em questão é formal, de perigo abstrato e se consuma no momento em que é gerado o risco de prejuízo às telecomunicações, não havendo necessidade de comprovação de dano ou prejuízos efetivos, cuja extensão, aliás, não se pode aferir de forma matemática, já que as atividades de telecomunicações não outorgadas pelo Poder Público causam danos de maneira difusa, interferindo na regularidade de outras atividades de transmissão, tais como as concessionárias de serviços de rádio difusão, navegação aérea e marítima e outros serviços públicos relevantes, como comunicação entre viaturas policiais, ambulâncias, carros de bombeiros, além de receptores domésticos.

6. A autoria delitiva restou igualmente comprovada, já que o próprio réu assumiu que era o único e exclusivo proprietário da rádio, além de ser o responsável pela operação dos equipamentos de radiodifusão, conforme depreende-se do termo circunstanciado.

7. O elemento subjetivo referente ao dolo genérico restou presente, uma vez que o réu agiu com a intenção de exercer a atividade ilícita, ou seja, de manter em funcionamento a “Rádio Ace FM”, sem a devida permissão, tendo atuado com pleno conhecimento sobre a necessidade de autorização do Poder Público para o regular funcionamento da rádio.

8. O réu, ao manter em operação estação de radiodifusão sem a devida autorização para tanto, pretendeu produzir um resultado, assumindo o risco de realizar a conduta de forma irregular e ilegal, podendo, por consequência, causar algum prejuízo a terceiros, como provocar interferência nas radiocomunicações.

9. Quanto à pena de multa, a previsão legal da reprimenda em valor fixo está em desacordo com o princípio constitucional da individualização da pena, por deixar de considerar as condições pessoais do condenado, bem como os preceitos da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto.

10. Em 29.06.2011, o E. Órgão Especial deste Tribunal, em Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005455-18.2000.4.03.6113, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00”, contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei nº 9.472/97, por afronta ao princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

11. Tendo sido mantida a pena privativa de liberdade no mínimo legal de 2 (dois) anos de detenção, a pena de multa deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época do crime, nos termos do artigo 49, do Código Penal.

12. Não havendo inconformismo da defesa a respeito, mantenho o regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da r. sentença.

13. Apelação parcialmente provida somente para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, mantida, no mais, a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação somente para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, mantida, no mais, a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de maio de 2013.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de apelação criminal interposta por JOSÉ MÁRIO ALVES DE SOUZA contra sentença que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 183, da Lei nº 9.472/97.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de José Mário Alves de Souza, como incurso nas penas do artigo 70, da Lei 4.117/62, nos seguintes termos:

(...) JOSÉ MÁRIO ALVES DE SOUZA operou estação clandestina de radiodifusão sem a devida autorização.

No dia 04/05/2005, os agentes de fiscalização WALDEMAR CORDIOLLI e ALEXANDRE ELIAS DE ANDRADE OLIVEIRA compareceram à Rua Benedito Gianelli, nº 633, Vila Brasil, nesta capital, local onde se encontrava a emissora de radiodifusão sonora “RÁDIO ACE FM”, e constataram que esta se encontrava em funcionamento, na radiofrequência 103,9MHz, sem a devida autorização legal.

Os referidos agentes, entretanto, foram impedidos de entrar no imóvel para efetuar a lacração cautelar dos equipamentos utilizados (fls. 05).

Assim, aos 05/04/2006, uma equipe composta por Agentes da Polícia Federal e da ANATEL, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, dirigiu-se novamente ao endereço mencionado e, entrando no imóvel com a permissão de JOSÉ MÁRIO ALVES DE SOUZA, constatou que os equipamentos relacionados à “RÁDIO ACE FM” estavam em pleno funcionamento.

JOSÉ MÁRIO ALVES DE SOUZA identificou-se como único e exclusivo proprietário da rádio, por ele operada (fls. 50).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo parecer técnico da ANATEL, ao confirmar o caráter clandestino da referida rádio, uma vez que esta operava sem a devida licença de funcionamento, em desacordo com o art. 70 da Lei nº 4.117/62 (fls. 79/80).

O laudo pericial de fls. 122/124 apurou que os aparelhos apreendidos são capazes de interferir em sinais nas faixas de frequência próximas. (...)

(fls. 02/04)

A denúncia foi recebida em 8 de agosto de 2007 (fl. 143).

Após regular instrução, foi proferida sentença (fls. 293/295v), publicada em 10 de dezembro de 2009 e integrada pela decisão que acolheu os embargos de declaração opostos pela acusação (fls. 301/304), que julgou procedente a ação penal para condenar o réu José Mário Alves de Souza pela prática do delito tipificado no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, decorrente da aplicação do disposto no artigo 383, do Código de Processo Penal, ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas

de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, além da pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em razões recursais (fls. 490/498), a defesa pugna pela absolvição, em face de insuficiência de provas relativas à materialidade, haja vista que a potencialidade lesiva da conduta imputada e o alcance do sinal dos equipamentos apreendidos não restaram demonstrados, sendo de rigor aplicar o princípio da insignificância, pois seria imprescindível que a potencialidade lesiva fosse suficiente para causar prejuízo às telecomunicações em geral, não tendo o bem jurídico tutelado sido colocado em perigo. Subsidiariamente, alega a inaplicabilidade da multa prevista no tipo secundário do artigo 183, da Lei nº 9.472/97, tendo em vista o princípio da individualização da pena, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ademais, sustenta que a pena de multa é incompatível com as penas restritivas de direitos, devendo ser excluída caso mantida a condenação, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal.

Foram apresentadas contrarrazões pela acusação (fls. 326/341).

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região, em parecer, opina pelo desprovetimento da apelação, exceto no que se refere à pena de multa, cujo julgamento deve ser sobrestado até que o Órgão Especial deste E. Tribunal Regional Federal se pronuncie sobre a constitucionalidade da reprimenda (fls. 344/347v).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Inicialmente, verifica-se que o artigo 223, da Constituição Federal prevê a indispensabilidade de autorização estatal para o exercício de atividade pertinente ao serviço de radiodifusão sonora, e de sons e imagens.

Portanto, todos os serviços relativos à telecomunicação, radiodifusão, telefonia, telegrafia, radioamadorismo, faixa do cidadão, entre outros, em obediência a essa disposição constitucional, seguem os preceitos da legislação ordinária, regulamentos e normas referentes à sua execução.

Assim, para que se possa utilizar e explorar o serviço de telecomunicações, revela-se imprescindível a autorização do Poder Público, sem o qual se caracteriza o desenvolvimento clandestino dessa atividade.

A Lei nº 9.472/97 versa sobre a organização dos serviços de telecomunicações, define e estabelece parâmetros e diretrizes para sua exploração e prescreve, no artigo 131, que a exploração de serviço no regime privado depende de prévia autorização da ANATEL.

O artigo 163, da mesma lei dispõe que o uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, mediante autorização, nos termos da regulamentação.

O artigo 184, parágrafo único, considera clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

Por fim, o artigo 183, da mesma lei, tipifica como crime a conduta de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação.

Todas essas normas condicionam o uso de radiofrequência na exploração do serviço de telecomunicações no regime privado à prévia autorização da ANATEL.

No caso ora sob análise, constata-se que a materialidade delitiva está comprovada através dos seguintes documentos: auto de apresentação e apreensão (fl. 57), parecer técnico e relatório técnico, ambos emitidos pela ANATEL (fls. 83/84 e 85/87), laudo de exame em aparelho eletrônico lavrado pela perícia do Departamento da Polícia Federal (fls. 126/128). Tais provas foram devidamente corroboradas pelos depoimentos das testemunhas de acusação ouvidas em sede judicial (fls. 181 e 243).

Apesar de ser possível a aplicação do princípio da insignificância no crime de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, previsto no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, tal hipótese encontra limites nas situações em que um acusado faz uso de aparelhos que não possuem potencial lesivo relevante a ponto de ensejar a aplicação da lei penal, cuja potência seja muito inferior ao máximo legalmente previsto como de “baixa potência” (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.612/98), o que não afastaria eventuais sanções administrativas.

Assim, para que o Direito Penal não intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal em hipóteses de delitos de lesão mínima, ensejando resultado insignificante, devem ser observados certos requisitos, entre eles a certeza de que o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora não possua capacidade de causar interferência prejudicial aos demais meios de comunicação, demonstrando que o bem jurídico tutelado pela lei permaneceu ileso, conforme recentemente decidido pela Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - Conforme perícia efetuada pela Anatel, o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora não possuía capacidade de causar interferência prejudicial aos demais meios de comunicação, o que demonstra que o bem jurídico tutelado pela norma - segurança dos meios de telecomunicações - permaneceu incólume. II - Rádio comunitária operada com os objetivos de evangelização e prestação de serviços sociais, denotando, assim, a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta imputada ao paciente. III - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) inexpressividade da lesão jurídica. IV - Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela. V - Ordem concedida, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao paciente na esfera administrativa.

(STF, Segunda Turma, HC 115729/BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, j. em 18.12.12, DJ 14.02.13)

No caso em questão, contudo, o laudo de exame em aparelho eletrônico (fls. 126/128), ao responder o quesito pertinente à capacidade do material examinado de provocar interferência nas radiocomunicações, foi conclusivo no sentido de que, embora o equipamento apreendido operasse numa faixa distinta da dos serviços públicos, sendo baixa a probabilidade de interferir na faixa de frequência utilizada pela polícia:

Qualquer equipamento que opere com transmissão de rádio frequência é capaz de gerar sinais indesejáveis durante o processo de modulação, que podem interferir em sinais nas faixas de frequência adjacentes.

(...)

Para o caso de interferência nas rádios legalizadas, como o aparelho apresentado transmite sinais na mesma faixa de frequência utilizada pelas rádios legalizadas, o dispositivo é apto a causar interferência nas estações que operem em frequências próximas.

(...)

Ademais, o crime em questão é formal, de perigo abstrato e se consuma no momento em que é gerado o risco de prejuízo às telecomunicações, não havendo necessidade de comprovação de dano ou prejuízos efetivos, cuja extensão, aliás, não se pode aferir de forma matemática, já que as atividades de telecomunicações não outorgadas pelo Poder Público causam danos de maneira difusa, interferindo na regularidade de outras atividades de transmissão, tais como as concessionárias de serviços de rádio difusão, navegação aérea e marítima e outros serviços públicos relevantes, como comunicação entre viaturas policiais, ambulâncias, carros de bombeiros, além de receptores domésticos.

Ademais, a própria norma incriminadora, embora implicitamente, confirma a desnecessidade da ocorrência do dano efetivo advindo de seu descumprimento, ao prever o aumento de pena até a metade, caso haja a constatação de prejuízo a terceiro.

Nesse sentido, os seguintes acórdãos desta C. Quinta Turma:

PENAL. ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. SUBSUNÇÃO CORRETA DOS FATOS NO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. CONSONÂNCIA COM A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. EXIGÊNCIA DA OUTORGA DO PODER CONCEDENTE PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE RÁDIO DIFUSÃO COMUNITÁRIA. LEI 9.472/97 TRATA DA MATÉRIA PENAL REFERENTE À RÁDIO DIFUSÃO. INEXIGÊNCIA DA VERIFICAÇÃO DE DANO. DANO A TERCEIRO É CAUSA DE AUMENTO. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA. DOLO CONFIGURADO. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CARACTERIZADO. APELAÇÃO PROVIDA.

(...)

- Materialidade delitiva comprovada pelo termo de lacração de estação clandestina, parecer técnico do Ministério das Comunicações, auto de busca e apreensão dos equipamentos, fotografias apresentadas pelos técnicos da ANATEL e laudo pericial. - Autoria também restou inconteste. O acusado, em declarações extrajudiciais, admitiu ser o proprietário da estação de rádio clandestina e a ausência de autorização da autoridade competente. Os fatos foram confirmados pelas testemunhas de acusação.

Para a configuração do delito, basta a prova de que o agente desenvolveu, clandestinamente, atividade de telecomunicação. O tipo não exige a verificação de dano concreto. A constatação da ocorrência de prejuízo a terceiro é causa de aumento da pena até a metade. - O recorrido agiu com dolo e não atuou em erro de proibição. O agente tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta. O fato da emissora atender à comunidade e não ter fins lucrativos não a exonera da necessidade de autorização para instalação e funcionamento.

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, ACR 1999.61.81.003516-6/SP, QUINTA TURMA, DJU DATA: 05/06/2007 PÁGINA: 323, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE)

PENAL. TELECOMUNICAÇÕES. LEI Nº 4.117/1962. DECRETO Nº 97.057/1988. NORMA O1A/80, APROVADA PELA PORTARIA MC Nº 218/1980. REGULAMENTO. RÁDIO DO

CIDADÃO CLANDESTINO. LEI Nº 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROVIMENTO. A Lei nº 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, estabelecendo disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização de uso para os serviços de telecomunicação, os quais são definidos em seu artigo 4º, *caput, verbis*: “Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. (...)”.

O Decreto nº 97.057/1988 alterou o “Regulamento Geral para execução da Lei nº 4.117” (Decreto nº 52.026/1963), estabelecendo que seriam editados Regulamentos específicos e normas reguladoras complementares, para as diversas modalidades de serviços de telecomunicações. A NORMA 01A/80, aprovada pela Portaria nº 218, do Ministério das Comunicações, de 23 de setembro de 1980, dispõe especificamente sobre o SERVIÇO RÁDIO DO CIDADÃO e estabelece a necessidade de autorização para instalação e operação de estação desse serviço. Constitui crime desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (art. 183 da Lei nº 9.472/1997).

O crime em referência é de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança dos meios de comunicação, por isso que o desenvolvimento clandestino do serviço Rádio do Cidadão, sem a observância de requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc.), pode causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia, ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos - TVs e rádios - adjacentes à emissora), pelo aparecimento de frequências espúrias.

O princípio da insignificância não é aplicável aos crimes de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, em quaisquer de suas modalidades.

Recurso de apelação provido.

(TRF 1, ACR 200335000067866, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, QUARTA TURMA, DJ DATA: 30/10/2006 PAGINA: 162) (Grifos nossos)

Igualmente comprovada a autoria delitiva, já que o próprio réu assumiu que era o único e exclusivo proprietário da rádio, além de ser o responsável pela operação dos equipamentos de radiodifusão, conforme depreende-se do termo circunstanciado (fls. 54/55), *verbis*:

(...) Os policiais federais se identificaram e apresentaram o Mandado de Busca e Apreensão. Imediatamente, foi-lhes franqueado o acesso ao imóvel pelo autor do fato JOSE MARIO ALVES DE SOUZA, e, na companhia de testemunhas do povo, conforme auto circunstanciado anexo, constataram que os equipamentos afeitos à RÁDIO ACE FM, 101,5 MHz, estavam em pleno funcionamento, operados pelo autor do fato, sendo que no mesmo imóvel, estavam instalados estúdio e transmissor, pois a rádio não era linkada. Ato contínuo, foram arrecadados equipamentos utilizados para a colocação da RÁDIO em funcionamento. Que o autor do fato identificou-se como único e exclusivo proprietário da rádio, que já estaria operando há uma semana, aproximadamente, e teria programação eclética. (...)

Em Juízo (fls. 154/155), o denunciado não negou que os fatos lhe imputados na denúncia, bem como afirmou que mantinha a rádio em funcionamento com a intenção de regularizá-la:

(...) Quando os policiais entraram na rádio eu não me encontrava no local. Estava minha mãe. Em seguida eu cheguei e me identifiquei como o responsável e proprietário da rádio. A rádio estava em pleno funcionamento. O local da rádio era no fundo da residência da minha mãe, que se localiza no bairro de ITAQUERA. Naquele bairro existem centrais policiais, hospitais

e outros serviços públicos. (...) mantinha essa rádio na intenção de regularizá-la. Já tinha até ido na ANATEL verificar a documentação necessária. (...)

Outrossim, o elemento subjetivo referente ao dolo genérico restou presente, uma vez que o réu agiu com a intenção de exercer a atividade ilícita, ou seja, de manter em funcionamento a “Rádio Ace FM”, sem a devida permissão, tendo atuado com pleno conhecimento sobre a necessidade de autorização do Poder Público para o regular funcionamento da rádio.

Assim, o réu, ao manter em operação estação de radiodifusão sem a devida autorização para tanto, pretendeu produzir um resultado, assumindo o risco de realizar a conduta de forma irregular e ilegal, podendo, por consequência, causar algum prejuízo a terceiros, como provocar interferência nas radiocomunicações.

Portanto, a manutenção da condenação do réu José Mário Alves de Souza pela prática da conduta tipificada no artigo 183, da Lei nº 9.472/97 é medida de rigor.

Ademais, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sem incidência de agravantes e atenuantes ou causas de aumento e diminuição, razão pela qual mantenho a pena definitivamente em 2 (dois) anos de detenção.

Quanto à pena de multa, a previsão legal da reprimenda em valor fixo está em desacordo com o princípio constitucional da individualização da pena, por deixar de considerar as condições pessoais do condenado, bem como os preceitos da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto.

Nesse sentido, em 29.06.2011, o E. Órgão Especial deste Tribunal, em Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005455-18.2000.4.03.6113, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00”, contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei nº 9.472/97, por afronta ao princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - RADIODIFUSÃO - LEI 9472/97 - ARTIGO 183 - PENA PECUNIÁRIA - VALOR FIXO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - REDISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO - REGULARIDADE - QUESTÃO DE ORDEM REJEITADA - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA.

1. O juízo natural para decidir sobre a arguição de inconstitucionalidade é o Órgão Especial, não havendo irregularidade na redistribuição do presente feito por dependência, porquanto trata de matéria idêntica a do feito anteriormente distribuído a Relatora, ou seja, a arguição de inconstitucionalidade na fixação da multa prevista no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9472/97. Questão de ordem rejeitada.

2. A norma contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9.472/97, que prevê a pena pecuniária em valor fixo, viola o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

4. Arguição acolhida para declarar a inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00”, contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9472/97.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, ACR 0005455-18.2000.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, julgado em 29/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/07/2011 PÁGINA: 109)

Sendo assim, tendo sido mantida a pena privativa de liberdade no mínimo legal de 2 (dois) anos de detenção, a pena de multa deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à

época do crime, nos termos do artigo 49, do Código Penal.

Por fim, não havendo inconformismo da defesa a respeito, mantenho o regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da r. sentença.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação somente para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime, mantida, no mais, a sentença.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM REPRESENTAÇÃO CRIMINAL/ NOTÍCIA DE CRIME

0020164-15.2010.4.03.0000

(2010.03.00.020164-1)

Agravante: MARCOS ALVES PINTAR
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 130/131
Representante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Representado: DASSER LETTIÉRE JUNIOR
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: RpCr 316
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. DEFERIMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO.

Nos termos do precedente firmado na Representação Criminal nº 0041521-85.2009.4.03.0000/SP, de relatoria da e. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, “O acolhimento, pelo Relator, de promoção de arquivamento de representação criminal, em procedimentos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais, dada a inexistência de atuação do Procurador-Geral da República como membro acusatório, não exclui a possibilidade do reexame da decisão pelo órgão colegiado competente, que, no caso de considerar inconsistentes as razões invocadas para a providência em questão, está autorizado a acionar o artigo 28 do Código de Processo Penal, nos moldes do artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar 75/93”. Agravo regimental conhecido. O tipo penal da denúncia caluniosa (art. 339 do CP) exige que a imputação seja de fato infracional, dirigido a quem não o realizou ou dele participou, ou de fato que não aconteceu. Nesse contexto, se o magistrado, ao determinar a instauração de inquérito policial em face do agravante para apuração de suposta prática de crime de desacato, narrou os fatos compreendendo que a conduta configuraria crime, não se pode falar em crime de denúncia caluniosa. Pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público Federal que se acolhe. Agravo regimental conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conhecer do agravo regimental e, no mérito, por unanimidade, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de maio de 2013.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática de minha lavra, na qual restou acolhido o pedido de arquivamento formulado pelo i. representante do Ministério Público Federal, nos autos da Representação Criminal nº 2010.03.00.020164-1, instaurada por força de representação apresentada pelo advogado Marcos Alves Pintar, para apurar possível prática de denúncia caluniosa e comunicação falsa de crime, previstos nos artigos 339 e 340 do Código Penal, por ter requerido o representado a instauração de inquérito policial em face do referido causídico, por suposto cometimento de crime de desacato.

Sustenta o agravante preliminarmente que, a despeito do disposto no artigo 3º da Lei nº 8.038/90, a decisão monocrática que acolheu o arquivamento pode ser revista pelo Órgão Especial.

No mérito, alega que o pedido de arquivamento deveria ser antecedido de minuciosa investigação para convencimento aprofundado a respeito dos fatos, sobretudo com a oitiva do agravante.

Em suas razões, o *Parquet* sustenta, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, sob a alegação de que não há recurso previsto em lei contra decisão que acolhe promoção de arquivamento proposta pela acusação, e que, nos termos do artigo 129, I, *d* CF, c/c o artigo 6º, V, da Lei Complementar nº 75/2003, compete ao Ministério Público Federal a decisão de promover ou não a ação penal.

No mérito, pugna pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa, para julgamento.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Preliminarmente, conheço do agravo.

Isto porque, este Órgão Especial, na Representação Criminal nº 0041521-85.2009.4.03.0000/SP, de relatoria da e. Desembargadora Federal, Therezinha Cazerta, conheceu do Agravo Regimental interposto de decisão monocrática de Relator que acolheu o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público Federal, sob o fundamento de que

(...) Na Justiça Federal de 1ª e 2ª Instâncias, dada a inexistência de atuação do Chefe da Instituição como membro acusatório, o órgão julgador, no caso de considerar inconsistentes as razões invocadas para a promoção do arquivamento, está autorizado a acionar o artigo 28 do Código de Processo Penal, diligenciando o encaminhamento dos autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, tal como previsto no artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93: “Art.62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”. Daí que, nos termos do inciso I do artigo 3º da Lei nº 8.038/90, que rege os processos de competência originária dos Tribunais, conquanto se faculte ao relator escolhido na forma regimental

“determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quanto o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal”, previsão repetida integralmente no inciso I do artigo 206 do Regimento Interno desta Casa, a prolação de decisum nesses termos não pode excluir a competência do órgão colegiado competente, razão pela qual o agravo se apresenta viável.

O acórdão foi lavrado nos seguintes termos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO. ARQUIVAMENTO DE REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. RECORRIBILIDADE DA DECISÃO. MANUTENÇÃO.

- O acolhimento, pelo Relator, de promoção de arquivamento de representação criminal, em procedimentos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais, dada a inexistência de atuação do Procurador-Geral da República como membro acusatório, não exclui a possibilidade do reexame da decisão pelo órgão colegiado competente, que, no caso de considerar inconsistentes as razões invocadas para a providência em questão, está autorizado a acionar o artigo 28 do Código de Processo Penal, nos moldes do artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar 75/93.

- Caso que não guarda semelhança com diversas outras hipóteses em que o Órgão Especial, em razão da instrução na ação penal originária correr sob o crivo do Relator, como dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.038/90, tem admitido decisões monocráticas irrecorríveis objetivando a agilização e simplificação dos julgamentos, evitando-se demora excessiva em sua ultimação.

- Já neste, em que o provimento assemelha-se a decisão verdadeiramente terminativa, barrando o prosseguimento da atividade persecutória, conquanto se faculte a atividade unipessoal, o raciocínio desenvolvido não pode ser alargado, ante o risco de se suprimir competência do colegiado, ao qual cumpre ratificar ou discordar do arquivamento da representação criminal monocraticamente determinado, constituindo-se, pois, em ato passível de ataque pela via recursal.

- Apesar de que óbvio e intuitivo o interesse na alteração do conteúdo do pronunciamento ministerial, por entender, o recorrente, que a acusação pelo delito de comunicação falsa de crime ou de contravenção (Código Penal, artigo 340), formalizada contra si, resulta de fato imputado falsamente e com abuso de poder, inexistente qualquer circunstância que possa justificar o envio dos autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

- O próprio órgão *dominus litis* entende não se justificar o prosseguimento, insistindo no propósito do arquivamento, eis que as razões e documentos trazidos não agregam fato ou argumento novos a evidenciar a prática de crimes por parte da representada e a necessidade de se avançar com a investigação ou adoção de outras medidas.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

(Agravo Regimental na Representação Criminal nº 0041521-85.2009.4.03.0000/SP, DJe: 12.11.2010)

Assim, por se tratar de hipótese compreendida no precedente citado, conheço do recurso. Contudo, melhor sorte não assiste ao agravante quanto ao mérito.

Em seu pedido de arquivamento (fls. 90/91 vº), manifestou-se o Ministério Público Federal nos seguintes termos:

(...)

1. Trata-se de procedimento instaurado a partir de expediente protocolado pelo advogado Marcos Alves Pinta, no qual insinua que o Excelentíssimo Juiz Federal, Doutor Dasser Lettière Júnior, tenha cometido os delitos previstos nos artigos 339 e 340 do Código Penal, ao ter determinado a instauração de inquérito policial, em autos de mandado de segurança, para apuração de responsabilidade criminal do ora representante pela prática de desacato

contra o Magistrado.

2. Conforme se extrai da cópia integral do inquérito policial nº 6-420/09, instaurado por requisição do Juiz Federal em sentença proferida na ação mandamental nº 2005.60.06.009838-6, o advogado teria, em recurso de agravo de instrumento que objetivava a reforma de liminar cassada, desacatado o i. Juiz Federal ao afirmar que o mesmo visou “promover a improcedência de um feito que ele mesmo perpetua” (fl. 17), entendendo o Magistrado ter ocorrido insinuação por parte de Marcos Alves Pintar de atuação parcial do juízo.

3. Em esclarecimentos prestados naquele inquérito pelo ora representante (fls. 25 e 27/32), o mesmo declara que em momento algum teve a intenção de desacatar ou ofender o Juiz Federal, e que seu recurso de agravo de instrumento fora dirigido ao Tribunal Regional Federal, e ainda, que para a configuração do delito de desacato, necessária se faz a presença física de ofendido e ofensor no momento da ofensa.

4. Às fls. 73/76 o representante do *Parquet* Federal promoveu o arquivamento do inquérito policial que apurava a prática de crime do artigo 331, do CP, pelo advogado (cópia em anexo). Para tanto, aduziu que as ofensas proferidas por Marcos Alves Pintar foram escritas em recurso de agravo de instrumento dirigido ao Presidente do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o que descaracteriza o delito, afirmando não ter configurado, tampouco, a prática do crime de injúria, vez que as afirmações proferidas se referiam ao Poder Judiciário e magistrados em geral, além da existência de imunidade profissional do advogado.

5. Entendendo, então, que mencionada requisição de instauração de inquérito por parte do Juiz Federal, Dr. Dasser Lettière Júnior, configuraria a prática de denúncia caluniosa e comunicação falsa de crime, requereu o advogado Marcos Alves Pintar a instauração de inquérito judicial para investigação dos supostos delitos cometidos.

6. No entanto, da análise dos autos, não se indicia o cometimento do delito previsto nos artigos 339 ou 340, ambos do Código Penal. Primeiramente, a denúncia caluniosa prevê, em seu tipo penal, a instauração de investigação policial contra alguém imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

7. É certo que mencionado delito exige, para sua configuração, o elemento subjetivo, isto é, o dolo direto, a vontade livre e consciente de dar causa à instauração de alguns dos procedimentos descritos no art. 339 do Código Penal, contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Desse modo, como se vê, é imprescindível que o provocador do procedimento, investigatório ou processual, saiba que o denunciado não cometeu o delito.

8. No presente caso, não há qualquer indício de que o Juiz Federal tenha agido com dolo para que fosse instaurado inquérito policial contra o advogado Marcos Alves Pintar, sabendo de sua inocência, mesmo porque, citou expressamente em que momento o advogado o teria desacatado ou ofendido sua honra. De fato, a expressão utilizada por Marcos Alves Pintar em relação ao Magistrado demonstra-se excessiva, e o fato de não ter configurado o delito previsto no artigo 331 do CP, por si só não significa o cometimento de denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime pelo Magistrado.

9. Ademais, o Juiz Federal não criou uma situação inexistente, mas sim, descreveu uma afirmação que considerou ofensiva proferida pelo advogado, que muito embora não tenha atingido um caráter penal, pode ter, de fato, ofendido o Magistrado, com repercussão nas esferas cível e/ou disciplinar.

10. Com efeito, verifica-se da análise das presentes peças informativas que há entre o representante e representado uma explícita animosidade, e consequente exasperação na maneira que se tratam. Contudo, da mesma forma que não foi configurada a prática de desacato ou crime contra honra pelo advogado, também não restou caracterizada a conduta de denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime pelo Juiz Federal, havendo apenas um excesso nas condutas de ambos, isentas de cunho penal.

Por todo o exposto, entende o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL não haver, por ora, elementos que justifiquem o prosseguimento do presente, diante de que se requer, na forma do artigo 28 do Código de Processo Penal, o ARQUIVAMENTO da presente representação criminal.

Na decisão agravada (fls. 130/131), acolhi o pedido de arquivamento, vez que, à luz do contido nos autos, revelam-se frágeis os argumentos da representação que, em última análise, constituiriam mero ataque de seu autor a quem o acusa criminalmente, na mesma linha de orientação defendida pelo Ministério Público Federal.

O tipo penal da denúncia caluniosa (art. 339 do CP) exige que a imputação seja de fato infracional verdadeiro, dirigido a quem não o realizou ou dele participou, ou de fato que não aconteceu. Nesse contexto, se o magistrado, ao determinar a instauração de inquérito policial em face do agravante para apuração de suposta prática de crime de desacato, narrou os fatos de maneira verdadeira, compreendendo que a conduta configuraria crime, não se pode falar em crime de denúncia caluniosa.

Outrossim, o pedido de arquivamento está bem fundamentado e pautado nos elementos coligidos com a representação, não sendo cabível satisfazer à pretensão do agravante, sobretudo no que toca à necessidade de uma investigação profunda.

Ademais, não se pode olvidar que o titular da ação penal pública é o único legitimado, no caso, a escolher o caminho persecutório, porquanto é atribuição privativa do Ministério Público inaugurar o devido processo penal.

Ante o exposto, conheço do agravo regimental, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0004204-32.2012.4.03.6181

(2012.61.81.004204-9)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA E DIRCEU GRAVINA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: RSE 6440

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2013

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SEQUESTRO QUALIFICADO. REGIME MILITAR. ÓRGÃOS DE REPRESSÃO POLÍTICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DECISÃO MANTIDA.

- Conduta imputada na inicial acusatória que é de privação da liberdade mediante sequestro com grave sofrimento físico e moral à vítima praticada por agentes do regime militar instaurado no ano de 1964.

- Denúncia que não pode ser recebida em respeito à ordem jurídico-penal que estabelece como causas de extinção da punibilidade a prescrição e também a anistia. Extinta a punibilidade ilegal seria a instauração de ação penal, sem graves danos ao Estado Democrático de Direito não se viabilizando a persecução penal.

- Tese ministerial que para ser acolhida demandaria o reconhecimento de duas situações, a saber, que a vítima ainda está privada de sua liberdade em decorrência de perseguição política desde a época do regime militar e que os recorridos detêm o poder de fazer cessar a conduta que lhes é imputada, que porém são inconcebíveis.

- Entendimento diverso (descurando-se a real cessação da permanência e acolhendo-se alegação de caso “sui generis”, que se deduz como se houvesse semelhante possibilidade de derrogação ao princípio da legalidade, como se o manejo de qualquer nomenclatura pudesse romper a fortaleza da reserva legal) que implicaria em verdadeira “criação” por parte do magistrado de hipótese de imprescritibilidade, o que seria uma afronta ao princípio da segurança jurídica, pois significaria ignorar o arcabouço fático apresentado nos autos (apenas com o argumento de que é necessário que o corpo seja encontrado para fazer cessar a permanência delitiva, mesmo sendo faticamente impossível que a conduta imputada ainda esteja em fase de execução) e possibilitar a deflagração de persecução penal contra alguém a qualquer momento - daqui a 10, 20, 30, 100 anos -, simplesmente ignorando os prazos prescricionais previstos no Código Penal que se vinculam à consumação do delito conforme definido na lei penal, opondo-se a tal possibilidade exatamente o Estado Democrático de Direito.

- Caso em que, considerado o processo de redemocratização do país, com a libertação dos presos políticos, retorno dos exilados, desmantelamento dos órgãos de repressão e fim do regime militar em 1985 com a eleição de presidente civil, não podia o delito perdurar depois desse momento histórico, quanto à hipótese do evento morte somente podendo ter ocorrido em momento anterior àquele a partir do qual não se poderia mais cogitar de privação da liberdade, sendo evidências que contrariam a acusação, que por sua vez não se fundamenta em fatos mas em abordagem ficcional para sustentar

o contrário, neste quadro não incidindo a regra insculpida no artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição de 1988, que prevê hipótese de imprescritibilidade, a qual não pode retroagir, e em respeito ao Estado Democrático de Direito não se podendo deixar de reconhecer a ocorrência da prescrição, transcorrendo inclusive o maior prazo prescricional previsto no Código Penal (vinte anos), o que seria suficiente para manter a decisão de rejeição da denúncia, mas também havendo a incidência da Lei de Anistia.

- Crime de sequestro ou de morte que no caso com provas pode ser sustentado que é da época do regime militar e está prescrito, o que sucedeu e não está prescrito sendo atípico, não caracterizando permanência de delito, porque não há no Brasil crime de sequestro ficto nem de desaparecimento de pessoa, ante a falta de ratificação do que a propósito se prevê em Convenção e tampouco a possibilidade de aplicação retroativa sem transgressão à Constituição, ao preceituar que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

- Alegações de inoponibilidade da anistia e de descumprimento de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se aduz ser posterior a ADPF nº 153 rejeitadas porquanto decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental têm eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, ou seja, atingem todos e atrelam os demais órgãos do Poder Público, cabendo ao próprio Supremo Tribunal Federal eventual revisão, ademais tendo o Brasil promulgado a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, o que não é o caso dos autos. Inteligência dos artigos 10, § 3º, da Lei 9.882/99 e 102, inciso I, alínea “I”, § 1º, da Constituição Federal.

- Inúmeros atos arbitrários praticados durante o regime militar, entre prisões, sessões de tortura, assassinatos e vários outros que não são olvidados. Questão que é de respeito à ordem jurídica, que não possibilita no caso a deflagração da persecução penal, o Direito Penal somente podendo atuar na forma e dentro dos limites previstos em lei, independentemente de motivações de cunho político e social, não se podendo descurar de princípios básicos sem os quais o Estado Democrático de Direito também estaria ameaçado. Não se pode conceber uma democracia onde não haja normas preestabelecidas e, sobretudo, que valham para todos, sem distinção, pois onde não há regras claras abre-se espaço para arbitrariedades, justamente o que a população tanto lutou contra. Qualquer ideia de instauração de persecução penal apenas com vistas a se encontrar uma “resposta” no ordenamento jurídico deve ser prontamente rechaçada, sob pena de violação de princípios há muito consagrados, como o da legalidade e da taxatividade.

- O legislador constituinte não erigiu a busca da verdade como valor supremo e, claramente, estabeleceu limites à atuação judicial. Não somente o processo penal encontra limites. Também o direito penal - material - é pautado por balizas fundamentais. O processo não pode ser concebido despegado da realidade. Conquanto vigore, nesta fase do rito, a presunção *in dubio pro societate*, daí não resulta que se possa receber denúncia sem lastro probatório mínimo de uma de suas bases estruturais. À míngua de qualquer indício, nos autos, de que o sequestro da vítima tenha perdurado - por obra, ação e responsabilidade dos denunciados - até o ano de 2001 ou depois, não há sequer como sustentar dita presunção (extraído, com adaptações, do voto-vista proferido pelo e. Desembargador Federal Nilton dos Santos).

- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Peixoto Junior, acompanhado pelo voto-vista do Desembargador Federal Nelson dos Santos, vencido o Desembargador Federal Cotrim Guimarães que, em voto-vista, dava provimento ao recurso para receber a denúncia.

São Paulo, 09 de abril de 2013.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina foram denunciados como incurso nos artigos 148, § 2º c.c. 29, ambos do Código Penal, transcrevendo-se os seguintes excertos da inicial acusatória:

Consta dos inclusos autos do procedimento criminal de número 1.34.001.001785/2009-31 que, *desde o dia 06 de maio de 1971 até a presente data*, nesta cidade e subseção judiciária, os denunciados CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e DIRCEU GRAVINA, em contexto de ataque estatal generalizado e sistemático contra a população civil - com pleno conhecimento das circunstâncias deste ataque -, previamente ajustados e mediante unidade de desígnios entre si e com outros agentes estatais ainda não totalmente identificados, *privam ilegalmente a vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira [...] de sua liberdade, mediante seqüestro*.

Consta ainda que Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, em razão da natureza ilícita da detenção e dos maus-tratos provocados pelo denunciado DIRCEU GRAVINA, sob o comando e aquiescência do denunciado CARLOS ALBERTO BRILHANTE DUSTRA, *padeceu de gravíssimo sofrimento físico e moral*.

1. Materialidade do crime de seqüestro.

Segundo se apurou, a vítima Aluizio Palhano, no período anterior à deposição do presidente eleito João Goulart, era um dos principais sindicalistas do país, tendo ocupado as posições de presidente do Sindicato dos Bancários do Rio de Janeiro, presidente da Confederação Nacional dos Bancários e Vice-Presidente da antiga Central Geral dos Trabalhadores - CGT [...]. Logo após o golpe de Estado de 1964, os direitos políticos da vítima foram cassados pelo "Comando Supremo da Revolução" através do Ato Institucional nº 1 [...]. Em 06 de outubro do mesmo ano, a vítima foi sumariamente exonerada do cargo que ocupava no Banco do Brasil, por ato do Presidente da República [...].

Em razão das perseguições políticas sofridas, a vítima exilou-se em Cuba, onde permaneceu até o final do ano de 1970. Como revela a leitura dos documentos relacionados a Aluizio Palhano armazenados em arquivos públicos, as atividades da vítima eram vigiadas de perto pelos órgãos de repressão político desde o ano de seu exílio.

Corroboram esta afirmação os seguintes elementos de convicção, dentre outros constantes dos autos:

- a) Informe Confidencial nº 2 PM/PM-606/3-77, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, no qual há o registro de que, em 05 de julho de 1966, o DOPS/GB estava diligenciando no sentido de prender Aluizio Palhano, articulador de "um plano insurrecional armado contra o regime (...) de acordo com a orientação firmada na recente Conferência Tricontinental de Havana [...];
- b) Informação fornecida pelo Departamento de Polícia Federal, datada de -5 de janeiro de 1970, em resposta à solicitação "P.B. nº 160/CO/69, na qual a vítima é citada em

uma “relação dos brasileiros que viajam frequentemente para Cuba” [...];

c) Relatório Especial de Informações nº 01/70, datado de 10 de novembro de 1970, redigido pelo Centro de Informações do Exército e difundido ao 2º Comando do Exército em São Paulo (onde estava lotado o denunciado USTRA). Elaborado a partir da análise da documentação apreendida no “aparelho” [...] de Joaquim Câmara Ferreira, o relatório contém o seguinte parágrafo: “*Existem elementos terroristas banidos prontos para o retorno em fins de novembro, dependendo da remessa, para Cuba, da documentação necessária, Sobre o roteiro para a volta, há referências específicas ao Uruguai e Paraguai. Alguns desses elementos já estariam no Brasil. É também citado Aloísio Palhano, que há tempo se encontrava em Cuba, o qual já se ligou com Carlos Lamarca, em busca de contato com a ALN.*” No mesmo relatório, o nome de *Aluizio Palhano* consta da “relação de nomes e codinomes citados nos diversos documentos apreendidos no aparelho de ‘Toledo’ [Joaquim Câmara Ferreira], acrescido da seguinte observação: “*Esteve em Cuba. Vinha para o Brasil. É da VPR.*” [...];

d) Termo de interrogatório de Alípio Cristiano de Freitas ao DOPS, datado de 30 de novembro de 1970. Segundo consta do interrogatório, Alípio mencionou ter encontrado, durante sua permanência em Cuba, “Aloísio Palhano, presidente da Federação dos Bancários em 1964.” No mesmo termo de interrogatório, Alípio menciona as testemunhas Altino Rodrigues Dantas Filho e Lenira Machado, detidos no mesmo mês que Aluizio [...];

e) Informe confidencial datado de 05 de janeiro de 1971, pelo qual o Ministério da Aeronáutica difundiu ao 2º Exército, e aos demais órgãos envolvidos no sistema de repressão política, documento cujo assunto era a “presença de subversivos brasileiros em Cuba”, listando, dentre outros, os nomes de Aloísio Palhano e José Anselmo dos Santos, o “Cabo Anselmo” [...];

f) Difusão, ao 2º Exército/SP e demais órgãos envolvidos na repressão política, datada de 12 de fevereiro de 1971, do depoimento de Edson Lourival Reis de Menezes, “detido em Belo Horizonte, em setembro de 1970, no qual há a referência a encontros da testemunha com Palhano, em Cuba, no ano de 1969, [...]”

g) Informação secreta nº 80/SNI/ASP/1971, de 10 de março de 1971, a respeito da “atuação dos exilados, cassados, banidos, ou punidos pela Revolução, no exterior e sua vinculação a processos subversivos de âmbito interno”. Segundo a informação, “ao retornarem [do congresso de Cuba] em ago 67, Aloysio Palhano e Carlos Marighella, antes de chegarem ao Brasil, passaram por Montevideu, onde mantiveram contatos com Brizola. Ficou então acertado que o Comando Nacional revolucionário deveria se deslocar para São Paulo, onde iniciariam a estruturação de frentes de luta, contando com o apoio de líderes sindicais e estudantes filiados à UNE. Tiveram início, então, as atividades terroristas em São Paulo e outros Estados, com a criação de organizações sob a inspiração de Carlos Marighella.” [...].

O nome e fotografia da vítima constam também de comunicado do 2º Exército difundido ao DOI/CODI/SP, no qual é feita referência à participação de Aluizio Palhano e outras 185 pessoas em cursos de guerrilha ministrados em Cuba. Segundo o mesmo comunicado, a referência à participação de um suspeito em um “Curso de Guerrilha em Cuba” deveria ser considerado um “início importante para a caracterização da periculosidade de um terrorista” [...].

No final do ano de 1970, a vítima retornou de Cuba para a cidade de São Paulo, onde passou a viver na clandestinidade, atuando como ponto de contato da organização Vanguarda Popular Revolucionária - VPR, fortemente combatida pelos órgãos de repressão política, inclusive por possuir Carlos Lamarca dentre seus membros.

Naquele tempo, segundo registros históricos [...], os dissidentes políticos que haviam se engajado na luta armada estavam, em sua maioria, presos (cerca de quinhentos dissidentes) ou exilados; apenas cem viviam clandestinamente nos centros urbanos brasileiros, correndo o risco de serem arbitrariamente detidos e levados para estabelecimentos de repressão política tais como aquele que operavam os denunciados.

Logo em dezembro de 1970, a VPR perdeu Edson Neves Quaresma e Yoshitane Fujimori, ambos mortos por agentes da equipe de Busca e Apreensão do DOI-CODI-SP e minuciosamente revistado. “No seu interior encontramos muitas armas, munições, códigos e cifras para

comunicação com o exterior ...”, afirmou USTRA [...].

Com a morte de Yoshitane Fujimori e Edson Neves Quaresma a militância do VPR em São Paulo ficou praticamente reduzida a José Anselmo dos Santos, o “Cabo Anselmo” (que havia chegado a São Paulo vindo de Cuba em setembro de 1970 [...]), e a vítima Aluizio Palhano, que aportou em São Paulo possivelmente dois meses depois. Carlos Lamarca, Inês Etienne Romeu e outros dirigentes da organização residiam no Rio de Janeiro e em outros Estados. De acordo com os registros históricos, a VPR na data de início dos fatos não chegava a somar cinquenta quadros [...].

Segundo as declarações prestadas por José Anselmo dos Santos à época, localizadas no arquivo do DOPS/SP:

“Em junho ou julho de 1970, vieram José Maria e Quaresma, [que] deviam preparar as condições para receber-nos. (...) *Corria o mês de novembro, quando se deu a morte de Toledo, da ALN, e pelos documentos publicados soubemos que Palhano estava chegando. Efetivamente Quaresma recebeu-o e fez-me contatar com ele em fins de novembro (...)*” [...].

O relato de José Anselmo dos Santos foi posteriormente completado em depoimento por ele prestado ao jornalista Percival de Souza:

“[Após a morte de Fujimori e Quaresma], ficamos, eu e o Aloísio Palhano, sem contato com a organização. (...) Sem contato, com pouco dinheiro para sobreviver, viajamos ao Rio de Janeiro, onde o Aloísio tinha uma irmã. Ficamos hospedados no apartamento dela, em Ipanema, e a partir daí de novo em busca de contatos, usando antigos relacionamentos confiáveis. (...) De volta do Rio, eu e o Aloísio passamos a contatar também o pessoal da organização de Marighella. (...) [...]”

A dissidente da mesma organização, Inês Etienne Romeu, em relatório apresentado ao Conselho Federal da OAB em 18 de setembro de 1971, descreve os seguintes *eventos que imediatamente antecederam o sequestro da vítima Aluizio Palhano*:

“Fui presa no dia 05 de maio de 1971, em São Paulo, na Avenida Santo Amaro (...), às 09 horas da manhã, por agentes comandados pelo Delegado Sérgio Paranhos Fleury. *Estava em companhia de um velho camponês, de codinome “Primo”, com quem tinha encontro marcado desde abril. Assistiu impassível à minha prisão, sem ser molestado.*

Levada para o DEOPS, iniciou-se o interrogatório. *O camponês, que era da região de Imperatriz, já havia denunciado um encontro marcado entre ele e José Raimundo da Costa, no qual comparecia também Palhano, ex-líder dos bancários do Rio de Janeiro, para o dia seguinte. Confirmei a informação e disse que desde o dia 10 de março deste ano estava desligada do movimento e me preparava para deixar o país. Em seguida, fui levada à sala de torturas, onde me colocaram no ‘pau de arara’ e me espancaram barbaramente. Foram aplicados choques elétricos na cabeça, pés e mãos. Queriam conhecer o meu endereço na Guanabara, mas consegui, apesar de tudo, ocultá-lo, para proteger uma pessoa que lá se encontrava.* [...]

Levada em seguida ao famigerado centro ilegal de torturas conhecido como “Casa de Petrópolis”, Inês Etienne Romeu prossegue afirmando o seguinte:

“Chegando ao local, uma casa de fino acabamento, fui colocada numa cama de campanha, cuja roupa estava marcada com as iniciais do C.I.E. (Centro de Informação do Exército), onde o interrogatório continuou, sob a direção de um dos elementos que me torturava em São Paulo. Mostrou-me uma fotografia de José Roberto Rezende, querendo saber se eu o conhecia e dizendo-me que ele já estava preso. *Disse também que Palhano, ex-líder dos bancários já referido, fora preso no mesmo dia seis de maio, em companhia do camponês [“Primo”] que me entregara.*” [...]

Desse modo e por esses motivos, *no dia 06 de maio de 1971, agentes integrantes da estrutura de repressão política lograram localizar e seqüestrar a vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira* e em seguida conduzi-la às dependências do Destacamento de Operações Internas (DOI-CODI), situado nesta Subseção Judiciária, na esquina das ruas Tutoia e Tomás Carvalho, no bairro do Ibirapuera, e chefiado, à época, pelo denunciado CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA.

Ainda segundo o relatório de Inês Etienne Romeu, a vítima Aluízio foi levada, no dia 13 de maio de 1971, à mesma “Casa de Petrópolis”, onde permaneceu até o dia seguinte.

Segundo a testemunha:

“Aluízio Palhano, ex-líder dos bancários do Rio de Janeiro, preso no dia seis de maio de 1971, foi conduzido para aquela casa [em Petrópolis] no dia 13 do mesmo mês, onde ficou até o dia seguinte. Não o vi pessoalmente mas Mariano Joaquim da Silva contou-me que presenciou sua chegada, dizendo-me que seu estado físico era deplorável. Ouvi, contudo, sua voz várias vezes, quando interrogado. Perguntei a Dr. Pepe sobre ele que me respondeu: ‘ele sumiu.’” [...] O testemunho de Inês Etienne Romeu é completado pelos depoimentos das testemunhas Altino Dantas Júnior e Lenira Machado, que se encontravam seqüestradas no DOI-CODI de São Paulo desde o dia 13 de maio de 1971.

Assim afirmou a testemunha Lenira Machado:

“Foi presa com Altino no dia 13 de maio daquele ano ... No dia seguinte à prisão, Altino e a declarante foram levados ao DOI-CODI. Lá falaram para a declarante: ‘- Você conhece a Declaração dos Direitos Humanos? Esqueça’. Foi barbaramente torturada, com choques, pau de arara, cadeira do dragão e telefone. (...)”

Já conhecia Aluízio Palhano pois (...) era do movimento estudantil e Palhano, sindicalista, Declara ter visto Aluízio preso no DOI-CODI em uma ocasião. (...) Tem a impressão de que esse episódio aconteceu cerca de dez dias depois de sua prisão.” [...]

A testemunha Altino Dantas Júnior confirmou, em depoimento oficial, que:

“Foi preso (...) em 13 de maio de 1971. (...) Alguns dias depois [de sua prisão], pela fresta de sua cela, vi quando Aluízio entrou nas dependências do DOI-CODI conduzido por agentes policiais e sabe dizer que era ele pois o conhecia anteriormente. Quando viu Aluízio pela segunda vez, alguns dias mais tarde, Aluízio já estava muito machucado e lhe contou que fora levado para Petrópolis, onde também foi torturado. Aluízio lhe disse que o haviam levado para Petrópolis, onde também foi torturado. Aluízio lhe disse que o haviam levado para Petrópolis para ser interrogado e depois o trouxeram de volta para o DOI-CODI de São Paulo. O declarante ouviu Aluízio ser torturado porque sua cela forte era ao lado da sala de torturas. Logo depois o capitão Ítalo Rolim, que também integrava uma das equipes de tortura, permitiu que o declarante e Aluízio se ajudassem mutuamente a se banhar (...), pois ambos estavam muito machucados. (...) Foi nessa ocasião que Aluízio lhe contou que havia sido levado para Petrópolis e depois trazido de volta. Por fim, a terceira vez que viu Aluízio ocorreu alguns dias mais tarde.” [...]

Está devidamente demonstrado nos autos, como se vê, a materialidade do fato criminoso consistente na privação ilegal da liberdade da vítima Aluízio Palhano Pedreira Ferreira, mediante sequestro, e sua manutenção clandestina, ao menos a partir do dia 06 de maio de 1971 (à exceção de dois dias, entre 13 e 15 de maio do mesmo ano, quando foi transferido temporariamente para uma casa, em Petrópolis) nas dependências do DOI-CODI-SP, onde foi vista pelas testemunhas Altino e Lenira.

A privação da liberdade da vítima nas dependências do DOI-CODI-SP é ilegal, pois nem mesmo na ordem vigente na data de início da conduta delitiva agentes de Estado estavam autorizados a atentar contra a integridade física dos presos e muito menos a seqüestrar pessoas e depois fazê-las “desaparecer”.

Com efeito, o art. 153, § 12, da Emenda Constitucional nº 01 de 1969, estabelece claramente que “a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que relaxará, se não for legal.” Mesmo o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, apesar de ter suspendido a garantia do *habeas corpus* para os crimes contra a segurança nacional, não excluiu o dever de comunicação da prisão, nem autorizou a manutenção de suspeitos, por tempo indeterminado, em estabelecimentos oficiais, sob a responsabilidade de agentes públicos. Portanto, ainda que a pretexto de combater supostos terroristas, não estavam os agentes públicos envolvidos autorizados a seqüestrar a vítima, mantê-la secretamente em estabelecimento oficial e depois dar-lhe um paradeiro conhecido somente pelos

próprios autores do delito.

A ilegalidade dos seqüestros efetivados pelo DOI-CODI-SP e outros órgãos similares está assim descrita na representação de presos políticos encaminhada pelo Presidente do Conselho Federal da OAB, em 1975, ao Ministro-Chefe da Casa Civil, Golbery do Couto e Silva:

“A prisão de nenhum de nós se revestiu das mínimas formalidades legais. A determinação de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente (art. 153, § 12, da Constituição em vigor e art. 221 do Código de Processo Penal Militar) é letra morta da qual não fazem uso os chamados órgãos de segurança. Todos nós fomos seqüestrados, muitos em plena via pública, por bandos de homens armados, sem nenhum mandado judicial, e que não poucas vezes desferiram tiros à queima roupa, causando-nos ferimentos e ferindo transeuntes (...). Outras vezes nossas casas foram invadidas, seja de dia ou em altas horas da noite, as portas arrombadas, bens roubados, e sofremos espancamentos em nossos próprios lares na presença da esposa, de filhos, pais ou vizinhos; algemados, e muitas vezes amarrados, fomos conduzidos sob capuz para lugar ignorado. (...) Por outro lado, nenhum de nós teve a prisão comunicada a Juiz competente, conforme prescreve a norma constitucional (art. 153, § 12, da Constituição em vigor e art. 222 do COM). (...) Presos ilegalmente, (...) estivemos sujeitos a prolongados períodos de incomunicabilidade. Esta varia mão de acordo com o que diz a própria lei de exceção, mas conforme o arbítrio dos órgãos repressivos. Dez dias é o prazo da lei (art. 59, § 1º, da LSN) que nunca é respeitado. Nem mesmo a prevista prorrogação de dez dias é solicitada legalmente. A regra foi permanecermos de um a três meses sem assistência de qualquer espécie, sem direito à visita de familiares e muito menos de advogado. Alguns de nós chegamos a permanecer até um ano ou mais nos órgãos de repressão, transferidos de um organismo para outro, às vezes localizados em Estados diferentes, com destino ignorado pelo próprio preso. (...) Nesse período, nossos familiares ficam a bater de porta em porta, do CODI-DOI para o DOPS, para o QG do Exército, sempre a receberem a resposta de que não existe nenhum preso com o nome reclamado. Quando se recorre a advogado, é comum que este vá ao Juiz e receba também aí respostas evasivas. Se o Juiz pede informações aos órgãos repressivos, estas são prestadas quando lhes é conveniente, 20, 30 dias, ou mais, após a prisão. Tem sido usado o recurso do habeas corpus, não para garantir a liberdade do cidadão seqüestrado (já vimos que, para estes casos, sua vigência foi suspensa pelo, AI-5, mas para tentar a localização do preso ou quebrar sua incomunicabilidade e, em última instância, tentar preservar sua vida. Os órgãos de repressão costumam negar informações ao próprio Superior Tribunal Militar quando julgam necessário continuar mantendo o preso clandestinamente.” [...]

Plenamente demonstrada, dessa forma, a materialidade do crime de privação ilegal de liberdade, mediante sequestro, da vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira.

1.1. Incidência da qualificadora do § 2º do art. 148 do Código Penal.

Na data de início da conduta delitiva, o DOI-CODI-SP era sabidamente um dos maiores [...] e piores centros de repressão política do regime ditatorial do Brasil. Funcionava ininterruptamente, sete dias por semana, como unidade policial autárquica, concebida de forma a preencher todas as necessidades da ação repressiva sem depender de outros serviços públicos [...]. Segundo a compilação feita pelo projeto “Brasil: Nunca Mais”, o local registrou o maior número de prisões ilegais [...] e o maior número de comunicações formais de tortura [...] formuladas à Justiça Militar no período. Mais especificamente, entre 1970 e 1974, os processos da Justiça Militar registram 542 comunicações de torturas ocorridas nas dependências comandadas pelo denunciado USTRA, e onde o denunciado DIRCEU GRAVINA também estava lotado. A grande maioria (382 registros) envolvia espancamentos e uso de instrumentos especialmente desenhados para provocar graves lesões corporais.

[...]

Uma vez detido, o suspeito era levado a uma das salas de interrogatório do destacamento, onde era inquirido por uma das três equipes que operavam no local.

Segundo o denunciado USTRA:

“[Q]uando um terrorista era preso, a fase crucial da prisão tanto para ele como para nós era a do interrogatório. As prisões eram efetuadas, normalmente, pelas Turmas de Busca e Apreensão, sendo o preso conduzido para o DOI, a fim de ser interrogado. Quando a prisão era planejada, a Turma de Interrogatório Preliminar já o aguardava com a documentação referente a ele, preparada pela Subseção de Análise. Sabíamos pela sua ficha: seus codinomes, organização a qual pertencia, ações armadas em que tomara parte, localização do seu ‘aparelho’, seus contatos e outros dados. Quando se uma prisão inopinada, o interrogador necessitava obter alguns dados essenciais, tais como: a localização do ‘aparelho’, o próximo ‘ponto’, o nome verdadeiro e o codinome do preso.” [...]

Antes de iniciarmos o interrogatório - prossegue USTRA - procurávamos dialogar com ele, analisando a sua situação, mostrando os dados de que dispúnhamos a seu respeito e o aconselhávamos a dizer tudo o que sabia, para que pudesse sair o mais rápido possível da incomunicabilidade.” [...]

O relato apresentado pelo denunciado USTRA, todavia, não informa o que acontecia caso o suspeito detido se recusasse a colaborar. Não obstante, o farto material probatório nos autos atesta que o que se passava era a submissão do suspeito às mais aberrantes formas de maus tratos, praticadas de forma rotineira por três equipes de interrogatório que se revezavam, em turnos ininterruptos. Está também comprovado que ocasionalmente homicídios era cometidos pelos interrogadores, durante intermináveis sessões que incluíam espancamentos, enforcamentos, afogamentos e choques elétricos.”

A forma usual de interrogatório de um suspeito de subversão está assim descrita em uma representação de presos políticos encaminhada pelo então Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. Caio Mário da Silva Pereira, ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, em novembro de 1975 [...].

“Chegando ao órgão repressivo, na maioria das vezes já encapuzado ou com os olhos vendados, o preso se depara com um ambiente de pancadarias. Arrastado à ‘sala de interrogatório’, tem início a ‘busca de informações’, que se prolonga por vários dias, semanas ou meses. A ‘sala de interrogatório’ é revestida com material isolante, forma de tentar impedir que os gritos dos presos torturados se propaguem aos ouvidos da vizinhança. Na sala, espalhados pelo chão, encontravam-se cavaletes, cordas, fios elétricos, ripas de madeira, mangueiras de borracha, etc., enfim, todos os instrumentos usados na tortura.”

No caso específico, são coesos os elementos indicativos de que a vítima sofreu intensos e cruéis maus-tratos provocados pelo denunciado DIRCEU GRAVINA, sob o comando e aquiescência do denunciado CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA.

A imputação está fundada nas declarações prestadas por Lenira Machado e Altino Dantas Júnior. Segundo a testemunha Lenira, “*Aluizio estava muito machucado e saía da sala de tortura, enquanto a declarante estava sendo conduzida para ser torturada.*” [...]

A testemunha Altino Dantas Júnior, por sua vez, afirmou:

“*O declarante ouviu Aluizio ser torturado porque sua cela forte era ao lado da sala de torturas. Logo depois o capitão Ítalo Rolim, que também integrava uma das equipes de tortura, permitiu que o declarante e Aluizio se ajudassem mutuamente a se banhar [...], pois ambos estavam muito machucados. (...) Por fim, a terceira vez que viu Aluizio ocorreu alguns dias mais tarde. Nesse dia, ouviu Aluizio ser barbaramente torturado na sala ao lado, por Dirceu Gravina e outros integrantes daquela equipe, e depois ouviu Aluizio ser jogado já quase inerte no pátio da delegacia a pontapés. Aluizio já não conseguia mais falar.*” [...]

O grave sofrimento físico e mental imposto à vítima foi provocado mediante o emprego de métodos concebidos com a finalidade de causar lesões físicas e humilhação moral intensas. Os elementos constantes dos autos atestam que tais métodos eram normalmente usados pelas equipes de interrogatório do DOI-CODI-SP, dentre elas a integrada pelo denunciado DIRCEU GRAVINA. Os métodos específicos empregados no Destacamento incluíam, além dos espan-

camentos, o uso de “pau de arara” [...], “cadeira do dragão” [...], afogamentos [...], choques elétricos [...] e “telefone” [...]. Vale registrar que esses métodos eram largamente utilizados pelos órgãos da repressão política, como prova o teor da entrevista do tenente Marcelo Paixão de Araújo, lotado no 12º Regimento de Infantaria de Belo Horizonte, entre 1968 e 1971, autor confesso de atos de maus-tratos/tortura:

“A primeira coisa era jogar o sujeito no meio de uma sala, tirar a roupa dele e começar a gritar para ele entregar o ponto (lugar marcado para encontros) e os militantes do grupo. Era o primeiro estágio. Se ele resistisse, tinha um segundo estágio, que era, vamos dizer assim, mais porrada. Um dava tapa na cara. Outro, soco na boca do estômago. Um terceiro, soco no rim. Tudo para ver se ele falava. Se não falava, tinha dois caminhos. Dependia muito de quem aplicava a tortura. Eu gostava muito de aplicar a palmatória. É muito doloroso, mas faz o sujeito falar. (...) Você manda o sujeito abrir a mão. O pior é que, de tão desmoralizado, ele abre. Aí se aplicam dez, quinze bolos na mão dele com força. A mão fica roxa, ele fala. A etapa seguinte era o famoso telefone das Forças Armadas. (...) É uma corrente de baixa amperagem e alta voltagem. (...) Eu gostava muito de ligar nas duas pontas dos dedos. Pode ligar numa mão e na orelha, mas sempre do mesmo lado do corpo. O sujeito fica arrasado. O que não se pode fazer é deixar a corrente passar pelo coração. Aí mata. (...) O último estágio em que cheguei foi o pau-de-arara com choque. Isso era para o queixo-duro, o cara que não abria nas etapas anteriores. Mas o pau-de-arara é um negócio meio complicado. No Rio e em São Paulo gostavam mais de usar o pau-de-arara do que em Minas Gerais. (...) O pau-de-arara não é vantagem. (...) [É] necessário tomar conta do indivíduo porque ele pode passar mal. Também tinha o afogamento. Você mete o preso dentro da água e tira. Quando ele vai respirar, coloca dentro de novo, e vai por aí afora. É como um caldo, como se faz na piscina. Era eficiente. Mas eu não gostava. Achava que o risco era muito alto.” [...]

A natureza permanente da privação da liberdade importa em grave sofrimento moral não apenas à própria vítima, como também a todos os seus familiares e amigos, que desde 1971 buscam, sem sucesso, que o Estado lhes informe o paradeiro do sequestrado.

Devidamente demonstrada nos autos a ocorrência das circunstâncias indicadas no § 2º do art. 148 do Código Penal, impõe-se o reconhecimento do crime de sequestro em sua forma qualificada.

1.2. Classificação penal dos fatos como crime de sequestro

As provas constantes dos autos comprovam de forma cabal a privação ilegal da liberdade de Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, mas não a sua morte. A mera possibilidade de que a vítima tenha sido executada ou, em razão do tempo decorrido, esteja morta por outros motivos, não afasta a tipificação dos fatos como crime de sequestro qualificado, como exaustivamente discutido na quota que acompanha esta denúncia.

Isto porque o paradeiro da vítima é, até a presente data, ignorado, e seu corpo nunca foi localizado. Nessas circunstâncias, o reconhecimento da eventual morte presumida dependeria, nos termos do parágrafo único do art. 7º do Código Civil, de sentença judicial que fixasse a data provável do falecimento “depois de esgotadas as buscas e averiguações”, o que até hoje não ocorreu. Sem este ato, não é juridicamente possível afirmar que a vítima está morta ou quando tal evento teria supostamente acontecido.

Este foi exatamente o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento recente das Extradicações 974 [...] e 1150 [...], requeridas pelo Estado argentino, tendo a Corte, em ambos os casos, deferido o pedido para determinar a devolução de agentes acusados de sequestro de dissidentes políticos no país vizinho.

Na Extradicação 1150, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que “embora tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando [sequestro e desaparecimento forçado de presos políticos naquele Estado], as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio”.

No mesmo julgamento o Ministro Cezar Peluso foi ainda mais específico, ao asseverar que,

em casos de “desaparecimento” de pessoas sequestradas por agentes estatais, somente uma sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito é apta a fazer cessar a permanência do crime de sequestro pois, sem ela, “o homicídio não passa de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional”:

“[P]ara que exsurja considerável presunção legal de morte, não basta o mero juízo de extrema probabilidade da morte de quem estava em perigo de vida (art. 7º, inc. I, do Código Civil), havendo mister a existência de sentença que, depois de esgotadas as buscas e averiguações, produzidas em procedimento de justificação judicial, fixe a data provável do falecimento” (§ único). (...) Em outras palavras, essa norma não incide na espécie, simplesmente porque se lhe não reuniram os elementos de seu suporte fático (fattispecie concreta), onde a idéia de homicídios não passar, ainda no plano jurídico, de mera especulação, incapaz de desencadear fluência do prazo prescricional.

E incapaz de o desencadear ainda por outro motivo de não menor peso. É que, *à falta de sentença que, como predica o art. 7º, (§ único do Código Civil, deve fixar a data provável do falecimento, bem como na carência absoluta de qualquer outro dado ou prova a respeito, não se saberia quando entraram os prazos de prescrição da pretensão punitiva de cada uma das mortes imaginadas ou de todas, que poderiam dar-se, como sói acontecer, em datas diversas, salva cerebrina hipótese de execução coletiva! E, tirando o que nasce das fabulações, de modo algum se poderia sustentar, com razoável pretensão de consistência, hajam falecido todas as pessoas que, segundo a denúncia, teriam sido seqüestradas, e, muito menos, assentar-lhes as datas prováveis de cada óbito”.*

Assim, até a edição de sentença judicial que, após esgotadas as buscas e averiguações, seja capaz de precisar a data do eventual falecimento da vítima, remanesce Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, para fins penais, privado ilegalmente de sua liberdade, sob o poder e responsabilidade dos dois denunciados, uma vez que era esta a situação em que se encontrava quando foi visto pela última vez.

Não se desconhece, obviamente, o conteúdo da Lei nº 9.140/95, cujo texto reconhece a vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira e outros 35 dissidentes políticos como mortos.

Ocorre, todavia, que a norma em questão foi editada com o simples objetivo de favorecer os familiares dos desaparecidos políticos, possibilitando-lhes o recebimento de reparações pecuniárias e também a prática de atos de natureza civil, notadamente nas áreas de família e sucessões. Não tinha em sua origem, desse modo, nenhuma pretensão de eliminar os bens jurídicos liberdade e integridade física da vítima, tutelados pelo art. 148 do Código Penal. Seria, aliás, realmente impensável que o Estado pudesse decretar a morte de uma pessoa por intermédio de uma lei.

Tanto a lei não tem o condão de definir com exatidão a data e as circunstâncias da morte da vítima que o parágrafo único de seu artigo 3º estabelece que “[e]m caso de dúvida, será admitida justificação judicial”, o que demonstra, de forma inequívoca, o alcance restrito da Lei 9.140/95.

Some-se a isso o fato de que não há nenhuma certeza objetiva a respeito da morte provocada ou natural da vítima. O que há de concreto é tão somente a afirmação do denunciado DIRCEU GRAVINA, ouvida pela testemunha Altino Dantas Júnior, de que Aluizio Palhano foi morto sob tortura.

Prova material só há efetivamente em relação ao sequestro e aos maus tratos a que a vítima foi submetida pelos denunciados. Enquanto não houver absoluta certeza da morte, mediante identificação de seus restos mortais ou por outro meio idôneo e hábil a determinar as circunstâncias desses eventos, descabe presumir tal fato, que originaria provável processo penal por homicídio, em concurso, ou não, com o sequestro, seguido da ocultação da vítima.

Em síntese, para fins penais, em razão da ausência de sentença judicial (ou mesmo de corpo de delito direto ou indireto) que, após esgotadas as buscas e averiguações, fixe a data do eventual falecimento da vítima, não há como se rechaçar a conclusão de que *continua Aluizio*

Palhano Pedreira Ferreira privado ilegalmente de sua liberdade, sob o poder e responsabilidade dos dois denunciados, situação em que se encontrava quando visto pela última vez (fato reconhecido pelo próprio Estado brasileiro, no art. 1º, da Lei 9.140/95, corroborado de resto pelos elementos colacionados aos autos).

Por fim, sendo o sequestro um delito de natureza permanente, e possuindo os dois denunciados pleno conhecimento do paradeiro atual da vítima, não há que se falar em incidência das causas de exclusão da punibilidade consistentes em prescrição e anistia, uma vez que a conduta criminosa ainda permanece em pleno curso.

2. Da autoria delitiva.

Imputa-se a CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e DIRCEU GRAVINA a autoria do crime de sequestro qualificado de Aluízio Palhano Pedreira Ferreira em razão das seguintes evidências constantes dos autos:

2.1. Denunciado CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA

CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA era o comandante operacional de todas as ações de repressão desenvolvidas pelo principal órgão de repressão política do início da década de 1970, o Destacamento de Operações Internas do Centro de Operações de Defesa Interna - DOI-CODI-SP. Estava, segundo suas palavras, responsável por uma “guerra sem uniformes, travada nas ruas, onde o inimigo se misturava com a população.” [...]

O Destacamento comandado pelo denunciado foi criado em 1970 precisamente com o intuito de centralizar, em um só órgão, toda a atividade de repressão política a subversivos. Segundo o denunciado:

“Era muito mais lógico que tudo ficasse centralizado sob um só comando, em um órgão que dispusesse de dados a respeito de cada organização subversiva, de sua maneira de agir, de nomes e fotografias de seus mais importantes militantes.” [...]

A participação do denunciado nos fatos que redundaram no sequestro da vítima iniciou-se com sua designação, em 28 de setembro de 1970, para assumir o Comando do DOI/CODI/SP [...]. Tinha sob sua responsabilidade “um efetivo de 250 homens”, sendo quarenta do Exército e o restante composto por membros das Polícias Civil e Militar dos Estados [...].

O denunciado promoveu a reforma do prédio [...] onde a vítima foi vista pela última vez, e efetuou, segundo suas próprias palavras, “uma completa reformulação quanto ao pessoal, à estrutura organizacional, à segurança, aos meios de comunicação, ao armamento, às viaturas e às instalações” [...]. Seu objetivo era “procurar os terroristas onde quer que eles estivessem” [...], porém não necessariamente instaurar um procedimento inquisitivo contra eles, uma vez que *era prática corrente no DOI/CODI/SP a manutenção clandestina de suspeitos em suas dependências, sem nenhuma comunicação formal a quem quer que fosse*, circunstância que, por si só, já afasta qualquer traço de legalidade na conduta imputada ao denunciado USTRA. Segundo o denunciado, a partir da reestruturação dos órgãos de repressão política, promovida a partir de 1970:

“As prisões dos terroristas foram acontecendo em um ritmo crescente. Enfim, começávamos a dar uma resposta à altura às ações terroristas da Guerrilha Revolucionária. *Os presos, ao serem interrogados, iam ‘entregando’, isto é, iam contando tudo a respeito de suas organizações. Assim ficávamos conhecendo o nome correto dos seus militares, quais as ações eles tinham tomado parte, a localização dos ‘aparelhos’, isto é, do local onde os terroristas residiam na clandestinidade, e onde guardavam armamentos, munições, explosivos, etc ...* Enfim, *a cada interrogatório de um militante preso o nosso arquivo era ampliado com preciosas informações.* Isso, evidentemente, estava colocando em risco a vida das Organizações Terroristas. Era, portanto, necessário retirar o quanto antes, os seus companheiros que na prisão estavam ‘abrindo’, isto é, contando tudo.” [...]

Os métodos empregados pelas três equipes de interrogatório subordinadas ao denunciado USTRA estão suficientemente descritos no tópico anterior.

Quanto aos fatos objeto da presente denúncia, imputa-se precisamente a CARLOS ALBERTO

BRILHANTE USTRA a autoria e o domínio de fato penalmente típico consistente na privação ilegal da liberdade da vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, mediante sequestro, em caráter permanente, desde o dia 06 de maio de 1971 (à exceção de dois dias, entre 13 e 15 de maio do mesmo ano) até a presente data, inicialmente nas dependências do DOI-CODI-SP, onde o denunciado era comandante operacional até 23 de janeiro de 1974, e depois em local ignorado.

Imputa-se ao denunciado CARLOS USTRA, ainda, a autoria intelectual, mediante instigação, e a omissão, na condição de gerente, nos maus-tratos provocados pelo denunciado DIRCEU GRAVINA, que ocasionaram gravíssimo sofrimento físico e moral na vítima, circunstância qualificadora do delito do art. 148 do Código Penal.

A autoria delitiva imputada ao denunciado CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA está demonstrada nos autos pelos seguintes elementos de convicção:

- “a) declaração de Altino Dantas Júnior constante a fls. 255, na qual se lê: “O comandante Ustra não participava diretamente das sessões de tortura. Ele entrava durante as sessões, quando o declarante estava pendurado ou levando choques, e dizia: ‘ele está mentindo, façam ele falar’.”;
- b) declaração da mesma testemunha, a fls. 257, segundo a qual, na terceira vez que viu a vítima no DOI-CODI-SP, *ouviu o denunciado USTRA mandar o codenunciado DIRCEU GRAVINA retirar o corpo inerte da vítima Aluizio Palhano do pátio: “Não quero esse negócio aqui.”;*
- c) declaração da testemunha Lenira Machado, a fls. 446 dos autos, segundo a qual: “Não se recorda de ter sido torturada por USTRA, mas ele comparecia à sala de torturas e via tudo o que acontecia. USTRA, antes da sessão de torturas, vinha conversar com o preso, perguntando por que não colaborava.”;
- d) declaração da testemunha Lenira Machado, a fls. 516, segundo a qual: “O Dr. Tibiriçá (CARLOS USTRA) não participava diretamente das sessões de tortura. Ele entrava na sala de torturas com um papel na mão, contendo as perguntas que deveriam ser feitas para o interrogando. USTRA então perguntava para o interrogando: ‘não quer falar antes que comecem a trabalhar?’”;
- e) declaração de Laurindo Martins Junqueira Filho, a fls. Na qual consta: “USTRA era o Comandante da unidade e assistiu minha tortura, assistiu a tortura do meu companheiro que estava comigo. (...) Ele era o comandante da unidade da tortura e orientava essa tortura pessoalmente.”
- f) declaração da testemunha Maria Amélia de Almeida Teles, a fls. 557, segundo a qual: “foi quando viu pela primeira vez, nos degraus de cima da delegacia, o coronel CARLOS USTRA, que estava lá dando ordens. (...) Via-se que ele era o homem que mandava ali. A testemunha indagou a USTRA como ele deixava acontecer aquelas coisas lá. USTRA, então, bateu com toda força na testemunha, e a jogou no pátio, dizendo para seus subordinados: ‘Pega essa terrorista aí.’”;
- g) declaração da testemunha Ivan Akselrud de Seixas, a fls. 562, segundo a qual: “Lembra ainda que, nessa ocasião, houve uma discussão entre dois agentes que queriam torturar o declarante e seu pai. USTRA apareceu, perguntou qual o motivo da discussão, e determinou que o torturado fosse o pai do declarante”;
- i) declaração da mesma testemunha, a fls. 564, segundo a qual: “Logo depois viu o comandante USTRA dirigir a limpeza do local onde [o preso político Luiz Eduardo] Merlino foi torturado. USTRA dizia: ‘limpa ali que tem sangue.’”;
- j) declaração da testemunha Elzira Vilela, a fls. 577, segundo a qual “foram levados ao DOI-CODI, que à época era comandado pelo major CARLOS USTRA”;
- k) declaração da testemunha Paulo de Tarso Vanucchi, a fls. 476-477, segundo a qual “o major USTRA era o comandante que determinava tudo o que podia, o que devia ser feito lá e o que não tinha”;
- l) declaração da mesma testemunha, a fls. 480-482, segundo a qual: “em junho de 72, eu retornei pela sexta vez ao DOI-CODI, e fui submetido a uma sessão de tortura comandada

pessoalmente por ele [USTRA], não mais para confissão, e sim porque nós estávamos em greve de fome, exigindo um tratamento compatível com a dignidade humana e a dignidade dos presos políticos. (...) Esta sessão foi comandada pessoalmente por USTRA, em junho de 1972”; m) declaração da testemunha José Damião de Lima Trindade, a fls., 569, segundo a qual “recorda-se que o comandante do DOI-CODI, à época, era conhecido pelo nome de Major Tibiriçá, tendo posteriormente tomado conhecimento de que se tratava do coronel CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA.

Está, desse forma, devidamente demonstrado nos autos que o denunciado CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, na qualidade de comandante do DOI-CODI-SP na época do início da conduta, é o mentor intelectual e mantém pleno domínio do fato criminoso objeto da presente imputação.

2.2 Denunciado DIRCEU GRAVINA.

O denunciado DIRCEU GRAVINA (vulgo “J.C.” ou “Jesus Cristo”) integrava juntamente com outros indivíduos ainda não totalmente identificados, uma das equipes de interrogatórios do DOI-CODI-SP nos anos de 1971 e 1972.

Ao menos desde 1975 [...] o Estado tinha conhecimento de representações de presos políticos apontando “J.C.” como notório torturador daquele destacamento.

Quanto aos fatos objeto da presente denúncia, imputa-se precisamente ao denunciado a co-autoria na conduta penalmente típica *consistente na privação ilegal da liberdade da vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, mediante sequestro, em caráter permanente, desde o dia 06 de maio de 1971 até a presente data, inicialmente nas dependências do DOI-CODI-SP, e depois em local ignorado.*

Imputa-se ao denunciado DIRCEU GRAVINA *a autoria, em ao menos uma ocasião, dos maus-tratos que ocasionaram gravíssimo sofrimento físico e moral na vítima, circunstância qualificadora do delito do art. 148 do Código Penal.*

A autoria delitiva imputada ao denunciado GRAVINA está demonstrada nos autos pelos seguintes elementos de convicção:

- a) termo de declarações de Altino Dantas Jr., a fls. 255-256 dos autos, no qual se lê: “DIRCEU GRAVINA, policial do DEIC, era o pior torturador. O sistema de tortura no DOI-CODI era feito em três turnos e por três equipes diferentes: A, B e C. Eram 6 ou 7 agentes para cada equipe.”;
- b) termo de declarações da mesma testemunha, a fls. 258, no qual se lê: “a terceira vez que viu Aluizio ocorreu alguns dias mais tarde. Nesse dia, ouviu *Aluizio ser barbaramente torturado na sala ao lado, por DIRCEU GRAVINA e outros integrantes daquela equipe*, e depois ouviu Aluizio ser jogado já quase inerte no pátio da delegacia a pontapés. Aluizio já não conseguia falar”;
- c) termo de declarações da mesma testemunha a fls. 258 dos autos, no qual se lê: “No último dia em que viu Aluizio, ouviu GRAVINA dizer: ‘*acabamos de matar o seu amigo, agora é a sua vez*. Em seguida o declarante foi levado para a sala de tortura e lá foi novamente torturado”;
- d) termo de declarações de Lenira Machado, a fls. 517 dos autos, na qual se lê: “[A declarante] tem a impressão de que foi a equipe de GRAVINA quem o torturou [a vítima Aluizio Palhano]. Isso porque sempre que havia sessão de pau de arara era a equipe de GRAVINA que estava envolvida”;
- e) documento encaminhado por Altino Dantas Júnior ao Ministro do Superior Tribunal Militar General Rodrigo Otávio Jordão Ramos, em 1º de agosto de 1978, na qual a testemunha noticia ter presenciado o sequestro e maus tratos sofridos pela vítima Aluizio Palhano. No documento, lê-se: “Alguns minutos após [a sessão de sevícias sobre a vítima], fui conduzido a essa mesma sala de torturas, que estava suja de sangue mais do que de costume. Perante vários torturadores, particularmente excitados naquele dia, *ouvi de um deles, conhecido pelo codinome de “JC” (cujo verdadeiro nome é DIRCEU GRAVINA), a seguinte afirmação: ‘Acabamos de matar o seu amigo, agora é a sua vez’.* Ato contínuo começaram a me torturar, por puro sadismo ou para descarregar sua excitação criminosa, pois nenhuma pergunta me

era feita (...) [...]”;

f) termo de declarações de Lenira Machado, a fls. 516 dos autos, no qual se lê: “Foi barbaramente torturada, com choques, pau de arara cadeira do dragão, e telefone. Em uma dessas ocasiões, o agente JC, que depois veio a saber tratar-se de DIRCEU GRAVINA, estava torturando a declarante com choques quando a declarante conseguiu soltar as suas mãos e o abraçou. DIRCEU levou um choque, bateu o rosto e foi obrigado e ir ao hospital. Quando voltou, mandou pendurarem a Declarante no pau de arara a uma altura de 1,80 metros e depois a soltaram. A declarante caiu com violência no chão e bateu a coluna, sofrendo uma paralisia de natureza permanente.”;

g) declaração da testemunha Maria Amélia de Almeida Telles, a fls. 558 dos autos, na qual consta: “Lembra-se que foi torturada pela seguintes pessoas: Aparecido Laerte Calandra, Pedro Gracieri, DIRCEU GRAVINA (JC), ‘Gaeta’ ou ‘Mangabeira’, ‘Jacó’, ‘Albernaz’ e ‘Mário’;

h) declaração da testemunha José Damião de Lima Trindade, a fls. 569 dos autos, segundo a qual, “não sabe dizer o nome completo dos agentes que o torturavam, mas recorda-se que naquela época trabalhavam naquele órgão cujos apelidos eram: JC ou ‘Jesus Cristo’ (que na época era estudante do Mackenzie, usava cabelos compridos e durante as sessões de tortura gritava muito) (...)”;

Está, desse modo, devidamente demonstrado nos autos que o denunciado DIRCEU GRAVINA é coautor da conduta objeto da presente imputação, tendo diretamente participado dos maus-tratos cometidos contra a vítima seqüestrada, incorrendo desta forma, também nas penas do art. 148, § 2º, do Código Penal brasileiro.

[...]

A denúncia foi rejeitada com fundamento no artigo 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal, argumentando o magistrado “a quo” que, no julgamento da ADPF nº 153, o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela constitucionalidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) e “reconheceu que a anistia foi estendida aos crimes conexos praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção”, ainda destacando o juiz de primeiro grau a eficácia “erga omnes” e o “efeito vinculante” da decisão do Pretório Excelso e quanto à decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund ressaltando que, “embora não tenha o Supremo Tribunal Federal enfrentado especificamente tal ponto, porque posterior ao julgamento da ADPF nº 153, não deixou de consignar que a Lei de Anistia não pode sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte de instrumentos normativos promulgados após a sua vigência” e que “somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para rever sua decisão”, aduzindo outrossim não ser plausível a tese ministerial de que por não haver certeza quanto à morte da vítima não cessou a permanência do delito de sequestro que se imputa na denúncia uma vez que “há mais de trinta anos o país vive período de estabilidade institucional” e “há relato nos autos de que Aluizio teria sido morto sob tortura”, também porque a Lei 9.140/95 reconheceu como mortas para todos os efeitos legais pessoas desaparecidas que tenham participado ou tenham sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, concluindo a decisão impugnada que “de duas situações uma terá ocorrido. Ou a vítima faleceu em 1971, situação mais provável, vez que dela não se teve mais notícias após esta data, hipótese que estaria albergada pela Lei de Anistia; ou, utilizando-se a tese ministerial, teria permanecido em cárcere até 4 de dezembro de 1995, data que foi sancionada Lei nº 9.140, não se podendo falar na continuidade do delito a partir de então, em razão de ter sido reconhecida a sua morte”.

Recorre o Ministério Público Federal com vistas ao recebimento da denúncia ofertada e prosseguimento da persecução penal alegando em síntese no arrazoadado:

a) que “a edição da Lei 9.140 não teria o condão de transformar a vítima em morta para fins penais sem a produção de provas e de laudo, ainda que indireto” e que há apenas certeza da ocorrência de sequestro qualificado, que é delito de natureza permanente;

b) que não há se falar em morte presumida ou em presunção de morte e que a decisão impugnada negou vigência ao artigo 158 do Código de Processo Penal;

c) que a hipótese dos autos é “sui generis”, “pois, a rigor, não está se falando de uma vítima em cativeiro, com sua liberdade de ir e vir tolhida, tal como consta do artigo 148, do Código Penal brasileiro”, mas que “isso não significa que a conduta praticada não se amolde ao tipo penal”;

d) que o delito do artigo 148 do Código Penal tutela, além da liberdade individual, outros bens jurídicos, como o direito à memória, o direito ao luto e o direito de enterrar seus mortos, concluindo que a conduta não cessa enquanto o corpo não for devolvido aos seus familiares;

e) não ser possível exigir que o Ministério Público prove que a vítima está viva e em cativeiro;

f) com base no julgamento das extradições 974 e 1150, que o Supremo Tribunal Federal entende que o desaparecimento de vítima presa ilegalmente consiste em sequestro;

g) que se considerada a morte como ocorrida em 1995, ano da edição da Lei 9.140, ter-se-ia que ser reconhecida a imprescritibilidade do delito de homicídio porquanto já estava vigente a Constituição de 1988, que prevê em seu artigo 5º, inciso XLIV, que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”;

h) não estar o Ministério Público Federal “questionando a constitucionalidade da Lei 6.683/79 - mas sim, na linha adotada pelo Magistrado de se considerar como cessada a conduta em 1995, tão somente, postulando a incidência da imprescritibilidade prevista no artigo 5º, inc. XLIV da CF/88”;

i) que ainda que se conclua pela inadequação da tipificação da conduta como sequestro, seria possível a aplicação dos institutos previstos nos artigos 383 ou 384 do Código de Processo Penal;

j) ter o magistrado “a quo” descumprido a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund” ao argumento de que “o Brasil voluntariamente se vinculou e se obrigou a cumprir suas decisões no País no tocante a graves violações a direitos humanos aqui ocorridas”, também sustentando que as decisões proferidas por tribunais competentes devem ser cumpridas imediatamente por todos os magistrados, inclusive de primeira instância.

Oferecidas contrarrazões e mantida a decisão no juízo de retratação, subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo provimento do recurso para que seja recebida a denúncia.

É o relatório.

Dispensada a revisão na forma regimental.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Insurge-se o Ministério Público Federal contra decisão que rejeitou denúncia ofertada em face de Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina por suposta prática do delito dos artigos 148, § 2º, c.c. 29, ambos do Código Penal.

A conduta imputada na inicial acusatória é de privação ilegal da liberdade de Aluizio Palhano Pedreira, mediante sequestro e com grave sofrimento físico e moral à vítima, em contexto de ataque estatal generalizado e sistemático contra a população civil, desde o dia 06 de maio de 1971 até a presente data.

Sustenta o recorrente se tratar de delito de natureza permanente cuja consumação se protraí até os dias de hoje uma vez que o paradeiro da vítima é ignorado e seu corpo nunca foi localizado, de modo que “enquanto não houver certeza da morte, mediante identificação dos restos mortais ou por outro meio suficientemente capaz de determinar com precisão as circunstâncias desses eventos, descabe presumir que as vítimas tenham sido mortas”.

Quanto à classificação do delito de sequestro como crime permanente, anoto tratar-se de orientação consolidada.

Resta, então, examinar a tese do Ministério Público Federal de que não cessou a permanência do delito de sequestro que se imputa a Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina, questão que repercute no cálculo da prescrição em vista do disposto no artigo 111, inciso III, do Código Penal, “verbis”:

A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: [...] III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

Antes de analisar a tese ministerial, reputo necessário e salutar um breve retrospecto acerca da crise e fim do Regime Militar, para tanto valendo-me das lições de Luís César Amad Costa e Leonel Itaussu A. Mello, na obra “História do Brasil” (editora Scipione, 2002).

Após cerca de dez anos da deposição do então Presidente da República João Goulart, em 1º de abril de 1964, pelo movimento político-militar, que foi seguida pelos governos dos militares Castello Branco (1964-1967), Costa e Silva (1967-1969) e Medici (1964-1974), iniciou-se no Brasil, a partir da eleição indireta realizada pelo Congresso Nacional, que referendou o candidato militar Ernesto Geisel - que tomou posse em março de 1974 prometendo retorno à democracia de forma “lenta, gradual e segura” -, o processo conhecido por *abertura* (grifei).

No final de seu governo, Geisel acrescentou à Constituição a possibilidade de o presidente decretar estado de sítio sem a aprovação do Congresso Nacional, mas revogou o AI-5 (Ato Institucional 5), que havia sido expedido em 1968.

Em 1979, sucedeu ao governo Geisel o general João Baptista Figueiredo, cujo governo “foi pressionado por uma articulação cada vez mais corajosa das forças oposicionistas da sociedade civil, que exigiam basicamente a volta ao estado de direito, com a convocação de uma assembléia nacional constituinte, anistia política e justiça social”.

Ainda em 1979, o governo extinguiu a Arena (Aliança Renovadora Nacional), partido de situação, e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), partido de oposição - que haviam sido criados a partir do AI-2 (ato institucional nº 2º) -, ocasionando o fim do bipartidarismo e ensejando uma reforma partidária, que levou à formação de novos partidos políticos.

No mesmo ano foi aprovada a Lei de Anistia (Lei 6.683/79), proposta por Figueiredo, representando um marco significativo na história brasileira, pois a partir de então houve a libertação dos presos políticos e o retorno dos exilados ao país.

Também representou um avanço na luta contra o regime militar o fato de que “em novembro de 1982 realizaram-se eleições diretas para governador, o que não ocorria desde 1967, além de deputados federais e estaduais, prefeitos e vereadores”, sendo que “a vitória dos oposicionistas ampliou o espaço de atuação das forças que exigiam a redemocratização do país”.

Em 1984, passadas duas décadas desde o golpe militar, mais uma vez o presidente seria escolhido por um colégio eleitoral, cuja função era referendar o nome indicado pelos detentores do poder, aumentando a insatisfação da sociedade e culminando em grande mobilização em todo o território nacional, em campanha conhecida como “Diretas-já”, que tem como marco inaugural comício realizado na Praça da Sé em 25 de janeiro do referido ano. “A proposta de uma emenda à Constituição restabelecendo eleições diretas para presidente sensibilizaria o Brasil, e a luta pelas Diretas-já [...] foi responsável pelas mais numerosas manifestações populares de nossa história”.

A proposta de emenda foi submetida à votação no Congresso Nacional mas, apesar de todo o esforço popular, faltaram 22 votos favoráveis para completar o quórum de 2/3 exigido para aprovação de uma emenda à Constituição segundo as normas vigentes à época.

O cenário que se apresentava indicava continuidade do regime militar, todavia, “com a derrota da emenda, os partidos de oposição iniciaram articulações visando abater o regime no próprio colégio eleitoral”, de modo que, em julho de 1984, foi formalizado pela oposição um acordo de apoio à candidatura de Tancredo Neves para presidente da República e de José Sarney para vice-presidente.

Já o PDS (Partido Democrático Social), sucessor da antiga Arena, em convenção realizada em agosto do mesmo ano, escolheu para candidato Paulo Maluf, derrotando o candidato indicado pelo então presidente Figueiredo, “o que resultou no apoio de mais dissidentes do PDS ao candidato oposicionista, garantindo a neutralidade de Figueiredo e da maioria dos militares no processo sucessório”.

Em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves venceu Paulo Maluf no colégio eleitoral por 480 votos contra 180, destacando-se as declarações do vencedor: “Fomos ao colégio eleitoral para que ele nunca mais seja utilizado”. O presidente eleito, no entanto, não chegou a tomar posse, pois adoeceu, vindo a falecer em 21 de abril, razão pela qual assumiu a presidência o vice, José Sarney.

Encerrava-se, assim, o regime militar - que perdurara por vinte e um anos - e iniciava-se o período que ficou conhecido como Nova República.

Neste breve esboço histórico, nota-se que o fim da ditadura militar foi fruto de diversos acontecimentos históricos impulsionados por uma atuação efetiva da população, que de forma gradual obteve avanços no caminho rumo à redemocratização.

Um desses avanços - e que ganhou destaque na história brasileira - foi o advento da já mencionada lei de anistia, dispondo em seu artigo 1º: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”, e ensejando a libertação de presos políticos e o regresso de exilados.

Destarte, a partir da lei de anistia não se poderia conceber no país a existência de situação de privação de liberdade de alguém por motivo de perseguição política. E ainda que se

alegasse não ser a lei de anistia verdadeiro divisor de águas, seria então a posse do primeiro presidente civil eleito após o golpe de 64, o que ocorreu no ano de 1985.

Observe que uma coisa seria a hipótese de pessoa que fora privada de sua liberdade por grupo ainda em atuação, como é o caso, para citar um exemplo sul-americano, das “FARC” (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), de sorte que seria plausível arguir a não localização da vítima como elemento de convicção para se sustentar a tese de não cessação da permanência delitiva; outra coisa seria imaginar que alguém, em algum lugar, permanece privado de sua liberdade por motivos políticos oriundos da ditadura militar brasileira desde 06 de maio de 1971, data apontada na denúncia como sendo o dia em que “integrantes da estrutura de repressão política lograram localizar e seqüestrar a vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira”, até os dias de hoje.

São elucidativos para a questão os ensinamentos de Francisco Assis de Toledo que, ao tratar dos crimes permanentes e mencionar que é aquele cuja consumação se protrai no tempo, assinala o poder do agente de fazer cessar a conduta por ele perpetrada (“Princípios Básicos de Direito Penal”, editora Saraiva, 1987, 3ª ed., p. 134/135):

Crimes instantâneos e crime permanentes. Crimes instantâneos de efeitos permanentes. A distinção entre estas espécies de delito oferece alguma dificuldade. Dentre as definições que têm sido apresentadas, destacamos a de Bettiol, segundo a qual: são instantâneos os crimes que possuem como objeto jurídico bens destrutíveis; *permanentes, aqueles cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado jurídico por ele realizado*. Dentro dessa concepção, poder-se-á concluir que, no delito instantâneo (furto, injúria etc.), a consumação ocorre em um momento certo, definido; no permanente, o momento consumativo é uma situação duradoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (seqüestro, cárcere privado, usurpação de função pública etc.).

Nesta senda, para se acolher a tese ministerial, ter-se-ia que admitir duas situações absurdas, a saber, que a vítima Aluizio Palhano Pedreira ainda está privada de sua liberdade em decorrência de perseguição política desde a época da ditadura militar e que os recorridos detêm o poder de fazer cessar a conduta que lhes é imputada.

Consigno ainda que, considerando que a consumação do delito não se protraiu para além de 1979 ou, no máximo, de 1985, as normas constitucionais aplicáveis são as insculpidas na Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, e não as da Constituição de 1988, não incidindo, portanto, o artigo 5º, inciso XLIV, dispondo que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”, ressalvando-se que não havia norma de conteúdo similar no texto constitucional anterior.

Observe que entendimento diverso, descurando-se a real cessação da permanência e acolhendo-se alegação de caso “sui generis”, que se deduz como se houvesse semelhante possibilidade de derrogação ao princípio da legalidade, como se o manejo de qualquer nomenclatura pudesse romper a fortaleza da reserva legal, ressalvada a inconsistência da analogia que se pretende com a hipótese de seqüestro de bebês, implicaria em verdadeira “criação” por parte do magistrado de hipótese de imprescritibilidade, o que seria uma afronta ao princípio da segurança jurídica, pois significaria ignorar o arcabouço fático apresentado nos autos (apenas com o argumento de que é necessário que o corpo seja encontrado para fazer cessar a permanência delitiva, mesmo sendo faticamente impossível que a conduta imputada ainda esteja em fase de execução) e possibilitar a deflagração de persecução penal contra alguém a qualquer

momento - daqui a 10, 20, 30, 100 anos -, simplesmente ignorando os prazos prescricionais previstos no Código Penal que se vinculam à consumação do delito conforme definido na lei penal. Opõe-se a tal possibilidade exatamente o Estado Democrático de Direito.

Sublinho, a propósito, que não se olvida que inúmeros foram os atos arbitrários praticados durante o regime da ditadura militar, entre prisões, sessões de tortura, assassinatos e vários outros. A questão é que o Direito Penal somente pode atuar na forma e dentro dos limites previstos em lei, independentemente de motivações de cunho político e social, não se podendo descuidar de princípios básicos sem os quais o Estado Democrático de Direito também estaria ameaçado. Com efeito, não se pode conceber uma democracia onde não haja normas preestabelecidas e, sobretudo, que valham para todos, sem distinção, pois onde não há regras claras abre-se espaço para arbitrariedades, justamente o que a população tanto lutou contra.

Concluo, enfim, não ser possível fática e juridicamente, desde a edição da lei de anistia - em 1979 - ou, ao menos, da eleição do primeiro presidente civil após a ditadura militar - em 1985, cogitar de delito cuja consumação ainda se protraí.

Sem embargo disto, que já seria suficiente, passo a analisar algumas específicas alegações do recorrente.

Alega o Ministério Público Federal que não há se falar em morte presumida ou em presunção de morte e que a decisão impugnada negou vigência ao artigo 158 do Código de Processo Penal e também: “ora, imagine-se que o caso não tivesse qualquer ligação com a Lei de Anistia e não houvesse que se falar em prescrição. Imagine-se que o Ministério Público, na mesma hipótese, fizesse a denúncia por homicídio utilizando-se dos argumentos acima para dizer que a vítima está morta. Certamente a denúncia, do mesmo modo, não seria recebida, pois meras conjecturas, ainda que apoiadas em ‘regras de experiência e de bom senso’, não são suficientes para se provar de quem quer que seja em um processo criminal”

Uma consideração a ser feita ao início é que não é possível encontrar a solução para um caso concreto com meras especulações acerca de qual seria o entendimento do magistrado se outra houvesse sido a linha de raciocínio adotada pela acusação.

Mas não é só. A conclusão ora alcançada de que não é possível falar-se em delito cuja permanência ainda não cessou não está alicerçada apenas em “regras de experiência e de bom senso”, mas em fatos históricos devidamente registrados.

E quanto à hipótese de homicídio, este por óbvio somente poderia ter sido cometido em momento anterior àquele a partir do qual não se poderia mais excogitar de privação da liberdade, a saber, a edição da lei de anistia ou, no máximo, a eleição do primeiro presidente civil na Nova República, razão pela qual a conclusão também seria pela ocorrência da prescrição.

Com essa observação, verifica-se que está prejudicada a alegação de violação ao artigo 158 do Código de Processo Penal e a inconsistência da alegação de que, ainda que se conclua pela inadequação da tipificação da conduta como sequestro, seria possível a aplicação dos institutos previstos nos artigos 383 ou 384 do Código de Processo Penal, que consagram a “emendatio” e a “mutatio libelli”.

Neste quadro, qualquer que fosse a capitulação do delito já haveria transcorrido o maior prazo prescricional previsto no Código Penal (vinte anos).

Também alega o Ministério Público Federal que a hipótese dos autos é “sui generis”, “pois, a rigor, não está se falando de uma vítima em cativeiro, com sua liberdade de ir e vir tolhida, tal como consta do artigo 148, do Código Penal brasileiro”, mas que “isso não significa que a conduta praticada não se amolde ao tipo penal”, ainda dizendo que “no caso de sequestro de

bebês, não há nenhuma vítima em cativeiro e com sua liberdade de ir e vir tolhida. Mas é irrefutável que tal fato criminoso precisa encontrar uma resposta no ordenamento jurídico penal”.

Primeiramente anoto que o referido caso de sequestro de bebês diz respeito a situação totalmente diversa da tratada na hipótese dos autos, ainda observando que se a conduta incriminada é “Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado”, para que se considere que a consumação do delito continua se protraindo *de algum modo* a vítima precisa estar sendo privada de sua liberdade e, no caso em exame, não há a mais ligeira possibilidade disso estar acontecendo em decorrência dos fatos históricos, conforme já também exposto.

Também é de ser prontamente rechaçada qualquer idéia de deflagração de persecução penal apenas com vistas a se encontrar uma “resposta” no ordenamento jurídico, sob pena de violação de princípios há muito consagrados, como o da legalidade e da taxatividade.

No que tange à alegação de que o delito do artigo 148 do Código Penal tutela, além da liberdade individual, outros bens jurídicos, como o direito à memória, o direito ao luto e o direito de enterrar os mortos, concluindo que a conduta não cessa enquanto o corpo não for devolvido aos familiares, forçoso trazer à baila a noção de consumação delitiva que, segundo Damásio, “expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora” (“Direito Penal - Parte Geral”, 1º v., ed. Saraiva, 2008, p. 327), sendo desnecessárias maiores considerações para se concluir que não é o bem jurídico tutelado que tipifica o delito e define o momento consumativo.

Com relação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal mencionados pelo recorrente (Extradição 974-O e Extradição 1.150) para respaldar sua tese, são necessárias algumas considerações.

Quanto ao pedido de extradição nº 974-O, formulado pelo Estado argentino, verifica-se no relatório apresentado pelo Ministro Marco Aurélio, que os fatos narrados dizem respeito ao desaparecimento de Adalberto Waldemar Soba Fernandez, ocorrido em 1976 na Argentina, e “segundo o Estado requerente, o extraditando - Major do Exército uruguaio -, tomando parte da denominada “Operação Condor” - *identificada como* “uma organização terrorista, secreta e multinacional para caçar adversários políticos” dos regimes militares do Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia, nas décadas de 1970 e 1980 -, teria participado de ações militares que resultaram no seqüestro de pessoas levadas para uma fábrica abandonada e submetidas a interrogatórios e torturas”.

Consta também que, após o início do julgamento, houve aditamento ao pedido de extradição, destacando-se o seguinte excerto do aditamento ao voto do Relator: “Consoante se depreende das peças anexadas, o extraditando, juntamente com outros militares uruguaios, teria subtraído o então menor de idade Simon Riquelo - hoje identificado como Aníbal Armando Parodi -, com 20 dias de idade, em 13 de julho de 1976, na cidade de Buenos Aires. O delito estaria enquadrado no artigo 146 do Código Penal argentino. Afirma-se o envolvimento de crime permanente cujos efeitos teriam cessado em 18 de março de 2002, quando Aníbal Armando Parodi conheceu a verdadeira identidade. Daí, na origem, haver-se assentado a não-incidência do lapso prescricional”.

Quanto ao pedido de extradição nº 1.150, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, consta do relatório que “se noticia ser imputada ao Extraditando a prática dos crimes de “homicídio agravado por ale[i]vosia e pelo número de participantes e desaparecimento forçado de pessoas em concurso real, previstos e sancionados pelo[s] artigo[s] 80, incisos 2º e 6º, 141, 142, inciso 5º [e] 55, todos do Código Penal Argentino” asseverando a relatora em seu voto, com menção à Extradição nº 974, que “não ocorreu a prescrição da pena referente ao crime de “desapa-

recimento forçado de pessoas” ou de “seqüestro qualificado”, sob a análise da legislação de ambos os Estados. O parecer ministerial guarda perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o crime de seqüestro qualificado tem natureza permanente e, por isso, o prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência, não da data do início do seqüestro”.

São julgados do Supremo Tribunal Federal versando fatos na teoria apresentando pontos de comunicação com os dos presentes autos, aqui e alhures tratando-se de crimes imputados a regimes militares, praticados nas décadas de 1960 e 1970. Ocorre de não haver unanimidade de pensamento, muita discussão e divergências havendo e também não se podendo descurar que os casos analisados pelo Pretório Excelso o foram em processos de extradição, destarte versando delitos praticados em local regido por outro ordenamento jurídico. Se, como leciona Yussef Said Cahali (“Estatuto do Estrangeiro”, edição de 1983, p. 329), tendo em mira critérios para julgamento dos pedidos de extradição, “dificuldade, porém, exsurge, quando não há coincidência integral quanto aos elementos que compõem a figura delituosa em uma e em outra legislações, nem há correspondência quanto ao *nomen iuris*” e que “sob esse aspecto, não se mostra viável a formulação de princípios apriorísticos que possibilitem a solução de eventuais dúvidas”, hipótese de que, aliás, parece haver sinal concreto no caso, ao aduzir a relatora que “pelo que se tem na legislação argentina, o crime previsto nos arts. 141 e 142, inc. 5º, do Código Penal tem a natureza dos delitos de ‘lesa-humanidade’, *que* ‘por constitu[írem] graves violações aos direitos humanos - revestem também o caráter de imprescritíveis’ (fl. 130).”, com maior razão a meu juízo vale a recomendação na perspectiva de extensão a casos diversos da extradição.

Estamos, enfim, no Brasil, tratando-se de imputação de delito praticado no Brasil, com seus fatos sociais e sua história, suas leis e sua ordem jurídica, e precedente do Supremo Tribunal Federal que rigorosamente se amoldasse ao caso destes autos e que decidisse em favor da acusação afastando a linha de interpretação que ora sustento, isto não vejo nos autos. Para decidir-se, no caso, com fundamento na força de qualquer precedente, seria preciso que o Supremo Tribunal Federal já tivesse se manifestado não em julgamento de extradição, mas de denúncia pela Justiça Pública brasileira. E jurisprudência desse teor e valor, não há.

Destarte, as alegações ministeriais não têm o pretendido alcance de afastar a conclusão pela ocorrência da prescrição.

Há coisas que por si mesmas se dão a conhecer e poucas palavras bastariam para refutação da tese da acusação que se desenvolve como se houvesse lugar na ordem jurídica para punição como consequência não do fato mas de uma ficção.

E toda a fragilidade da iniciativa tomada pelo Ministério Público Federal se patenteia de forma mesmo dramática quando sustenta uma tese que não pode admitir que a execução do delito tenha se interrompido mas que não consegue levar sua empreitada contrária à verdade dos fatos ao ponto que por lógica seria coerente com a tese, a saber, tomar providências para que a vítima fosse libertada do cativeiro.

Ofenderia o senso do ridículo, seria burlesco acionar os órgãos policiais do país redemocratizado para “estourar” um cativeiro da ditadura que por sua vez já acabou há cerca de três décadas. A esse extremo não chega o Ministério Público Federal porque, em última análise, a persecução deliberada não se arrima em fatos, mas numa abordagem ficcional, onde simplesmente não se toma em consideração o fato da libertação dos presos políticos, do retorno dos exilados, do desmantelamento dos órgãos de repressão, enfim do elemento fundamental que se encerra no fato da queda do regime militar, e o engenho é falar como se o direito penal

com que estamos familiarizados e julgamos conhecer não era exatamente o que pensávamos e que só agora é revelado ao mundo na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal.

Que o aventado sequestro é delito que não permanece em sua execução é verdade que se extrai do fato de ser um crime da ditadura militar que por sua vez acabou e um crime da ditadura militar não poderia sobreviver à própria ditadura militar.

O delito, então, não terá permanecido até a entrada em vigor da Constituição de 1988 decretando a imprescritibilidade.

Este o foco da questão na análise que faço e qualquer argumento que não se aplique diretamente à asserção de que a privação da liberdade da vítima com ou sem o evento morte não poderia ocorrer em época posterior ao fim da própria ditadura militar e de seu aparato repressivo terá o caráter de mera tergiversação. A ditadura militar, o regime de exceção instaurado com o golpe de 1964 acabou e nunca também se teve notícia de qualquer grupo dissidente, contrário à devolução do poder aos civis e à redemocratização do país, que continuasse em atividade, sequestrando e matando opositores do regime militar e tampouco que fosse integrado pelos ora denunciados.

São evidências, portanto, de inexistência de delito perseguível, de pretensão punitiva que não tivesse sido atingida pela prescrição, assim, sem descumprimento à ordem jurídica do país, não se viabilizando a acusação formulada.

A verdade dos fatos contraria a tese do Ministério Público Federal pretendendo que por não ter sido encontrado o corpo não há se falar em morte e que portanto o delito permaneceu. A idéia de que o delito permanece enquanto viva ou morta não aparece a pessoa sequestrada pode ser válida mas na ausência de evidências em contrário que, porém, apresentam-se no caso, e assim decai em ficção.

A propósito observo que se no aludido caso de sequestro de bebês a hipótese for de evidências demonstrando a impossibilidade fática de a vítima ainda estar privada de sua liberdade e tendo transcorrido o prazo prescricional estabelecido em lei, caberá a mesma solução que ora proponho ao caso dos autos.

O significado da exegese em que busca apoio a acusação é somente de que a conduta punível prevista em lei, que é de “privar alguém de sua liberdade mediante sequestro ou cárcere privado”, não se materializa necessária e exclusivamente com a manutenção da vítima em cativeiro, em confinamento, noção insuficiente para o caso, que não serve aos fins colimados pela acusação, porque nestes autos assomam evidências de que sob qualquer forma a vítima não poderia mais estar sob o poder dos sequestradores depois de determinado marco temporal, o que o Ministério Público Federal faz sendo isolar a interpretação da desnecessidade da manutenção em cativeiro como se bastasse para sua extensão ao caso dos autos, que não se cinge ao fato do sequestro e desaparecimento da pessoa mas inclui fato outro e incontestável do desmantelamento do aparato repressivo do regime militar, após o que não se possibilitaria a permanência do sequestro e do mesmo modo o assassinato da vítima.

Uma outra maneira de análise da argumentação ministerial está na consideração de que a manutenção em cativeiro, abstratamente falando, pode não ser o único modo de execução do delito, mas no caso, que não é de sequestro de nenhum infante, mas de pessoa adulta, por motivação política, tendo como responsáveis agentes do regime militar, não poderia permanecer a vítima sequestrada fora da hipótese de confinamento em instalação do aparelho repressivo do mesmo regime militar.

Isto estabelecido, cabe perguntar se alguém pode imaginar que, enquanto a Nova República se instalava e começava seu ciclo no país algum agente da ditadura militar tivesse sob

seu poder ou assassinasse qualquer opositor do regime de exceção.

Ressalvo que ainda que assim não se entenda, para a hipótese de não ter sido a vítima assassinada mas escapado viva, a situação superveniente que se concebesse suscetível de configurar o sequestro teria primeiramente de ser esclarecida e comprovada pela acusação, aplicada a regra do ônus da prova previsto na lei processual penal, que não se derroga por proclamações unilaterais da parte, porque não têm força de lei, e caberia à acusação apurar os fatos supervenientes e não fundar sua imputação de sequestro pura e simplesmente no desaparecimento da vítima, que de sequestro, no caso, é pura ficção.

Assim, não há delito perseguível, tendo transcorrido, inclusive, o maior prazo prescricional previsto no Código Penal, de vinte anos.

Registro, por oportuno, que a ocorrência da prescrição enseja a rejeição da denúncia por falta de condição da ação, a saber, interesse de agir, entendimento este acolhido em recente precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, transcrevendo-se excerto do voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, e a ementa:

Acrescento, por oportuno, que a prescrição é causa de rejeição liminar da denúncia por inépcia, pois implica ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

CRIMINAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO.

1. Hipótese de denúncia que trata da suposta prática, por Juiz promovido a Desembargador, de crimes cujas penas máximas cominadas são de 01 ano (prevaricação e favorecimento pessoal, arts. 319 e 321, parágrafo único, do CP) e 06 meses (advocacia administrativa, art. 348, *caput*, do CP), respectivamente.

2. Transcorridos 08 anos entre os fatos e a presente data, extingue-se a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva. Inteligência dos artigos 107, IV, 109, V e VI (redação anterior às alterações impostas pela Lei nº 12.234/10), e 111, do CP.

3. Denúncia rejeitada.

(STJ, Corte Especial, APn 672, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. em 29/03/2012, DJe 23/04/2012)

A ordem de fundamentação ora expendida concluindo pela ocorrência da prescrição já seria suficiente para manter a decisão que rejeitou a denúncia. Mas ainda há o fato de que, não tendo a consumação do delito se protraído para além da lei de anistia, como demonstrado, ser-lhe-iam aplicáveis as normas da referida lei.

Quanto à constitucionalidade ou não do diploma legal, o recorrente, depois de num primeiro momento afirmar à fl. 740 que “Não o está o MPF [...] questionando a constitucionalidade da Lei 6.683/79”, sustenta a inoponibilidade da anistia e aduz que o magistrado “a quo” descumpriu decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se alega ter concluído, no julgamento caso Gomes Lund, pela inaplicabilidade da lei de anistia (fls. 741/742).

Aduz ainda o recorrente que a decisão da Corte Interamericana é superveniente ao julgamento da ADPF 153, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da lei de anistia, e que o Brasil se obrigou a cumprir as decisões da Corte Interamericana, nos termos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A meu juízo, o que se desvela determinante é que decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental têm eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, ou seja, “atinge[m] todos” e “atrela[m] os demais órgãos do Poder Público” (“Curso de Direito Constitucional”, Uadi Lammêgo Bulos, editora Saraiva, 2011, p. 332).

É o que prevê o artigo 10, § 3º, da Lei 9.882/99 que, em atendimento ao disposto no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, regula o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para melhor compreensão destacando-se o teor dos referidos artigos:

Art. 10. [...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 102. [...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Não vislumbro, portanto, outra alternativa ao magistrado senão o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, tanto que, caso contrário, caberia reclamação, na forma do artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição, “*verbis*”:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]

Desta feita, eventual revisão da decisão proferida na ADPF 153 caberia ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Essas considerações já seriam suficientes, mas ainda há outras.

Sem compromisso com a rica discussão doutrinária acerca do “status” dos tratados internacionais sobre direitos humanos, é de se registrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos - órgão jurisdicional do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos e previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - possui competência consultiva e contenciosa, sendo que esta última, conforme ensina Valerio Mazzuoli, é facultativa e “limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam expressamente a sua jurisdição” (“Curso de Direito Internacional Público”, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 538).

É o que se depreende do teor do artigo 62 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. [...]

O Brasil promulgou a referida Convenção em 1992, por meio do Decreto 678 e, em 2002, promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2002, através do Decreto 4.463, mas o fez sob reserva de reciprocidade e *para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998*, nos termos do artigo 1º:

É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação

ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Assim, ainda que se acolhesse a tese de que decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser observadas mesmo existindo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, não se aplicaria ao caso dos autos porquanto versa sobre fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998.

Em suma, a linha mestra de fundamentação deste voto desenvolve-se na consideração do processo de redemocratização do país, com a libertação dos presos políticos, retorno dos exilados, desmantelamento dos órgãos de repressão e fim do regime militar e de que o delito não podia perdurar depois desse momento histórico, quanto à hipótese do evento morte que somente poderia ter ocorrido em momento anterior àquele a partir do qual não se poderia mais cogitar de privação da liberdade, neste quadro não incidindo a regra insculpida no artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição de 1988, a qual não pode retroagir, e em respeito ao Estado Democrático de Direito não se podendo deixar de reconhecer a ocorrência da prescrição, transcorrendo inclusive o maior prazo prescricional previsto no Código Penal (vinte anos), o que seria suficiente para manter a decisão de rejeição da denúncia, mas também havendo a incidência da Lei de Anistia, e que são evidências que contrariam a acusação, que por sua vez não se fundamenta em fatos mas em abordagem ficcional para sustentar o contrário.

Aprofundando a síntese: o crime de sequestro ou de morte que no caso com provas pode ser sustentado é da época do regime militar e está prescrito e o que sucedeu e não prescreveu é atípico, não caracteriza permanência de delito, porque não há no Brasil crime de sequestro ficto nem de desaparecimento de pessoa, ante a falta de ratificação do que a propósito se prevê em Convenção, conforme observado pelo Ministro Marco Aurélio no citado julgamento do pedido de extradição de sua relatoria, e tampouco a possibilidade de aplicação retroativa sem transgressão à Constituição, ao preceituar que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Não há, enfim, o menor traço de plausibilidade e viabilidade, fática e jurídica, na deflagração de uma persecução penal na hipótese dos autos e deve ser mantida a decisão que rejeitou a denúncia.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS: A singularidade do presente caso, que suscita questões nunca antes examinadas por esta Turma, impôs-me um pedido de vista, absolutamente necessário para a formação de minha convicção.

Após ler a denúncia e a peça introdutória simultaneamente apresentada pelo Ministério Público Federal, depois de ler também a decisão recorrida, as peças recursais, o parecer da d. Procuradoria Regional da República e, por fim, o voto do e. Desembargador Federal Peixoto Junior, relator do feito, veio-me à mente, de forma muito nítida, o pensamento de que só alcançaria conclusão segura se rememorasse a finalidade do processo penal em nosso sistema jurídico.

Aqui mesmo, nesta Turma, já ouvi, da tribuna, que o processo penal só se justifica como instrumento destinado a proteger o réu contra os abusos persecutórios do Estado.

Também em sessão já ouvi, de colega de outra Turma do Tribunal, que o processo penal tem por escopo maior, na verdade, proteger a sociedade contra a ação malévola dos criminosos.

Penso, com a vênia de ambos os entendimentos, que o processo penal há de ter por objetivo a *boa aplicação da lei penal*, condenando culpados e absolvendo inocentes, fixando penas bem dosadas, sem excessos de rigor ou de brandura e, sempre, com a observância dos princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito. O processo não é instrumento posto a serviço do exclusivo interesse do réu, tampouco destinado à satisfação da sede de vingança de quem quer que seja.

Esse ponto de equilíbrio, que harmoniza os interesses do réu e da sociedade, pressupõe, de um lado, a liberdade que tem o Ministério Público, titular da ação penal pública, de formar sua *opinio delicti* e, na esteira dela, a de formular a acusação e os pleitos a ela inerentes; e pressupõe, de outro, o respeito ao direito de defesa e ao rol de garantias outras que a chamada Constituição Cidadã consagra.

Dúvida não há de que, para cumprir esse desiderato constitucional, o Poder Judiciário deve, no exercício do poder jurisdicional, *buscar a verdade*. Somente com base na boa reconstrução dos fatos é que se pode chegar à boa aplicação da lei penal.

O legislador constituinte, porém, não erigiu a busca da verdade como valor supremo e, claramente, estabeleceu limites à atuação judicial. Assim, não é possível, por exemplo, descobrir a verdade com sacrifício do princípio do contraditório; do mesmo modo, sobre a busca da verdade prevalece a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

Convém lembrar que não somente o processo penal encontra limites. Também o direito penal - material - é pautado por balizas fundamentais, tais como: a) não há crime sem lei anterior que o defina; b) a lei penal não retroage em detrimento do réu; c) não se admite pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; d) não se aceitam penas cruéis, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou de banimento.

No âmbito da legislação infraconstitucional, igualmente, o estabelecimento de penas máximas e de regras de prescrição, *v. g.*, limitam a persecução penal e protegem o indivíduo contra eventuais abusos.

Diz-se tudo isso para ficar bem claro, já de início, que o processo penal não se destina, pura e simplesmente, a “esclarecer a verdade dos fatos” ou a “dar uma resposta” a quem quer que seja. Para isso, há institutos outros, organismos diversos e instrumentos distintos. A busca da verdade não é, destarte, o fim do processo penal, mas o meio de alcançar-se a boa aplicação da lei.

À luz de tais ponderações, alguém pode pensar ou afirmar que, no caso presente, o recebimento da denúncia faz-se necessário para que se possa, mediante a apuração da verdade, chegar-se à boa aplicação da lei penal.

Por outro lado, pode-se aventar que também é tradução da pura verdade o relato histórico trazido pelo e. relator em seu voto, de sorte que a rejeição da denúncia, sim, retrataria a boa aplicação da lei penal.

Dentre as duas vertentes, dúvida não tenho de que a melhor solução é, realmente, a que foi dada pelo e. relator em seu voto.

Chego a essa conclusão por considerar, dentre outros aspectos mais adiante tratados, que:

a) a instauração de uma ação penal pressupõe mais do que uma boa narrativa de um

fato típico; é preciso que a denúncia venha acompanhada de substrato probatório mínimo que lhe confira verossimilhança; e

b) a emissão de um juízo condenatório não prescinde da comprovação dos fatos narrados na denúncia, assim como nela narrados.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia sustentando que, como a vítima está desaparecida até hoje, não se pode dizer, com certeza, que ela tenha morrido; e que, assim sendo, o seqüestro contra ela perpetrado ainda subsiste, em plena execução, até os dias de hoje.

Avançando em seu raciocínio, o *parquet* defende que não haveria prescrição, dada a natureza permanente do delito de seqüestro.

A denúncia oferecida é formalmente lógica. A respeito disso não há dúvida. Para recebê-la, porém, seria preciso responder afirmativamente à seguinte questão: há, nos autos, algum elemento de informação, por menor que seja, a indicar que o seqüestro perdure até hoje ou, pelo menos, que tenha perdurado até alguma data compreendida nos últimos doze anos? Alude-se aos últimos doze anos porque esse é, nos termos do artigo 109, inciso III, do Código Penal, o prazo prescricional do delito de sequestro.

A qualquer dessas indagações a resposta é, desenganadamente, negativa. Nada há nos autos que corrobore a denúncia nesse aspecto. A única versão que encontra algum esteio na apuração feita até hoje é a de que a vítima não permaneceu sequestrada por tanto tempo. Sem temor de erro, é dado pensar que nem o próprio Ministério Público Federal acredita, seriamente, que a vítima ainda permaneça seqüestrada ou, mesmo, que em tal condição tenha permanecido por cerca de trinta anos.

É interessante notar que, em texto escrito e publicado na rede mundial de computadores, Honésio Ferreira, filho da vítima, afirma, remetendo a acontecimentos do início dos anos setenta, que seu pai, Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, foi “preso e morto num porão da ditadura” (<http://www.ptb.org.br/?page=ConteudoPage&cod=18261>).

Deveras, nem o *parquet* e tampouco qualquer órgão estatal realiza, atualmente, ou realizou, nas últimas décadas, qualquer ato investigatório ou alguma busca tendente a encontrar a vítima ainda viva.

Assim, não há como deixar de subscrever as palavras do e. relator, no trecho em que afirma que “ofenderia o senso do ridículo, seria burlesco acionar os órgãos policiais do país redemocratizado para ‘estourar’ um cativo da ditadura que por sua vez já acabou há cerca de três décadas. A esse extremo não chega o Ministério Público Federal porque, em última análise, a perseguição deliberada não se arrima em fatos, mas numa abordagem ficcional, onde simplesmente não se toma em consideração o fato da libertação dos presos políticos, do retorno dos exilados, do desmantelamento dos órgãos de repressão, enfim do elemento fundamental que se encerra no fato da queda do regime militar (...). (...) A ditadura militar, o regime de exceção instaurado com o golpe de 1964 acabou e nunca também se teve notícia de qualquer grupo dissidente, contrário à devolução do poder aos civis e à redemocratização do país, que continuasse em atividade, sequestrando e matando opositores do regime militar e tampouco que fosse integrado pelos ora denunciados” (f. 839-verso e 840).

Ressalte-se, ainda nessa linha, que, se fosse verdade que “continua Aluizio Palhano Pedreira Ferreira privado ilegalmente de sua liberdade, sob o poder e responsabilidade dos dois denunciados”, como afirma o Ministério Público Federal à f. 638, seguramente o órgão acusador teria cogitado de prisão em flagrante ou, quando menos, representado pela prisão preventiva dos ora recorridos. Um crime gravíssimo estaria em plena execução, o Ministério Público Federal apresenta provas da materialidade, aponta seus prováveis autores e não pede

a prisão destes, não tenta interromper a prática delituosa? Evidentemente que não se trata de esquecimento, de desídia, de relapsia, de desconhecimento e muito menos de prevaricação. A inverossimilhança da tese é tamanha que, sabidamente, a prisão preventiva não surtiria qualquer resultado útil à localização da vítima ainda viva e ainda poderia evidenciar que os denunciados já não possuem o poder de fazer cessar a suposta ilicitude.

Ora, se o processo é instrumento destinado à aplicação da lei penal *a um caso concreto*, nele não há espaço para abstrações, ilações hipotéticas ou meras conjecturas. O processo não pode ser concebido despegado da realidade. Certo é que, no bojo dele, se podem discutir teses jurídicas; mas também é indubitado que tais teses só encontram lugar no processo quando forem viáveis, isto é, quando forem pelo menos plausíveis.

O inverossímil, o absurdo e a ficção pura podem habitar a literatura, a música, a pintura, a escultura, a dança, o teatro, o cinema, as artes em geral; não, porém, o Direito, mesmo no plano acadêmico. Se nem as academias de Direito se compadecem com a irrealidade, que dirá o foro?

Observe-se que, conquanto vigore, nesta fase do rito, a presunção *in dubio pro societate*, daí não resulta que se possa receber denúncia sem lastro probatório mínimo de uma de suas bases estruturais. À míngua de qualquer indício, nos autos, de que o sequestro da vítima tenha perdurado - por obra, ação e responsabilidade dos denunciados - até o ano de 2001 ou depois, não há sequer como sustentar dita presunção.

Além disso, admitindo-se, *ad argumentandum*, que a denúncia fosse recebida, caberia indagar: o que seria necessário para, ao final, a pretensão punitiva ser julgada procedente? Bastaria provar o seqüestro da vítima, perpetrado pelos denunciados? Não, não bastaria. Para alcançar-se a condenação, seria preciso mais, seria necessário demonstrar que dito seqüestro ainda perdura ou, na pior das hipóteses, que tenha perdurado até alguma data compreendida nos últimos doze anos. Sim, pois a condenação exige prova de fato criminoso ocorrido dentro do prazo prescricional estabelecido em lei.

Por aí se percebe que a pretensão punitiva é inviável, passa ao largo de qualquer juízo de plausibilidade.

O Ministério Público Federal invoca, ainda, o artigo 158 do Código de Processo Penal, a dizer que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (f. 637). Com isso, pretende a acusação convencer o Poder Judiciário de que não há como falar-se na morte da vítima.

Com a máxima vênua, apresenta-se inconsistente tal argumento, pois referido dispositivo legal estampa, claramente, uma *regra em favor do acusado*, dela não sendo dado retirar um til que contra ele possa ser utilizado. Deveras, não é porque o Estado não realizou, nestes autos, direta ou indiretamente, exame de corpo de delito referente ao homicídio que se possa colher a conclusão, em desfavor do acusado, de que o sequestro ainda seja atual.

Indo adiante, somo meu entendimento ao do e. relator nos pontos em que afirma, com clareza, que “eventual revisão da decisão proferida na ADPF 153 caberia ao próprio Supremo Tribunal Federal” e não a esta Turma (f. 841-verso); e que “ainda que se acolhesse a tese de que decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser observadas mesmo existindo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, não se aplicaria ao caso dos autos porquanto versa sobre fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998” (f. 842).

Por último, convicto de que no Estado Democrático de Direito não há pessoa indigna de ver a lei aplicada em seu favor, concluo que a ação penal proposta é inviável, sendo de rigor a manutenção da rejeição da denúncia. Nego, pois, provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES:

Num primeiro momento, destaco que o presente Recurso em Sentido Estrito foi manejado pelo Ministério Público Federal em razão da decisão do i. Magistrado (fls. 707/724 dos autos) que rejeitou a denúncia ofertada contra *Carlos Alberto Brilhante Ustra* e *Dirceu Gravina*.

Ao rejeitar a presente denúncia, o douto Juiz considerou, às fls. 724, que:

O recebimento da denúncia implicaria, por um lado, na desconsideração, por via oblíqua, de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em processo concentrado de controle de constitucionalidade e, por outro, na aceitação de tese ministerial (do MPF) *comprovadamente dissociada da realidade*.

Nesta decisão de rejeição da denúncia, o culto julgador *Márcio Millani* escudou-se na assertiva de que a tese trazida na denúncia “está comprovadamente dissociada da realidade”.

Para aquele Magistrado, o afastamento da tese esboçada na denúncia pelo Ministério Público Federal, em relação à realidade, é exemplificado na sua afirmação de fls. 716:

Alexandre Palhano Pedreira Ferreira nasceu em cinco de setembro de 1922. Portanto, teria hoje cerca de *noventa anos*. A tese ministerial já mereceria descrédito apenas considerando-se a suposta idade atual da vítima em um país cuja expectativa de vida, segundo o IBGE, é de aproximadamente setenta e três anos - idade que, com certeza, não atingiria caso ainda estivesse em cativeiro.

E prossegue o nobre Juiz em sua fundamentação para a *rejeição* (fls. 716):

Na hipótese dos autos, são decorridos mais de quarenta anos sem notícias da vítima. Há mais de trinta o país vive período de estabilidade institucional. E mais, há relato nos autos de que *Aluizio* tenha sido morto sob tortura. *Sob tais circunstâncias, é improvável que ainda esteja vivo e mantido privado de sua liberdade pelos denunciados*.

Consigo deduzir, por esta assertiva do Magistrado, que há em sua decisão uma convicção quanto à probabilidade de que a vítima *Aluizio Palhano* esteja morta.

Aponto, contudo, que esta mesma *improbabilidade* de vida da vítima, de que fala o juiz, ao rejeitar a denúncia, não é questionada pelo Recorrente. Vejo que na denúncia não há afirmações sobre *plausibilidade*, *probabilidade* ou *improbabilidade* quanto ao fato daquela pessoa muito idosa (mais de 90 anos) poder estar, ainda hoje, em cárcere privado nas dependências do DOI-CODI, na Rua Tutóia, nesta Capital.

Não vislumbrei, na *denúncia*, qualquer afirmativa ou questionamento acerca da higidez física e mental da vítima *Aluizio Palhano* nos dias de hoje. Muito ao contrário, a denúncia tratou apenas de descrever fatos e apresentar provas de autoria e materialidade de um crime, apontando seus respectivos autores.

Assim, o crime descrito na denúncia é aquele previsto no art. 148, § 2º, c.c art. 29, do Código Penal: *Seqüestro*, qualificado por maus tratos e grave sofrimento infligidos à vítima, com as agravantes do art. 61, II, *d* (emprego de tortura e outros meios insidiosos e cruéis), *f* (abuso de autoridade), *g* (abuso de poder e violação de dever inerente ao cargo e função) e *i* (ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade), do Código Penal.

Entretanto, percebo que o principal fundamento do juiz de primeiro grau, para refutar a denúncia foi, tão somente, a *improbabilidade* de a vítima *Aluizio Palhano* encontrar-se viva ou ainda estar sob seqüestro e cárcere privado nos dias de hoje.

Nas muitas páginas de sua decisão, tece o Magistrado considerações sobre a Lei da Anistia (Lei 6.683 de 28.08.79) e sua respectiva apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF nº153/DF, *concluindo que a EC 26/85 acabou por reafirmar constitucionalmente a mencionada legislação ordinária*, não se questionando, assim, sua eficácia atual (fls. 709).

Posteriormente, afirma a decisão que a *anistia* foi estendida aos crimes conexos praticados pelos agentes do Estado “contra os que lutavam contra o Estado de exceção”, citando julgado do então Ministro Eros Grau (embora reconhecendo o juiz que o voto daquele Relator-Ministro refere-se a *outro inciso do art. 5º da CF*, e não ao inciso XLIV).

Aliás, merece menção o inciso XLIV, do art. 5º, da nossa Carta Magna, *verbis*:

XLIV - Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Tal amparo jurídico foi devidamente encartado na *denúncia* como embasamento para o pedido e abertura de processo penal contra os agentes *Carlos Alberto Brilhante Ustra* e *Dirceu Gravina*, ao apontar-lhes a responsabilidade pelo seqüestro de *Aluizio Palhano*.

Aliás, a *imprescritibilidade* tratada no corpo da norma constitucional foi objeto de decisão pelo STF no julgamento da *Extradição nº 974*, de Relatoria do Ministro *Ricardo Lewandowski*, que deferiu o pedido formulado pelo Estado da Argentina para permitir o envio de agente acusado do delito de *seqüestro* de menor, sob o fundamento de que “ainda que tenham passado mais de 38 (trinta e oito) anos do fato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por hora, de homicídio. Esses seqüestros podem, em tese, ainda subsistir. Portanto, estamos diante de um crime de caráter permanente”.

A situação jurídica em ilustração é basicamente idêntica à tratada nos presentes autos, dado o fundamento para decidir.

Prosseguindo-se na decisão objurgada, vejo que o magistrado de primeiro grau afirmou que “não se subtrai do juízo a obrigação de verificar, no caso concreto, *se a tese ministerial é ou não plausível*”.

Poderia até concordar com este raciocínio - acerca da não *plausibilidade* da tese ministerial - mas somente este fundamento não seria suficiente para uma decisão refutar a presente denúncia, pois que os elementos de *autoria* e *materialidade* de um delito foram trazidos e relatados na peça acusatória - ainda que de forma indiciária - e seria necessário, pois, enfrentá-los diretamente. Entretanto, fato é que a decisão não os enfrentou devidamente, limitando-se a classificar a tese ministerial como *não plausível*.

Seria necessário, portanto, afirmar que não existem *testemunhas* a sustentar os fatos da denúncia. Entretanto, elas existem e são apontadas pela acusação, e sobre elas a decisão

judicial não teceu comentários. Calou-se incompreensivelmente.

Seria necessário afirmar que não há qualquer *indício* de participação nas ações degradantes de tortura e seqüestro cometidos contra a vítima *Aluizio Palhano* por parte dos acusados *Carlos Alberto Brilhante Ustra* e *Dirceu Gravina*. No entanto, estes fatos são trazidos aos autos por provas apontadas como válidas, ainda que indiciárias.

Seria necessário afirmar que os autos *não trouxeram* indícios de que os agentes *Carlos Alberto Brilhante Ustra* e *Dirceu Gravina*, a serviço da ditadura militar, naquele período específico, não possuíam qualquer relação com o seqüestro e desaparecimento da vítima em questão. Mas tais indícios são trazidos aos autos.

Diante desta situação que se apresenta, vejo que a decisão recorrida cometeu o gravíssimo equívoco de não enfrentar os elementos de prova - ainda que *indiciários* - presentes na denúncia e nos volumes complementares anexados, os quais elenco:

A) *Dos elementos testemunhais da denúncia, referentes ao seqüestro da vítima Aluizio Palhano* (fls. 673):

Em Relatório apresentado ao Conselho Federal da OAB, em 18.09.1971, *Etienne Romeu* descreve os fatos relativos à sua prisão, relacionada com a vítima *Aluizio Palhano*:

Fui presa no dia 05 de maio de 1971, em São Paulo, na Av. Santo Amaro (...), às 09:00 hs da manhã, por agentes comandados pelo Delegado Sérgio Paranhos Fleury. Estava em companhia de um velho camponês, de codinome “Primo”, com quem tinha encontro marcado desde Abril. Assisti impassível à minha prisão, sem ser molestado.

Levada para o DEOPS iniciou-se o interrogatório. (...) Em seguida, fui levada à sala de torturas, onde me colocaram no “pau de arara” e me espancaram barbaramente. Foram aplicados choques elétricos na cabeça, pés e mãos. Queriam conhecer o meu endereço na Guanabara, mas consegui, apesar de tudo, ocultá-lo, para proteger uma pessoa que lá estava (fls. 673).

E prossegue a testemunha *Etienne*, narrando que teria sido levada, posteriormente, ao centro de torturas conhecido como “Casa de Petrópolis”, no Rio de Janeiro (fls. 674):

Chegando ao local, uma casa de fino acabamento, fui colocada numa cama de campanha, cuja roupa estava marcada com as iniciais C.I.E. (Centro de Informação do Exército), onde o interrogatório continuou sob a direção de um dos elementos que me torturara em São Paulo. (...) Este disse também que *Palhano*, ex-líder dos bancários, fora preso no mesmo dia 06 (seis) de maio, em companhia do camponês (Primo) que me entregara.

A referida testemunha *Etienne Romeu* dá seqüência a seu depoimento, mencionando que *Aluizio Palhano* fora levado, no dia 13 de Maio de 1971, ao mesmo local de torturas (Casa de Petrópolis) onde estivera (fls. 675):

Aluizio Palhano, ex-líder dos bancários do Rio de Janeiro, preso no dia 06 de maio de 1971, foi conduzido para aquela casa (em Petrópolis) no dia 13 do mesmo mês, onde ficou até o dia seguinte. Não o vi pessoalmente, mas Mariano Joaquim da Silva contou-me que presenciou sua chegada, dizendo-me que seu estado físico era deplorável. *Ouvi, contudo, sua voz*, por várias vezes, quando interrogado. Perguntei ao Dr. Pepe sobre ele, que me respondeu: “ele sumiu”.

Há outro relato *testemunhal*, constante da denúncia, por parte de *Lenira Machado*, que estava presa no DOI-CODI de São Paulo desde 13 de Maio de 1971 (fls. 675):

Já conhecia Aluizio Palhano, pois (...) era do movimento estudantil e Palhano, sindicalista. Declara *ter visto* Aluizio preso no DOI-CODI em uma ocasião (...). Tem a impressão de que esse episódio aconteceu cerca de dez dias depois de sua prisão.

Outra testemunha é ainda elencada na denúncia, de nome *Altino Dantas Júnior*, referindo-se aos fatos da seguinte forma (fls. 676):

Foi preso em 13 de Maio de 1971. Alguns dias depois de sua prisão, pela fresta de sua cela, viu quando Aluizio entrou nas dependências do DOI-CODI conduzido por agentes policiais e *sabe dizer que era ele*, pois o conhecia anteriormente. Quando viu Aluizio pela segunda vez, alguns dias mais tarde. Aluizio já estava muito machucado e lhe contou *que fora levado para Petrópolis, onde também foi torturado*. Aluizio lhe disse que o haviam levado para Petrópolis para ser interrogado e depois o trouxeram de volta para o DOI-CODI de São Paulo. O declarante ouviu Aluizio ser torturado porque sua cela forte era ao lado da sala de torturas (...). Por fim, *a terceira vez* que viu Aluizio ocorreu alguns dias mais tarde.

B) *Da narrativa de participação dos denunciados nos delitos apontados:*

O depoimento ofertado pela testemunha *Etienne Romeu*, diante do Ministério Público Federal descreve a participação dos réus nos fatos criminosos narrados na denúncia (fls. 515):

Quando chegou ao DOI-CODI, ficou sentada num banco na entrada por cerca de três horas e depois foi levada para a sala de torturas. Foi barbaramente torturada, com choques, pau de arara, cadeira do dragão e telefone. Em uma dessas ocasiões, *o agente JC*, que depois veio a saber chamar-se *Dirceu Gravina*, estava torturando a declarante com choques quando a declarante conseguiu soltar suas mãos e o abraçou. Dirceu levou um choque, bateu o rosto e foi obrigado a ir para o hospital. Quando voltou, mandou pendurarem a declarante no “pau-de-arara” a uma altura de 1,80 m e depois a soltaram e a declarante caiu com violência no chão e bateu a coluna, sofrendo uma paralisia de natureza permanente. A declarante dizia, durante a tortura, que não tinha o que falar, mas mesmo assim as torturas continuaram durante os 45 dias em que permaneceu no DOI-CODI.

E prossegue o minucioso *relato*:

No DOI-CODI havia três equipes que se alternavam nas sessões de tortura. Havia também equipes de busca. O Dr. *Tibiriçá* (Carlos Alberto Brilhante *Ustra*) não participava diretamente das sessões de tortura. Ele entrava na sala de torturas com um papel na mão, *contendo as perguntas* que deveriam ser feitas para o interrogando. Ustra então perguntava para o interrogando: “Não quer falar antes que comecem a trabalhar?” Dirceu Gravina, conhecido como JC, era um dos membros da equipe de torturadores. No ano de 2009, a irmã da declarante localizou Gravina em Presidente Prudente, dando aulas numa Faculdade de Direito, como Delegado da Cidade (...)

De se observar que esta *testemunha*, que foi barbaramente torturada, e que reconheceu seus algozes, os ora denunciados, na sala de torturas, foi a mesma que relatou ter a vítima *Aluizio Palhano* sido levado para o mesmo local - DOI-CODI de São Paulo, órgão este chefiado à época por um daqueles denunciados, o militar reformado *Brilhante Ustra*, vulgo *Tibiriçá*.

Uma outra testemunha, de nome *Eleonora Menicucci de Oliveira*, em seu depoimento perante a 20ª Vara Cível Central desta Capital, nos autos do Processo nº 583.00.2010.175507-9, narra o

conhecimento e participação do denunciado *Brilhante Ustra* nas sessões de tortura deste órgão (fls. 451):

Fui presa em onze de julho com o então meu marido, Ricardo Prata Soares; e ficamos na Operação Bandeirantes uma média de 60 dias a 65 dias. Estive sim com o Luís Eduardo Merlino e ouvia ele sendo barbaramente torturado.

(...) Neste pau-de-arara estava o Luís Eduardo da Rocha Merlino, nu, já com uma enorme ferida nas pernas, numa das pernas era maior. E eu fui torturada na Cadeira-do-Dragão. Nesse momento, eu vi o Merlino, eu assisti à tortura e vi o *Coronel Ustra* entrar na sala e sair (...). Esse machucado que vi foi gangrenando. Então a gangrena na perna levou a ser amputada; ele voltou para a OBAN e depois foi retirado morto da OBAN.

No depoimento perante o mesmo Juízo, *Laurindo Martins Junqueira Filho* narra fatos dos quais participou, tendo sido torturado, mediante o reconhecimento do denunciado *Brilhante Ustra* (fls. 460):

Ustra era o Comandante da Unidade e *assistiu minha tortura*, assistiu a tortura de meu companheiro que estava comigo. (...) Era ele o Comandante da unidade de tortura e orientava essa tortura pessoalmente.

(...) Esse soldado (Washington), veio até a mim e falou que Luiz Eduardo Merlino morreu de gangrena nas pernas (...). Tinha sido várias vezes atropelado por um caminhão que prestava serviços à OBAN. Isso teria se repetido tantas vezes que os órgãos dele tinham sido decepados pelo caminhão.

Uma última testemunha, de nome *Paulo de Tarso Vanucchi* também depôs perante a 20ª Vara Cível Central de São Paulo, narrando a presença do denunciado *Brilhante Ustra* à frente das torturas praticadas no DOI-CODI de São Paulo, onde fora presa a vítima *Aluizio Palhano* (fls. 474):

(...) Fui preso no DOI-CODI no dia 18 de Fevereiro de 1971 e fui levado imediatamente à presença do Comandante *Ustra*, que usava, então, o nome de Major Tibiriçá. Fiquei preso ali três meses, tendo contato estreito com ele. (...) Eu era estudante de medicina (...). Eu tenho a dizer que o Major *Ustra* era o Comandante que determinava tudo o que podia, o que devia ser feito lá e o que não tinha.

Por tudo que se analisa dos *depoimentos* acima transcritos, contundentemente descritos em vários momentos - seja perante o Conselho Federal da OAB, ou o Ministério Público Federal, ou o Juízo da 20ª Vara Cível Central da Capital ou o Ministério Público Militar (Procuradoria da Justiça Militar de São Paulo) - é possível concluir que tais fatos não foram suscitados *de ofício*, pelo Ministério Público Federal, e transformados em denúncia descabida. Ao contrário, foram provocados pelas partes interessadas, ou seja, *pelas próprias vítimas*, ou seus parentes, em diversas circunstâncias.

Portanto, aventura jurídica alguma há, ao contrário do que pretende supor a decisão de *rejeição* da denúncia, que se arvorou indevida e impropriamente no mérito do delito em si, tecendo fundamentos e argumentações típicos de uma sentença, ao mergulhar em análises que só podem encontrar eco na fase derradeira do processo penal, tais como a revogação ou recepção da Lei de Anistia pela Suprema Corte (*existência ou não do crime e sua atipicidade*), a culpabilidade ou não dos réus (*juízos de autoria e/ou culpabilidade*), a provável morte da

vítima por sua atual idade (*crime impossível*), bem como a afirmação de que a *imprescritibilidade* tratada no inciso XLIV, do art. 5º, da Carta Magna, deve ser analisada apenas “em tese”.

Nunca é demais lembrar que, no momento do recebimento da denúncia, o *interesse da sociedade* prepondera em relação ao do próprio réu, a fim de que este se sujeite à aplicação das normas do processo penal, defendendo-se das acusações que lhes foram feitas, mas nunca se alijando o Estado-Juiz nesta fase processual.

De fato, afastar-se o direito-dever de o Estado perquirir acerca de eventual crime, uma vez presentes os elementos do art. 41 do Código de Processo Penal - quais sejam: a exposição do fato criminoso, as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas - seria o mesmo que se brindar com a impunidade.

Importante e recente *Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)* bem ilustra a situação em apreço, em que a viabilidade de uma *denúncia* se mede por seus aspectos intrínsecos, e em conformidade com a norma processual penal:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA PROBATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO.

O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, é admissível somente quando ausente indícios de autoria ou materialidade delitiva, for evidente a atipicidade da conduta ou estiver extinta a punibilidade do agente.

Por ocasião do recebimento ou rejeição da inicial acusatória, cabe ao Tribunal proceder a um juízo de admissibilidade, a fim de verificar a existência dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia, no caso, narra fatos que descrevem conduta passível de ser imputada à ora recorrente e que se amolda, em tese, ao tipo penal de falso testemunho, sendo certo que atende aos requisitos elencados no art. 41 do CPP.

Suposta inocência da recorrente, é questão cuja análise demanda imersão no conjunto fático-probatório, incompatível na via do habeas corpus, caracterizado pela estreiteza cognitiva.

Recurso desprovido.

RHC 29962/SP - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* 2011/0075422-8 Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300) Julg. 26/02/2013.

Desta feita, *impedir-se* a ação do Estado-Juiz diante de fatos, em tese, criminosos, abundantemente expostos e descritos nos autos, ainda que sob forma *indiciária*, trata-se de algo, a meu ver, verdadeiramente grave, inviabilizando prematuramente a aplicação da lei penal, vedando-se aos órgãos julgadores a mínima apreciação dos fatos e provas presentes nos autos.

Ouso aqui discordar do eminente e sempre culto Desembargador, nosso professor, *Nelton dos Santos*, em seu voto-vista, ao vislumbrar como inverossímil, de pura ficção e *absurda* a presente denúncia. Por mais que não queiramos ver, o *absurdo* também habita a vida social, o mundo em que vivemos e as relações com quem convivemos. Vejo que esta denúncia retrata exatamente o *absurdo* que significou o período da ditadura militar em nosso país e suas consequências desastrosas para a nação. O absurdo não está apenas na literatura e no cinema, mas nos atos de arbítrio injustificados e por isso é preciso conhecê-los e enfrentá-los, pois impedir o julgamento de pessoas apontadas como criminosas, neste momento e neste processo, é algo que contribuiria e daria seqüência, isso sim, ao verdadeiro *absurdo* que herdamos.

Atento ao pensamento existencialista de *Albert Camus*, tenho para mim que o *absurdo* não significa necessariamente alguma coisa logicamente impossível de ocorrer, mas sim algo humanamente impossível de acontecer, de se pensar. Foi o que sucedeu em *O Estrangeiro*,

quando se configurou como absurda a morte da mãe da personagem, assim como absurda a condenação proferida em relação ao réu. O *suicídio* é igualmente objeto de estudo do filósofo argelino, dentro de uma análise do absurdo, pois que o *absurdo* é exatamente a contraposição existente entre o homem e a sociedade em que vive.

Mas aqui, infelizmente, não estamos diante de atos humanamente impossíveis de acontecerem, ou seja, tudo o que foi narrado na denúncia *pode* efetivamente ter ocorrido.

Voltando à *decisão* de rejeição, é possível afirmar que o afastamento precipitado do Estado julgador diante de um fato delituoso praticado, narrado com informações, documentos e demais provas apontadas como válidas poderá, sim, propiciar um julgamento absolutório antecipado, sob outras cores e matizes.

Como cediço, a impunidade sempre nos aparece como um incentivo à criminalidade e pouco importa se a alegação do delito tenha se dado por motivação política ou por razões meramente patrimoniais: o apontado criminoso *deve* responder por seus atos num estado democrático de direito.

E é exatamente o contrário o que se vê na decisão que *rejeitou* a denúncia, em que o magistrado - a par da ciência de provas constantes dos autos, a par de depoimentos que apontam responsabilidades, a par de demais documentos e da existência de outros procedimentos levados a efeito em Justiças distintas - acabou por afastar o dever-poder de o Estado julgar os ora denunciados, sem apreciar sequer aqueles elementos, com alegações de mérito que não *interessam* ao presente momento processual.

De maneira exatamente inversa, mas digna de aplausos, nos autos do Processo 0011580-69.2012.4.03.6181, o MM. Juiz Federal *Hélio Egydio de Matos Nogueira*, da 9ª Vara Federal Criminal da Capital, analisando o conjunto probatório daquela denúncia, e amparado nos elementos exigidos pelo art. 41 do CPP, entendeu por bem receber a denúncia contra *Carlos Alberto Brilhante Ustra* e outros, cujo teor probatório é o mesmo tratado nestes autos, possibilitando, desta maneira, a atuação do Estado-Juiz ao caso concreto.

Efetivamente, se a classificação correta do delito não é a de *seqüestro com cárcere privado*, ou se há homicídio praticado já prescrito ou se, pela pesquisa do IBGE a vítima *Aluizio Palhano* não poderia estar viva ou ainda seqüestrada ou se a Lei da Anistia contempla os *agentes* do Estado no cometimento ou não de crimes (como alegação de causa extintiva da *punibilidade* oposto pela defesa dos réus às *fls. 778*), são circunstâncias que não dizem respeito ao momento, aplicando-se, pois, o princípio *in dubio pro societate* nesta fase do processo penal.

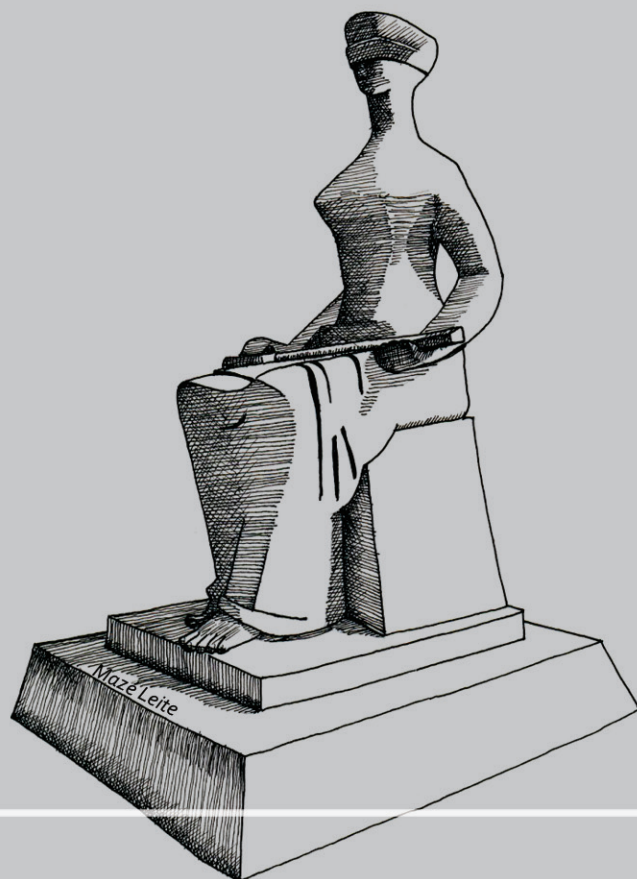
A fundamentação da decisão recorrida, pois, ainda que longa e erudita, peca por trilhar caminhos diversos daqueles exigidos para enfrentar os termos da denúncia, ou seja, caminha em sentido oposto aos limites e paradigmas exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal.

Diante de tudo que acima foi exposto, encontrando-se presentes todos os elementos encartados no art. 41 do Código de Processo Penal, *dou provimento* ao presente recurso, para receber a presente denúncia, a fim de que *Carlos Alberto Brilhante Ustra* e *Dirceu Gravina* respondam aos crimes supostamente praticados em relação à vítima *Aluizio Palhano*, assim descritos na exordial de *fls. 665/702*.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES

Direito Previdenciário



**AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO**

0054676-56.1997.4.03.6183

(2004.03.99.024846-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 117/122

Interessados: ODETE CAMPANA DOS ANJOS E ALEXANDRE DOS ANJOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: ApelReex 954243

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. REVISÃO. PECÚLIO. FALECIMENTO DO SEGURADO. DIREITO ADQUIRIDO. RECEBIMENTOS DOS VALORES POR SEUS SUCESSORES. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

I. O ex-segurado Manoel João dos Anjos, consoante se verifica dos documentos acostados aos autos nas fls. 15/20 e 42/45, verteu contribuições a partir da competência de junho de 1980 até fevereiro de 1993, autorizada pelos artigos 51 a 54 do Decreto nº 77.077/76, artigos 55 a 57 do Decreto nº 89.312/84 e artigos 81 a 85 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, cabendo destacar o disposto no inciso II do artigo 81 do último diploma normativo citado.

II. Posteriormente, referido preceito legal foi revogado pelo art. 29 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, determinando a extinção do aludido benefício. Assim sendo, para o deslinde da causa, cabe perquirir, inicialmente, acerca da existência de direito adquirido em favor do segurado falecido.

III. Com efeito, no caso dos autos, restaram comprovados o exercício de atividade remunerada abrangida pelo RGPS e os respectivos descontos a título de contribuição previdenciária, todavia, não se verificou o seu afastamento da atividade remunerada, tendo em vista o seu falecimento.

IV. Contudo, o afastamento da atividade condiciona o exercício do direito, mas não impede sua aquisição, porquanto depende exclusivamente da vontade de seu titular, que inevitavelmente iria se exteriorizar se não sobreviesse sua morte.

V. Portanto, a situação fática posta em Juízo reúne todos os elementos necessários para a geração do direito ao pecúlio, tendo se incorporado ao patrimônio jurídico do ex-segurado.

VI. Nesse sentido, em que pese o falecimento ter ocorrido antes do afastamento, conforme explicitado, o direito dos coautores, na condição de dependentes, não se esvanece, em face da regra geral inserta no inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que confere ao cônjuge e demais dependentes a qualidade de beneficiários do RGPS, e, uma vez conjugado com o artigo 112 do mesmo diploma legal, autorizam a concessão do benefício ora vindicado.

VII. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de janeiro de 2013.

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 que, monocraticamente, nos termos do §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à remessa oficial e à sua apelação, para esclarecer os consectários legais.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que deve ser fixado como termo final para o pagamento do pecúlio a data da promulgação da Lei nº 8.213/91.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Inicialmente, 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 não há reparos a serem efetuados.

A r. decisão recorrida amparou-se no entendimento de que:

O ex-segurado Manoel João dos Anjos, consoante se verifica dos documentos acostados aos autos nas fls. 15/20 e 42/45, verteu contribuições a partir da competência de junho de 1980 até fevereiro de 1993, autorizada pelos artigos 51 a 54 do Decreto nº 77.077/76, artigos 55 a 57 do Decreto nº 89.312/84 e artigos 81 a 85 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, cabendo destacar o disposto no inciso II do artigo 81 do último diploma normativo citado, *in verbis*: “Art. 81. Serão devidos pecúlios:

(...)

II - ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se afastar; (...)”

Posteriormente, referido preceito legal foi revogado pelo art. 29 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, determinando a extinção do aludido benefício. Assim sendo, para o deslinde da causa, cabe perquirir, inicialmente, acerca da existência de direito adquirido em favor do segurado falecido.

Com efeito, no caso dos autos, restaram comprovados o exercício de atividade remunerada abrangida pelo RGPS e os respectivos descontos a título de contribuição previdenciária, todavia, não se verificou o seu afastamento da atividade remunerada, tendo em vista o seu falecimento.

Contudo, para melhor exame da matéria, há que se buscar a escorreita interpretação do § 2º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*:

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

Assim, o afastamento da atividade condiciona o exercício do direito, porém não impede sua aquisição, porquanto depende exclusivamente da vontade de seu titular, que inevitavelmente iria se exteriorizar se não sobreviesse sua morte.

Portanto, a situação fática posta em Juízo reúne todos os elementos necessários para a geração do direito ao pecúlio, tendo se incorporado ao patrimônio jurídico do ex-segurado.

Nesse sentido, em que pese o falecimento ter ocorrido antes do afastamento, conforme explicitado, o direito dos coautores, na condição de dependentes, não se esvanece, em face da regra geral inserta no inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que confere ao cônjuge e demais dependentes a qualidade de beneficiários do RGPS, e, uma vez conjugado com o artigo 112 do mesmo diploma legal, autorizam a concessão do benefício ora vindicado, nos seguintes termos: “Artigo 112 - O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento.”

Ainda, está consolidada a jurisprudência no sentido de que os valores não recebidos pelo segurado em vida, a título de pecúlio, serão devidos aos seus dependentes.

Neste sentido, há de se observar o disposto nos seguintes julgados:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PECÚLIO. RECEBIMENTO. LEI 8.213/91.

Conforme o disposto no art. 112 da Lei 8.213/91, os benefícios não recebidos em vida pelos segurados, são devidos a seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores.

O art. 81, II, da referida Lei, assegura ao aposentado, por idade ou por tempo de serviço, que voltar a exercer atividade profissional, o pagamento do pecúlio, quando dela se afastar. (Precedentes)

Recurso conhecido e provido.”

(STJ; RESP 248588; 5ª Turma; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; DJ 04.02.2002, pág. 459)

“PREVIDENCIÁRIO - PECÚLIO - FALECIMENTO DO BENEFICIÁRIO - RECEBIMENTO POR SEUS SUCESSORES - POSSIBILIDADE - ART. 112 DA LEI 8.213/91.

1. A teor do art. 112 da Lei 8.213/91 os valores não recebidos em vida pelo segurado serão pagos aos dependentes habilitados à pensão por morte.

2. Recebendo a autora pensão por morte de seu falecido marido não há como indeferir-lhe a pretensão do pecúlio, para o qual contribuiu o ‘de cujus’ sem ter, contudo, recebido o benefício em vida.

3. Recurso improvido.”

(TRF 3ª Região; AC 166030; 2ª Turma; Relatora Des. Fed. Sylvia Steiner; DJ 30.04.2002)

Assim sendo, é legítimo o direito dos coautores de requererem a devolução das contribuições recolhidas aos cofres do INSS pelo segurado Manoel João dos Anjos, no período compreendido entre junho de 1980 e fevereiro de 1993, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da autarquia, uma vez que tais valores não poderão ser revertidos em aposentadoria ou quaisquer outro benefício previdenciário.

Como se observa, os argumentos trazidos na irresignação da agravante foram devida-

mente analisados pela r. decisão hostilizada, a qual se encontra alicerçada na legislação e em jurisprudência desta Turma.

Isto posto, *nego provimento ao agravo*, para manter integralmente a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0016006-63.2005.4.03.9999
(2005.03.99.016006-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: JAINE ROBERTA BERNARDO DE OLIVEIRA (incapaz)
Representante: MARIA DE LOURDES CAMARGO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE LEME - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DOUGLAS CAMARINHA GONZALES
Classe do Processo: AC 1020514
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/05/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, DO CPC. REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DO STF. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. RETRATAÇÃO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO SUPERIOR AO ESTABELECIDO PELA PORTARIA INTERMINISTERIAL. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA.

1. A matéria controvertida foi objeto de apreciação pelo Excelso Supremo Tribunal Federal sob a égide da Lei nº 11.418/2006, que introduziu o regime de repercussão geral no processamento dos recursos extraordinários, consoante precedente do Recurso Extraordinário nº 587.365/SC.
2. O Excelso Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE nº 587.365/SC firmou o entendimento de que a renda do segurado preso é a que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes e, considerando que o acórdão desta E. Turma não reproduz tal entendimento, é medida de rigor a retratação.
3. O auxílio reclusão é devido a dependentes do segurado recluso, desde que este possua “baixa renda” ao tempo do encarceramento, nos termos acima elencados, ou então esteja desempregado ao tempo da prisão (desde que não tenha perdido a qualidade de segurado, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.213/91).
4. No caso dos autos, constata-se que o último salário de contribuição recebido pelo recluso é superior ao legalmente estabelecido.
6. Feita a retratação na sistemática da repercussão geral, consoante disposto no art. 543-B, do CPC, impõe-se o provimento do apelo da autarquia.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de maio de 2013.

Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face da r. sentença que julgou procedente o pedido formulado, para conceder o benefício de auxílio-reclusão desde a data da prisão. Honorários advocatícios fixados no valor de R\$ 500,00, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

Em suas razões recursais, o INSS, pugna pela reforma da r. sentença, em razão do último salário de contribuição do recluso ser superior ao limite legal para a concessão do benefício. Subsidiariamente, pugna para que o termo inicial do benefício seja a partir da data da citação. Pleiteia, ainda, que seja declarado o caráter temporário do benefício, devendo ser comprovado periodicamente a permanência do segurado no cárcere. Por fim, argui a prescrição quinquenal em relação às parcelas vencidas.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 129/131), opinou pelo desprovimento ao recurso.

Esta C. Sétima Turma, em sessão de julgamento realizada no dia 10 de abril de 2006, à unanimidade, não conheceu de parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, deu parcial provimento, sendo que o Des. Fed. Antonio Cedenho acompanhou o Relator pelo resultado, ressaltando seu entendimento pessoal quanto à renda, que deveria ser auferida por aquela dos dependentes do segurado recluso. Opostos embargos de declaração pelo INSS em face do v. acórdão (fls. 137/142), foi negado provimento, por unanimidade de votos (fls. 153/158).

Foi interposto recurso extraordinário pelo INSS (163/170), bem como foram apresentadas contrarrazões (fls. 175/181).

Em decisão proferida à fl. 185/186 pela E. Vice-Presidência desta Corte, foi determinado o sobrestamento da análise de admissibilidade do recurso extraordinário, nos termos § 1º do art. 543-B do CPC.

Posteriormente, foi proferida nova decisão pela E. Vice-Presidência desta C. Corte, não admitindo o recurso extraordinário (fls. 190/192). Interposto Agravo de Instrumento pelo INSS, os autos foram remetidos ao C. STF.

Os autos do agravo de instrumento não foram conhecidos pelo C. STF, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de Origem, para que seja processado como agravo regimental (fl. 235).

Em face da r. decisão, foi interposto agravo regimental, tendo sido negado provimento, por unanimidade (fls. 245/249).

Baixados os autos a esta E. Corte, a Vice-Presidência recebeu a petição de fls. 227/230 como agravo regimental, bem como em juízo de retratação da decisão de fls. 190/192, admitiu o recurso extraordinário interposto pelo INSS, nos termos do art. 102, III, "a", da CF, remetendo os autos ao C. STF.

Por sua vez, o C. Supremo Tribunal Federal determinou a baixa dos autos à origem, tendo em vista o disposto na Portaria GP nº 138 e considerando o decidido no RE nº 587365.

Recebidos os autos nesta Corte Regional, a E. Vice-Presidência, na decisão de fls. 263/264, verificando que o acórdão não reproduz o entendimento adotado no RE 587.365/SC, determinou a devolução dos autos à Turma julgadora conforme previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC.

Baixados os autos à C. Sétima Turma, em 24 de fevereiro de 2012, vieram os autos conclusos a este Relator.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES (Relator): A matéria controvertida foi objeto de apreciação pelo Excelso Supremo Tribunal Federal sob a égide da Lei nº 11.418/2006, que introduziu o regime de repercussão geral no processamento dos recursos extraordinários, consoante precedente do Recurso Extraordinário nº 587.365/SC.

Passo a conferir o juízo de retratação, fiel ao *leading case* do STF.

Nesse passo, aprecio a presente decisão nos termos do artigo 543, “B” do CPC, *in verbis*:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Verifico que o entendimento adotado pelo C. STF no RE nº 587.365/SC foi no sentido de que a renda do recluso é a que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício de auxílio reclusão e não a dos seus dependentes. Confira-se:

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

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

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

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

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE-RG-QO 587365/SC MG, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 25/03/2009, DJE 08/05/2009)

Neste diapasão, tendo em vista o reconhecimento pelo Excelso Supremo Tribunal Federal de que a renda do segurado preso é a que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes e, considerando que o acórdão da lavra do E. Desembargador Federal Walter do Amaral não reproduz tal entendimento, é medida de rigor a retratação.

Partindo de tais premissas, em juízo de retratação, passo à análise do recurso de apelação do INSS.

O direito ao auxílio-reclusão dos dependentes dos segurados de baixa renda é garantido pelo art. 201, IV, da CF/88, *in verbis*:

Artigo 201. 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.

Para sua concessão, é necessária a comprovação dos seguintes requisitos: qualidade de segurado do recluso; dependência econômica do beneficiário; não recebimento, pelo recluso, de remuneração, de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço, nos termos do art. 80 da Lei 8.213/91:

Art. 80. 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. 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.

O auxílio-reclusão é benefício que independe do cumprimento de carência, à semelhança da pensão por morte (art. 26, I, da Lei 8.213/91).

Nos termos do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o cônjuge, a companheira ou companheiro, filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência mental ou intelectual que o torne absoluta ou relativamente incapaz.

No caso dos autos, constata-se que a autora comprovou ser filha do recluso, menor à época da prisão, conforme documento acostado à fl. 10, portanto, a dependência econômica é presumida, nos termos do art. 16, § 4º da Lei nº 8.213/91.

O documento acostado à fl. 28 demonstra que o recluso foi preso em 03/10/1999.

Constata-se que o último vínculo empregatício do recluso cessou em outubro de 1999 (fl. 35), enquadrando-se na hipótese do art. 15, II da Lei 8.213/91.

Desta forma, restou comprovado que o recluso ostentava a qualidade de segurado, quando do seu recolhimento à prisão (03/10/1999).

Em relação à renda auferida pelo detento, o E. STF no julgamento da repercussão geral nº 587.365, em 25.03.2009, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu que a renda do segurado preso é a que deve ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão e não a dos seus dependentes:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, RE Nº 587.365, data do julgamento: 25.03.2009, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI)

Prevê o art. 334 da IN 45/2010:

Art. 334. Quando o efetivo recolhimento à prisão tiver ocorrido a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o benefício de auxílio-reclusão será devido desde que o último salário-de-contribuição do segurado, tomado no seu valor mensal, seja igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), atualizado por Portaria Ministerial, conforme tabela constante no Anexo XXXII.

...

§ 2º Quando não houver salário-de-contribuição na data do efetivo recolhimento à prisão, será devido o auxílio-reclusão, desde que:

I - não tenha havido perda da qualidade de segurado; e

II - o último salário-de-contribuição, tomado em seu valor mensal, na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho seja igual ou inferior aos valores fixados por Portaria Ministerial, conforme Anexo XXXII.

§ 3º Para fins do disposto no inciso II do § 2º deste artigo, a Portaria Ministerial a ser utilizada será a vigente na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho.

§ 4º O disposto no inciso II do § 2º deste artigo, aplica-se aos benefícios requeridos a partir de 11 de outubro de 2001, data da publicação da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 2001.

§ 5º Se a data da prisão recair até 15 de dezembro de 1998, véspera da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, aplicar-se-á a legislação vigente à época, não se aplicando o disposto no *caput* deste artigo.

§ 6º O segurado que recebe por comissão, sem remuneração fixa, terá considerado como salário-de-contribuição mensal o valor auferido no mês do efetivo recolhimento à prisão, observado o disposto no § 2º deste artigo.

Portanto, o valor teto do salário de contribuição do segurado é fixado por Portaria Ministerial, conforme segue:

Período	Salário de contribuição tomado em seu valor mensal
De 16/12/1998 a 31/05/1999	R\$ 360,00
De 01/06/1999 a 31/05/2000	R\$ 376,60
De 01/06/2000 a 31/05/2001	R\$ 398,48
De 01/06/2001 a 31/05/2002	R\$ 429,00
De 01/06/2002 a 31/05/2003	R\$ 468,47
De 01/06/2003 a 31/04/2004	R\$ 560,81
De 01/05/2004 a 30/04/2005	R\$ 586,19
De 01/05/2005 a 31/03/2006	R\$ 623,44
De 01/04/2006 a 31/03/2007	R\$ 654,61
De 01/04/2007 a 29/02/2008	R\$ 676,27
De 01/03/2008 a 31/01/2009	R\$ 710,08
De 01/02/2009 a 31/12/2009	R\$ 752,12
A partir de 1/1/2010	R\$ 810,18
A partir de 1/1/2011	R\$ 862,11
A partir de 15/7/2011	R\$ 862,60
A partir de 1/1/2012	R\$ 915,05
A partir de 1/1/2013	R\$ 971,78

No presente caso, conforme consta no documento acostado à fl. 35, o último salário de contribuição do detento foi de R\$ 390,35 (Trezentos e noventa reais e trinta e cinco centavos), sendo, portanto, superior ao valor estabelecido pela Portaria nº 5188/1999, no valor de R\$ 379,60 (Trezentos e setenta e nove reais e sessenta centavos).

Assim, como o último salário de contribuição ultrapassou o limite estabelecido vigente à data do recolhimento do segurado à prisão, o benefício de auxílio- reclusão não pode ser deferido.

Pelo exposto, em juízo de retratação, consoante disposto no art. 543-B, do CPC, dou provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido formulado pela parte autora. Sem condenação em honorários advocatícios e custas processuais, por ser o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001107-32.2006.4.03.6117

(2006.61.17.001107-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 181/183

Apelante: CLOTILDE CARMINATTI MARQUES

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO

Classe do Processo: AC 1296961

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2013

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MISERABILIDADE E INCAPACIDADE COMPROVADAS. BENEFÍCIO DEFERIDO. APLICAÇÃO DO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

2. O E.STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18/04/2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda *per capita* de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185.

3. Não merece reparos a decisão recorrida que, analisando os elementos de fatos exibidos nestes autos, bem como as provas neles produzidas, reconheceu a presença dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial requerido.

4. Presentes os pressupostos previstos pelo art. 557, do Cód. Processo Civil, deve ser mantida a r. decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

5. 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, 06 de maio de 2013.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): Cuida-se de agravo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face da decisão exarada às fls. 181/183, que, nos termos do artigo 557 do CPC, deu provimento à apelação da parte autora, para determinar a implantação do benefício assistencial, a partir da citação.

Aduz a parte agravante, em síntese, que tal decisão não pode prevalecer, eis que prolatada em total afronta à legislação de regência. Segundo sua argumentação, no caso concreto, a renda *per capita* da unidade familiar, da qual a parte autora faz parte, é superior a 1/4 do salário mínimo, não podendo ser aplicada à espécie a benesse contida no art. 34 da Lei 10.741/03.

Assim, conclui que, ausente a patente miserabilidade da parte, não faz ela jus ao recebimento do benefício assistencial pleiteado, tornando necessário, por este fundamento, a reforma do r. julgado recorrido.

É o relatório.

À mesa, para julgamento.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): Não procede a insurgência da parte agravante.

É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

Neste sentido, transcrevo a ementa seguinte:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

6. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

7. Agravo improvido. (grifei)

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388) - grifei.

Entendo igualmente que, quanto ao mérito, não merecer reparos a decisão recorrida, pois, analisando os elementos de fatos exibidos nestes autos, bem como as provas neles produzidas, reconheceu-se a presença dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial requerido. Por ser esclarecedor, transcrevo o inteiro teor da fundamentação desse *decisum*:

In casu, a parte autora, nascida em 21/04/1928 (fl. 16), comprovou possuir mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, por ocasião do ajuizamento da ação, em 18/04/2006.

Resta perquirir se a demandante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se a requerente poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, o estudo social realizado em 05/04/2007 (fls. 98/99) revelou que a parte autora reside em imóvel próprio, composto por 05 (cinco) cômodos, sendo o núcleo familiar em que está inserida formado pelas por ela e seu cônjuge, Sr. Ramon Marques, aposentado.

Relata a Assistente Social que a renda familiar informada pela parte autora provém dos rendimentos da Aposentadoria do seu marido, cujo valor por ocasião da visita era R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta reais).

No presente caso, da análise do conjunto probatório observa-se que a renda *per capita* do núcleo familiar em que se insere a parte autora é inferior a 1/4 do salário mínimo em vigor na época da realização do estudo social.

Assim, tecidas essas considerações, entendendo demonstrada, *quantum satis*, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, pois, dada a aplicação analógica ao art. 34 da Lei 10.741/2003, o rendimento auferido pelo marido da autora a título de Aposentadoria, não deve ser levado em consideração para os fins de concessão do benefício em questão, pois seu valor é equivalente ao salário.

Portanto, positivados os requisitos legais, reconhece-se o direito da parte autora ao benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, a ser implantado a partir da citação (11/07/2006), a falta de requerimento administrativo (art. 219, do CPC).

No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do art. 293 e do art. 462 do CPC, devem ser considerados no julgamento do feito. Assim, observada a prescrição quinquenal, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, e artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º. Adite-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

A verba honorária de sucumbência incide no montante de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

O INSS é isento de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Res. CJF nºs 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte

contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996, art. 24-A da Lei 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/1993).

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Observe-se, finalmente, que todos os pontos versados neste decisório já se encontram pacificados na jurisprudência (cf., a propósito, dentre outros: STJ, AgRg no REsp 701530/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/02/2005, v.u., DJ 07/03/2005, p. 346; REsp 360202/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04/06/2002, v.u., DJ 01/07/2002, p. 377; TRF 3ª Região, Sétima Turma, AC 1286565, Rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 24/05/2010, v.u., DJF3 CJ1 18/06/2010, p. 93; AC 1032287, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 26/04/2010, v.u., DJF3 CJ1 18/06/2010, p. 95; AC 1385010, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 03/05/2010, v.u., DJF3 CJ1 02/06/2010, p. 360; AC 1102376, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, j. 22/09/2008, v.u., DJF3 CJ2 31/07/2009, p. 299; APELREE 1115516, Rel. Des. Fed. Leide Polo, j. 03/11/2008, v.u., DJF3 19/11/2008; Oitava Turma, AC 1091754, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, j. 03/05/2010, v.u., DJF3 CJ1 25/05/2010, p. 522; AC 1416817, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 09/11/2009, v.u., DJF3 CJ1 12/01/2010, p. 1121; Nona Turma, AC 1300453, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 23/03/2009, v.u., DJF3 CJ1 01/04/2009, p. 43; AC 1259846, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 03/11/2008, v.u., DJF3 CJ2 10/12/2008, p. 513; Décima Turma, AC 1471986, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 30/03/2010, v.u., DJF3 CJ1 09/04/2010, p. 910; AC 1102376, Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel, j. 08/05/2007, v.u., DJU 30/05/2007, p. 673; AC 836063, Rel. Des. Fed. Jediael Galvão, j. 16/11/2004, v.u., DJU 13/12/2004, p. 249).

Ademais, observe-se que o E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda *per capita* de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à minguada de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que “o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um *quantum* objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor”. No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

Deste modo, restou demonstrada nos presentes autos a miserabilidade necessária para a concessão do benefício assistencial pleiteado, razão pela qual deve ser mantida a r. decisão agravada.

Do exposto, presentes os pressupostos previstos pelo art. 557, do Cód. Processo Civil, entendo deva ser mantida a r. decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, pelo que *nego provimento ao agravo legal interposto*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO (AMS)

0013398-94.2006.4.03.6107

(2006.61.07.013398-3)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 143/147

Interessada: MARIA GOMES FERREIRA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AMS 299831

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2013

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES, PRESENTE OMISSÃO NO V. ACÓRDÃO (ARTIGO 535, II, CPC). PERCEPÇÃO DE DUPLA PENSÃO POR MORTE, SEGUNDO OS REGIMES ESTATUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO, SEM A CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO. APURAÇÃO DA ILICITUDE, NA VIA ADMINISTRATIVA. DECADÊNCIA. CONSUMAÇÃO. AUSÊNCIA.

I - Os embargos de declaração se revelam aptos, quando presente omissão a justificar novo julgamento da causa (art. 535, II, CPC), a propiciar a modificação do quanto julgado, com a consequente atribuição de efeitos infringentes. Precedentes do E. STJ.

II - Hipótese em que o V. Acórdão embargado, ao examinar o agravo legal autárquico, deixou de considerar corretamente a situação fática esboçada no feito, ocasionando *error in procedendo*, por consequência, no que concerne à correta apreciação dos quadrantes jurídicos que regem o tema da forma de aplicação do prazo decadencial aplicável à espécie, a justificar novo exame da controvérsia posta no presente Mandado de Segurança.

III - A dupla percepção de pensão por morte, nos âmbitos estatutário e previdenciário, originada de um mesmo fundamento legal, a Lei nº 3.373/58, com a complementação prevista pela Lei nº 8.186/91 e sem que, para tanto, tenha o instituidor contribuído a ambos os regimes, é de ser reconhecida como ilegal e, portanto, passível da revisão aludida no art. 11, § 1º, da Lei nº 10.666/2003.

IV - Em consonância à prova dos autos, a Impetrante obteve sua pensão por morte em 25.02.1978 e, no ano de 1990, mediante requerimento formulado perante o Ministério dos Transportes (Processo Administrativo nº 20000006510/90-18), teve deferida a percepção do benefício segundo o regime estatutário a que pertencia o instituidor, nos termos do art. 248 da Lei nº 8.112/90 ("As pensões estatutárias, concedidas até a vigência desta Lei, passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor."), conversão referendada pelo Acórdão nº 86/96-TCU, sem a concomitante cessação, contudo, do pagamento do benefício até então mantido pelo atual INSS, daí surgindo o desembolso em dobro da prestação em causa.

V - Considerando-se a inexistência, em época anterior à edição da Lei nº 9.784/99, vigente a partir de 01.02.1999, de regra específica sobre a decadência para a revisão de ato que favoreça os beneficiários da Previdência Social, assim como a posterior inserção do art. 103-A à Lei nº 8.213/91, segundo a Lei nº 10.839/2004, então previsto

o novo prazo de decadência de dez anos, ainda no quinquênio decadencial estabelecido pela citada Lei nº 9.784/99, disso resulta que, em relação aos fatos anteriores a 31.01.1999, a decadência apenas se tem por consumada em 31.01.2009. Precedente do C. STJ, lavrado em sede do mecanismo dos recursos repetitivos, art. 543-C, CPC (Recurso Especial nº 1.114.938 Alagoas).

VI - *In casu*, demonstrado que o recebimento em duplicidade da pensão por morte teve por termo *a quo* o ano de 1990 (em data não especificada), com início do processo administrativo de revisão em 07.06.2006, conclui-se por não consumado o prazo de decadência de dez anos, contado desde 01.02.1999, de que dispunha o INSS para cancelar o benefício previdenciário pago indevidamente.

VII - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para, reexaminado o agravo legal autárquico, dar-lhe provimento, a fim de denegar a ordem.

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, com efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de abril de 2013.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra o V. Acórdão de fls. 143/147, o qual negou provimento ao agravo legal autárquico, interposto, por sua vez, da r. decisão de fls. 128/133, que negara seguimento à apelação e à remessa oficial, restando mantida a r. sentença de fls. 73/78, que concedera a segurança para restabelecer o pagamento da pensão por morte.

Sustenta o INSS, em síntese, que o acórdão embargado é omissivo quanto ao prazo decadencial, bem como que a manutenção do duplo pagamento do benefício não encontra amparo legal. Requer o acolhimento dos embargos para que seja denegada a ordem.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra o V. Acórdão de fls. 143/147, o qual negou provimento ao agravo legal autárquico, interposto, por sua vez, da r. decisão de fls. 128/133, que negara seguimento à apelação e à remessa oficial, restando mantida a r. sentença de fls. 73/78, que concedera a segurança para restabelecer o pagamento da pensão por morte registrada sob o nº 21/000.429.416-5.

De início, observo que os embargos de declaração se revelam aptos, quando presente omissão a justificar novo julgamento da causa (art. 535, II, CPC), a propiciar a modificação do

quanto julgado, com a consequente atribuição de efeitos infringentes, consoante se verifica da orientação jurisprudencial emanada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO DO JULGADO. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. REAJUSTE DE 3,17%. MP Nº 2.225-45/01. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 85/STJ. JUROS MORATÓRIOS. MP 2.180-35/2001 E LEI Nº 11.960/09, QUE ALTERARAM O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. O art. 535 do CPC dispõe que são cabíveis embargos de declaração quando a decisão for omissa, obscura ou contraditória, não sendo esse o meio processual adequado para discutir questão já enfrentada no acórdão embargado. Excepcionalmente, porém, emprestam-se efeitos infringentes aos embargos de declaração para corrigir contradição entre a fundamentação e a conclusão do julgado, tal qual ocorre no caso em análise.

2. No presente caso, o acórdão embargado tem por embasamento a jurisprudência consolidada desta Corte no sentido de que a Administração, ao editar a Medida Provisória 2.225-45/2001, renunciou ao prazo prescricional para o ajuizamento de ação em que se busca a recomposição salarial de 3,17%, porém, não o interrompeu. Dessa forma, para as ações propostas até 04/9/2006, os efeitos financeiros retroagem à janeiro de 1995; para os feitos ajuizados após essa data, incide o enunciado da Súmula 85/STJ (Pet 7.558/MG, 3ª Seção Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 7/6/2010). Todavia, proferi decisão monocrática, mantida em sede de agravo regimental, dando provimento ao recurso especial de iniciativa do Departamento Nacional de Obras contra as Secas - DNOCS, para declarar que a pretensão da ora embargante se encontra alcançada pela prescrição, uma vez que se passaram mais de 5 anos entre o dia em que a MP nº 2.225-45/01 passou a produzir efeitos financeiros e o momento em que esta demanda foi ajuizada (8/6/2009). Ao que se observa, a decisão ora embargada está em total descompasso com os precedentes jurisprudenciais relacionados no voto condutor do julgado, segundo os quais apenas as parcelas anteriores ao quinquênio pretérito à propositura da ação estariam prescritas, conforme a Súmula 85/STJ. Dessa forma, verifica-se que o recurso especial em referência merece parcial provimento, a fim de se reconhecer que estão prescritas apenas as parcelas anteriores aos cinco anos que antecederam a propositura da ação, nos termos da Súmula 85/STJ.

3. No pertinente aos juros de mora, insta salientar que o tema discutido foi posto a julgamento pelo rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, momento em que a Corte Especial, na sessão de 19/10/2011, em acórdão relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves nos autos do Recurso Especial nº 1.205.946/SP, consignou que os juros de mora são consectários legais da condenação principal e possuem natureza eminentemente processual, razão pela qual as alterações do art. 1º-F da Lei 9.494/97, introduzidas pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e pela Lei 11.960/09, têm aplicação imediata aos processos em curso, com base no princípio *tempus regit actum*. (cf. Informativo de Jurisprudência nº 485).

4. Na mesma linha de compreensão, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da questão constitucional nos autos do AI nº 842.063/RS, consolidou entendimento no sentido de que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, abrange os processos pendentes de julgamento, ainda que ajuizados em data anterior a entrada em vigor da lei nova.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao recurso especial de iniciativa do Departamento Nacional de Obras contra as Secas - DNOCS, reconhecendo a prescrição apenas das parcelas anteriores aos cinco anos que antecederam a propositura da ação, bem como para determinar que os juros de mora sejam fixados considerando as alterações do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, introduzidas pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e Lei nº 11.960/2009, sem efeitos retroativos.

(Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.287.479 Paraíba, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, unânime, DJe 05.03.2013)

Essa é a hipótese dos autos, pois o V. Aresto embargado, ao examinar o agravo legal autárquico, deixou de considerar circunstância essencial ao deslinde da controvérsia aqui posta, equívoco também presente na r. decisão agravada, ou seja, a de ter a Impetrante obtido, no ano de 1990 (em data não especificada), por força de requerimento formulado perante o Ministério dos Transportes (Processo Administrativo nº 20000006510/90-18), a percepção de seu benefício de pensão por morte, deferido em 25.02.1978, segundo o regime estatutário a que pertencia o instituidor, nos termos do artigo 248 da Lei nº 8.112/90 (“As pensões estatutárias, concedidas até a vigência desta Lei, passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor.”), conversão referendada pelo Acórdão nº 86/96-TCU (fls. 37).

A omissão em relação à ocorrência do fato deu ensejo, por consequência, ao *error in procedendo* no que concerne à correta apreciação dos quadrantes jurídicos que regem o tema da forma de aplicação do prazo decadencial aplicável à espécie, a justificar novo exame da controvérsia posta no presente Mandado de Segurança.

É o que se passa a fazer, a seguir.

A dupla percepção de pensão por morte, no âmbito estatutário e no previdenciário, originada de um mesmo fundamento legal, a Lei nº 3.373/58, com a complementação prevista pela Lei nº 8.186/91, e sem que, para tanto, tenha o instituidor contribuído a ambos os regimes (fls. 37), é de ser reconhecida como ilegal e, portanto, passível da revisão aludida no artigo 11, § 1º, da Lei nº 10.666/2003.

Assim, em consonância à prova dos autos, a Impetrante obteve sua pensão por morte em 25.02.1978 (fls. 21) e, a partir de 1990, como visto, passou a receber o benefício por meio da União, porque estatutário o regime do instituidor, na condição de Agente Administrativo, vinculado ao Ministério dos Transportes (fls. 26), sem a concomitante cessação, contudo, do pagamento do benefício até então mantido pelo atual INSS, daí surgindo o desembolso em dobro da mesma prestação, vale dizer, uma estatutária, a outra, previdenciária.

Com amparo na sinopse fática acima deduzida, põe-se, agora, a controvérsia acerca de ter se consumado, ou não, o prazo decadencial para o cancelamento, pela autarquia previdenciária, da pensão por morte disponibilizada à Impetrante desde 1990.

Considerando-se a inexistência, em época anterior à edição da Lei nº 9.784/99, vigente a partir de 01.02.1999, de regra específica sobre a decadência para a revisão de ato que favoreça os beneficiários da Previdência Social, assim como a posterior inserção do artigo 103-A à Lei nº 8.213/91, segundo a Lei nº 10.839/2004, a partir de então previsto o novo prazo de decadência de dez anos, ainda no quinquênio decadencial estabelecido pela citada Lei nº 9.784/99, disso resulta que, em relação aos fatos anteriores a 31.01.1999, a decadência apenas se tem por consumada em 31.01.2009, conforme o estágio atual da jurisprudência do E. STJ, segundo V. Acórdão proferido em sede do mecanismo dos recursos repetitivos, artigo 543-C, CPC, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 9.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL

PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO.

1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.

3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.

4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5ª Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor.

(Recurso Especial nº 1.114.938/Alagoas, 3ª Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, unânime, DJe 02.08.2010)

In casu, demonstrado que o recebimento em duplicidade da pensão por morte teve por termo *a quo* o ano de 1990 (em data não especificada), com início do processo administrativo de revisão em 07.06.2006 (fls. 20), conclui-se por não consumado o prazo de decadência de dez anos de que dispunha o INSS para cancelar o benefício previdenciário pago indevidamente, contado desde 01.02.1999.

Diante do exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com efeitos infringentes, para, reexaminado o agravo legal autárquico, dar-lhe provimento, a fim de denegar a ordem.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0007845-93.2007.4.03.9999

(2007.03.99.007845-4)

Agravante: VANDERCI SACHETIM MIRANDA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE OLÍMPIA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AC 1179066

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. ATIVIDADE RURAL NÃO COMPROVADA. EXTENSÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

-Faz jus ao benefício de aposentadoria por idade rural quem completa a idade de 55 anos, se mulher, e 60 anos, se homem e comprova o efetivo exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses idêntico à carência do benefício em questão (artigos 48, 142 e 143 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991). Para os rurícolas, dispensa-se a comprovação de recolhimentos de contribuições, sendo suficiente à prova da idade mínima e do exercício de atividade rural, dentro do período estabelecido no artigo 142 da referida lei.

- No que diz respeito ao reconhecimento do labor rurícola, é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento (art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91), mas se requer a existência de início de prova material, corroborado por robusta prova testemunhal para demonstração da atividade rural.

- Ainda, a jurisprudência atina-se no sentido de que são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores.

- No presente caso, inexistem documentos que comprovem o labor rural da autora no período de carência. A certidão de casamento que qualifica o marido como lavrador é do ano de 1973 e a anotação da CTPS da autora é do ano de 1982. Após isso tanto o marido quando a autora se inscreveram na previdência social, ele como empresário e pedreiro e ela como costureira, e verteram contribuições como tais. Soma-se a isso o fato de que a prova testemunhal não logrou ampliar a eficácia probatória dos documentos iniciais visto que foi vaga e contraditória posto que uma das testemunhas afirmou que o marido da autora afastou-se do labor campesino vindo a exercer atividade num estabelecimento comercial. Deste modo, após o ano de 1985 não há nada nos autos que demonstre a ligação da autora com o meio rural. Tendo em vista que a lei exige comprovação de atividade rural em número de meses idêntico a carência no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, consoante o art. 142 da Lei n. 8.213/91, a autora não faz jus ao benefício de aposentadoria por idade rural.

- 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, 06 de maio de 2013.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Trata-se de agravo legal, previsto pelo art. 557, § 1º, do CPC, interposto pela autora, em face de decisão monocrática, que deu provimento ao recurso de apelação do INSS e à remessa oficial, para reformar a sentença que julgou procedente o pedido.

Sustenta a agravante que preenche os requisitos legais para concessão do benefício pretendido ante a comprovação de labor rural através de início de prova material e prova testemunhal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Para obtenção da aposentadoria por idade rural, no valor de um salário mínimo, exige-se a idade de 55 anos, se mulher, e 60 anos, se homem e o efetivo exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses idêntico à carência do benefício em questão (artigos 48, 142 e 143 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991). Para os rurícolas, dispensa-se a comprovação de recolhimentos de contribuições, sendo suficiente à prova da idade mínima e do exercício de atividade rural, dentro do período estabelecido no artigo 142 da referida lei.

O entendimento jurisprudencial, no que diz respeito ao reconhecimento do labor rurícola, atina-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento (art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91), mas requer a existência de início de prova material, corroborado por robusta prova testemunhal para demonstração da atividade rural. Neste sentido, o entendimento do C. STJ:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. DOCUMENTOS EXTEMPORÂNEOS. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE ADMITIR PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL.

1. Não são considerados início razoável de prova material os documentos que não sejam contemporâneos à época do suposto exercício de atividade profissional, como no presente caso, em que a certidão foi emitida 10 anos após o implemento da idade.

2. *Esta Corte possui entendimento sumulado de que a prova exclusivamente testemunhal não basta para a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício*

previdenciário (Súmula 149/STJ).

3. Dessa forma, sendo inservíveis os documentos apresentados pela parte autora não faz jus à concessão de aposentadoria rural.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1312716/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

Ainda, reputa-se, desnecessário que a prova material abranja todo o período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, desde que a prova testemunhal seja robusta, permitindo sua vinculação ao tempo de carência.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. COMPROVAÇÃO DO REQUISITO ETÁRIO E DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL PELO PERÍODO DE CARÊNCIA COM BASE NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.

1. *É firme o entendimento desta Corte de que para o reconhecimento do labor rural não se exige que a prova material abranja todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal apta a ampliar a eficácia probatória dos documentos, como no caso dos autos.*

2. Agravo Regimental do INSS desprovido.

(AgRg no AREsp 146.600/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal *a quo* concluiu que o autor preencheu os requisitos para a concessão da aposentadoria, ressaltando que a prova documental foi complementada pela testemunhal.

2. Acolher a pretensão do agravante, de que não foram preenchidos todos os requisitos para a concessão de aposentadoria de trabalhador rural, é tarefa que demandaria o revolvimento dos elementos fático-probatórios da demanda, o que é vedado na presente seara recursal, consoante a Súmula 7/STJ.

3. *Para o reconhecimento do tempo de serviço do trabalhador rural, não há exigência legal de que o documento apresentado como início de prova material abranja todo o período que se quer comprovar. É preciso, no entanto, que o início de prova material seja contemporâneo aos fatos alegados e referir-se, pelo menos, a uma fração daquele período, corroborado com prova testemunhal, o qual amplie sua eficácia probatória. Precedentes.*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1320089/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 18/10/2012)

Quando a questão diz sobre a possibilidade de extensão do início de prova material a outro integrante do grupo familiar, também já se encontra pacificado o entendimento no âmbito do E. STJ. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de aposentadoria rural por idade. A sentença de procedência foi mantida pelo Tribunal *a quo*.

2. É legítima a extensão da qualificação rural de cônjuge em certidão pública ao trabalhador que pretende configurar-se segurado especial, assim como é possível considerar o mesmo documento, por si só, como início de prova material, desde que consubstanciado por robusta prova testemunhal. Precedente do STJ.

3. Embora o início de prova material seja anterior ao implemento do requisito etário, a continuidade do trabalho rural foi atestada pela prova testemunhal. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 187.139/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012)

No caso, o requisito etário restou preenchido em 2004 (fls. 12).

A parte autora apresentou certidão de casamento, celebrado em 1973, na qual informa a ocupação do marido como lavrador (fls. 13) e cópias da CTPS, na qual consta um vínculo de atividade rural no período de 05/07/1982 a 08/10/1982 (fls. 14/19).

No caso em exame, o início de prova material se resume apenas em dois documentos, o primeiro no qual o cônjuge empresta a qualificação a esposa datado de 1973 e o segundo, um curto vínculo rural, datado de 1982, inexistindo demais provas nos autos que indiquem o labor campesino exercido pela autora pelo tempo de carência necessário.

Saliente-se que embora a prova testemunhal corrobore o apontamento desse documento, não é suficiente para demonstrar, solitariamente, os fatos alegados nos demais períodos, visto que desacompanhada de início de prova material idôneo.

Ademais, os dados provenientes do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, juntados a fls. 49/57 e 114/118, apontam que o marido da autora recolheu contribuições previdenciárias individuais no período de 1985/2005 nas qualidades de empresário e pedreiro. Deste modo, com a demonstração da atividade urbana a partir de 1985, mostra-se insuficiente para os fins colimados a extensão da prova de atividade rural anterior a este período. Ainda, a própria autora se inscreveu na previdência social em 1980 com a ocupação de costureira e verteu contribuição como tal no mês de setembro/1987.

Nesse sentido, transcrevo julgado proferido no âmbito desta C. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. RECURSO IMPROVIDO.

- Divergência restrita à comprovação, ou não, do exercício da atividade rural em regime de economia familiar, por meio de documentos do marido, extensíveis à mulher.

- *Na falta de documentos próprios que sirvam de início de prova documental, toda a prova foi alicerçada no exercício da atividade rural do marido, que deixou de trabalhar no campo em 1984, dezoito anos antes da embargante completar o requisito da idade, e que veio a se aposentar como comerciante.*

- Ausente a prova material, resta apenas a prova testemunhal, esbarrando a pretensão da embargante no enunciado da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça.

- Embargos infringentes improvidos.

(TRF3-Região, EI 200603990175390, 3ª Seção, Rel. Des. Federal EVA REGINA, julgado em 11/03/2010, DJF3 CJ1 DATA: 09/04/2010 PÁGINA: 6)

Cabe ressaltar que a prova testemunhal foi vaga, as testemunhas não souberam mencionar que atividades a autora desenvolveu e nem em que épocas ela trabalhou nos locais mencionados e ainda afirmaram que o marido da autora possuiu um “boteco”, o que demonstra o

afastamento dele em relação às atividades campesinas.

Desse modo, em face do frágil conjunto probatório que não demonstrou o efetivo exercício de atividade rural pelo período de carência exigido em lei, inviável a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo legal.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0012005-64.2007.4.03.9999

(2007.03.99.012005-7)

Agravante: GUMERCINDO VERGÍLIO BRANDÃO

Agravada: R. DECISÃO DE fls. 112/114

Apelante: GUMERCINDO VERGÍLIO BRANDÃO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE JACAREÍ - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: AC 1186013

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2013

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CÔMPUTO DE TEMPO POSTERIOR À EC 20/98. CUMPRIMENTO DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO PREVISTAS NO ART. 9º. CONCESSÃO DA APOSENTADORIA PROPORCIONAL.

1. Embora não tivesse completado o tempo mínimo exigido para a aposentadoria proporcional (30 anos), na data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, o segurado efetuou recolhimentos para a Previdência Social como contribuinte individual desde a competência de maio de 1999, perfazendo o tempo total de 32 anos, 8 meses e 24 dias até 22/08/2003 (DER).

2. Por outro lado, o autor cumpriu os requisitos previstos no art. 9º da EC 20/98 para a aposentadoria com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quais sejam, o período adicional de contribuição ("pedágio"), equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, na data da publicação dessa Emenda (16.12.98), faltava para atingir o limite mínimo de 30 anos, e a idade mínima de 53 anos na data do requerimento.

3. Portanto, deve ser reformada a decisão monocrática na parte em que deixou de conceder ao autor a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, devendo ser concedido o benefício a partir da data do requerimento administrativo.

4. Agravo a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de abril de 2013.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de agravo

interposto por GUMERCINDO VERGÍLIO BRANDÃO em face de decisão monocrática (fls. 112/114), a qual deu parcial provimento à apelação do autor para reconhecer como especial o tempo de serviço trabalhado nos períodos de 31/08/1987 a 28/02/1988 a 31/08/1988 e 01/09/1988 a 05/03/1997.

Sustenta o agravante, em síntese, que a decisão deixou de apreciar o pedido para conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, apesar de ter preenchido os requisitos necessários para a sua concessão.

Ademais, ressalta que, continuou contribuindo para a Previdência Social após a Promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 e o período contribuído após essa data deve ser computado para fins de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): O agravo interposto merece acolhimento.

Inicialmente, submeto o ponto controvertido da decisão agravada à apreciação deste colegiado:

Assim, deve ser convertido o tempo de serviço especial para comum, entretanto, não faz jus o autor à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, uma vez que o período trabalhado com registro em carteira profissional, mesmo se considerada a conversão da atividade especial para comum, é inferior ao tempo mínimo exigido pelo art. 52 da Lei nº 8.213/91, perfazendo o total de 28 anos, 5 meses e 1 dia até a data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98.

Quanto à alegação do agravante de que faria jus à aposentadoria proporcional, com o cômputo do tempo posterior a 15/12/1998 (data da EC 20/98) e anterior à DER (data de entrada do requerimento administrativo - 22/08/2003), assiste-lhe razão.

Com efeito, em consulta ao cadastro CNIS realizada no gabinete deste relator, verificou-se que, embora o autor não tivesse completado o tempo mínimo exigido para a aposentadoria proporcional (30 anos), na data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, o segurado efetuou recolhimentos para a Previdência Social como contribuinte individual desde a competência de maio de 1999, perfazendo o tempo total de 32 anos, 8 meses e 24 dias até 22/08/2003 (DER).

Por outro lado, o autor cumpriu os requisitos previstos no art. 9º da EC 20/98 para a aposentadoria com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quais sejam, o período adicional de contribuição ("pedágio"), equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, na data da publicação dessa Emenda (16.12.98), faltava para atingir o limite mínimo de 30 anos, e a idade mínima de 53 anos na data do requerimento.

Portanto, deve ser reformada a decisão monocrática na parte em que deixou de conceder ao autor a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, devendo ser concedido o benefício a partir da data do requerimento administrativo.

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08/04/1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região), e pelo mesmo critério de atualização dos benefícios previdenciários previsto na legislação respectiva, o qual está resumido no *Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal*, aprovado pela Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal.

Sobre esses valores incidirão, ainda, juros de mora no percentual de 1% ao mês a partir da citação, nos termos do art. 406 do novo Código Civil. A partir da vigência da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).

O INSS arcará, ainda, com o pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, entendida esta como a somatória das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado foi modificado pela Terceira Seção em 27/09/2006 para que constasse expressamente que, nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença.

Por fim, ressalto que, em consulta ao cadastro CNIS, verificou-se também que foi concedido administrativamente ao segurado o benefício aposentadoria por tempo de contribuição, com DIB em 22/09/2009. Assim, fica assegurada a opção pelo benefício mais vantajoso.

Posto isso, DOU PROVIMENTO ao agravo para reformar em parte a decisão monocrática e DAR PROVIMENTO à apelação do autor, para conceder-lhe a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, na forma da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0003481-33.2010.4.03.6100

(2010.61.00.003481-8)

Parte Autora: UNIÃO FEDERAL

Partes Rés: LOURDES CARNAZ E OUTROS

Sucedidas: LAURA CORREA DA SILVA LADEIRA (falecida) E LEONILDA DE OLIVEIRA BICUDO (falecida)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY

Classe do Processo: REO 1643487

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2013

DECISÃO

Vistos,

Trata-se de remessa oficial de sentença proferida em sede de embargos à execução opostos pela União Federal, oriundos de ação de complementação de pensões por morte de ex-ferroviários da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A.

DECIDO.

O artigo 557, *caput*, e seu § 1º-A, do Código de Processo Civil autorizam o Relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior e a dar-lhe provimento se estiver de acordo com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

E esta é a hipótese do caso vertente.

DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A ação de conhecimento foi proposta no Juízo Estadual (fls. 02-15 do apenso), em face da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, empresa que teve a totalidade de suas ações transferida para a Rede Ferroviária Federal - RFFSA, nos termos da Lei Estadual nº 9.343/96.

Posteriormente, por força da Lei nº 11.483/2007, a União passou a integrar a relação jurídica processual, como sucessora legal da extinta a RFFSA (Rede Ferroviária Federal), *in verbis*:

Art. 2º A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - A União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do *caput* do art. 17 desta Lei;

Esclareça-se que a ressalva preconizada pelo dispositivo transcrito refere-se às ações propostas por empregados ativos, as quais passariam a ficar a cargo da empresa pública "VA-LEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A" (art. 17, inc. II, da Lei nº 11483/200).

Nesse rumo, a rigor, a competência para julgamento das respectivas demandas ficaria estabelecida nos moldes da Súmula 365, do C. Superior Tribunal de Justiça: “A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual”.

Vinha esta Magistrada, entendendo, porém, em casos que tais, no sentido de, excepcionalmente, declinar da competência, por se tratar de obrigação cometida à Fazenda do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 4º e parágrafo 1º da Lei Estadual nº 9343/96.

A questão foi levada às Cortes Superiores, tendo o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COMPETÊNCIA. INCORPORAÇÃO DA FEPASA PELA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL - POSTERIORMENTE, EXTINTA E SUCEDIDA, EM SUAS OBRIGAÇÕES, PELA UNIÃO. REMESSA DA AÇÃO ORIGINAL À JUSTIÇA FEDERAL.

1. A Ferrovia Paulista S/A (FEPASA) foi incorporada pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), a qual, posteriormente, foi extinta, nos termos da Lei nº 11.483/07, tendo sido sucedida pela União.

2. Intervindo a União no feito, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal, é de se deslocar a competência para a Justiça Federal.

3. Embargos de declaração acolhidos.

(STF, Rcl 4803 ED/SP, Rel. Dias Toffoli, Pleno, v.u., DJU 25.05.2011, p. 142)

De seu turno, o C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de Conflito de Competência, na 1ª Seção, que é a competente para julgar matéria previdenciária, decidiu, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA, RFFSA, AUTARQUIA SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL. REVISÃO DE PENSÃO. BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado por MARLENE FERRAZ E OUTROS contra o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, no âmbito de ação ordinária para concessão de benefício previdenciário proposta contra a RFFSA.

A demanda foi proposta perante o Juízo Estadual, o qual julgou procedente o pedido. No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declinou da competência ao argumento de que “dispõe a Lei nº 11.483/2007, em seu artigo 2º, inciso I, que a partir de 22 de janeiro de 2007 a União sucederá a extinta RFFSA no direitos obrigações e ações judiciais em que seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada” (fl. 98, e-STJ). O que atrairia a competência da Justiça Federal.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região se deu por absolutamente incompetente, por entender que “a RFFSA não é sucessora da FEPASA nas obrigações específicas de complementação de aposentadoria de seus ex-empregados” (fl. 99 e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pela declaração da competência da Justiça Federal (fls. 108/110, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

Conheço do presente conflito porque presente a hipótese do art. 105, I, “d”, da Constituição Federal. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a intervenção da União, como sucessora processual da extinta RFFSA (Rede Ferroviária Federal S/A), enseja o deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 109, I, da CF/1988).

A propósito:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E FEDERAL. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL. RFFSA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM DECOR-

RÊNCIA DA SUCESSÃO DA EMPRESA ESTATAL PELA UNIÃO. SÚMULA 365 STJ.

1. A competência da Justiça Federal é prevista no art. 109, I, da Carta Magna de 1988, que assim dispõe: 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, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

2. *In casu*, diante do caráter da sucessão legal ocorrida da RFFSA pela União, inarredável o deslocamento da competência do feito para a Justiça Federal, ainda que em fase executória. Precedentes deste Colendo Superior Tribunal de Justiça: CC 75897/RJ Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 27/02/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 17/03/2008; CC Nº 95.256 - RJ (2008/0082798-7) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 26/8/2008; EDcl no CC 90856 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 11/02/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 05/03/2009; CC 75894/RJ Relator(a) MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (8135) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 26/03/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 05/05/2008.

3. Inteligência da Súmula 365 do STJ: 'A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo Estadual'.

4. Conflito conhecido para fixar a competência da Justiça Federal." (CC 107.173/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.2.2010, DJe 10.3.2010.)

(...)

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO (NEGATIVO) DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA A EXTINTA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. - RFFSA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, NA QUALIDADE DE SUCESSORA DA EXECUTADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Por força do art. 1º da Lei 11.483/2007 (conversão da Medida Provisória 353/2007), foi 'encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA'. De acordo com o art. 2º, I, 'a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, opoente ou terceira interessada', ressalvadas as demandas de natureza trabalhista.

2. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que a competência da Justiça Federal tem como critério definidor, em regra, a natureza das pessoas envolvidas no processo, de modo que a ela cabe 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, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho' (art. 109, I, da CF/88).

3. Assim, considerando a legitimidade da União para atuar no presente feito, porquanto sucessora processual da extinta RFFSA, é imperioso concluir que a hipótese amolda-se na esfera de competência da Justiça Federal. Nesse sentido: CC 75.900/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.8.2007; CC 54.762/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 9.4.2007.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ANGRA DOS REIS- SJ/RJ, o suscitante."

(CC 75.897/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 27.2.2008, DJE 17.3.2008.)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL - ART. 575, II, DO CPC - INTERVENÇÃO DA UNIÃO NO FEITO DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

1. Estatui o art. 575, II, do CPC que a competência para conhecer de execução fundada em título judicial é do Juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

2. Todavia, depreende-se que a intervenção da União no feito executivo, como sucessora processual da extinta RFFSA (Rede Ferroviária Federal S/A), enseja o deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição da República).

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara e Juizado Especial Previdenciário de Santo Ângelo - SJ/RS, o suscitante.”

(CC 54762/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.3.2007, DJ 9.4.2007, p. 219.)

Acrescente-se ainda que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a Justiça Federal é competente para processar e julgar ação em que funcionários inativos da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA que postulam a revisão da complementação de suas aposentadorias, porquanto tais verbas possuem natureza previdenciária que estão a cargo da União Federal.

A propósito:

“ADMINISTRATIVO E PROCESUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA TRABALHISTA E JUSTIÇA COMUM. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE. VIÚVA DE EX-FUNCIONÁRIO DA RFFSA. AUTARQUIA SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL. BENEFÍCIO DE NATUREZA EMINENTEMENTE PREVIDENCIÁRIA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária em que se busca a revisão de pensão concedida à viúva de ex-ferroviário da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA.

2. A União sucedeu legalmente à RFFSA em seus direitos e obrigações, de modo que o pedido de revisão de pensão por morte em desfavor de ente federal deve ser submetido a julgamento perante a Justiça Federal. A propósito, cite-se: CC 108.030/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção DJe 18/3/2010 e AgRg no CC 80.911/MG, Rel. Ministro Og. Fernandes, Terceira Seção, DJe 24/4/2009.

3. Por tratar-se de benefício de natureza eminentemente previdenciária, a pretensão de revisá-lo, ainda que fosse decorrente de acidente de trabalho, recai sobre o dever de julgar atribuído à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição da República. Precedentes: AgRg no CC 110.701/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 7/2/2011 e CC 37.987/SP, Rel. Ministro Paulo Medina, Terceira Seção, DJ 23/6/2003.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Três Rios - SJ/RJ, ora suscitado.”

(CC 113440/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 23.3.2011, DJe 29.3.2011.)

“PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO DO TRABALHO. FUNCIONÁRIOS APOSENTADOS DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA. PEDIDOS DE REAJUSTE DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E CONCESSÃO DE ‘AJUDA DE ALIMENTAÇÃO’ A SEREM SUPOSTADOS PELA UNIÃO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DA MATÉRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. ANULAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO PROFERIDA PELO JUÍZO TIDO POR INCOMPETENTE. ART. 122, *CAPUT*, E PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC.

1. Compete à justiça federal processar e julgar ação em que funcionários inativos da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA postulam a revisão da complementação de aposentadoria e a concessão da parcela ‘ajuda de alimentação’, verbas essas a cargo da União, ante o nítido caráter previdenciário da controvérsia. Precedentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

2. De se ressaltar que o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, no julgamento do recurso ordinário, declinou da competência para a justiça federal, sem antes anular a sentença de mérito proferida pelo juízo trabalhista de primeira instância, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, impede o seu conhecimento.

3. Todavia, a questão posta em debate no presente conflito de competência encontra-se pacificada no âmbito Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, esta Casa, em respeito ao

princípio da celeridade da prestação jurisdicional, tem admitido a anulação, desde logo, dos atos decisórios proferidos pelo juízo considerado incompetente, remetendo-se os autos ao juízo declarado competente nos termos do art. 122, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, ora suscitado, anulando-se a sentença de mérito proferida pelo juízo trabalhista de primeira instância.”

(CC 95256/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 13.8.2008, DJe 26.8.2008.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, conheço do presente conflito, para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o suscitado. Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 30 de novembro de 2012.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator (CC 120197, Rel. Min. Humberto Martins, decisão monocrática, DJUe 05.12.2012)

Destarte, considerando que o Excelso Pretório e o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificaram o tema alusivo à competência da Justiça Federal, contrariamente ao que esta Relatora vinha decidindo, curvo-me ao entendimento retroassinalado.

Dou-me, destarte, por competente.

DA COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 3ª SEÇÃO E DAS VARAS PREVIDENCIÁRIAS

O Órgão Especial deste E. Tribunal firmou entendimento segundo o qual as ações que visem a percepção de reajustes e complementações de aposentadorias e pensões de ex-ferroviários da extinta Rede Ferroviária Federal (por sucessão à extinta FEPASA) têm natureza previdenciária, em face do quê são as Varas Federais Especializadas nessa matéria as competentes para processar e julgar aludidas demandas.

A propósito *in verbis*:

PROCESSO CIVIL - REVISÃO DE BENEFÍCIO - COMPLEMENTAÇÃO - APOSENTADORIAS E PENSÕES DE EX-TRABALHADORES DA RFFSA - BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA - COMPETÊNCIA DAS VARAS ESPECIALIZADAS PRESEÇÃO - CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. A revisão da complementação dos benefícios de aposentadorias e pensões devidas aos ex-trabalhadores da Rede Ferroviária Federal S/A deverá ser processada e julgada pelas varas especializadas previdenciárias, com recursos à Terceira Seção deste Tribunal Regional Federal, em face da natureza previdenciária do benefício.

2. Conflito improcedente. Competência da Suscitante declarada.

(TRF3, CC nº 2006.03.00.003959-7, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, Órgão Especial, v.u., DJU 24.05.2006, p. 303)

No mesmo sentido: TRF3, CC nº 2006.03.00.82203-6, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, Órgão Especial, v.u., DJU 26.03.2008, p. 130; CC 2008.03.00.017179-4, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, Órgão Especial, v.u., DJUe 23.10.2009; CC 0031082-15.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, Órgão Especial, m.v., DJF3 15.10.2010, p. 30.

Destarte, deve ser reconhecida, de ofício, a incompetência do Juízo Federal da 26ª Vara de São Paulo, devendo os autos serem encaminhados a uma das Varas Previdenciárias da Seção Judiciária da Capital, SP, bem assim a nulidade da sentença dos embargos à execução.

Nesse sentido:

(...) Conforme se verifica por meio dos autos, trata-se de pedido de pagamento de complementação de aposentadoria de ex-funcionários da FEPASA, julgado procedente e, atualmente, em fase de execução definitiva.

Esta ação fora originariamente proposta em face da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A na Justiça Estadual. Posteriormente, houve sucessão da FEPASA pela Rede Ferroviária Federal S/A, que a incorporou. Com o advento da Lei n. 11.483, de 31 de maio de 2007, a União sucedeu a extinta Rede Ferroviária Federal S/A em todos os direitos, obrigações e ações judiciais.

Por esses motivos, os autos foram remetidos à Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, pois a União passou a integrar o pólo passivo da demanda. O feito foi redistribuído ao Douto Juízo da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, que, depois da oposição de embargos à execução, da apresentação de cálculos e de todo o trâmite processual, proferiu a decisão ora agravada, reconsiderando decisões anteriores, excluindo a União da relação processual e determinando a devolução dos autos ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo.

No entanto, com fundamento em precedente do Órgão Especial desta Egrégia Corte de Justiça, firmou-se entendimento no sentido da natureza previdenciária da demanda, o que implica impossibilidade de revisão da decisão agravada, por ter sido proferida em Juízo Cível.

(...)

Destaque-se que, em ambos os julgamentos, foi reconhecida a competência das varas previdenciárias, para o processamento e o julgamento de feitos relativos à complementação de aposentadorias e pensões deixadas por ex-ferroviários da Rede Ferroviária Federal S/A.

Diante do exposto, *ex officio*, reconheço a incompetência do D. Juízo da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, para apreciar e julgar a matéria relativa a estes autos e a todos os demais incidentes dela decorrentes e, nos termos da fundamentação supra, determino a remessa do feito subjacente, para distribuição a uma das Varas Previdenciárias da Primeira Subseção da Justiça Federal de São Paulo. Julgo prejudicado deste agravo de instrumento (...). (TRF3, AI 2011.03.00.036331-1, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, decisão monocr., DJUe 10.01.12)

(...) Consoante constou do *decisum* ora impugnado, a ação subjacente versa sobre a complementação de proventos de aposentadoria de ex-ferroviário da FEPASA, inicialmente demandada, estando os autos na fase de execução de sentença.

Integrando a União a relação jurídica processual na legítima condição de autora ou ré, incide o disposto no art. 109, I, da Carta Republicana de 1988, de modo que a justiça federal é absolutamente competente para processar e julgar as respectivas ações em razão da pessoa (*ratione personae*), ensejando-lhe o imediato deslocamento no caso das que tenham antes tramitado pelo juízo estadual.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 365, segundo a qual “A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual”. Não obstante, o Órgão Especial desta Corte já decidiu que a complementação dos proventos da aposentadoria de ferroviários da RFFSA tem natureza eminentemente previdenciária (CC nº 2006.03.00.082203-6, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 27/02/2008, DJU 26/03/2008, p. 130). Definida a natureza da demanda, desloca-se às varas federais especializadas em matéria previdenciária a competência para apreciá-la, nos termos do Provimento nº 186/99 - C/JF/3ªR. Precedentes TRF3: 2ª Turma, AC nº 96.03.042595-8, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, j. 21/11/2006, DJU 02/02/2007, p. 332, 3ª Seção, CC nº 2001.03.00.015499-6, Rel. Juíza Fed. Conv. Márcia Hoffman, j. 23/11/2006, DJU 26/01/2006, p. 234.

Por conseguinte, de rigor declarar, *ex officio*, a incompetência do Juízo Federal da 24ª Vara de São Paulo/SP, anulando-se a r. sentença de fls. 126/132 e determinando seja o feito encaminhado a uma das Varas Previdenciárias da Capital, para nova decisão.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração com efeitos modificativos para reconsiderar a decisão de fls. 192/194. Na sequência, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, declaro, *ex officio*, a incompetência do Juízo Federal da 24ª Vara de São Paulo/SP. Nego seguimento à apelação, pois prejudicada (...). (TRF3, AC 2008.03.99.015028-5, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, decisão monocr., DJUe 09.01.2013)

DA REMESSA OFICIAL

Ante o acima expendido, dada declaração da nulidade da r. sentença, fica prejudicada a remessa oficial.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do CPC, *de ofício, declaro a incompetência do Juízo Federal da 26ª Vara de São Paulo e determino sejam os autos encaminhados a uma das Varas Previdenciárias da Seção Judiciária da Capital, SP, bem como declaro a nulidade da sentença. Julgo prejudicada a remessa ex officio.*

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de janeiro de 2013.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0015153-68.2011.4.03.0000
(2011.03.00.015153-8)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: ARMANDO DOS SANTOS FERREIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUÁ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AR 8096
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. PRELIMINAR. NÃO CABIMENTO DA MEDIDA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. OFENSA À COISA JULGADA. AÇÕES IDÊNTICAS. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA AÇÃO SUBJACENTE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

1. Os argumentos que dão sustentação à preliminar arguida, por tangenciarem o mérito, com este serão analisados.
2. Segundo o disposto nos § 2º e 3º do artigo 301 do Código de Processo Civil, uma “ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Há coisa julgada, “quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.
3. Verifica-se a preexistência de ação de cunho previdenciário proposta pela parte ré no Juizado Especial Federal Cível de São Paulo, sob o nº 2004.61.84.208968-3, na qual requereu a concessão de aposentadoria por invalidez, com DIB retroativa a 3/8/96.
4. Posteriormente, em 27/4/2005, a ré ajuizou a ação nº 609/05, distribuída à 6ª Vara do Juízo de Direito da Comarca de Mauá/SP, em que pleiteou a concessão de aposentadoria por invalidez, com DIB retroativa a 3/8/96.
5. A pretensão desta ação rescisória é a rescisão do julgado proferido na segunda ação ajuizada pela ré.
6. Tratando-se de ação que busca aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, em princípio, é possível a propositura de nova ação pleiteando o mesmo benefício, desde que fundada em causa de pedir diversa, decorrente de eventual agravamento do estado de saúde da parte ou do surgimento de novas enfermidades. Tal raciocínio, entretanto, não permite à parte autora a propositura de várias ações discutindo a mesma moléstia, à busca de decisões judiciais diversas, a partir de uma conclusão médica.
7. Na hipótese, a parte autora não demonstrou a ocorrência de fato novo a amparar o ajuizamento de nova ação. Do cotejo das perícias realizadas, verifica-se que ambas analisaram os mesmos fatos e as mesmas doenças.
8. A existência de duas decisões sobre a mesma relação jurídica configura ofensa à coisa julgada, nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, além de violar o artigo 267, inciso V, do mesmo *Codex*.
9. A Seção, por maioria, entendeu que a mera repropositura da ação pelo mesmo patrono anteriormente constituído, por si só, não permite presumir que a ré tenha, *ipso*

facto, anuído com a deslealdade ou má-fé processual. Somente em ação autônoma, com instrução própria e assegurada a ampla defesa, seria possível certificar-se da efetiva participação da segurada na decisão de ajuizar a nova ação, justificando assim a imputação das consequências da quebra do dever processual de probidade imposto no artigo 14, II do CPC. Pedido de restituição formulado pelo INSS não conhecido, nos termos do voto divergente, vencida a Relatora.

10. Preliminar rejeitada. Ação rescisória procedente. Ação subjacente extinta sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Pedido de restituição de valores não conhecido.

11. Sem condenação em verbas de sucumbência, por ser a parte ré beneficiária da Justiça Gratuita.

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, julgar procedente o pedido formulado nesta ação rescisória, e, em novo julgamento, extinguir a ação subjacente sem resolução de mérito, a teor do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, sem condenação em verbas de sucumbência, por ser a parte ré beneficiária da justiça gratuita, nos termos do voto da Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora). E, por maioria, não conheceu do pedido de restituição de valores formulado pelo INSS, nos termos do voto do Desembargador Federal PAULO FONTES (Revisor), no que foi acompanhado pelos Juízes Federais Convocados SOUZA RIBEIRO, CARLOS FRANCISCO, CARLA RISTER, DOUGLAS GONZALES, BAPTISTA PEREIRA, THEREZINHA CAZERTA (por fundamento diverso) e SÉRGIO NASCIMENTO. Vencidas, em parte, a Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora), que julgava procedente o pedido de restituição de valores, e a Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI e a Desembargadora Federal LUCIA URSAIA, que julgavam improcedente este pedido.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2013.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para, com fundamento no art. 485, IV do CPC, *desconstituir* o v. julgado que manteve a sentença de procedência do pedido de aposentadoria por invalidez.

Alega ter a decisão rescindenda (processo nº 2010.03.99.010172-4) sido proferida com violação à coisa julgada que se formou no processo nº 2004.61.84.208968-3.

Pretende a rescisão do acórdão e, em consequência, a extinção do processo sem julgamento de mérito, com o reconhecimento do direito à restituição das parcelas pagas em decorrência do aresto rescindendo.

Pleiteia antecipação da tutela para a suspensão da execução.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 8/333.

Pela decisão de fls. 335/336, foi dispensado o depósito a que alude o artigo 488 do CPC, bem como concedido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurídica.

Em resposta, o réu alega, preliminarmente, o não cabimento da presente rescisória. No mérito, sustenta que “as decisões administrativas sobre incapacidade ao trabalho são revistas de forma periódica, e sujeitas a mudanças, de acordo com a situação momentânea do segurado.” Pugna pela improcedência da ação e pela concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

Réplica às fls. 381/383.

Dispensada a dilação probatória pela decisão de fls. 385, as partes foram ouvidas em razões finais (fls. 387/390 e 392/394).

O DD. Órgão do Ministério Público Federal opinou pela procedência desta ação rescisória (fls. 396/397).

É o relatório.

À revisão (artigo 34, I, do Regimento Interno desta Corte).

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com o fim de desconstituir o v. julgado que, ao dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, manteve a sentença que julgou procedente o pedido de aposentadoria por invalidez e concedeu a antecipação da tutela.

Preliminarmente, concedo à parte ré os benefícios da Justiça Gratuita, requeridos em contestação.

A ação rescisória é o remédio processual (art. 485 do CPC) de que a parte dispõe para invalidar sentença de mérito transitada em julgado, dotada de eficácia imutável e indiscutível (art. 467 do CPC). Nessas condições, o que ficou decidido vincula os litigantes. A ação rescisória autoriza as partes a apontar imperfeições no julgado; seu objetivo é anular ato estatal com força de lei entre as partes.

A tanto, assinalo não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação, pois o ajuizamento desta rescisória deu-se em 2/6/2011 e o trânsito em julgado do *decisum*, em 7/5/2010 (fl. 267).

Os argumentos que dão sustentação à preliminar arguida, por tangenciarem o mérito, com este serão analisados.

Superadas as objeções processuais, passo ao exame do mérito, cuja solução reclama a análise da ofensa à coisa julgada.

Aduz o autor que o réu ajuizou anteriormente ação entre as mesmas partes, com idêntico pedido e causa de pedir, julgada improcedente e transitada em julgado. Afirma que, ao apreciar causa já julgada, a decisão rescindenda também violou a legislação.

Segundo o disposto nos §§ 2º e 3º do artigo 301 do Código de Processo Civil, uma “ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Há coisa julgada, “quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

No caso em discussão, analisada a documentação trazida à colação pela autarquia, verifica-se a preexistência de ação de cunho previdenciário proposta pela parte ré no Juizado Especial Federal Cível de São Paulo, sob o nº 2004.61.84.208968-3, na qual havia requerido a concessão de aposentadoria por invalidez, com DIB retroativa a 3/8/96.

Naquela oportunidade, o pedido foi julgado improcedente, por ter a perícia judicial concluído pela capacidade laboral da parte. A decisão transitou em julgado em 24/8/2005.

Posteriormente, em 27/4/2005, o réu ajuizou a ação nº 609/05, distribuída à 6ª Vara do Juízo de Direito da Comarca de Mauá/SP, em que pleiteou a concessão de aposentadoria por invalidez, com DIB retroativa a 3/8/96.

O pedido foi julgado procedente em Primeira Instância - inclusive com a concessão de tutela antecipada -, com confirmação em grau de recurso (Apelação Cível nº 2010.03.99.010172-4, julgada em 12/4/2010), por ter o laudo pericial concluído pela falta de condições do demandante para o desempenho de atividade laborativa.

O benefício foi implantado em 7/7/2009 (NB nº 5363806483) e a decisão transitou em julgado em 7/5/2010 (fl. 267).

A pretensão desta ação rescisória é a desconstituição do julgado proferido na segunda ação ajuizada pela parte ré.

Tanto na segunda ação proposta quanto na anterior, o pedido e a causa de pedir são idênticos, assim como lhes são comuns as partes. Em ambas, o pedido é a concessão de aposentadoria por invalidez.

Com efeito, na primeira ação (processo nº 2004.61.84.208968-3), alegou o réu:

I - Depois de ter laborado por longos anos na atividade urbana, como segurado do INSS, sendo seu último emprego na indústria VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA., sediada na Via Anchieta, KM 23,5 - Demarchi - São Bernardo do Campo - SP - CEP 09823-901, no período de 22/1/87 a 7/8/96, encontra-se o autor completamente inválido para as suas atividades habituais, sofrendo de males incuráveis, tais como DISTÚRBIOS NEUROPSIQUIÁTRICOS.

Foram acostadas cópias dos seguintes documentos: CPF e RG do réu (autor naquela ação); CTPS; ficha médica, relativa ao período de 1987 a 1996; Boletim de Ocorrência nº 0.798, de 4/4/1995; laudo médico-pericial do INSS.

A perícia (8/10/2004) assim se pronunciou:

Análise e discussão dos resultados

O periciando apresentou grave consumo de álcool durante boa parte de sua vida adulta, interrompendo o consumo em 1997. Relata que alguns problemas permaneceram, tais como: dores nas panturrilhas, zumbido no ouvido esquerdo e dificuldades de memória. As queixas são brandas e não caracterizam incapacidade funcional para sua profissão. Não se nota, em relação à memória, senão discreta dificuldade evocativa, as dores nas pernas só se manifestam após algum período de esforço físico e o problema de ouvido pode ser beneficiado com acompanhamento com otorrinolaringologista, mas não é motivo de incapacidade.

Em resumo: sua doença se acha controlada desde 1997. Não está caracterizada incapacidade funcional.

Na segunda ação (processo nº 609/05), sustentou o réu (autor naquela ação):

I - Depois de ter laborado por longos anos na atividade urbana, como segurado do INSS,

sendo seu último emprego na indústria VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA., sediada na Via Anchieta, KM 23,5 – Demarchi - São Bernardo do Campo - SP- CEP 09823-901, no período de 22/1/87 a 7/8/96, encontra-se o autor completamente inválido para as suas atividades habituais, sofrendo de males incuráveis, tais como SEQUELAS DE ALCOOLISMO CRÔNICO, ainda com DEFICIÊNCIA NOS MEMBROS INFERIORES e PERDA AUDITIVA.

O feito foi instruído com cópia dos seguintes documentos: CPF e RG do réu (autor naquela ação); CTPS; atestado médico e relatório, datados de 1/10/2004, os quais se reportam a internações ocorridas em 1995 e 1996; ficha médica, relativa ao período de 1987 a 1996; Boletim de Ocorrência nº 0.798, de 4/4/1995; laudo médico-pericial do INSS.

O laudo pericial (10/9/2006), por seu turno, consignou:

IX - DISCUSSÃO

Etilismo crônico

Segundo os dados disponíveis a partir do relatório de internação de 2004, verifica-se que o autor é portador de transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool-síndrome de dependência.

Os dados ambulatoriais da empregadora, no mesmo sentido, atestam a existência de etilismo crônico grave, anulando a capacidade de trabalho do autor nos dois últimos anos de emprego (1995 e 1996).

Não se questiona o fato de que, no momento, o autor apresenta distúrbios provocados pela dependência química ao álcool, o que o coloca em condições altamente desfavoráveis à sua adaptação social e sobretudo profissional.

Audição

(...)

Por princípio, o prejuízo da capacidade auditiva, independente do grau, não constitui base para caracterização de incapacidade laborativa total e definitiva, o que se pretende caracterizar no presente estudo pericial.

(...)

Membros inferiores

Nada digno de maior investigação foi constatado no exame físico.

Incapacidade Laborativa

Postas as considerações acima, em vista do quadro psiquiátrico que acompanha o autor, somos de parecer que o mesmo não dispõe de chances reais de adaptação em atividade laborativa útil.

Tratando-se de ação que busca aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, em princípio, é possível a propositura de nova ação pleiteando o mesmo benefício, desde que fundada em causa de pedir diversa, decorrente de eventual agravamento do estado de saúde da parte ou do surgimento de novas enfermidades.

Tal raciocínio, entretanto, não permite à parte autora a propositura de várias ações discutindo a mesma moléstia, à busca de decisões judiciais diversas, a partir de uma conclusão médica.

Na hipótese, a parte autora não demonstrou a ocorrência de fato novo a amparar o ajuizamento de nova ação. Do cotejo das perícias realizadas, verifica-se que ambas analisaram os mesmos fatos e as mesmas doenças.

Frise-se que o relatório datado de 2004 reporta-se a internações ocorridas em 1995 e 1996, a evidenciar a não existência de alteração do quadro fático apresentado na primeira demanda, tendo em vista a interrupção do consumo de bebida alcoólica em 1997.

Assim, a existência de duas decisões sobre a mesma relação jurídica configura ofensa à

coisa julgada, nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, além de violar os artigos 267, inciso V, do mesmo *Codex*.

Nesse sentido, tem decidido esta e. Terceira Seção (g.n.):

ACÇÃO RESCISÓRIA - PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR IDADE - RURAL - AUSENTE A FIGURA DO DOLO (INCISO III, ARTIGO 485 DO CPC) - AJUIZAMENTO DE AÇÕES IDÊNTICAS - OFENSA À COISA JULGADA (ART. 485, INCISO IV, CPC). RESCINDIDO O V. ACÓRDÃO. ANULAÇÃO DA R. SENTENÇA PROFERIDA NA ACÇÃO SUBJACENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

(...)

- A ação rescisória deve ser apreciada por subsunção ao artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, pois no caso dos autos os fatos e fundamentos do pedido também estão substancialmente embasados na existência de coisa julgada.

- Resta cristalino que a ré propôs *ação idêntica* e, assim, desconsiderou a norma do artigo 467 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a *eficácia da coisa julgada material, que torna imutável e indiscutível a sentença prolatada naquela primeira ação*.

- As duas ações propostas pela requerida objetivam o recebimento de aposentadoria por idade rural ao argumento de que atingiu a idade necessária para a percepção de benefício e sempre laborou nas lides do campo.

- É manifesta a ofensa à coisa julgada, *ex vi* do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

(...)

- Ação rescisória procedente. Rescindido o v. Acórdão da Primeira Turma deste Tribunal (AC nº 2000.03.99.002173-5). Anulada a r. sentença proferida na ação subjacente (Proc. 636/99 - Comarca de Palmeira D'Oeste). Decretada a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Concedida a tutela antecipada requerida pelo autor.

Determinada a imediata suspensão do pagamento do benefício à ré.

- Ré não condenada nas verbas da sucumbência por fazer jus aos benefícios da justiça gratuita. (AR - 1.467 Processo: 2001.03.00.007867-2 UF: SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, Data do Julgamento 28/7/2011, DJF3 CJ1 5/8/2011, p. 241)

ACÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA PRELIMINAR. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PEDIDO RESCISÓRIO FUNDAMENTADO NO INCISO IV (VIOLAÇÃO A COISA JULGADA) III (DOLO DA PARTE VENCEDORA) E V (VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI) DO ART. 485 DO CPC. AJUIZAMENTO DE AÇÕES IDÊNTICAS. AFRONTA À COISA JULGADA. RESCISÃO DO JULGADO. EXTINÇÃO DA DEMANDA ORIGINÁRIA NOS TERMOS DO ART. 267 V DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO COM FUNDAMENTO NOS INCISOS III E V DO ART. 485 DO CPC.

(...)

III - Ajuizamento de duas ações idênticas, objetivando a concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural.

IV - Ao considerar ser indispensável a existência de início de prova material para a valoração da prova testemunhal, o v. acórdão examinou o mérito do pedido deduzido judicialmente na primeira demanda e, como efeito, conferiu ao julgado uma decisão definitiva, formando assim, coisa julgada material.

V - Tendo sido negado o benefício de aposentadoria por idade rural, nos autos de nº 120/96, o ajuizamento de uma segunda ação, autos de nº 117/99, com idêntico pedido e causa de pedir, *caracteriza a intenção da ré, em obter um novo julgamento da ação anterior, utilizando-se deste segundo feito, como substitutivo da ação rescisória*, não proposta em tempo hábil para rescindir o julgamento anteriormente mal instruído.

VI - Caracterizada ofensa a coisa julgada, não pode prosperar a pretensão formulada pela demandante no feito subjacente, impondo-se sua extinção, sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, V, do Código de Processo Civil.

VII - Acolhido o pedido rescisório com fundamento no art. 485, IV, do CPC, prejudicado está o exame do pleito sob o prisma dos incisos III e V do mesmo artigo.

(...)

XIII - Matéria preliminar rejeitada. Improcedência do pedido rescisório, fundamentado nos incisos III (dolo) e V (violação a literal disposição de lei), do art. 485, do CPC, e procedência da ação rescisória, fundamentada no inciso IV (violação à coisa julgada), do art. 485, do CPC. Ação originária extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.

(AR - 1995 Processo: 2002.03.00.003158-1 UF: SP, Relatora Desembargadora Federal Maria-nina Galante, Data do Julgamento 22/07/2010, DJF3 CJ1 10/88/2010, p. 97)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. OFENSA À COISA JULGADA. IDENTIDADE DE PARTES, CAUSAS DE PEDIR E PEDIDOS CONFIGURADA. DEMANDA RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO ORIGINÁRIA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

- “Há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso” e “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (CPC, art. 301, §§ 2º e 3º, segunda parte).

- A ré promoveu duas ações em face do INSS, a fim de obter aposentadoria por idade: a primeira, ajuizada em 25.01.1994, foi julgada improcedente e transitou em julgado em 1996; e a segunda, distribuída em 25.06.1997, foi julgada procedente e transitou em julgado em maio de 1999.

- Existe também identidade na “causa de pedir”, pois, em ambas as ações, a ré dá como causa de pedir o exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, sem precisar os períodos que exerceu tal atividade, de forma a não se poder concluir que na segunda ação estaria inserido período rural trabalhado após a propositura da primeira ação.

- Embora se discuta, em ambas as ações, a existência de início razoável de prova documental, essa questão é alheia à discussão da existência de identidade de ações. Precedente desta Corte.

- Ação rescisória procedente. Ação originária extinta, sem resolução de mérito.

(TRF - 3ª Região - Terceira Seção - AR 200003000105968 - Ação Rescisória - 1052 - rel. Desembargadora Federal Eva Regina - DJF3 data: 29/09/2008)

Quanto ao pedido de restituição dos valores pagos a título de tutela jurisdicional, entendo que, neste caso específico, deve ser acolhido. A parte ré, patrocinada pelo mesmo advogado, ingressou com uma ação no Juizado Especial Federal e, logo após o julgamento de improcedência do pedido (30/3/2005), intentou outra ação idêntica na Vara Comum (27/4/2005), em nítida tentativa de burla ao princípio do juiz natural, a caracterizar litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da Justiça, pois não é lícito ao particular movimentar o Judiciário inúmeras vezes para alcançar o resultado mais favorável.

À guisa de ilustração, cito julgado desta E. Terceira Seção, no qual foi excetuada a natureza alimentar das quantias e houve determinação de restituição de valores:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO NO TOCANTE AO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES E À AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO.

(...)

- Pelo fato de se estar diante de recebimento de valores por conta de decisão judicial fulcrada em dolo e prova falsa, em que manifesta a má-fé do jurisdicionado, descaracterizada, a mais não poder, a natureza alimentar de tais quantias, a gravidade do caso em tela está a

recomendar a permissão do desconto do montante pago no interregno entre a implantação do benefício e o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela nesta rescisória, até como medida pedagógica, no sentido de impedir novas saídas de dinheiro dos combalidos cofres da Previdência, acarretando graves danos ao erário, conferindo-se nítido enriquecimento sem causa em detrimento do interesse público e em desconformidade com o previsto na lei. (...)

(Ação Rescisória nº 0094030-32.2005.4.03.0000, rel. Márcia Hoffmann, v.u., j. 24/3/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 1/12/2011)

Diante do exposto, *julgo procedente* o pedido formulado nesta ação rescisória, para rescindir o julgado proferido na apelação cível nº 2010.03.99.010172-4 (proc. nº 609/05, Sexta Vara de Mauá/SP), nos termos do inciso IV do artigo 485 do Código de Processo Civil, e, em novo julgamento, *extinguir* a ação subjacente sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, bem como julgar *procedente* o pedido de restituição de valores.

Sem condenação em verbas de sucumbência, por ser a parte ré beneficiária da Justiça Gratuita.

Tendo em vista o resultado, oficie-se ao INSS para adotar as providências cabíveis no sentido de cessar o pagamento do benefício nº 536.380.648-3.

Oficie-se, também, ao D. Juízo da causa, informando o inteiro teor deste julgado.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Revisor): Trata-se de ação rescisória aforada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS com fundamento no art. 485, IV do CPC, visando desconstituir o julgado que manteve a sentença que julgara procedente o pedido de aposentadoria por invalidez.

Em seu voto, a Eminente Relatora houve por bem julgar procedente o pedido e, em juízo rescindente, desconstituir julgado proferido na apelação cível nº 2010.03.99.010172-4 (proc. nº 609/05, Sexta Vara de Mauá/SP), reconhecendo a preexistência de ação de cunho previdenciário proposta pela parte ré no Juizado Especial Federal Cível de São Paulo, sob o nº 2004.61.84.208968-3, na qual havia requerida a concessão de aposentadoria por invalidez, com DIB retroativa a 3/8/96, pedido que foi julgado improcedente, por ter a perícia judicial concluído pela capacidade laboral da parte. A decisão transitou em julgado em 24/8/2005.

Posteriormente, em 27/4/2005, o réu ajuizou a ação nº 609/05, distribuída à 6ª Vara do Juízo de Direito da Comarca de Mauá/SP, em que pleiteou a concessão de aposentadoria por invalidez, com DIB retroativa a 3/8/96. O pedido foi julgado procedente em primeira instância, inclusive com a concessão de tutela antecipada, com confirmação em grau de recurso (Apelação Cível nº 2010.03.99.010172-4, julgada em 12/4/2010), por ter o laudo pericial concluído pela falta de condições do demandante para o desempenho de atividade laborativa.

No Juízo rescisório, a Eminente Relatora extinguiu o processo, subjacente, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, julgando ainda procedente o pedido de restituição de valores.

Acompanho a Eminente Relatora tanto no Juízo rescindente como no Juízo rescisório

proferidos, na medida em que verificada a identidade entre os elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido) entre a segunda ação proposta e a anterior, ambas versando a concessão de aposentadoria por invalidez, sem que a parte autora tivesse demonstrado a ocorrência de fato novo a amparar o ajuizamento da segunda nova ação.

Não obstante, no que toca ao reconhecimento do direito à restituição dos valores pagos à ré por força da decisão rescindenda, a título de aposentadoria por invalidez, divirjo da Eminente Relatora e não conheço do pedido de restituição formulado pelo INSS.

Isto porque a mera repropositura da ação pelo mesmo patrono anteriormente constituído, por si só, não permite presumir que a ré tenha, *ipso facto*, anuído com a deslealdade ou má-fé processual reconhecida pela Eminente Relatora.

A relevância da indagação se deve ao fato de que o ônus econômico da repetição de valores incidirá exclusivamente sobre a requerida, daí a necessidade do deslinde da questão envolvendo o concurso ou não da requerida nos fatos, ou se estes decorreram de iniciativa exclusiva do seu procurador.

Somente em ação autônoma, com instrução própria e assegurada a ampla defesa, seria possível certificar-se da efetiva participação da segurada na decisão de ajuizar a nova ação, justificando assim a imputação das conseqüências da quebra do dever processual de probidade imposto no artigo 14, II do CPC.

Ausente hipótese de má-fé evidente da requerida, impõe-se a prevalência da presunção *iuris tantum* de boa-fé dos litigantes, somente elidida por prova inequívoca, na esteira da orientação jurisprudencial do C. STJ, no sentido de que “A litigância de má-fé reclama convincente demonstração.” (*in* RESP 28.715, Rel Min. Milton Luiz Pereira).

Assim, nos termos do voto da eminente Relatora, julgo procedente a presente ação rescisória para rescindir o julgado rescindendo e, no juízo rescisório, julgo extinta a ação subjacente, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, V do Código de Processo Civil, E NÃO CONHEÇO do pedido de restituição de valores formulado pelo INSS.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Revisor

APELAÇÃO CÍVEL
0007371-51.2012.4.03.6183
(2012.61.83.007371-4)

Apelante: JOSE SILVESTRE BARBOSA (= ou > de 60 anos)
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CIRO BRANDANI
 Classe do Processo: AC 1840127
 Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2013

DECISÃO

Trata-se de ação proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o reajuste do valor de benefício previdenciário, notadamente nos meses de dezembro de 1998, dezembro de 2003 e janeiro de 2004, pelos mesmos índices utilizados nos reajustes dos salários-de-contribuição.

Processado o feito, sobreveio sentença pela improcedência do pedido.

Inconformado, o autor interpôs apelação, sustentando que os índices aplicados não preservaram o valor real do benefício.

Apresentadas contrarrazões, nas quais o INSS alega decadência, prescrição e, no mais, pleiteia a manutenção da sentença.

Deferida a justiça gratuita.

Decido.

O art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator “negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido artigo.

De início, no que se refere ao prazo decadencial previsto na Lei nº 8.213/1991 (art. 103), o mesmo só se aplica para revisão do ato de concessão de benefício, como expressamente previsto na lei de regência. Inaplicável, assim, ao presente feito, que trata de reajustamento de benefício em manutenção.

No que tange à prescrição é de observar-se que, em relações jurídicas de natureza continuativa, o fundo do direito não é atingido, mas tão-somente as prestações compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação. Nesse sentido, a Súmula 85 do STJ, *in verbis*:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure com devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

De outro lado, a pretensão deduzida não tem fundamento.

Objetiva esta ação os reajustes de benefício previdenciário, mediante a aplicação dos índices integrais utilizados nos reajustes dos salários-de-contribuição.

O art. 201, § 4º, da Constituição de 1988 assegura o reajuste dos benefícios, a fim de lhes preservar o valor real, conforme critérios definidos em lei. Note-se que a norma constitucional não fixou índice para referido reajuste, restando à legislação ordinária sua regulamentação.

Desse modo, visando a atender o comando constitucional, a Lei nº 8.213/91 elegeu, a princípio, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, ao reajuste dos benefícios (art. 41, inc. II).

Contudo, o INPC foi substituído pelo IRSM (Lei nº 8.542/92) e demais índices que o sucederam, dentre os quais o Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna - IGP-DI, para reajuste dos benefícios previdenciários em 1º de maio de 1996, conforme previsto na MP nº 1.415/96, critério esse alterado pela MP nº 1.572-1/97, que indicou o índice de 7,76%, para reajuste a partir de junho de 1997, sendo certo que, no que tange aos anos de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, foram fixados os índices de 4,81%, 4,61%, 5,81%, 7,66%, 9,20%, 19,71%, 4,53% e 6,35%, respectivamente (MP's nºs 1.663/98, 1.824/99, 2.022/2000 e Decretos nºs 3.826/2001, 4.249/02, 4.709/03, 5.061/04 e 5.443/05).

De notar-se que as MP's nºs 1.415/96, 1.572/97 e 1.663/98 foram convertidas, posteriormente, na Lei nº 9.711/98.

Observe-se, ainda, que os índices retro mencionados, previstos para reajuste dos benefícios a partir de junho de 1997, não são aleatórios, porque equivalentes ao INPC, dos respectivos períodos.

No que se refere à comumente alegada ofensa aos princípios constitucionais da preservação do valor real (art. 201, § 4º) e da irredutibilidade dos benefícios (art. 194, IV), o E. STF, analisando a questão, já se pronunciou no sentido de que o art. 41, II, da Lei nº 8.213/91 e suas alterações posteriores não violaram tais preceitos (AI-AgR nº 540956/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., DJU 07/4/2006, pág. 53). Na mesma esteira, o Plenário da Corte Suprema declarou a constitucionalidade dos arts. 12 e 13 da Lei nº 9.711/98; dos parágrafos 2º, 3º e 4º, do art. 4º, da Lei nº 9.971/2000; da MP nº 2.187-13, de 24/8/2001, e do art. 1º do Decreto nº 3.826/01, que estabeleceram os reajustes dos benefícios previdenciários nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001, respectivamente (RE 376.846-8/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 02/4/2004, pág. 13). Incogitável, assim, vilipêndio a preceitos constitucionais.

Destarte, a pleiteada equivalência entre o valor do benefício e o salário-de-contribuição não merece prosperar, à mingua de determinação legal nesse sentido. A contexto, a remansosa jurisprudência do C. STJ: REsp nº 212423, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 17/8/99, v.u., DJ 13/9/99, pág. 102; REsp nº 734497, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 12/6/2006, v.u., DJ 01/8/2006, pág. 523.

Conclui-se, pois, que o pedido de aplicação de qualquer outro índice, que não os supra-citados, carece de amparo legal, à mingua de norma regulamentadora nesse sentido, descabendo, ao Judiciário, substituir o legislador e determinar a aplicação de índices outros, que não aqueles legalmente previstos.

Saliente-se que, ao decidir pelo melhor índice para os reajustes, o legislador deve observar, simultaneamente, os mandamentos constitucionais contidos nos parágrafos do artigo 201, bem como no seu *caput*, razão pela qual os critérios de correção dos benefícios previdenciários devem refletir tanto a irredutibilidade e a manutenção do seu real valor, quanto o equilíbrio

financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

Resta claro, pois, que não logrou o autor comprovar qualquer desrespeito aos ditames constitucionais, posto que os indexadores utilizados encontram-se definidos em lei. Ademais, constata-se entendimento firmado no sentido de que não há vinculação entre os salários-de-contribuição e salário-de-benefício, o que desautoriza qualquer pretensão nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE REPASSE DOS ÍNDICES DE REAJUSTES DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO AOS SALÁRIOS-DE-BENEFÍCIO. ADOÇÃO DO CRITÉRIO DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 8.213/1991 NÃO OFENDE AS GARANTIAS DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS E À PRESERVAÇÃO DO SEU VALOR REAL. DECISÃO MANTIDA.

1. A ofensa a dispositivos constitucionais haveria de ser suscitada em recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, e não nesta sede.
2. Inexiste previsão legal de que os reajustes dos salários-de-contribuição sejam repassados aos salários-de-benefício.
3. O reajuste dos benefícios previdenciários devem obedecer os critérios do artigo 41 da Lei nº 8.213/1991, que não ofendem as garantias da irredutibilidade do valor dos benefícios e a preservação do seu valor real.
4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1019510/PR; 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi; j. 21/08/2008, DJ 29/09/2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REAJUSTE. SALÁRIO MÍNIMO. VINCULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 41, INC. II, LEI Nº 8.213/91. OFENSA A PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEITO LEGAL. VIOLAÇÃO. NÃO INDICAÇÃO PRECISA. SÚMULA 284/STF. INCIDÊNCIA.

1. Não se presta, para configurar o dissídio, a simples indicação de ementa, desacompanhada do confronto analítico, mediante a transcrição de trechos dos acórdãos, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.
2. Fica comprometida a admissibilidade do recurso especial quando não indicados, com precisão e clareza, os dispositivos infraconstitucionais tidos por violados. Incidência da Súmula nº 284/STF.
3. O reajuste dos benefícios previdenciários deve obedecer aos critérios definidos pela Lei nº 8.213/91, com suas modificações, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da preservação do valor real dos benefícios.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 1247947/MG; 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 30/06/2010, DJ 02/08/2010)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EQUIVALÊNCIA ENTRE SALÁRIO DE BENEFÍCIO E SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

1. Compete ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer os índices aptos à atualização dos benefícios previdenciários.
2. Inexiste previsão legal para que se estabeleça a pretendida equivalência entre salário-de-contribuição e salário-de-benefício no cálculo da renda mensal do benefício previdenciário ou no benefício em manutenção.

(...).

5. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AC nº 1182118; 7ª T., Rel. Des. Fed. Antonio Cedeno, DJF3 de 17/03/2010, p. 618)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 260 DO TFR. ARTIGO 58 DO ADCT. MANUTENÇÃO DO VALOR REAL EM CARÁTER PERMANENTE. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS APÓS CF/88. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. NULIDADE. ARTIGO 515, § 3º DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. ISENÇÃO DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E APELAÇÕES PREJUDICADOS. - (...) Os índices de reajuste de benefícios têm sido fixados por meio de lei ordinária, não se havendo falar que em determinado exercício não foi utilizado o maior índice ou que aqueles adotados não foram razoáveis e não representaram a inflação do período, posto que tal configura mera irresignação do segurado. - Sem condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais, pois que beneficiária da assistência judiciária gratuita (TRF - 3ª Seção, AR nº 2002.03.00.014510-o/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJU 23.06.06, p. 460). - Sentença anulada de ofício. Pedido improcedente. Embargos de declaração e recursos de apelação prejudicados. (AC nº 0900084-69.2005.4.03.6114, 8ª T., Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, j. 24/10/2011, DJ 10/11/2011)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES LEGAIS. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. I - Agravo legal interposto da decisão monocrática que julgou improcedente o pedido de revisão do benefício do autor, com a aplicação do índice integral do período, para preservar o seu valor real. II - Não há que se falar em ausência de preservação do valor real do benefício, por força do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação dos índices legais pelo INSS, para o reajustamento dos benefícios previdenciários, não constitui ofensa às garantias de irredutibilidade do valor do benefício e preservação de seu valor real (...) VI - Agravo legal improvido. (AC nº 0047822-58.2008.4.03.9999, 8ª T., Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 05/12/2011, DJ 15/12/2011)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 10 de abril de 2013.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0022702-71.2012.4.03.9999
(2012.03.99.022702-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelado: GABRIEL PEREIRA DA SILVA (incapaz)
 Representante: ADRIANA PEREIRA DA SILVA
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE DIADEMA - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
 Classe do Processo: AC 1757307
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/03/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SEM BENS SOB GUARDA NÃO-CIRCUNSTANCIAL DO AVÔ. ÓBITO DO DETENTOR DA GUARDA APÓS A ALTERAÇÃO DO ART. 16, § 2ª, DA LEI Nº 8.213/91. SENTIDO DA EXPRESSÃO “MENOR TUTELADO”. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS.

I - A qualidade de segurado do *de cujus* é incontroversa, uma vez que ele era titular do benefício de aposentadoria por invalidez no momento do óbito.

II - Como os pais do ora autor deixaram de exercer de fato seu poder familiar desde janeiro de 2006, e a partir de então o avô do demandante obteve sua guarda de direito, é de se reconhecer que tal guarda deve equiparar-se à tutela, já que os requisitos desta estavam há muito cumpridos.

III - O instituto da tutela - tanto no Código Civil de 1916, como no atual - objetiva, principalmente, a proteção do menor com patrimônio, ou seja, destina-se primordialmente à preservação de seus bens, não se justificando, portanto, a interpretação no sentido de que o art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 tenha dado prioridade à proteção social do menor com patrimônio material.

IV - A interpretação adequada a ser dada à expressão “menor tutelado”, contida na atual redação do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, é aquela que considera, para fins previdenciários, que menor tutelado não é apenas o declarado judicialmente, mas também o menor sem patrimônio material, cujos pais decaíram implicitamente de seu poder familiar e que não esteja sob guarda circunstancial.

V - Quanto ao termo inicial do benefício, há que se manter o disposto na sentença recorrida, que o fixou a contar da data do óbito, posto que o autor possuía menos de 16 anos de idade por ocasião do óbito do segurado instituidor (nascido em 16.08.1995, contava com 13 anos de idade), não incidindo a prescrição contra ele, nos termos do art. 198, I, do Código Civil e art. 79 da Lei nº 8.213/91.

VI - 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).

VII - A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações que seriam devidas até a data da prolação da sentença, a teor da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, fixando-se o percentual em 15%, a teor do art. 20, § 4º, do CPC.

VIII - No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas destas (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

IX - Apelação do réu e remessa oficial tida por interposta parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu e à remessa oficial tida por interposta, 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 apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária condenando o réu a conceder ao autor o benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Flausino Pereira da Silva, ocorrido em 16.07.2009, no valor correspondente a 100% do salário-de-benefício, a contar da data do óbito até completar a maioridade civil, mais abono anual na forma da lei, com as correções legais. Honorários advocatícios fixados em 12 (doze) prestações mensais, atualizadas. Não houve menção quanto ao pagamento de custas e despesas processuais.

Objetiva o réu a reforma de tal sentença alegando que o menor sob guarda, como no caso vertente, não pode mais ser equiparado a filho para fins previdenciários, nos termos do art. 16, § 2º da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97; que restou demonstrada a dependência econômica em relação ao falecido, posto que o autor tem pais vivos, sendo certo que sua mãe exerce atividade remunerada. Subsidiariamente, pleiteia sejam os honorários advocatícios fixados em 10% sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do E. STJ. Protesta pelo prequestionamento da matéria ventilada.

Contrarrrazões às fls. 100/103, em que pugna a parte autora pela manutenção da r. sentença recorrida.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 116/119, em que opina pelo parcial provimento do recurso, para que seja fixado percentual sobre parcelas vencidas até a data da sentença.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Da remessa oficial tida por interposta.

De início, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentença ilíquidas.

Do mérito.

Objetiva a autora a concessão do benefício de pensão por morte, na condição de menor sob a guarda judicial de seu avô, o Sr. Flausino Pereira da Silva, falecido em 16.07.2009, conforme certidão de óbito de fl. 13.

A qualidade de segurado do *de cujus* é incontroversa, uma vez que ele era titular do benefício de aposentadoria por invalidez no momento do óbito (fl. 34).

No que tange à condição de dependente do autor, cumpre elucidar que o regime jurídico a ser observado no caso em tela é aquele vigente à época do falecimento do Sr. Flausino Pereira da Silva (16.07.2009), devendo-se aplicar, portanto, o regramento traçado pelo art. 16 da Lei nº 8.213/91, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, que está assim redigido:

Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral da 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;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

IV - (Revogado pela Lei 9.032/1995)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

O sentido que deve ser atribuído à expressão “menor tutelado”, contida no artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, leva à confirmação da sentença, como a seguir se verifica.

Ensina o ilustre professor Eros Roberto Grau que normalmente se entende que interpretar o direito é compreender o significado dos textos normativos, mas como interpretação e aplicação do direito a uma determinada situação trata-se de uma única operação, impõe-se concluir que a interpretação não se limita à compreensão do texto normativo aplicável, mas também à compreensão dos fatos correspondentes, ou seja, como assinala Friedrich Muller, não existe um terreno composto, de um lado, de elementos normativos e, de outro, de elementos reais.

Assinala, ainda, que, ao se afirmar que o intérprete cria a norma jurídica, o sentido é o de reproduzi-la e não de fabricá-la, tendo em vista que a norma encontra-se potencialmente inserida no texto normativo (mundo do dever-ser), mas apenas de forma parcial, já que os fatos (mundo do ser) também determinam a produção da norma.

A interpretação é a produção prática do direito caso a caso, não existindo, assim, soluções previamente estruturadas no texto normativo, sendo, conseqüentemente, de extrema relevância o relato dos fatos a serem considerados pelo intérprete, bem como das respectivas circunstâncias.

Feitas essas considerações, cumpre passarmos ao relato dos fatos que envolvem o caso em tela, para a adequada aplicação do direito correspondente.

Com efeito, verifica-se dos autos que foi carreado Termo de Entrega sob Guarda e Responsabilidade, datado de 11.01.2006 (fl. 16), no qual foi consignada a entrega do menor Gabriel Pereira da Silva ao Sr. Flausino Pereira da Silva, em caráter definitivo, devendo este zelar pela guarda, saúde, educação e moralidade do aludido menor.

A testemunha ouvida em Juízo (fl. 74) afirmou que o autor sempre residiu com seu avô materno, sendo que este era quem sustentava a família. Assinalou também que o pai do autor não paga pensão e não tem paradeiro conhecido.

Outrossim, importante salientar que o autor não tem pai conhecido, consoante se verifica da cédula de identidade (fl. 13), sendo que sua mãe, não obstante convivesse com o demandante, não exercia atividade remunerada por ocasião do óbito do segurado instituidor, não auferindo, por conseqüência, qualquer renda, como se vê do extrato do CNIS (fl. 80).

Portanto, como os pais do ora autor deixaram de exercer de fato seu poder familiar desde janeiro de 2006, e a partir de então o avô do demandante obteve sua guarda de direito, é de se reconhecer que tal guarda deve equiparar-se à tutela, já que os requisitos desta estavam há muito cumpridos.

Ressalto que os requisitos para a concessão da tutela já existiam desde 2006, mas o falecido avô do autor não formalizou o pedido judicial de tutela simplesmente por nunca ter sido necessário, tendo em vista que praticamente adotou seu neto como filho.

Para melhor entendimento desse ponto vale destacar a lição de Sílvio Venosa de Salvo:

A tutela disciplinada pelo Código Civil de 1916 era instituto destinado fundamentalmente à proteção e administração dos bens do menor. Ao disciplinar a tutela, o legislador do Código Civil de 1916 e de 2002 teve em mira, primordialmente, o menor com patrimônio...

Observa Sílvio Rodrigues que, dos 40 artigos destinados à tutela pelo Código Civil de 1916, apenas um refere-se ao menor abandonado, não restando, assim, dúvidas de que o instituto visa o menor com patrimônio, para a preservação de seus bens.

Assim sendo, a interpretação adequada a ser dada à expressão “menor tutelado”, contida na atual redação do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, é aquela que considera, para fins previdenciários, que menor tutelado não é apenas o declarado judicialmente, mas também o menor sem patrimônio material, que não esteja sob guarda circunstancial e cujos pais não exerçam seu poder familiar.

Interpretação em sentido contrário afastaria a proteção social, prevista no art. 201, inciso I, da Constituição da República, ao menor abandonado e sem bens, cujo responsável não-circunstancial, não teve condições, interesse ou informação para requerer a concessão de tutela judicial, mesmo tendo o dever de prestar assistência material, moral e educacional ao menor, na forma dos artigos 28, 33, 237 e 249 da Lei nº 8.069/90.

Destarte, restam preenchidos os requisitos legais necessários para a concessão do benefício de pensão por morte.

Quanto ao termo inicial do benefício, há que se manter o disposto na sentença recorrida, que o fixou a contar da data do óbito, posto que o autor possuía menos de 16 anos de idade por ocasião do óbito do segurado instituidor (nascido em 16.08.1995, contava com 13 anos de idade), não incidindo a prescrição contra ele, nos termos do art. 198, I, do Código Civil e art. 79 da Lei nº 8.213/91.

Insta salientar que o autor fará jus ao benefício em comento até que complete 21 anos de idade, ou seja, até 16.08.2016.

Cumpre explicitar os critérios de cálculo da correção monetária e dos juros de mora.

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).

A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações que seriam devidas até a data da prolação da sentença, a teor da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, fixando-se o percentual em 15%, a teor do art. 20, § 4º, do CPC.

No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas destas (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, *dou parcial provimento à apelação do réu e à remessa oficial tida por interposta*, para que os honorários advocatícios sejam fixados em 15% sobre o valor das prestações vencidas até a data da r. sentença recorrida. *Dou parcial provimento, exclusivamente, à remessa oficial tida por interposta*, para que a correção monetária e os juros de mora sejam computados na forma acima explicitada.

Independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora GABRIEL PEREIRA DA SILVA, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja o benefício de PENSÃO POR MORTE implantado de imediato, com data de início - DIB em 16.07.2009, e renda mensal inicial no valor a ser calculado pelo INSS, tendo em vista o “caput” do artigo 461 do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0002121-45.2001.4.03.6111
(2001.61.11.002121-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ELISEU SOARES (= ou > de 60 anos)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: AC 944165
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PAGO A PARTIR DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE COBRANÇA OBJETIVANDO O PAGAMENTO DE VALORES DEVIDOS A PARTIR DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL. PARCIAL PROVIMENTO. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS.

- Considerando-se que não há benefício inferior a um salário mínimo e que o pedido abrange mais de 60 prestações, bem como os abonos anuais, a sentença deve ser submetida ao reexame necessário, porquanto o valor da condenação excede 60 (sessenta salários mínimos).

- O cômputo de período pleiteado em ação declaratória, negado administrativamente, foi suficiente para o atingimento do tempo de serviço necessário ao jubramento, somente deferido por força de provimento mandamental. Ambas as ações referiram-se ao procedimento administrativo, indevidamente decidido em desfavor do segurado, que já reunia os requisitos legais desde então, conforme reconhecido e declarado no processo judicial. Eis porque a DIB foi fixada na data do requerimento administrativo.

- Embora não tenha sido requerida a aposentadoria nas duas ações inicialmente propostas (declaratória e mandamental), a interrupção da prescrição excepcionalmente se considera ocorrida na primeira distribuição, porquanto o tempo declarado judicialmente, se devidamente computado a tempo e modo, propiciaria a implantação do benefício desde o requerimento administrativo.

- Patente o interesse de o autor ajuizar ação de cobrança, já que o INSS, embora implantando o benefício a partir do requerimento administrativo, iniciou os pagamentos somente a partir da data da liminar confirmada por sentença.

- A Administração não pode se valer de subterfúgios e burocracias para obstar o gozo dos direitos do segurado. O autor escolheu o caminho mais longo e tortuoso, ajuizando ação declaratória, mandamental e de cobrança, quando poderia, desde logo, propor condenatória para satisfação célere e completa de sua pretensão. Mas a consequência é o retardamento e a desnecessária sobrecarga ao Judiciário - não a extinção do direito - que devem ser imputados ao causídico, por eleger a técnica menos adequada, refletindo na avaliação do trabalho realizado para os fins dispostos no artigo 20, § 3º, especialmente a letra "c" e § 4º.

- O fato de a concessão decorrer de ação mandamental não tem o condão de obstar a

aplicação da legislação previdenciária no que tange ao *dies a quo* da aposentadoria, havendo que incidir a lei pertinente à hipótese concreta.

- Observância das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.
- Cabível o pagamento das parcelas devidas, incluindo-se os abonos anuais, a partir do requerimento administrativo, nos termos dos artigos 49 e 54 da Lei nº 8.213/91.
- Eventuais prestações previdenciárias inacumuláveis, recebidas pelo autor no período, serão compensadas com o débito do INSS (artigo 124 da Lei nº 8.213).
- Requerimento da autarquia, de que sejam fixados “somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença”, que não deve ser conhecido. A sentença, prolatada em agosto de 2003, deferiu o pagamento de parcelas devidas no período de 24.01.96 até 04.06.2001, inexistindo parcelas vencidas após a sentença.
- Honorários advocatícios que devem ser reduzidos para R\$ 600,00 (seiscentos reais), a teor do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.
- Apelação a que se nega provimento. Remessa oficial, tida por ocorrida, parcialmente provida para fixar os honorários advocatícios em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

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 à apelação e, por maioria, dar parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, nos termos do voto da Relatora, com quem votou o Desembargador Federal Paulo Fontes, vencida, parcialmente, a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, que lhe negava provimento.

São Paulo, 28 de janeiro de 2013.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora).

Cuida-se de *ação de cobrança* ajuizada em 14.08.2001, em que o autor pleiteia o recebimento de prestações vencidas de sua aposentadoria por tempo de serviço, retroativas à data do requerimento administrativo.

Relata, o autor, que protocolou pedido administrativo de aposentadoria por tempo de serviço, em 24.01.1996, tendo, o INSS, indeferido o requerimento. Assim ajuizou *ação declaratória* (processo nº 96.1003083-1, tramitado na 1ª Vara Federal de Marília - SP), em 01.10.1996, objetivando o reconhecimento de tempo rural para cômputo em benefício requerido administrativamente. A ação foi julgada procedente para declarar, “como trabalhado na lavoura, o período que se estende de 01.01.63 a 31.05.69, condenando o réu a proceder à correspondente averbação do tempo de serviço reconhecido para fins previdenciários”. A sentença foi mantida em sede de apelação. Sustenta que o tempo de serviço reconhecido no processo 96.1003083-1, “somado ao de prestação laboral urbana”, é suficiente para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço, totalizando 34 anos, 04 meses e 28 dias. Diz que o INSS “não acolheu a sentença da ação declaratória de tempo de serviço e também não acolheu a Declaração do Sindicato dos trabalhadores Rurais de Marília, como documentos legítimos e comprobatórios de tempo de serviço rural, prestado pelo autor”. Dessa forma, impetrou *mandado de segurança* (processo

nº 2000.61.11.001145-9), em 19.04.2001, perante a 3ª Vara Federal de Marília, com pedido de liminar (fls. 21-34), que foi julgado procedente para deferir a implantação de aposentadoria por tempo de serviço. Nada obstante deferida a implantação do benefício a partir de 24.01.1996, o INSS iniciou os pagamentos somente em 05.06.2001, sem pagamento das parcelas atrasadas, descumprindo o título executivo. Assim sendo, requer a condenação do INSS ao pagamento de todas as prestações vencidas desde o dia do requerimento administrativo, em 24.01.1996, até 04.06.2001.

A sentença, na ação de cobrança *sub judice*, julgou o pedido procedente para condenar o INSS a revisar o benefício do autor, “considerando como data do início do pagamento (DIP) o dia 24.01.96, ou seja, a data do primeiro pedido administrativo”. Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Sentença não submetida ao reexame necessário, nos termos do artigo 475, § 2º, do código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001 (fls. 272-280).

Apelação do INSS às fls. 282-292. Diz que o autor deveria ter se valido de ação declaratória cumulada com pedido de cobrança, inexistindo decisão judicial condenando ao pagamento das prestações vencidas a partir de 24.01.1996. Alega que o autor, na inicial da ação declaratória, não deduziu pedido de concessão de aposentadoria a partir do requerimento administrativo, em 24.01.1996. Argumenta que constou, do pedido, apenas o reconhecimento do tempo de serviço no período de 06.06.59 a 31.05.69. Diz que “a imprecisão do pedido relativamente à condenação, confundiu até o julgador, que proferiu sentença de cunho exclusivamente declaratório” e que, “em nenhum momento do relatório ou da fundamentação, a r. sentença fez qualquer referência ao cômputo de qualquer período, no benefício de aposentação objeto do processo extinto, nº 1016313460, protocolado em 24.01.96”. Diz que o autor não opôs embargos de declaração e a sentença foi confirmada em sede de apelação, havendo que ser observada em seus termos. Sustenta, ainda, que recebeu ofício para que fosse averbado o tempo de serviço reconhecido em sentença, determinação que foi devidamente cumprida, e que o segurado “se recusou a formular novo pedido de aposentadoria”, embora o processo administrativo referente ao protocolo efetuado em 24.01.96 se encontrasse extinto. Argumenta que “as decisões judiciais proferidas na ação declaratória e no mandado de segurança foram integralmente cumpridas, razão pela qual não pode agora ser o INSS condenado a pagar benefício pretérito, vez que não deu causa para tal fato”. Requer a reforma da sentença, decretando-se a total improcedência do pedido ou, em caso de manutenção do posicionamento, que os honorários incidam “somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença”.

Contra-razões às fls. 295-304.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora).

Trata-se de ação de cobrança, em que o autor objetiva a retroação do início de sua aposentadoria por tempo de serviço à data da entrada do requerimento - DER, com o pagamento das diferenças daí decorrentes.

Da sentença de procedência do pedido, apela o INSS.

A ação declaratória visava o reconhecimento do tempo faltante para a concessão da aposentadoria, negada administrativamente. O respectivo cômputo, requerido expressamente na exordial daquela ação, foi suficiente para o atingimento do tempo de serviço necessário ao jubileamento, somente deferido por força do provimento mandamental. Ambas as ações referiram-se ao procedimento administrativo, indevidamente decidido em desfavor do segurado, que já reunia os requisitos legais desde então, conforme reconhecido e declarado no processo judicial.

Eis porque a DIB foi fixada em 24.01.1996, data do requerimento administrativo.

Embora não tenha sido requerida a aposentadoria nas duas ações inicialmente propostas (declaratória e mandamental), a interrupção da prescrição excepcionalmente se considera ocorrida na primeira distribuição, porquanto o tempo declarado judicialmente, se devidamente computado a tempo e modo, propiciaria a implantação do benefício desde o requerimento administrativo.

Assim, não pode se valer de subterfúgios e burocracias a Administração para obstar o gozo dos direitos do segurado.

Certo que este escolheu o caminho mais longo e tortuoso, ajuizando ação declaratória, mandamental e de cobrança, quando poderia, desde logo, propor condenatória para satisfação célere e completa de sua pretensão. Mas a consequência é o retardamento e a desnecessária sobrecarga ao Judiciário - não a extinção do direito - que devem ser imputados ao causídico, por eleger a técnica menos adequada, refletindo, portanto, na avaliação do trabalho realizado para os fins dispostos no artigo 20, § 3º, especialmente a letra “c” e § 4º.

A pretensão do autor cinge-se à cobrança de parcelas de benefício de aposentadoria referentes ao período de 24.01.1996 (data do requerimento administrativo) até 04.06.2001.

Considerando-se que não há benefício inferior a um salário mínimo e que o pedido abrange mais de 60 prestações, bem como os abonos anuais, a sentença deve ser submetida ao reexame necessário, porquanto o valor da condenação excede 60 (sessenta salários mínimos).

Quanto ao mérito, a apelação da autarquia interposta na ação de cobrança não merece provimento, devendo, o benefício do autor, ser pago a partir do requerimento administrativo ocorrido em 24.01.1996.

Conforme se verifica dos autos, tendo em vista o indeferimento de requerimento administrativo apresentado em 24.01.1996, por insuficiência de tempo de serviço (fls. 158-161), o autor ajuizou ação objetivando a declaração de período laborado em atividade rural - 06.06.1959 a 31.05.1969 (*processo nº 96.1003083-1*) e seu cômputo para fins de aposentadoria.

A sentença proferida na ação declaratória (mantida em sede de apelação e remessa oficial - *trânsito em julgado em 01.09.2000*, conforme fls. 98-104) julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial “para declarar, em prol do autor, como trabalhado na lavoura, o período que se estende de 01.01.63 a 31.5.69, condenando o réu a proceder à correspondente averbação do tempo de serviço reconhecido, para fins previdenciários” (fls. 84-87).

Destarte, se a sentença declaratória reconheceu, como especial, justamente período não reconhecido quando do requerimento administrativo, em 24.01.96, o autor, tendo preenchido os requisitos necessários à obtenção do benefício, faz jus ao recebimento de aposentadoria por tempo de serviço a partir de tal data.

Ressalte-se que, embora não conste explicitamente do pedido, o autor, na fundamentação da petição inicial da ação declaratória, sustentou buscar, além da declaração de tempo de serviço rural, “também a formulação de um comando que imponha uma prestação a ser cumprida pelo requerido, qual seja, a condenação do Requerido ao cômputo deste tempo no seu

benefício de aposentadoria sob n.º 1016313460, protocolado em 24/1/1996 junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS” (fl. 46).

Descabida a alegação do INSS, de que, após o indeferimento do requerimento administrativo, o segurado deixou de recorrer à junta de recursos, acarretando a extinção do processo administrativo, o que denotaria ausência de interesse em receber a partir da data do protocolo, como quer fazer crer em informações (fl. 153) e em apelação em mandado de segurança (fls. 283-284).

O segurado não está obrigado ao *exaurimento* de todas as instâncias administrativas, para poder ingressar em juízo.

O que se exige é que haja *prévio* requerimento administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a Súmula 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que preleciona:

O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária. (grifo nosso)

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República em vigor, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A única exceção a tal preceito é trazida pela própria Carta Magna que, em seu artigo 217, § 1º, dispõe que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça esportiva, regulada por lei”.

Na esteira do comando constitucional, esta Corte editou a Súmula nº 9, que assim dispõe:

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o *prévio exaurimento* da via administrativa como condição de ajuizamento da ação.

Restando consagrado no aludido dispositivo constitucional o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não é infenso aos beneficiários da Previdência Social pleitearem, perante o Judiciário, a *reparação da lesão a direito*, descabendo falar em necessidade de exaurimento da via administrativa, ou seja, o esgotamento de todos os recursos administrativos cabíveis, para que se possa ingressar em juízo, o que não se confunde com o *prévio requerimento* na via administrativa, a fim que demonstre, a parte, lesão a direito que entende possuir.

Neste sentido, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. PROVA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. APERFEIÇOAMENTO DA LIDE.

1 - Da interpretação finalística das Súmulas nº 9 desta Corte e 213 do extinto TFR, extrai-se que não é imposto ao segurado o esgotamento de todos os recursos junto à Administração. A ausência, porém, de pedido administrativo, equivale ao não aperfeiçoamento da lide, por inexistir pretensão resistida que justifique a tutela jurisdicional, e, via de consequência, o interesse de agir.

2 - Comprovação do prévio requerimento na via administrativa que se impõe, suspendendo-se, para tanto, o feito por 60 (sessenta) dias, a fim de que o interessado postule o benefício junto ao INSS e, decorridos 45 (quarenta e cinco) dias do requerimento sem manifestação da autoridade administrativa ou indeferido o benefício, retornem os autos para seu regular

prosseguimento.

3 - Apelação parcialmente provida. Sentença monocrática anulada.

(AC nº 2007.03.99.002898-o/SP - TRF 3ª Região, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 07.05.2007, v.u., DJU 14.06.2007, p. 819)

Portanto, o que se exige é o *prévio* requerimento administrativo, o que, no caso, ocorreu em 24.01.1996, sendo justo que o autor receba o benefício a partir de tal data, já que preenchidos os requisitos para tanto, não havendo que se falar em necessidade de novo requerimento administrativo.

Outrossim, o autor impetrou mandado em segurança, em 19.04.2001 (processo nº 2000.61.11.001145-9) pleiteando (fls. 33-34):

A concessão da MEDIDA LIMINAR, (...) determinando-se a anulação dos documentos que indeferiram o pedido de aposentadoria. Que seu processo de nº 101.631.346-O, espécie 42, protocolado em 24-01-1996, seja revisto pela autoridade coatora, a qual deverá acolher como legítima a sentença da AÇÃO DECLARATÓRIA DE TEMPO DE SERVIÇO (...) a fim de que lhe seja concedida a Aposentadoria Proporcional por tempo de serviço.

(...) com conversão da medida em definitiva, determinação do acolhimento da sentença a qual julgou procedente a ação declaratória de Tempo de serviço do impetrante e feita sua contagem de tempo de serviço para que lhe seja concedido o Benefício de Aposentadoria.

A fim de que fosse considerada a data do requerimento administrativo em 24.01.1996, foi deferida liminar, às fls. 142-144 *“para que o processo administrativo de nº 101.631.346-O seja reaberto pela autoridade coatora, a qual deve dar cumprimento à decisão da 1ª Vara de Marília passada em julgado (...) com a finalidade de, somado o tempo rural reconhecido (de 01.01.63 a 31.03.69) ao período de trabalho urbano comprovado naquele processo, receba decisão o pedido lá formulado de concessão de aposentadoria proporcional por tempo de serviço pertinente ao autor, segundo a lei vigente ao tempo do pleito administrativo”* (grifo nosso).

A sentença proferida no mandado de segurança concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar, *“nos estritos termos em que foi vazada”* (fls. 180-186).

A propósito, a fundamentação da sentença proferida no mandado de segurança:

(...) desde 24.01.96, o impetrante tem direito a ser apreciado seu pedido com a inclusão do tempo rural reconhecido (desde quando prestado - refrise-se) e, se for o caso à aposentadoria lamentada.

Obteve-se a certeza desejada pelo impetrante, no tocante ao cômputo do tempo rural perseguido, para surtir efeitos no pedido administrativo de aposentadoria formulado. Isso foi dito, realçado e atendido. Inobstante, mesmo após a declaração de certeza afirmada pelo órgão jurisdicional, o INSS está a violar a direito do impetrante, recusando-se a agir em conformidade com o reconhecido na decisão, em nome de um interesse que de jurídico não tem nada. Se o interesse jurídico para a declaratória surgiu com a recusa do INSS em computar o tempo rural (isto está explicitamente mencionado na inicial da ação) e se o pedido foi julgado procedente, não há como admitir que o preceito só possa valer para o futuro, pois isso representaria atentado à essência mesma da certificação e faria coroar uma “esperteza” do órgão previdenciário, que não homenageia sua razão de ser.

Em sede de remessa oficial e apelação do INSS nos autos do mandado de segurança, foi decidido:

(...)

Mantenho a sentença tal como proferida.

No caso dos autos, o impetrante ajuizara ação declaratória de tempo de serviço, processada sob o rito ordinário, na 1ª Vara Federal de Marília - autos de nº 9610030831.

Nesta ação, deu-se o julgamento de procedência do pedido, tanto em primeira, quanto em segunda instância.

Reconheceu-se o trabalho do autor, na condição de rurícola, no interregno descrito entre 1º.01.1963 e 31.05.1969. Determinou-se o acréscimo, ao benefício de aposentadoria de tempo de serviço do autor, do cômputo deste período. Cuida-se do processo administrativo NB 101.631.346-O, referente à espécie de benefício nº 42, cujo requerimento administrativo é de 24-01-1996.

O feito transitou em julgado em 1º.09.2000, conforme certidão de fls. 82.

Apesar da tramitação da ação acima descrita, a autoridade administrativa deixou de cumprir a determinação. Recusando-se a computar e a acrescentar ao benefício do impetrante, o período de tempo de labor rural, existente no interregno compreendido entre 1º.01.1.963 e 31.05.1.969. Tem-se, portanto, estar maculada de vício a conduta da autoridade administrativa, que se nega a desarquivar os autos do processo administrativo NB 101.631.346-O, referente à espécie de benefício nº 42, cujo requerimento administrativo é de 24-01-1996, para acrescentar o tempo de serviço rural acima citado.

Inegável ser cristalino o direito do impetrante.

Assim, desrespeitou-se, nos autos do processo administrativo NB 101.631.346-O, o instituto da coisa julgada, resultado de ação declaratória de tempo de serviço, processada sob o rito ordinário, na 1ª Vara Federal de Marília - autos nº 9610030831.

A sentença citada está acostada às fls. 62/66. Fora confirmada pelo acórdão da lavra da Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal. Vide fls. 78/81. Transitou em julgado em 1º-09-2000, consoante se infere da leitura da cópia da certidão às fls. 83, dos autos.

À guisa de ilustração, reproduzo a ementa do acórdão lavrado nos autos do processo nº 1999.03.99.037459-7, cuja cópia está encartada às fls. 81:

EMENTA: “PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE RURAL.

I - Início razoável de prova material, corroborada por depoimento testemunhal, é bastante para o reconhecimento de serviço prestado sem registro.

II - Apelação e remessa oficial improvida”.

No que alude à coisa julgada, visível o desrespeito e a contradição da conduta da autoridade administrativa em relação aos postulados basilares do Estado Democrático de Direito.

Conforme averba Maria Helena Diniz:

“A coisa julgada, ou caso julgado, é uma qualidade dos efeitos do julgamento. É o fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, posta ao abrigo dos recursos, então, definitivamente preclusos, e dos efeitos por ela produzidos porque os consolida. A *res judicata* é um princípio jurídico positivo (CF/88, art. 5º, XXX-VI; LICC, art. 6º, § 3º) que demonstra o fato de ser a decisão final uma norma individual, cuja validade não poderá ser abolida por uma norma derogante nem por outra sentença judicial (CPC, art. 471), podendo ser apenas desconstituída mediante ação rescisória interposta dentro do biênio decadencial, desde que configurada uma das causas legais arroladas taxativamente no Código de Processo Civil, art. 485.

(...), (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, notas ao art. 6º, p. 190).

Neste contexto, tem-se que o impetrante tem direito ao desarquivamento de seu processo administrativo NB 101.631.346-O, por força do instituto da coisa julgada, resultado do processo judicial - ação declaratória de tempo de serviço, processada sob o rito ordinário, na 1ª Vara Federal de Marília - autos de nº 9610030831. Tem direito, principalmente, ao acréscimo, no tempo de serviço de sua aposentadoria, do interregno descrito entre 1º-01.1.963 31-05-1.969.

Diante do exposto, com atuação lastreada no art. 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento à remessa oficial e à apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Mantenho a douta sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, no mandado de segurança cujas partes são ELISEU SOARES, nascido em 08-06-1945, inscrito no CPF sob o nº 001.520.798-66, portador da cédula de identidade RG nº 10.761.933 SSP/SP, e o CHEFE DO POSTO DE SERVIÇOS DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS - AGÊNCIA DE MARÍLIA.

Com base na sentença proferida no mandado de segurança, o INSS procedeu à implantação do benefício, com DIB em 24.01.1996. Porém, com pagamento a partir de 05.06.2001 (fls. 16-17).

Destarte, na presente ação de cobrança, o autor pleiteia o pagamento dos valores devidos a partir da data do requerimento administrativo até 04.06.2001, tendo em vista que seu direito ao benefício foi reconhecido pela própria autarquia a partir de 24.01.1996.

Segundo a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”.

Nesse passo, não fica prejudicado o direito de o autor ajuizar ação de cobrança, já que o INSS, acatando a determinação de reabertura do processo administrativo, considerou a DIB do benefício em 24.01.1996, embora iniciando os pagamentos somente a partir de 05.06.2001, data da liminar confirmada por sentença (fls. 142-144).

Patente, portanto, o interesse de agir para a presente ação de cobrança.

Aliás, o autor simplesmente deu cumprimento à Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.”

Logo, assiste razão à parte autora.

A LBPS, ao tratar do tema assim dispõe:

Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

- a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou
- b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea “a”; (...)

Art. 54. A data do início da aposentadoria por tempo de serviço será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

Nesse sentido é a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. BENEFÍCIO DEFERIDO EM FUNÇÃO DE PROVIMENTO JURISDICIONAL EMANADO DE MANDADO DE SEGURANÇA. TERMO INICIAL. VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. I - Conforme se depreende dos elementos dos autos, a autora requereu aposentadoria por tempo de serviço em 1º de março de 1999, cuja negativa derivou da aplicação do entendimento veiculado pela Ordem de Serviço nº 600/98 (NB 42/112.628.172-4), o que, por sua vez, deu azo à impetra-

ção de mandado de segurança - autos nº 2000.61.83.000956-6 -, em cuja sede foi concedida ordem para garantir o afastamento da incidência das normas internas da autarquia que impunham óbices ao reconhecimento do exercício de atividade de natureza especial, para fins de conversão ao tipo comum, entendimento mantido nesta Corte em apreciação de remessa *ex officio* e pelo Superior Tribunal de Justiça quando do exame de recurso especial interposto pelo INSS. II - Em cumprimento à segurança deferida no writ, o INSS reviu o procedimento administrativo e deferiu a aposentadoria por tempo de serviço, com data de início em 08 de maio de 2000, eis que positivada a prestação de atividade laborativa por mais de 25 (vinte e cinco) anos (NB 42/116.397.026-0), sem o pagamento dos valores correspondentes à época do requerimento formulado perante a autarquia em 1º de março de 1999, segundo se comprova por “Carta de Concessão/Memória de Cálculo” fornecida pelo Instituto. III - Nesse passo, observado o disposto no art. 49, I, *b*, da Lei nº 8.213/91 e considerando-se que na data do requerimento administrativo do benefício estavam presentes todos os requisitos necessários à aposentação, é a partir de tal data que a autora merece gozar sua aposentadoria. (...) (REO 00034648820004036183, Desembargadora Federal Marisa Santos, TRF3 - Nona Turma, DJU 14/06/2007)

PREVIDENCIÁRIO. RETROAÇÃO DA DIB. SENTENÇA CONCESSIVA EM MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Tendo sido concedida aposentadoria por tempo de serviço ao autor em razão de ordem emanada de mandado de segurança, cabe seja fixada como termo inicial das parcelas devidas a DER, em atenção aos comandos contidos nos arts. 49 e 54, ambos da Lei nº 8.213/91. Os honorários advocatícios a que foi condenada a Autarquia devem ser fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença. (AC 200571020041265, Juíza Luciane Amaral Corrêa Münch, TRF4 - Turma Suplementar, 06/12/2006.)

Saliente-se que o fato de a concessão decorrer de ação mandamental não tem o condão de obstar a aplicação da legislação previdenciária no que tange ao *dies a quo* da aposentadoria, havendo que incidir a lei pertinente à hipótese concreta.

Mesmo que o pagamento do benefício na via administrativa tenha se dado a partir de maio/2001, em decorrência de decisão proferida em Mandado de Segurança, a presente ação, justamente destina-se à cobrança dos valores devidos a partir do requerimento administrativo, reconhecidos pela autarquia, após trânsito em julgado no mandado de segurança, em que restou mantida decisão liminar.

Logo, o pagamento das parcelas devidas, incluindo-se os abonos anuais, deve dar-se a partir de 24.01.1996 até 04.06.2001.

Cumpra frisar que, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil, a citação válida interrompe a prescrição, sendo que a interrupção retroage à data da propositura da ação.

Considerando-se que a ação declaratória (com pedido de declaração e cômputo de tempo rural no benefício requerido administrativamente em 24.01.1996) foi ajuizada em 01.10.1996, seguindo-se impetração de mandado de segurança, em 19.04.2001, e ação de cobrança dos valores atrasados em 14.08.2001, não há que se falar em prescrição quinquenal no tocante às prestações cobradas a partir de 24.01.1996.

Eventuais prestações previdenciárias inacumuláveis, recebidas pelo autor no período, serão compensadas com o débito do INSS (artigo 124 da Lei nº 8.213).

Quanto aos honorários advocatícios, não há que ser conhecido o requerimento da autarquia, de que sejam fixados “somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença”.

Com efeito, a sentença, prolatada em 27 de agosto de 2003, deferiu o pagamento de

parcelas devidas no período de 24.01.96 até 04.06.2001, inexistindo parcelas vencidas após a sentença.

Contudo, os honorários advocatícios devem ser reduzidos para R\$ 600,00 (seiscentos reais), a teor do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, para fixar os honorários advocatícios em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0120296-22.2006.4.03.0000
(2006.03.00.120296-0)

Autor: ARMANDO CORREA DA SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PIEDADE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIAIA
Classe do Processo: AR 5129
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. DOCUMENTO NOVO. INADEQUAÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. ACOLHIMENTO.

1 - Destaca-se a ocorrência da hipótese prevista no art. 295, parágrafo único, I e II, do CPC, uma vez que a pretensão deduzida na ação rescisória não possui correlação com a causa de pedir.

2 - O autor buscou com a justificação judicial, de caráter não contencioso, formar prova para instruir pedido nas vias administrativas, e não a reabertura da instrução do feito subjacente, o qual já conta com o óbice da coisa julgada que ali se formou.

3 - O Código de Processo Civil (art. 861 a 866) dispõe sobre o procedimento e a finalidade da Justificação Judicial, de caráter unilateral, que claramente se destina à formação de prova para processo futuro, no qual se exporá a sua pretensão em petição circunstanciada.

4 - A prova oral produzida na justificação não se assemelha a documento novo, especialmente porque a colheita avulsa de prova testemunhal fora deflagrada após a prolação da sentença rescindenda que se mantém preservada.

5 - Preliminares de inépcia da inicial e de ausência de interesse de agir acolhidas. Processo julgado extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar apresentada pelo réu e julgar extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de maio de 2013.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de Ação Rescisória proposta por ARMANDO CORREA DA SILVA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando desconstituir a r. sentença proferida nos autos da ação previdenciária nº 254/05, que teve o seu trâmite junto à 2ª Vara Cível da Comarca de Piedade/SP, na qual se objetivava o benefício de aposentadoria por idade.

Com a inicial, o autor apresenta cópia dos autos da Justificação Judicial nº 595/06 processada no mesmo Juízo *a quo* que, segundo alega, confirma os fatos alegados na ação subjacente. Acrescenta que a decisão rescindenda julgou improcedente o seu pedido de aposentadoria “porque as testemunhas não foram arroladas pela procuradora do requerente dentro do prazo legal”.

Inicial acompanhada dos documentos de fls. 11/19.

Deferidos ao autor os benefícios da assistência judiciária gratuita à fl. 22.

O réu apresentou contestação às fls. 35/51, suscitando, em preliminar, inépcia da inicial por ausência de exposição da causa de pedir, ao argumento de que o autor não relaciona sua pretensão com qualquer das hipóteses elencadas no art. 485 do CPC e, da mesma forma, pela não apresentação de documentos essenciais à propositura da demanda. Ainda em preliminar, pediu a extinção do feito, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, dada a inadequação da via eleita para a rediscussão do quadro fático probatório da lide subjacente. No mérito, sustentou o pedido de improcedência da demanda rescisória aduzindo que a documentação apresentada não se constitui em documento novo e que não restou demonstrada eventual violação a literal dispositivo de lei.

Réplica à fl. 59, na qual o autor parte da premissa equivocada de que teria o réu em sua defesa alegado o não preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício previdenciário.

Instadas as partes a especificar as provas que pretendiam produzir, a ré as dispensou (fl. 66), ao passo que o autor deixou transcorrer o prazo *in albis* (fl. 65).

Em suas razões finais, o requerente pede pela procedência do pedido formulado nesta demanda rescisória, aduzindo que “demonstrou na inicial que preenche todos os requisitos legais exigidos para concessão do benefício previsto no artigo 48, § 1º, § 2º, da Lei nº 8.213/91” (fl. 74).

A defesa, por sua vez, reiterou as preliminares de inépcia da inicial e da carência da ação e, por força da eventualidade, renovou os argumentos expostos na contestação no sentido da ausência de documentos novos, de erro de fato ou de violação a literal dispositivo de lei, aguardando pela improcedência do pedido rescisório (fls. 76/87).

Manifestação do Ministério Público Federal pela intimação do réu a promover a juntada aos autos de cópia do feito subjacente, bem como da respectiva certidão de trânsito em julgado (fls. 88/93), acolhida à fl. 95.

Documentos acostados às fls. 118/175.

O parecer da lavra da i. Procuradora Regional da República Maria Luísa Rodrigues de Lima Carvalho, caminhou no sentido de se ter por prejudicada a preliminar de inépcia da inicial pela falta de interesse de agir em razão da juntada dos documentos sugeridos pelo *Parquet* Federal aos autos. Opinou, ainda, pela rejeição da preliminar de carência da ação por entender ser possível extrair da inicial a pretensão rescisória em face dos documentos novos

que a instrui. No mérito, opinou pela improcedência da medida rescisória (fls. 183/189).

É o relatório.

À revisão na forma regimental (art. 34, I).

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Por se tratar de beneficiário da assistência judiciária gratuita, dispense o autor do depósito previsto no art. 488, II, do CPC.

Considerando-se o trânsito em julgado certificado em 27 de junho de 2006 (fl. 168vº), é de se verificar a tempestividade desta demanda, porquanto o prazo decadencial de 02 (dois) anos ainda não transcorrerá quando do seu ajuizamento, em 15 de dezembro de 2006 (fl. 02).

Assiste razão à Autarquia Previdenciária quanto às preliminares de inépcia da inicial e de carência da ação.

Inicialmente esclareço que o defeito da peça exordial foi percebido no processo a partir da contestação apresentada pelo réu (fls. 35/51). Dessa forma, não cabia ao Juízo, a esse tempo, determinar a intimação do demandante para que procedesse à necessária emenda, nos termos do art. 284 do CPC, uma vez que essa possibilidade desapareceu com a demonstração da falha do oponente. Vale lembrar que a alteração da peça importaria em mudanças no pedido ou na causa de pedir.

No mesmo sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL - PETIÇÃO INICIAL DEFEITUOSA - EMENDA À INICIAL - IMPOSSIBILIDADE.

1. A petição inicial foi formulada sem dela constar pedido certo.
2. Controvérsia na interpretação do art. 284 do CPC no sentido de permitir-se a emenda à inicial a qualquer tempo, até em sede de recurso.
3. Corrente majoritária no sentido de só admitir a emenda até a contestação, exclusive.
4. Recurso especial conhecido e provido para extinguir o feito sem julgamento do mérito. (STJ, 2ª Turma, REsp 726.125/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 12.06.2007, DJ. 29.06.2007)

De qualquer forma, o demandante não se atentou para a grave irregularidade destacada pela defesa, nem mesmo a partir da manifestação do *Parquet* Federal às fls. 89/93, opinando pela ausência de preclusão quanto à oportunidade de emendar, inclusive para a juntada aos autos dos documentos essenciais ali sugeridos.

Vale ressaltar que o parecer ministerial foi acolhido integralmente por decisão de fl. 95, tendo a parte se limitado à apresentação de cópia das peças indicadas, sem maiores esclarecimentos acerca do seu pedido inicial.

O mesmo Representante do Ministério Público Federal, em suas alegações finais, propõe que se dê por superada a preliminar de inépcia da inicial por ausência de interesse de agir e que seja desacolhida a fundamentada na ausência de causa de pedir, pois, segundo entende, “Embora a inicial seja suscinta, da sua leitura verifica-se que se busca o autor a rescisão do julgado sob a alegação de que instrui a ação rescisória com documentos novos aptos a ensejar a rescisão do julgado, sendo apta a petição inicial para o regular desenvolvimento do processo” (fl. 185).

Não obstante respeitável, o parecer ministerial não merece acolhimento.

Os fatos narrados pelo autor nesta demanda limitam-se a historiar que, no processo originário, foi julgado improcedente o seu pedido de aposentadoria “porque as testemunhas não foram arroladas pela procuradora do requerente dentro do prazo legal” (fl. 03).

Na sequência imediata, o mesmo demandante esclarece que já possui os requisitos necessários à concessão da benesse, sem que se tenha dos argumentos expendidos a razão pela qual entende que se impõe a prévia rescisão do julgado anterior. Confira-se:

Ocorre, que o autor já possui idade (documento anexo), tempo suficiente para se aposentar conforme determina a Lei Previdenciária, eis que trabalhou por mais de 20 (vinte) anos sem registro como trabalhador rural.

Assim sendo, pleiteando comprovar esse tempo de serviço, ingressou no dia 23 de junho deste ano com uma Justificação Judicial (Processo nº 595/06 perante a 2ª Vara Cível desta Comarca) pleiteando a oitiva das testemunhas arroladas na ação previdenciária, que confirmaram os fatos afirmados pelo autor, conforme documentos juntados (fl. 03).

A inicial não traz, nem mesmo de forma sucinta, “a alegação de que instrui a ação rescisória com documentos novos aptos a ensejar a rescisão do julgado”, como sugere o ilustre Representante do Ministério Público Federal em seu parecer já mencionado.

Destaca-se a ocorrência da hipótese prevista no art. 295, parágrafo único, I e II, do CPC, uma vez que a pretensão deduzida na ação rescisória não possui correlação com a causa de pedir.

Note-se que os fundamentos jurídicos do pedido que se seguem elencados estão relacionados ao mérito da ação subjacente cujo rejugamento é pretendido. Em nenhum momento o autor esclarece qual a causa de pedir para a superação do juízo rescindente, limitando-se a mencionar que propõe a demanda “com fulcro nos artigos 485, inciso VII, a (sic) 495 do Código de Processo Civil” (fl. 02).

In casu o autor nem justifica o porquê das testemunhas não terem sido arroladas dentro do prazo legal e também não questiona a conformidade da decisão rescindenda com as regras processuais atinentes à instrução probatória.

Ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que se pudesse extrair do pedido que a pretensão se sustente na nova prova obtida por meio de justificação judicial, a análise deste feito não superaria a preliminar de ausência de interesse de agir.

A ação subjacente fora instruída com a Certidão de Casamento de fl. 125, que qualificava o demandante como lavrador em 5 de dezembro de 1959; o que retira o caráter de novidade do mesmo documento apresentado na inicial desta rescisória; e com as Certidões de Nascimento de seus filhos, as quais traziam a mesma qualificação profissional em janeiro de 1961; dezembro de 1966; abril de 1965 e em março de 1962 (fls. 126/129).

Saneado aquele feito, determinou-se o Juízo pela designação de audiência, tendo por “Necessária a prova oral” (fl. 153), do que foram intimados o réu pessoalmente (fl. 157vº) e o seu procurador pela imprensa oficial (fl. 158).

Na data designada (25 de abril de 2006), resultando negativa a tentativa de conciliação, as partes dispensaram os depoimentos pessoais recíprocos, conforme consta da assentada de fl. 159. Naquela oportunidade, o MM. Juiz de Direito processante fez constar do respectivo termo a determinação no sentido de que a serventia procedesse a minuciosa busca, no prazo de cinco dias, visando localizar petição que, segundo a representante da parte autora, teria

sido protocolizada com o rol de testemunhas, extraviada, contudo, a cópia do protocolo.

Nada foi encontrado no cartório, em todos os setores ou no sistema informatizado daquele Foro, conforme certificou o Diretor de Serviços, em 26 de abril de 2006, o qual também ressaltou ao Juízo a ausência de testemunhas arroladas na inicial (fl. 160).

A r. sentença rescindenda, que transitou em julgado aos 27 de junho de 2006 sem recurso ou qualquer petição da defesa, foi prolatada aos 05 de maio de 2006 (fls. 163/166 e fl. 168v). Note-se que, exatamente conforme consta de seu relatório, até aquele momento a advogada não havia apresentado o protocolo com eventual rol de testemunhas.

O decreto de improcedência do pedido de aposentadoria derivou da seguinte consideração:

Embora que exista início razoável de prova material pelos documentos de fls. 08/16, esta se restringe ao tempo de sua emissão, e, divorciada da prova testemunhal, não serve para o fim pleiteado. Aliás, inviável a consideração, como se incontestes fosse, das declarações de fls. 14/16, uma vez que produzidas em desacordo com os termos do artigo 410 do Código de Processo Civil, 1ª parte, a que se deve obediência (fl. 165).

O dispositivo processual lembrado pelo *decisum* impugnado dispõe, *in verbis*:

Art. 410. As testemunhas depõem, na audiência de instrução, perante o juiz da causa, exceto:
I - as que prestam depoimento antecipadamente;
II - as que são inquiridas por carta;
III - as que, por doença, ou outro motivo relevante, estão impossibilitadas de comparecer em juízo (art. 336, parágrafo único).

Entretanto, por petição protocolada em 23 de junho de 2006, vale dizer, ainda dentro do prazo para apelação, o demandante buscou, através da Justificação Judicial de fls. 13/19, a oitiva das testemunhas ali indicadas, esclarecendo que não podia fazer tal prova junto ao órgão previdenciário.

Julgada por sentença a medida proposta, nos termos do art. 866 do CPC, o MM. Juiz processante, abstendo-se de apreciar o mérito da prova oral colhida, em respeito ao parágrafo único do mesmo dispositivo processual, determinou a entrega dos autos ao requerente, independente de traslado (fl. 16).

Ora, é evidente que o autor buscou com a justificação, de caráter não contencioso, formar prova para instruir pedido nas vias administrativas, e não a reabertura da instrução do feito subjacente, o qual já conta com o óbice da coisa julgada que ali se formou.

O Código de Processo Civil (art. 861 a 866) dispõe sobre o procedimento e a finalidade da Justificação Judicial, de caráter unilateral, que claramente se destina à formação de prova para processo futuro, no qual se exporá a sua pretensão em petição circunstanciada.

Decorre daí a ausência de interesse processual nesta demanda rescisória.

Desnecessário dizer que, acaso superada a fase preliminar, a pretensão de reanálise dos requisitos para a aposentadoria por idade pretendida não encontraria respaldo, uma vez que a prova oral produzida na justificação não se assemelha a documento novo, especialmente porque a colheita avulsa de prova testemunhal fora deflagrada após a prolação da sentença rescindenda que se mantém preservada.

Depreende-se dos termos do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, que a justificação administrativa ou judicial equivale à prova exclusivamente testemunhal, uma vez que indispensável

para a produção de efeitos no reconhecimento de tempo de exercício a presença de início de prova material nos autos, *in verbis*:

§ 3º. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento.

Considerando-se o conjunto de início de prova material destacado nesta decisão do qual dispõe o demandante e o procedimento de caráter voluntário aqui apresentado, a meu ver, cabe-lhe tão somente a este tempo percorrer as vias administrativas nas quais exporá sua pretensão diretamente ao órgão previdenciário.

Ante o exposto, acolho a preliminar apresentada pelo réu e *julgo extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil*. Sem condenação em verbas sucumbenciais por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0011876-55.2008.4.03.6109

(2008.61.09.011876-5)

Agravante: JOSÉ SALVADOR PEREZ

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 384/388vº

Interessada: UNIÃO FEDERAL

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PIRACICABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: ApelReex 1814797

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APRECIÇÃO DO FEITO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. ANISTIA. TERMO DE ADESÃO DA LEI Nº 11.354/2006. AJUIZAMENTO DE AÇÃO VISANDO REVISÃO DOS VALORES RECEBIDOS. IMPOSSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Pertinente a apresentação do feito para apreciação do Órgão Colegiado.
2. Infere-se dos documentos que instruíram a exordial que a parte autora foi anistia-da por meio da Portaria nº 0460 de 16 de fevereiro de 2007, de lavra do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça.
3. A parte autora para receber de forma célere os valores que lhe foram reconhecidos devidos pela Comissão de Anistia, assinou “Termo de Adesão” baseado no que dispõe a Lei nº 11.354/2006.
4. No caso dos autos, o impetrante assinou o Termo de Adesão, submetendo-se às condições ali estabelecidas e ao regramento contido na referida legislação, quando declarou não ser parte em ação e se comprometeu a não ingressar em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido, assim como a desistir de ação ou de recurso, caso estivesse em juízo questionando os efeitos financeiros da anistia.
5. Todavia, conclui-se que a parte autora não cumpriu as condições do “Termo de Adesão” assinado, pois no presente feito objetiva a revisão do acordo anteriormente firmado, com pagamento de todas as vantagens legais e atrasados que reputa devidos.
6. Destarte, é evidente que eventual acolhimento do pleito da parte autora implicará em reflexos econômicos sobre o valor que lhe foi pago a título de atrasados, de acordo com o “Termo de Adesão”, o que não se me afigura viável.
7. É cediço que esta é uma forma de reparação àqueles que foram prejudicados, de alguma forma, por um regime político de exceção, assim, deve-se, dentro dos parâmetros legais, aplicar as benesses concedidas pelo legislador, contudo, sem ignorar a existência do negócio jurídico perfeito, como no caso em tela.
8. Verificando-se que competia ao autor a opção de firmar o “Termo de Adesão” com a parte ré, e estando presentes todos os requisitos de validade do negócio jurídico constantes no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, evidente a improcedência do seu pedido, devendo ser a r. sentença reformada.
9. Invertida a sucumbência, a parte autora pagará honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa (§ 4º do art. 20 do Código de Processo Civil) e suportará

as custas. Entretanto, por ser a parte sucumbente beneficiária da justiça gratuita, a execução ficará suspensa pelo prazo de 5 anos, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

10. Agravo 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, 02 de maio de 2013.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Cuida-se de recurso de agravo interposto nos termos do parágrafo 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática proferida por este Relator (fls. 384/388Vº) que, nos termos preconizados pelo artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, não conheceu de parte da apelação da União para na parte conhecida dar-lhe provimento, bem como à remessa oficial e, em observância ao que dispõe o artigo 557, “caput”, do mesmo Diploma Legal, negou seguimento à apelação da parte autora.

Trata-se de ação proposta por *José Salvador Perez* em face da União Federal visando a revisão do valor da renda mensal inicial da prestação continuada, bem como a declaração de nulidade do acordo firmado nos termos do artigo 2º da Lei nº 11.354/2006 e, caso seus pleitos sejam atendidos, que os atrasados sejam pagos sem a incidência de imposto de renda e contribuições previdenciárias, conforme determinado no parágrafo único do artigo 9º da Lei nº 10.559/2002.

O MM. Juiz “a quo”, reconhecendo a inconstitucionalidade do disposto no artigo 2º da Lei nº 11.354/2006, deu pela *parcial procedência do pedido* para condenar a ré ao pagamento integral de benefício de prestação mensal e continuada a anistiado político no período compreendido entre 01/08/2000 e 19/05/2006, descontando-se o que já havia sido pago a título de diferença entre as funções exercidas pelo autor na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos no seu ingresso original (08/01/1997) e na sua reintegração (01/08/2000 a 19/05/2006). Determinou que o pagamento deveria se dar com a incidência de correção monetária apurada nos termos da Súmula 148 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula nº 08 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, juros de mora à razão de 1% ao mês, nos termos do disposto no artigo 406 do Código Civil, artigo 219 do Código de Processo Civil e artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ressaltando que a partir de 01/07/2009, em substituição à atualização monetária e juros de mora acima preconizados, haverá incidência de uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997. Condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação, observado o teor da Súmula nº 111 do

Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 331/334).

Apelou a parte autora requerendo a reforma parcial da r. sentença “a quo” para: 1) que seja deferida a tutela antecipada determinando que o apelante receba o valor apontado pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Correios e Telégrafos e Similares - FENTECT, quando do requerimento de anistia em 2002, face à estampada ilegalidade e inconstitucionalidade quando do arbitramento do valor da prestação mensal, permanente e continuada, no período não abrangido pela decisão “a quo” anterior a 01/08/2000 e posterior a 19/05/2006; 2) que seja aplicado o disposto no artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 10.559/2002, que isenta o anistiado político da contribuição previdenciária e fiscal (fls. 331/351).

Por sua vez, apelou a União, pugnando pela reforma da r. sentença em face da constitucionalidade do disposto no artigo 2º da Lei nº 11.354/2006, que impõe vedação ao anistiado de ingressar com ação judicial caso concorde com o valor, forma e condição de pagamento da indenização fixados no “Termo de Adesão” por ele assinado perante a “Comissão de Anistia”. Destacou, ainda, que restou determinado o pagamento da diferença devida entre o valor recebido em decorrência da reintegração do recorrido à EBCT e aquele que seria devido a título de prestação mensal, permanente e continuada. Acontece que o valor da prestação mensal corresponde a R\$ 509,83 (fls. 240/241) e o próprio recorrido informou que recebia em virtude de sua reincorporação a quantia de R\$ 1.295,78 (fl. 43). Desse modo, conclui-se que o valor da condenação é negativo, ou seja, não é devido nenhum valor pela União em virtude do capítulo condenatório da sentença. Requer, ainda, que os juros de mora a partir de 01/07/2009 sejam fixados com a observância da regra estatuída no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

A União apresentou suas contrarrazões recursais (fls. 363/371vº) e a parte autora às fls. 373/382.

Às fls. 384/388vº, foi exarada *decisão monocrática* na qual nos termos preconizados pelo artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, não conheci de parte da apelação da União para na parte conhecida dar-lhe provimento, bem como à remessa oficial e, em observância ao que dispõe o artigo 557, “caput”, do mesmo Diploma Legal, neguei seguimento à apelação da parte autora.

Irresignado, o apelante/agravante, em seu agravo legal pretende a reforma da decisão alegando a necessidade de análise do recurso pelo Órgão Colegiado e sustenta, em síntese, que a assinatura no termo de adesão não se constitui em negócio jurídico perfeito, pois se houve ato jurídico perfeito, foi o ato anterior, o da concessão da anistia, sendo, portanto, o termo de adesão criado pela Lei nº 11.354/2006 inconstitucional e nulo, especialmente por retirar do anistiado político o direito de discutir o valor pago, o que é assegurado pelo artigo 8º do ADCT c/c os termos expendidos na Lei nº 10.559/2002 (fls. 390/399).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Inicialmente, verifica-se pertinente a apresentação do feito para apreciação do Órgão Colegiado.

Os argumentos apresentados no agravo não modificaram o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão agravada.

Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, *tão-somente em relação à matéria agitada no agravo legal*, adotando-os como razão de decidir deste agravo:

Inicialmente, destaco que no presente caso o benefício ao anistiado foi deferido na sistemática da Lei nº 10.559/2002, oportunidade em que o voto proferido pela “Comissão de Anistia” (fls. 218/222), ratificado pelo Sr. Ministro de Estado da Justiça, determinou que o pagamento fosse operacionalizado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, observando-se o disposto nos artigos 8º e 9º da Lei nº 10.559/2002, pelo que não se faz necessário, no presente caso a participação do Instituto Nacional do Seguro Social no polo passivo da presente ação, pois este não figura como agente pagador do benefício.

(...)

Passo à análise do mérito.

Inferi-se dos documentos que instruíram a exordial que a parte autora foi anistiada por meio da Portaria nº 0460 de 16 de fevereiro de 2007, de lavra do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, a qual tem o seguinte teor:

“(...) Declarar JOSÉ SALVADOR PEREZ, anistiado político, concedendo-lhe reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada referente a RS 06, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, no valor correspondente a R\$ 509,83 (quinhentos e nove reais e oitenta e três centavos), com efeitos financeiros retroativos de 04.09.2006 a 15.03.1989, totalizando 209 (duzentos e nove) meses e 20 (vinte dias), perfazendo um total de R\$ 115.816,48 (cento e quinze mil, oitocentos e dezesseis reais e quarenta e oito centavos), nos termos do artigo 1º, incisos I e II da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. Fica assegurado ao Anistiado acesso a todos os benefícios indiretos mantidos pela empresa, em conformidade com o art. 14 da supracitada Lei.”

A portaria supra citada foi elaborada com supedâneo no voto proferido pela Comissão de Anistia, “in verbis”:

“7. Quanto à motivação exclusivamente política, o Requerente já *foi anisitado com base no art. 8º do ADCT/CF e readmitido em 01 de agosto de 2000*, conforme declaração da ECT às fls. 112.

8. Superada esta preliminar resta a análise do quantum devido ao requerente a título de reparação econômica concedida pela Lei 10.559/02.

9. A Lei nº 10.559/02 não dispõe expressamente sobre o critério a ser utilizado para a efetivação das progressões na carreira dos requerentes, apresentando o paradigma tão somente como uma sugestão, assim como as planilhas das empresas etc.

10. Em razão de não estar ligada a um único critério de progressão nas carreiras, esta Comissão de Anistia, solicitou auxílio à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, com o intuito de melhor esclarecer a situação dos anistiados que foram demitidos no período de exceção democrática.

11. Em meio às dificuldades na obtenção da planilha de evolução salarial satisfatória junto à empresa e esgotados todos os meios de obtenção das progressões junto a órgãos externos, esta Comissão de anistia julga-se competente para deliberar sobre o critério de progressão e promoção a ser aplicado, visando a celeridade de análise e julgamento dos processos.

12. Na leitura dos Planos de Cargos da ECT, verifica-se que os empregados dos Correios recebem 01 (uma) Referência Salarial por ano, em média, à exceção das RSs dos Acordos Coletivos.

13. No caso em tela, o Requerente ficou afastado de 02/08/1988 até 01/08/2000, totalizando 12 anos de afastamento, sendo-lhe devidas, em tese, 12 RSs.

14. No entanto, quando de sua readmissão, a empresa lhe concedeu 06 RSs, sendo-lhe devidas, ao final 06 RSs (fls. 224).

15. Assim, a prestação mensal permanente e continuada, deverá consistir na diferença entre o valor do reposicionamento ocorrido em 01.08.2000 e o que deveria receber caso não tivesse sido desligado das atividades profissionais remuneradas em 02.08.1988, cujo resultado

corresponde a 06 (seis) referências salariais, acrescidos de 12% (doze por cento) de anuênios, relativamente aos 12 anos em que ficou afastado de suas atividades profissionais.

16. Ante o exposto, opino pelo DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO DE ANISTIA, nos seguintes termos:

- O interessado deverá ter ratificada sua condição de anistiado político, passando a receber reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, com remuneração composta dos valores referentes a:

- Diferença Salarial equivalente a 06 RSs

- 12% de anuênios

- IGQP

17. Ficam assegurados os benefícios indiretos mantidos pela ECT, inclusive plano de seguro, de assistência médica, odontológica e hospitalar, bem como financiamento habitacional, em conformidade com o art. 14 da Lei nº 10.559/02.

18. Considerar-se-á como data de início da retroatividade do pagamento (art. 6º, § 6º, da Lei nº 10.559/2002) o dia da entrada do primeiro pedido de anistia.

19. Ressalte-se que, ao tempo do pagamento a ser efetuado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, deverão ser observados os termos dos arts. 8º e 9º da Lei nº 10.559/2002.

20. É o voto.”

O autor tomou ciência do voto em 08/12/2006 (fl. 244) e, na mesma, data apresentou desistência da interposição de recurso (fl. 245).

Inferre-se dos autos que a parte autora para receber de forma célere os valores que lhe foram reconhecidos devidos pela Comissão de Anistia, assinou “Termo de Adesão” baseado no que dispõe a Lei nº 11.354/2006, conforme se vê da transcrição que faço a seguir:

“Art. 2º O Termo de Adesão a ser firmado pelo anistiado deverá conter expressa concordância com o valor, a forma e as condições de pagamento e, ainda, declaração de que:

I - não está e não ingressará em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido; ou

II - se compromete a desistir da ação ou do recurso, no caso de estar em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido.

§ 1º O anistiado civilmente incapaz poderá firmar o Termo de Adesão por meio de seu representante legal.

§ 2º Na hipótese de anistiado falecido, o Termo de Adesão poderá ser firmado por seus dependentes, consoante o disposto no art. 13 da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002.

§ 3º A União não cobrará honorários advocatícios do autor da ação que desistir do processo judicial para firmar o Termo de Adesão de que trata esta Lei.”

Contudo, aduz a parte autora em sua exordial a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Ora, contata-se que o anistiado optou por receber o que a Administração entendia que lhe era devido, aderindo aos termos da Lei nº 11.354/2006.

No caso dos autos, o impetrante assinou o Termo de Adesão, submetendo-se às condições ali estabelecidas e ao regramento contido na referida legislação, quando declarou não ser parte em ação e se comprometeu a *não ingressar em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido*, assim como a desistir de ação ou de recurso, caso estivesse em juízo questionando os efeitos financeiros da anistia.

Todavia, conclui-se que a parte autora não cumpriu as condições do “Termo de Adesão” assinado, pois no presente feito objetiva a revisão do acordo anteriormente firmado, com pagamento de todas as vantagens legais e atrasados que reputa devidos.

Destarte, é evidente que eventual acolhimento do pleito da parte autora implicará em reflexos econômicos sobre o valor que lhe foi pago a título de atrasados, de acordo com o “Termo de Adesão”, o que não se me afigura viável.

Por ser elucidativo colaciono aresto oriundo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGU-

RANÇA. ANISTIA. MILITAR. RESTABELECIMENTO DE ATRASADOS E ABSTENÇÃO DE DESCONTOS. ACORDO ADMINISTRATIVO. PARCELAMENTO DO DÉBITO NOS TERMOS DA LEI Nº 11.354/2006. DESCUMPRIMENTO DO TERMO DE ADESÃO, EM RAZÃO DE PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL VISANDO PROMOÇÃO. ANULAÇÃO DO ACORDO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 2º DA LEI Nº 11.354/06 QUE NÃO SE VERIFICA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DEU CORRETA INTERPRETAÇÃO AOS DISPOSITIVOS DE LEI INVOCADOS. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Cuida-se, na origem, de ação mandamental impetrada por anistiado político contra a União Federal, na qual pretende o restabelecimento do pagamento de atrasados de forma parcelada, nos moldes do Termo de Adesão de que trata a Lei nº 11.354/2006, bem como a abstenção do desconto das parcelas que já lhe foram pagas.

2. Não há falar em violação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 11.354/06, tendo em vista que o Tribunal *a quo* deu a eles correta interpretação, na medida em que o *impetrante*, ao aceitar as condições previstas no Termo de Adesão de que trata referida lei, comprometeu-se a não promover demanda judicial questionando qualquer direito relativo a sua condição de anistiado ou dela desistir, no caso de estar em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido.

3. Descumprido o acordo, não subsiste razão para que a Administração continue a pagar os valores atrasados estipulados pela Comissão de Anistia, já que tais verbas serão discutidas na via judicial. Precedentes: AgRg no MS 13.923/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 30/9/2009 e MS 12.908/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 27/11/2007.

4. Recurso especial não provido.”

(RESP NUM: 201000676521 STJ TURMA: 01 DJ: 28/06/2010 REL: MIN. BENEDITO GONÇALVES) (negritei)

Nesse sentido, destaco julgados oriundos do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “MILITAR. ANISTIA. TERMO DE ADESÃO. LEI Nº 11.354/2006. AJUIZAMENTO DE AÇÃO VISANDO PROMOÇÃO. - Feito em que anistiado político objetiva ver restabelecida a eficácia do Termo de Adesão nº 302, assinado nos termos da Lei 11.354/06, com a suspensão dos efeitos da decisão que o anulou, para que continue a receber as parcelas retroativas referentes à reparação econômica a que faz jus, embora tenha ajuizado ação versando sobre anistia, o que, no entendimento da autoridade impetrada, estaria a ferir os arts. 1º, 2º e 3º da mesma norma legal. - O impetrante foi anistiado politicamente pelo Ministro da Justiça, através da Portaria nº 3.157, de 21 de outubro de 2004, sendo incluído no regime do anistiado político previsto pela Lei nº 10.559/2002, com a respectiva reparação econômica no valor ali citado, o qual equivale aos efeitos financeiros deferidos no processo administrativo, que resultou na sua promoção à graduação de Suboficial, com proventos do posto de Segundo-Tenente. - Um dos elementos que integram o cálculo constante da Portaria nº 3.157/2004 é o posto que o militar ocupará, eis que foi segundo ele que se alcançou a quantia devida. - Com vistas ao pagamento dos valores correspondentes aos efeitos retroativos da concessão da reparação econômica, em razão da declaração da condição de anistiado político mencionada anteriormente, foi editada a Lei nº 11.354/2006, que previu a formalização de Termo de Adesão. - Trata-se de uma questão de opção. O anistiado poderia optar por receber o que a Administração entende que lhe é devido, nos termos da Lei, ou impugnar tais valores, caso em que não poderia usufruir das condições do Termo de Adesão. - No caso dos autos, o impetrante assinou o Termo de Adesão nº 302, submetendo-se às cláusulas ali contidas e ao disposto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 11.354/2006, quando declara não ser parte em ação e se compromete a não ingressar em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido, assim como a desistir de ação ou de recurso, caso estivesse em juízo questionando os efeitos financeiros da anistia. - O impetrante, realmente, não cumpriu as condições do Termo de Adesão assinado. No proc. nº 2007.51.01.007761-7, então ajuizado, o ora impetrante objetiva alcançar as promoções ao posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra, com proventos de Contra-Almirante, e pagamento de todas as vantagens legais, mais atrasados, com base na Lei 10.559/02. - Inegável que eventual acolhimento do pleito do autor,

naqueles autos, implicará em reflexos econômicos sobre o valor que lhe é devido a título de atrasados, de acordo com o Termo de Adesão. - Em verdade, no Termo de Adesão firmado, o ora impetrante não concordou apenas com o valor da dívida, mas, consequentemente, também com o posto hierárquico que lhe foi reconhecido na Portaria nº 3.157, de 21 de outubro de 2004, do Ministro de Estado da Justiça. Nesse passo, o fato de existir ação judicial em que o autor postula promoção a patente superior, na condição de anistiado político, com possibilidade de modificação, ou melhor, majoração, da quantia anteriormente aceita, configura impugnação quanto ao valor que assumiu, voluntariamente, em receber de forma parcelada, através do Termo de Adesão, motivo por que veio, então, a ser anulado pela Administração, por violar o art. 2º, I e II, da Lei nº 11.354/2006. - Recurso improvido.”

(AC 200851010208601, Desembargador Federal JULIO MANSUR, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 07/07/2011 - Página: 377/378)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. MILITAR. ANISTIADO POLÍTICO. PROMOVIDO À GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL COM PROVENTOS DO POSTO DE SEGUNDO-TENENTE. PORTARIA 750/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA. ASSINATURA DE TERMO DE ADESÃO. ANULAÇÃO. AÇÕES JUDICIAIS EM CURSO SOBRE ANISTIA, COM BASE NA LEI 10.559/02. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º E 2º DA LEI 11.354/06. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. O Impetrante, anistiado político, assinou o Termo de Adesão nº 609 submetendo-se às cláusulas ali contidas e ao disposto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 11.354/2006, declarando não ser parte em ação e se comprometendo a não ingressar em juízo impugnando o valor a ele devido, assim como de desistir de ação ou de recurso, caso estivesse em juízo questionando os efeitos financeiros da anistia. 2. O Impetrante violou as condições do Termo de Adesão assinado, eis que ajuizado o proc. nº 2007.51.01.005608-0, no qual objetiva alcançar promoção ao posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra com proventos de Contra-Almirante, com pagamento de todas as vantagens legais e atrasados, com base na Lei 10.559/02. Eventual acolhimento, naqueles autos, do pedido do Impetrante, implicará em reflexos econômicos sobre o valor que lhe é devido de acordo com o Termo de Adesão firmado, em que concordou não apenas com o valor da dívida, mas também com o posto hierárquico que lhe foi reconhecido na Portaria nº 750/2005. 3. Recurso improvido.”

(AC 200951010027740, Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 26/10/2012)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ANISTIA - RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO - PAGAMENTO DE ATRASADOS NA FORMA DA LEI Nº 11.354/06 - ASSINATURA DE TERMO DE ADESÃO - AÇÃO ANTERIOR EM EXECUÇÃO - VIOLAÇÃO AOS TERMOS DO ACORDO - REGULAR SUSPENSÃO DO PAGAMENTO I - Reconhecimento administrativo do direito aos benefícios advindos da anistia com a expressa consignação do quantum devido a título de atrasados, com fundamento na Lei nº 10.559/02. II - A Lei nº 11.354/06 previu a forma de pagamento administrativo dos valores atrasados fixados em virtude da declaração da condição de anistiado político com base na Lei nº 10.559/02. III - Assinado o *Termo de Adesão previsto na Lei nº 11.354/06, submete-se o Autor aos seus regulamentos*. IV - A existência de ação anterior, ainda que em fase de execução quando da assinatura do Termo de Adesão, fundada no art. 8º do ADCT e cujo valor considerou o mesmo período que serviu para análise de tempo de serviço militar, trata, também, de requerimento de benefício advindo das leis de anistia, ou seja, refere-se a pagamento -embasado no mesmo fundamento- do objeto do Termo de Adesão, e desta forma, ofende ao previsto na cláusula quarta do termo acordado entre as partes. V - Não há ofensa à vedação genérica de ingresso em juízo e nem ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, eis que não prevê o acordo qualquer efeito impeditivo/suspensivo sobre outra ação judicial. VI - O prosseguimento do compromisso assumido pela União Federal através do Termo de Adesão, se vincula, por óbvio,

na manutenção, pela outra parte, dos Termos acordados. VII - Remessa necessária e apelação providas e agravo retido prejudicado.”

(APELRE 200951010073645, Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 11/12/2012) (negritei)

É cediço que esta é uma forma de reparação àqueles que foram prejudicados, de alguma forma, por um regime político de exceção, assim, deve-se, dentro dos parâmetros legais, aplicar as benesses concedidas pelo legislador, contudo, sem ignorar a existência do negócio jurídico perfeito, como no caso em tela.

Destarte, verificando-se que competia ao autor a opção de firmar o “Termo de Adesão” com a parte ré, e estando presentes todos os requisitos de validade do negócio jurídico constantes no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, evidente a improcedência do seu pedido, devendo ser a r. sentença reformada.

Por fim, invertida a sucumbência, a parte autora pagará honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa (§ 4º do art. 20 do Código de Processo Civil) e suportará as custas. Entretanto, por ser a parte sucumbente beneficiária da justiça gratuita, a execução ficará suspensa pelo prazo de 5 anos, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo legal.*

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0001476-39.2009.4.03.0000

(2009.03.00.001476-0)

Recorrente: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Recorridos: NICÁCIO VIEIRA PREDA E MARCOS LUIZ BIANCHI
Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: NICÁCIO VIEIRA PREDA E MARCOS LUIZ BIANCHI
Partes Rés: VICENTINI PEÇAS CHEVROLET LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Classe do Processo: AI 360400
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2013

DECISÃO

Extrato: Recurso Especial - Negativa de seguimento ao Agravo de Instrumento, em virtude da ausência de certidão de intimação (peça obrigatória, segundo esta C. Corte) - Intimação do Poder Público realizada por meio de abertura de vista dos autos - Defendida possibilidade de se suprir a ausência da certidão por meio do termo de vista dos autos - Matéria Repetitiva - Remessa recursal.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Especial, interposto pela União, a fls. 192/202, em face de Nicácio Vieira Preda e outro, tirado do v. julgado proferido nestes autos, fls. 188/190, que rejeitou os embargos declaratórios, interpostos em relação ao v. aresto de fls. 176/178, que negou provimento ao agravo previsto no § 1º do art. 557, do CPC, a fim de manter a r. decisão monocrática de fls. 160, que, em suma, negou seguimento ao recurso, fundando-se na ausência de cópia obrigatória para interposição de Agravo de Instrumento, a certidão de intimação pessoal da parte agravante, anotando a insuficiência do termo de vista dos autos ao Procurador da recorrente.

Suscita a recorrente, preliminarmente, a existência de omissão ensejadora de nulidade do v. aresto recorrido, ligada à ausência de manifestação, pela C. Corte, acerca do princípio da instrumentalidade das formas. Aduz, em mérito, sob alegação de malferimento aos arts. 154, 244 e 525, I, do CPC, que a intimação da União, observado o teor dos arts. 38, a LC 73/73 c.c. 6º, da Lei 9.028/1995 e 25, da Lei 6.080/80, ocorre na pessoa de seus Procuradores, por meio de entrega dos autos com respectiva vista. Desse modo, defende que o termo de vista dos autos, que comprova a data da retirada de cartório, deve substituir a cópia da certidão de intimação. Ressalta que a aferição da tempestividade recursal (precípua fim da certidão de intimação) também pode ser realizada através de análise da aludida certidão de vistas, invocando o princípio da instrumentalidade das formas.

Apresentadas contrarrazões, fls. 206/223, onde suscitada, preliminarmente, a aplicação da v. Súmula 223, do E. STJ.

É o suficiente relatório.

Preliminarmente, sem adequação ao caso a v. Súmula 223, do E. STJ, deste teor:

A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo.

Deveras, tal Súmula não guarda relação com o agravo de instrumento previsto no art. 522, do CPC, mas sim àquele previsto no art. 544, da Lei Processual Civil, interposto contra decisão que nega admissibilidade a recurso excepcional.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO NEGATÓRIA DE SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CÓPIA DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CÓPIA INCOMPLETA DA PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. PEÇAS OBRIGATÓRIAS. AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 223 DO STJ E 288 DO STF. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I. Não se conhece do agravo de instrumento, no qual não constam as peças essenciais, como a cópia da certidão de intimação do acórdão recorrido e a cópia integral da petição de interposição do recurso especial, peças obrigatórias para a formação do instrumento e indispensáveis para se aferir a tempestividade do recurso especial e a compreensão da controvérsia, respectivamente (Súmulas 223 do Superior Tribunal de Justiça e 288 do Supremo Tribunal Federal).

(...)

(AgRg no Ag 1150101/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 05/10/2009)

Tal particularidade sobressai do próprio teor da súmula, que firma a indispensabilidade da certidão de intimação do *acórdão*, enquanto a peça ausente, aqui alvo de contenda, atine à decisão interlocutória prolatada pelo E. Juízo de piso.

Assim, resta rejeitada a preliminar arguida pelos recorridos.

Por seu turno, traz-se à colação do teor da ementa do v. voto hostilizado, acostada a fls. 178:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT* e § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO. IRREGULARIDADE FORMAL.

I - Consoante o *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

II - Nos termos do art. 525, I, do Código de Processo Civil, a certidão de intimação da decisão agravada é peça obrigatória ao regular processamento do agravo de instrumento, sendo que sua ausência autoriza ao relator negar seguimento ao recurso por irregularidade formal.

III - Agravo legal improvido.

Do v. acórdão recorrido extrai-se, ainda, o seguinte excerto, fundamental à compreensão da lide, fls. 177, *verbis*:

No presente caso, a Agravante não juntou peça obrigatória para a verificação das condições de admissibilidade do recurso, qual seja, a certidão de intimação, porquanto, no documento de fl. 158, não consta a ciência da Fazenda Nacional, mas tão somente a abertura de vista.

Neste contexto, destaque-se o presente feito oferece repetitividade de questões em suficiente identidade a que seu envio imponha sobrestamento aos demais, em mesma linha interpostos, nos termos do § 1º, do art. 543-C, CPC.

Logo, de rigor a admissibilidade recursal, em linha com recursos entranhados nos autos nº 2009.03.00.010902-3, 2003.03.00.055112-0, 2008.03.00.049096-6, 2008.03.00.049765-1 e 2008.03.00.040866-6, também remetidos:

Recurso Especial - Negativa de seguimento ao Agravo de Instrumento, em virtude da ausência de certidão de intimação (peça obrigatória, segundo esta C. Corte) - Intimação do Poder Público realizada por meio de abertura de vista dos autos - Defendida possibilidade de se suprir a ausência da certidão por meio do termo de vista dos autos - Matéria Repetitiva - Remessa recursal.

Ante o exposto, REMETA-SE o recurso em questão, para apreciação do C. Superior Tribunal de Justiça, certificando-se nos demais feitos implicados sobre esta providência, com anotação de sobrestamento até ulterior deliberação.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de março de 2013.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006536-90.2009.4.03.6111

(2009.61.11.006536-4)

Agravante: WALDENOR MESSIAS DOS SANTOS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 35

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI

Classe do Processo: AC 1552907

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AGRAVO LEGAL. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO NO CASO CONCRETO.

I - Agravo legal, interposto por Waldenor Messias dos Santos, em face da decisão monocrática que negou seguimento ao seu apelo, com fundamento no art. 557 do CPC, mantendo a sentença que julgou procedente a Impugnação ao Pedido de Assistência Judiciária, revogando os benefícios da justiça gratuita anteriormente deferidos e condenando o impugnado ao pagamento, a favor do impugnante, do décuplo das custas judiciais devidas, a teor do art. 4º, § 1º, da Lei nº 1060/50.

II - O agravante alega que o direito à gratuidade da justiça é um direito subjetivo público, que deve ser amplo, capaz de abranger a todos aqueles que declarem sua insuficiência de recursos, pelo fato de não possuir condições financeiras para arcar com as despesas e custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família. Sustenta que para a concessão da gratuidade basta a declaração de pobreza, nos termos do disposto na Lei nº 1050/60. Apresenta rol de suas despesas (prestação com aluguel, condomínio, telefone, água, luz, despesas escolares em estabelecimento de ensino particular, prestação de veículo e despesas de alimentação), a fim de comprovar que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem o já mencionado prejuízo próprio ou de sua família.

III - O art. 4º, § 1º, da Lei 1060/50, dispõe que a mera declaração da parte a respeito da impossibilidade de assunção dos encargos decorrentes da demanda gera presunção relativa do estado de hipossuficiência. Todavia, no caso dos autos, verifico que o ora recorrente recebe benefício de aposentadoria, no valor de R\$ 1.306,71; além de remuneração de R\$ 2.111,82 (na competência 09/2009).

IV - Restou afastada a presunção *juris tantum* da declaração de hipossuficiência apresentada na demanda previdenciária.

V - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito. Precedentes.

VI - 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.

VII - *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.

VIII - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de março de 2013.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Trata-se de agravo legal, interposto por Waldenor Messias dos Santos, em face da decisão monocrática de fls. 35, que negou seguimento ao seu apelo, com fundamento no art. 557 do CPC, mantendo a sentença que julgou procedente a Impugnação ao Pedido de Assistência Judiciária, revogando os benefícios da justiça gratuita anteriormente deferidos e condenando o impugnado ao pagamento, a favor do impugnante, do décuplo das custas judiciais devidas, a teor do art. 4º, § 1º, da Lei nº 1060/50.

Alega o agravante, em síntese, que o direito à gratuidade da justiça é um direito subjetivo público, que deve ser amplo, capaz de abranger a todos aqueles que declarem sua insuficiência de recursos, pelo fato de não possuir condições financeiras para arcar com as despesas e custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família. Sustenta que para a concessão da gratuidade basta a declaração de pobreza, nos termos do disposto na Lei nº 1050/60. Apresenta rol de suas despesas (prestação com aluguel, condomínio, telefone, água, luz, despesas escolares em estabelecimento de ensino particular, prestação de veículo e despesas de alimentação), a fim de comprovar que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem o já mencionado prejuízo próprio ou de sua família.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): A decisão monocrática ora impugnada foi proferida nos seguintes termos, que mantenho, por seus próprios fundamentos:

(...) Cuida-se de Impugnação ao Pedido de Assistência Judiciária, apresentada pelo INSS, em razão do autor receber rendimentos de R\$ 3.418,53 (aposentadoria no valor de R\$ 1.306,71 - fls. 03, e remuneração de R\$ 2.111,82 - fls. 04), auferindo renda suficiente para custear a lide sem prejuízo do próprio sustento.

A sentença (fls. 17/19), julgou procedente a impugnação em apreço, revogando os benefícios da justiça gratuita anteriormente deferidos e condenando o impugnado ao pagamento, a favor do impugnante, do décuplo das custas judiciais devidas, a teor do art. 4º, § 1º, da Lei nº 1060/50. Inconformado, apela o impugnado, alegando, em síntese, que o direito à gratuidade da justiça é um direito subjetivo público, que deve ser amplo, capaz de abranger a todos aqueles que declarem sua insuficiência de recursos, pelo fato de não possuir condições financeiras para arcar com as despesas e custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família. Sustenta que para a concessão da gratuidade basta a declaração de pobreza, nos termos do disposto na Lei nº 1050/60. Apresenta rol de suas despesas (prestação com aluguel, condomínio, telefone, água, luz, despesas escolares em estabelecimento de ensino particular, prestação de veículo e despesas de alimentação), a fim de comprovar que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem o já mencionado prejuízo próprio ou de sua família.

É o relatório.

Com fundamento no art. 557, do CPC e de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte, decido.

Não assiste razão ao agravante.

O art. 4º, § 1º, da Lei 1060/50, dispõe que a mera declaração da parte a respeito da impossibilidade de assunção dos encargos decorrentes da demanda gera presunção relativa do estado de hipossuficiência.

Todavia, no caso dos autos, verifico que o ora recorrente recebe benefício de aposentadoria, no valor de R\$ 1.306,71 - fls. 03, e remuneração de R\$ 2.111,82 - fls. 04), na competência 09/2009. Desta forma, restou afastada a presunção *juris tantum* da declaração de hipossuficiência apresentada na demanda previdenciária.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte excerto:

“PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ART. 4º DA LEI 1.060/50. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO NO CASO CONCRETO.

1. A norma contida no art. 4º da Lei 1.060/50, que prevê o benefício da assistência judiciária mediante simples afirmação, veicula presunção *juris tantum* em favor da parte que faz o requerimento, e não direito absoluto, podendo ser indeferido o pedido, caso o magistrado se convença de que não se trata de hipossuficiente.

2. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007/0140867-2 - DJ 31.03.2008 - Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS)

Assim, a sentença merece ser mantida. (...).

Cumpre ainda ressaltar que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁ-

TICA. 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, incorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.

(...)

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data: 16/05/2005; página: 412; Relator: GILSON DIPP)

EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Além do que, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte Regional, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Nesse sentido, cabe colecionar o julgado que porta a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - RECURSO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE TRASLADO DA DECISÃO AGRAVADA E A RESPECTIVA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO, OU EQUIVALENTE - PEÇAS OBRIGATÓRIAS - INSTRUÇÃO DEFICIENTE - INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO - DESCABIMENTO - LEI 9139/95 - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. A ausência do traslado da decisão agravada e da respectiva certidão de intimação, ou equivalente, inviabiliza o conhecimento do agravo de instrumento.

2. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

3. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator

quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

4. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

5. Recurso improvido.

(Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO - Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 138392 - Processo: 200103000278442 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA - RELATORA: DES. FED. RAMZA TARTUCE - Data da decisão: 26/11/2002 - DJU DATA: 11/02/2003 PÁGINA: 269)

Por essas razões, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0002124-88.2010.4.03.6303

(2010.63.03.002124-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: DULCILEI APARECIDA TOUZO COELHO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HERBERT DE BRUYN

Classe do Processo: AC 1784584

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA - ARTIGO 557 DO CPC - CANCELAMENTO DE CPF - INSTRUÇÃO NORMATIVA 1.042/2010 DA SRF.

1. A disposição contida no artigo 557, do Código de Processo Civil, possibilita ao Relator do recurso negar-lhe seguimento, ou dar-lhe provimento, por decisão monocrática, sem submeter a questão ao respectivo Órgão Colegiado.
2. O artigo 30, IV, da Instrução Normativa 1.041/2010, da Secretaria da Receita Federal, prevê a possibilidade de cancelar-se o CPF por determinação judicial.
3. Uso fraudulento do CPF da autora, por parte de terceiros, que: a) fizeram empréstimo em seu nome, usando seu CPF; b) transferiram benefício previdenciário, recebido de unidade do INSS no Estado onde mora (São Paulo) para outro (Goiás); c) efetuaram compras em nome da autora sem pagar pelos objetos comprados, a gerar o lançamento do nome da autora em cadastros de proteção e restrição ao crédito, d) tentaram comprar dois aparelhos de celular mediante o uso de seu CPF.
4. Referidos fatos ocorreram ao longo de 2009 e 2010, de maneira a demonstrar não se tratar de uso isolado e único do CPF da autora, mas de uso repetido.
5. Diante deste contexto, a sentença considerou caracterizada justa causa para acolher o pedido da autora, com fundamento no artigo 30, IV, da Instrução Normativa 1.041/2010, de modo a resolver dois problemas: primeiro, evitar que a autora continuasse a sofrer os infortúnios de que vinha sendo vítima e, segundo, impedir a que terceiros continuassem a utilizar indevidamente um número de CPF que não lhe pertence.
6. O caso dos autos enquadra-se dentre os que merecem tratamento diferenciado, a revelar a premência de novo cadastro, devendo ser mantida a sentença que determinou o cancelamento e a emissão de novo número de CPF à autora, decisão já cumprida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas, conforme noticiado pela União Federal às fls. 112 dos autos.
7. Honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, nos termos da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça.
8. 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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de maio de 2013.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Trata-se de agravo legal interposto contra decisão monocrática do relator, proferida nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, consistente na negativa de seguimento à apelação e no provimento parcial da remessa oficial, tida por interposta, para afastar a condenação em honorários advocatícios imposta à União Federal nos autos de ação de conhecimento proposta com o objetivo de cancelar o CPF que lhe foi atribuído à autora pela Secretaria da Receita Federal e obter a expedição de outro.

Apresento o feito em mesa para pronunciamento da Sexta Turma.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Ao apreciar referido recurso, assim decidiu o relator:

Não obstante a omissão da sentença quanto ao reexame necessário, examino o processo também por este ângulo por força da disposição contida no art. 475, I do Código de Processo Civil. O cancelamento de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas da Secretaria da Receita Federal somente é admissível, quando constatada multiplicidade de inscrições da própria pessoa física ou quando do óbito desta.

Para qualquer outra situação não englobada nos critérios fixados administrativamente, não seria lícita a expedição de segunda inscrição, sob pena de perda da confiabilidade do cadastro. A sentença julgou procedente o pedido, ao seguinte fundamento:

“Observo que a autora relata e fornece elementos indiciários de que: a) terceiros já fizeram empréstimo em seu nome, usando seu CPF; b) terceiros transferiram o benefício previdenciário que recebe do INSS do estado onde mora (São Paulo) para outro Estado (Goiás), c) terceiros efetuaram compras em nome da autora e não pagaram os objetos comprados, o que ocasionou o lançamento do nome da autora em cadastros de proteção, d) terceiros já tentaram comprar dois aparelhos de celular usando seu CPF. Todos esses fatos ocorreram ao longo de 2009 e 2010, o que leva a crer que não se trata de um uso isolado e único do CPF da autora, mas sim de uso repetido.

Diante deste contexto, entendo que está caracterizada a justa causa para acolher o pedido da autora e, com isso, resolver dois problemas: o primeiro, evitar que a autora continue a sofrer os infortúnios de que vem sendo vítima e, o segundo, impedir que terceiros continuem a utilizar indevidamente um número de CPF que não lhe pertence.”

Entendo que o princípio da razoabilidade deve ser aplicado na presente hipótese, determinando-se o cancelamento da inscrição no CPF nº 212.652.258-00.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao se reportar ao referido princípio, in *Direito Administrativo*, Atlas, 11ª ed., pág. 81, assim leciona:

“Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.”

Nesse sentido, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PESSOAS FÍSICAS (CPF). EXTRAVIO. USO FRAUDULENTO. CANCELAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DEFERIMENTO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. DESCONSTITUIÇÃO DO ATO. INVIABILIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. AFASTAMENTO DA CONDENÇÃO.

1. Objetiva o autor cancelamento do número de inscrição no CPF - Cadastro de Pessoas Físicas, bem como expedição de novo número, em razão da utilização indevida por terceiro, causando-lhe prejuízos de ordem moral e econômica.

2. Decidiu esta Turma que ‘a alegação de roubo de documentos e de posterior uso por terceiros não autoriza o cancelamento do número de CPF e a concessão de novo número de inscrição, tendo em vista que a segurança jurídica de identificação dos cidadãos deve sobrepor-se ao interesse do particular. Precedente’ (AC 2003.35.00.005913-9/GO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, e-DJF1 de 09/04/2010).

3. A União informa ‘o cumprimento da sentença concessiva de antecipação de tutela’, anexando ofício, expedido em 29/05/2007, no qual a Receita Federal declara que procedeu “ao cancelamento do CPF 533012.266-04” e efetuou ‘nova inscrição no CPF do Sr. SÁVIO TEIXEIRA PEREIRA’.

4. Embora a jurisprudência desta Turma seja pela inviabilidade do cancelamento de número de CPF, mantém-se o cancelamento efetivado por força de antecipação de tutela, em razão do fato consumado, que não se justifica reverter.

5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para afastar a condenação da União ao pagamento de honorários sucumbenciais.”

(TRF2, AC 2006.38.09.001820-8, Desembargador Federal João Batista Moreira, e-DJF1: 20/04/2012)

“AGRAVO INTERNO. NÚMERO DE INSCRIÇÃO NO CPF. ALTERAÇÃO.

I - Entende-se que o princípio da razoabilidade deve ser aplicado na presente hipótese, determinando-se o cancelamento da inscrição no CPF da Autora-Apelada. E isto porque, conforme bem frisou o douto Juízo *a quo*, a documentação acostada aos autos é suficiente para demonstrar a utilização por terceiros do CPF da Parte Autora.

II - Agravo Interno improvido.”

(TRF2, APELRE 2009.50.01.001839-5, relator Desembargador Federal Reis Friede, E-DJF2R: 23/06/2010)

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO NO CPF. IMPROVIMENTO.

1. Analisando-se o plexo de provas, no que pertine ao uso indevido do CPF da apelada por terceiros (principalmente o termo de declaração prestado na Delegacia de Prevenção e Repressão a Crimes Fazendários), acarretando-lhe vários dissabores em sua rotina de vida, afigura-se correto não só o cancelamento do seu número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, como também, a expedição de outro de registro pela Secretaria da Receita Federal.

2. O inciso IV do artigo 46 da Instrução Normativa SRF nº 461, de 18.10.2004 faz referência à possibilidade de cancelamento do nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, por determinação judicial.

3. Afigura-se incensurável a sentença impugnada, pois não seria justo exigir que uma cidadã permanecesse com a mesma inscrição no CPF, se este se apresenta como instrumento para delinqüentes continuarem a lesar a sociedade. A razão desse entendimento é o de se prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no inciso III do artigo 1º da CRFB/88.

4. Apelação a que se nega provimento.”

(TRF2, AC 2005.50.01009205-0, relatora Desembargadora Federal Salete Maccaloz, E-DJF2R: 07/05/2010)

A remessa oficial devolve o Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado, a teor do disposto no verbete 325 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Na hipótese em exame, verifico estar a autora assistida pela Defensoria Pública da União, sendo descabida a fixação de honorários advocatícios contra a União Federal, nos termos do verbete de súmula do Superior Tribunal de Justiça 421, *in verbis*:

“Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”

Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão agravada. Aliás, a ela se acresça o fato de o inciso IV do artigo 30 da Instrução Normativa da Receita Federal nº 1.042/2010 textualmente prever a possibilidade de poder ser cancelado o CPF por determinação judicial.

Sendo assim, a própria Secretaria da Receita Federal, ao editar a supracitada resolução admitiu, em tese, a possibilidade do Poder Judiciário, atento a circunstâncias excepcionais de cada caso concreto, determinar a expedição de novo número.

Ou seja, em que pese a regra geral, é possível que o contribuinte receba novo número de inscrição, sendo presumível a viabilidade do sistema da Receita Federal providenciar mudanças desse jaez.

Importante destacar a existência de outras hipóteses onde é permitido o cancelamento do CPF, inclusive pela autoridade administrativa revelando conduta, senão generalizada, ao menos juridicamente admissível.

O caso dos autos enquadra-se dentre os que merecem tratamento diferenciado a revelar a premência de novo cadastro, como bem analisado pelo juiz singular, devendo ser mantida a sentença que determinou o cancelamento e a emissão de novo número de CPF à autora, decisão já cumprida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas, conforme notícia a União Federal às fls. 112 dos autos.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo legal.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0025009-22.2012.4.03.0000

(2012.03.00.025009-0)

Agravante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Agravada: ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: AI 484408
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MALHA FERROVIÁRIA. OCUPAÇÃO IRREGULAR. CONVERSÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RISCO DE DANO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NA CONTINUIDADE DA PRESENÇA DE MORADORES EM TRECHO AFETO AO TRÂNSITO DE VEÍCULOS PESADOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. A Defensoria Pública da União insurge-se contra decisão que determinou o desapossamento de famílias residentes em área de domínio de rede ferroviária, os quais, prossegue, seriam removidos por iniciativa da Prefeitura Municipal no âmbito de programa habitacional do Governo Federal. Acrescenta haver entre os moradores pessoas idosas, crianças em ano letivo, portadores de deficiência física. Entende que a agravada não faz jus à tutela liminar concedida em primeiro grau de jurisdição, pois em verdade o que se caracteriza é o *periculum in mora* “reverso”, como diz. Também não estaria presente o requisito concernente ao *fumus boni iuris*, dada a ancianidade da posse dos moradores, a excluir a medida judicial intentada pela recorrida.
2. Os pressupostos para a reintegração liminar de posse foram analisados pelo MM. Juiz *a quo*, que decidiu converter a ação em ordinária e, diante da urgência e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, concedeu tutela antecipada.
3. Ao contrário do afirmado pela agravante, é evidente que as famílias ocupam a faixa de domínio da malha ferroviária, conforme noticiado pela imprensa (fls. 45/46v.) e as fotografias constantes a fls. 70/71, nas quais se verifica o erguimento de diversas construções precárias às margens dos trilhos da linha férrea.
4. Pelo exame das razões da recorrente, não há indicativo de que os moradores teriam *justo título* à posse que, além de irregular, ocasiona risco à incolumidade dos moradores. Não se concebe, sob o especioso fundamento de uma suposta posse antiga (irregular), devam permanecer os moradores indefinidamente no trecho afeto ao trânsito de veículos pesados.
5. Não socorre à autora a existência de plano municipal para desocupar a área de risco, na medida em que desde a prolação da decisão agravada, em 06.07.12 (fl. 13v.), não há notícias da efetivação da retirada das famílias do local. Esse, aliás, foi um dos fundamentos pelos quais se deferiu a antecipação de tutela neste agravo para conceder o prazo de 20 (vinte) dias, a partir de 03.09.12, para que o local fosse desocupado voluntariamente, de modo que até o momento não foi alterada a situação que ensejou

a propositura da ação originária, conforme informado pelas partes às fls. 67/71.
6. Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de abril de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública da União contra a decisão de fls. 12/13v., que deferiu antecipação de tutela requerida por ALL - América Latina Logística Malha Paulista, para reintegrá-la na posse de faixa de domínio de malha ferroviária localizada no quilômetro 339 da Rodovia Antonio Salim Curiati, no perímetro urbano de Avaré (SP).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) os réus estão no local há muitos anos, com ciência da autora, o que afasta a afirmação de *periculum in mora*;

b) a autora havia anteriormente ajuizado reintegração de posse perante a Justiça Estadual, sendo extinto o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, III), por não terem sido realizadas as providências determinadas pelo Juízo *a quo*;

c) em decorrência, evidente a má-fé da autora ao afirmar que teve ciência da ocupação apenas em 21.02.11;

d) a autora tem conhecimento da ocupação de famílias ao longo da linha férrea desde 14.10.07, conforme se depreende da petição inicial dos autos distribuídos perante a Justiça Estadual;

e) risco de grave dano a aproximadamente 100 pessoas que ocupam a área, dentre elas crianças e adolescentes em período letivo;

f) não há prova de que as famílias ocupam a faixa de domínio especificada pela autora;

g) o Juízo *a quo*, ao deferir a antecipação de tutela, não a limitou às famílias que estejam a menos de 15 metros da linha férrea;

h) necessidade de prova técnica para identificar as residências eventualmente construídas no território especificado pela autora;

i) existência de plano municipal para a desocupação da área e realocação das famílias em moradias do Programa Minha Casa Minha Vida;

j) o plano municipal não pode ser colocado em prática no prazo exíguo de 20 (vinte) fixado na decisão recorrida (fls. 2/9).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferido somente para suspender a eficácia da decisão recorrida por 20 (vinte) dias, a contar do dia 03.09.12 (fls. 55/56).

Contra esta decisão a Defensoria Pública da União opôs embargos de declaração (fls. 58/61), que tiveram seu provimento negado (fls. 63/65).

A parte contrária não apresentou resposta (fl. 62).

No dia 06.12.12, determinei que as partes informassem o cumprimento do mandado de reintegração de posse. Em 21.01.13 e 23.01.13, respectivamente, tanto a Defensoria Pública da União quanto a América Latina Logística Malha Paulista S/A informaram não ter havido o cumprimento do mandado, instruindo os autos com fotografias que demonstram não ter havido alteração na ocupação da malha ferroviária (fls. 67/71).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): A Defensoria Pública da União insurge-se contra decisão que determinou o desapossamento de famílias residentes em área de domínio de rede ferroviária, os quais, prossegue, seriam removidos por iniciativa da Prefeitura Municipal no âmbito de programa habitacional do Governo Federal. Acrescenta haver entre os moradores pessoas idosas, crianças em ano letivo, portadores de deficiência física. Entende que a agravada não faz jus à tutela liminar concedida em primeiro grau de jurisdição, pois em verdade o que se caracteriza é o *periculum in mora* “reverso”, como diz. Também não estaria presente o requisito concernente ao *fumus boni iuris*, dada a ancianidade da posse dos moradores, a excluir a medida judicial intentada pela recorrida.

Verifico nos autos que os pressupostos para a reintegração liminar de posse foram analisados pelo MM. Juiz *a quo*, que decidiu converter a ação em ordinária e, diante da urgência e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, concedeu tutela antecipada nos seguintes termos:

Verifico que da data em que a autora teve conhecimento da ocupação indevida por invasores não identificados na faixa de domínio da malha ferroviária da qual detém posse legítima, ou seja, considerando-se esta como sendo a data da lavratura do Boletim de ocorrência (21/02/2011 - fls. 30/31), em que pese a invasão ter ocorrido, na realidade, anteriormente a este, em data que não restou precisada nos autos, até a data de propositura da presente demanda (02/07/2012 - folha 02), fato é que a posse indevida data de mais de ano e dia.

Ainda, apesar do ínfimo valor atribuído à causa pela parte autora, mas diante da complexidade da causa, somado ao fato de se tratar de ação “de força velha”, eis que a posse dos réus dura mais de ano e dia, converto o rito desta demanda para ordinário.

Remetam-se os autos ao SEDI para que promova as regularizações acima detalhadas.

Mesmo em se tratando de ação “de força velha”, afigura-se possível conhecer do pedido de reintegração de posse da mencionada faixa de domínio, com antecipação de tutela.

Denota-se pelos documentos de folhas 28 a 31 estarem os requeridos ocupando indevidamente a faixa de domínio à margem da ferrovia, da qual a autora, em face de contrato de concessão de serviços firmado com a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, detém a posse legítima, eis que atua como concessionária de exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de cargas da Malha Paulista.

Conclui-se, portanto, estarem os réus ocupando área pública indevidamente, fato que, por si só, demonstra a presença da verossimilhança da alegação, e do risco de dano de difícil reparação, eis que os invasores passaram a construir casas de alvenaria e barracos de madeira em

área muito próxima dos trilhos férreos, portanto, a autora pretende resguardar a segurança de todos que pelo local transitam e residem, justificando que se proceda à retirada dos demandados, devolvendo-se a posse a quem de direito.

Isso posto, defiro a antecipação de tutela, para o efeito de reintegrar à autora a posse da faixa de domínio da malha ferroviária situada no Km 339, da Rodovia Antonio Slin Curiat, perímetro urbano da cidade de Avaré - SP, no Bairro Jurumirim (Favela Biquinha). (fls. 12v./13)

A decisão não merece reparo.

Ao contrário do afirmado pela agravante, é evidente que as famílias ocupam a faixa de domínio da malha ferroviária, conforme noticiado pela imprensa (fls. 45/46v.) e as fotografias constantes a fls. 70/71, nas quais se verifica o erguimento de diversas construções precárias às margens dos trilhos da linha férrea.

Pelo exame das razões da recorrente, não há indicativo de que os moradores teriam *justo título* à posse que, além de irregular, ocasiona risco à incolumidade dos moradores. Não se concebe, sob o especioso fundamento de uma suposta posse antiga (irregular), devam permanecer os moradores indefinidamente no trecho afeto ao trânsito de veículos pesados.

Não socorre à autora a existência de plano municipal para desocupar a área de risco, na medida em que desde a prolação da decisão agravada, em 06.07.12 (fl. 13v.), não há notícias da efetivação da retirada das famílias do local. Esse, aliás, foi um dos fundamentos pelos quais deferi a antecipação de tutela para conceder o prazo de 20 (vinte) dias, a partir de 03.09.12, para que o local fosse desocupado voluntariamente, de modo que até o momento não foi alterada a situação que ensejou a propositura da ação originária, conforme informado pelas partes às fls. 67/71.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0032575-22.2012.4.03.0000

(2012.03.00.032575-2)

Agravante: MARINALVA DA SILVA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 92/97

Agravante: MARINALVA DA SILVA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AI 490947

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADEQUAÇÃO *EX OFFICIO* DO VALOR DA CAUSA PELO MAGISTRADO COM VISTAS À FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Não há óbice à cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, já que o Juízo *a quo* é competente para apreciar ambos os pedidos formulados, isto é, tanto a matéria previdenciária quanto a cível. O pedido indenizatório constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal, tendo em vista que a procedência daquele pedido dependerá de a parte Autora demonstrar a ocorrência do dano e seu nexo de causalidade com a conduta (supostamente ilícita) do INSS de indeferir, em âmbito administrativo, o benefício pleiteado.
2. Tendo o valor da causa reflexos na competência do Juízo para a demanda (art. 3º, § 3º, Lei nº 10.259/2001), bem como na verba de sucumbência e nas custas processuais, não pode o autor fixá-lo ao seu livre arbítrio. O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico perseguido pela parte, podendo o magistrado, de ofício, com base nos elementos fáticos do processo, determinar a sua adequação.
3. É certo que, havendo cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, os respectivos valores devem ser somados para efeito de apuração do valor da causa (inteligência do art. 259, II, do CPC). Contudo, a pretensão secundária não poderia ser desproporcional em relação à principal, de modo que, para definição do valor correspondente aos danos morais, deveria ter sido utilizado como parâmetro o *quantum* referente ao total das parcelas vencidas e vincendas do benefício previdenciário pretendido.
4. Assim, sendo excessivo o valor atribuído à indenização por danos morais, vale dizer, ultrapassando o valor pretendido o limite equivalente ao total das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício (inteligência do art. 260 do CPC), é perfeitamente possível que o Juízo reduza, de ofício, o valor da causa, ao menos provisoriamente, com vistas à fixação da competência para o julgamento do feito.
5. No caso em análise, apurou-se, em princípio, que a soma das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício totalizaria a quantia de R\$ 13.258,86 (R\$ 3.314,70

referentes às parcelas vencidas + R\$ 9.944,16 referentes às parcelas vincendas), de modo que, se acrescermos a mesma quantia (considerada como valor limite para a indenização por danos morais), o valor total da causa não ultrapassaria sessenta vezes o salário mínimo vigente à época do ajuizamento, do que se conclui que deve ser mantida a decisão de remeter os autos ao Juizado Especial Federal.

6. Agravo 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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de abril de 2013.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo (fls. 100/106), previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, interposto por MARINALVA DA SILVA em face da decisão monocrática (fls. 92/97) que negou seguimento a Agravo de Instrumento, este interposto em face da decisão (fls. 86/88) em que o Juízo Federal da 2ª Vara Previdenciária de São Paulo-SP, nos autos de demanda em que se objetiva a concessão de benefício previdenciário e indenização por danos morais, reduziu o valor da causa ao patamar de R\$ 16.573,56 (fl. 87) e, por conseguinte, declinou da competência para análise e julgamento do feito subjacente, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Federal.

Alega-se, em síntese, que, para efeito de valor da causa, o valor do dano moral a se considerar deve ser aquele fixado inicialmente pelo autor, já que “não houve sequer instrução probatória para a possível fixação pelo magistrado *a quo* do valor do dano moral” (fl. 102). Requer-se a reforma da decisão que determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática (fls. 92/97), cujos principais trechos, por oportuno, passo a destacar:

(...)

Primeiramente, consigno que não havia óbice à cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, já que o Juízo *a quo* é competente para apreciar ambos os pedidos formulados, isto é, tanto a matéria previdenciária quanto a cível. O pedido indenizatório constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal,

tendo em vista que a procedência daquele pedido dependerá de a parte Autora demonstrar a ocorrência do dano e seu nexo de causalidade com a conduta (supostamente ilícita) do INSS de indeferir, em âmbito administrativo, o benefício pleiteado.

A controvérsia travada nos autos diz respeito à possibilidade de o r. Juízo reduzir, de ofício, o valor atribuído à causa pela parte autora.

Tendo o valor da causa reflexos na competência do Juízo para a demanda (art. 3º, § 3º, Lei nº 10.259/2001), bem como na verba de sucumbência e nas custas processuais, não pode o autor fixá-lo ao seu livre arbítrio. O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico perseguido pela parte, podendo o magistrado, de ofício, com base nos elementos fáticos do processo, determinar a sua adequação.

É certo que, havendo cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, os respectivos valores devem ser somados para efeito de apuração do valor da causa (inteligência do art. 259, II, do CPC). Contudo, a pretensão secundária não poderia ser desproporcional em relação à principal, de modo que, para definição do valor correspondente aos danos morais, deveria ter sido utilizado como parâmetro o *quantum* referente ao total das parcelas vencidas e vincendas do benefício previdenciário pretendido. Assim, sendo excessivo o valor atribuído à indenização por danos morais, vale dizer, ultrapassando o valor pretendido o limite equivalente ao total das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício (inteligência do art. 260 do CPC), é perfeitamente possível que o Juízo reduza, de ofício, o valor da causa, ao menos provisoriamente, com vistas à fixação da competência para o julgamento do feito.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

(...)

No caso em análise, apurou-se, em princípio, que a soma das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício totalizaria a quantia de R\$ 13.258,86 (R\$ 3.314,70 referentes às parcelas vencidas + R\$ 9.944,16 referentes às parcelas vincendas), de modo que, se acrescermos a mesma quantia (considerada como valor limite para a indenização por danos morais), o valor total da causa não ultrapassaria sessenta vezes o salário mínimo vigente à época do ajuizamento, do que se conclui que deve ser mantida a decisão de remeter os autos ao Juizado Especial Federal.

(...).

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO ao Agravo.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0002538-75.2013.4.03.0000

(2013.03.00.002538-4)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Parte Autora: FLEX CONTACT CENTER ATENDIMENTO A CLIENTES E TECNOLOGIA LTDA.

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: CC 15012

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2013

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA CONTROVERTIDA DE NATUREZA JURÍDICA ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE O INSS EM RAZÃO DA DEMORA OU OMISSÃO EM SUA ANÁLISE. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL FEDERAL.

1. Nos termos do Provimento nº 186/1996 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, as varas previdenciárias da Capital têm competência exclusiva nas ações de benefícios previdenciários.

2. O Regimento Interno desta Corte estabelece que a competência interna define-se de acordo com a matéria e natureza da relação jurídica litigiosa, razão pela qual nem toda controvérsia acerca de atos praticados pelo INSS insere-se na competência da 3ª Seção.

3. O INSS, ao demorar ou deixar de analisar a impugnação administrativa, tal fato corresponde a um problema de administração e eficiência do serviço público, o que insere-se na competência das Varas Federais Cíveis, por não se constituir a natureza jurídica da relação litigiosa previdenciária e sim administrativa.

4. As Turmas desta Corte que compõem a 2ª Seção, que é a competente para julgar demandas de direito administrativo, analisam questões idênticas aos presentes autos, demonstrando que refogem da atribuição da 3ª Seção, conforme os seguintes julgados: TRF3, AMS 0002304-852011.4.03.6104, 3ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, e-DJF3 Judicial 1 data: 04/03/2013; TRF3, AI 0039038-14.2011.4.03.0000, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, e-DJF3 Judicial 1 data: 24/05/2012; TRF3, AI 0029931-43.2011.4.03.0000, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/11/2012.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitado (Juízo da Vara Cível Federal).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do

conflito de competência para declarar a competência do Juízo Suscitado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2013.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo Federal da 3ª Vara Previdenciária de São Paulo, no mandado de segurança em que se discute a omissão da autoridade do INSS na análise do processo administrativo da empresa, ora impetrante, Flex Contact Center Atendimento a Clientes e Tecnologia Ltda.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara Cível Federal de São Paulo declinou da competência a uma das Varas especializadas, ao fundamento de ser previdenciária a natureza da matéria.

Por sua vez, o MM. Juiz da 3ª Vara Previdenciária declarou-se igualmente incompetente, fundamentado na natureza administrativa da questão.

Designei o MM. Juízo suscitado para resolver as medidas de urgência.

O Ministério Público Federal manifesta-se pela procedência do conflito.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Nos termos do Provimento nº 186/1996 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, as varas previdenciárias da Capital têm competência exclusiva nas ações de benefícios previdenciários, conforme abaixo transcrito:

Art. 1º - Declarar implantadas, com as respectivas secretarias, a partir de 19 de novembro do corrente ano, as 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Varas Federais Previdenciárias na Capital - 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, criadas pela Lei nº 9.788, de 19 de fevereiro de 1999, e localizadas pelo Provimento nº 172/UCOJ, de 15 de abril de 1999, que terão funcionamento no Fórum Previdenciário.

Art. 2º - As varas federais implantadas terão competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários, recebendo, por redistribuição, o acervo dessa matéria existente nas varas cíveis da Subseção Judiciária da Capital, do Fórum Pedro Lessa.

“In casu”, o pedido no mandado de segurança é de determinação à autoridade coatora para que analise a impugnação administrativa apresentada ao INSS. A causa de pedir lastreia-se em: a) a impugnação administrativa refere-se ao benefício concedido à segurada Elisabete da Silva Correia, que foi encaminhada à perícia médica do INSS por doença não relacionada ao trabalho, no entanto, teve seu benefício concedido como sendo acidentário; b) a impugnação administrativa ocorreu em 24.02.2012, sem que tenha resposta até a presente data (22.10.2012); c) ante a omissão do Gerente Executivo da autarquia em analisar o efeito suspensivo do seu

requerimento administrativo, não restou outra alternativa senão impetrar o mandado de segurança; d) a demora na análise causa prejuízos pecuniários à empresa impetrante, como por exemplo, majoração do Fator Acidentário de Prevenção e, consequentemente, do Risco Ambiental do Trabalho (RAT); e) a autoridade impetrada infringiu a Lei 9.784/99, pois, após a instrução do processo administrativo, tem o prazo de até trinta dias para decidi-lo.

Para fins de demonstração do “periculum in mora”, aponta a impetração que a segurada empregada está gozando da estabilidade provisória (aplicável somente ao auxílio-doença acidentária), com os depósitos fundiários, bem como há acréscimo no recolhimento pertinente à cota dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) em decorrência do Fator Acidentário Previdenciário (FAP).

O Regimento Interno desta Corte estabelece que a competência interna define-se de acordo com a matéria e natureza da relação jurídica litigiosa, razão pela qual nem toda controvérsia acerca de atos praticados pelo INSS insere-se na competência da 3ª Seção.

A matéria e a natureza da relação jurídica litigiosa são apreendidas do pedido e da causa de pedir, conforme jurisprudência sedimentada no E. STJ:

(...)

4. Está pacificado nesta Corte que a competência em razão da matéria é definida em função do pedido e da causa de pedir. (AgRg no AREsp 165.255/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012)

Esta Corte possui entendimento no sentido de que, para se determinar a competência interna do STJ, é necessário averiguar-se a natureza da relação jurídica posta em discussão, sendo que a natureza jurídica da lide baseia-se no pedido e na causa de pedir. Precedente: CC nº 108.138/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 06/09/2010. (CC 114.865/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/03/2012, DJe 28/03/2012)

Consta da exordial do mandado de segurança impetrado pela empresa citada que:

É em face desse ato lesivo ao seu direito líquido e certo - o direito ao processamento de sua contestação/ofício e o direito a uma decisão por parte da Autarquia representada pela entidade coatora - que se insurge a impetrante, questionamento a omissão por parte da Autoridade coatora, como representante do INSS responsável, em responder à contestação/ofício formulado quanto ao efeito suspensivo e apreciação da impugnação à concessão do auxílio doença como acidentário, eis que a empresa, sem tal resposta, não pode demitir a segurada (exercício regular do direito), bem como, está obrigada a efetuar depósitos fundiários, sem ter a certeza da permanência do benefício concedido, qual seja, auxílio doença acidentário. Deve ser considerado, ainda, os acréscimos nos recolhimentos previdenciários pertinentes ao Risco Ambiental do Trabalho - RAT, o qual tem por base de cálculos os acidente de trabalho ocorridos. Logo, a omissão é prejudicial e afronta direito líquido e certo da Impetrante. (...). Primeiramente, ressalte-se que não se requer nos presentes Autos qualquer mudança de benefício, mas tão somente que a autoridade coatora responda, nos termos e prazos da Lei, ao requerimento administrativo feito. (fls. 07 e 11)

Na hipótese do INSS demorar ou deixar de analisar a impugnação administrativa, tal fato corresponde a um problema de administração e eficiência do serviço público, o que insere-se na competência das Varas Federais Cíveis, por não se constituir a natureza jurídica da relação

litigiosa previdenciária e sim administrativa.

Portanto, a natureza do litígio é eminentemente administrativa, relacionada a processo administrativo, cuja solução pleiteia o impetrante, sem se requerer, no mandado de segurança “qualquer mudança de benefício, mas tão somente que a autoridade coatora responda, nos termos e prazos da Lei, ao requerimento administrativo feito.” (fl. 11).

O fato de referido processo administrativo versar sobre a alteração do tipo de benefício previdenciário não transmuda a natureza da controvérsia para previdenciária, porquanto nada de previdenciário foi provocado o Judiciário a decidir.

A empresa impetrante pretende que seu pedido administrativo seja apreciado, não se insurgindo, nesta demanda, contra a concessão ou alteração de qualquer benefício previdenciário.

Assim, em momento algum a presente demanda atrairá a competência da Vara Previdenciária, porquanto essa não se define em razão das partes.

Ademais, vê-se, na espécie, que os objetivos da impetrante - impedir prejuízos pecuniários à empresa, como a majoração do Fator Acidentário de Prevenção e, conseqüentemente, do Risco Ambiental do Trabalho/RAT, afastar o gozo da estabilidade provisória (aplicável somente ao auxílio-doença acidentária), com os depósitos fundiários - possuem todas implicações nas searas trabalhistas e tributárias.

Frise-se que as Turmas desta Corte que compõem a 2ª Seção, que é a competente para julgar demandas de direito administrativo, analisam questões idênticas aos presentes autos, demonstrando que refogem da atribuição da 3ª Seção, conforme os seguintes julgados:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DURAÇÃO RAZOÁVEL. 1. A partir de 2007, fixou o legislador prazo para a conclusão de litígios envolvendo a Fazenda Pública e o contribuinte na esfera administrativa, determinando o desfecho do processo administrativo fiscal no prazo de 360 dias a contar do protocolo do pedido (art. 24 da Lei nº 11.457/07). 2. Tal norma foi editada para concretizar o disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. 3. Portanto, a demora excessiva na análise do pedido do administrado implica afronta aos primados da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, consagrados na Constituição Federal e pelos quais deve a Administração Pública se pautar, dentro da estrutura de Estado Democrático de Direito em que se encontra. 4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF3, AMS 0002304-852011.4.03.6104, 3ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, e-DJF3 Judicial 1 data: 04/03/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO - TRIBUTÁRIO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. O serviço público deve se pautar, dentre outros princípios, pelo da eficiência. Não havendo razão para a demora na apreciação dos pedidos administrativos, pode o contribuinte socorrer-se do Judiciário. Precedente: STJ, REsp 1091042, relatora Ministra ELIANA CALMON, DJE 21.08.2009. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF3, AI 0039038-14.2011.4.03.0000, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, e-DJF3 Judicial 1 data: 24/05/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE CERTIFICAÇÃO DE IMÓVEL RURAL. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (CF, ART. 5º, LXXCIII). PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA (CF, ART. 37, CAPUT). 1. A agravante im-

petrou mandado de segurança em face da autoridade coatora, que há mais de 01 (um) ano se mantém inerte no tocante à análise do requerimento de certificação do imóvel rural denominado Fazenda Irmãos Queiros, localizado no município de Ribas do Rio Pardo, Estado do Mato Grosso do Sul, de propriedade da agravante. 2. No caso vertente, cumpre observar que já transcorreu prazo mais que razoável para apreciação do requerimento de certificação do imóvel rural formulado pela agravante. Como é sabido, a Constituição Federal em seu art. 5º, LXXVIII, faz referência à razoável duração do processo, guindando-o à categoria dos direitos e garantias fundamentais. Cumpre destacar que este direito não se destina apenas aos processos judiciais em tramitação perante o Poder Judiciário, sendo plenamente aplicável aos processos administrativos. 3. Em face do princípio da eficiência (art. 37, *caput*, do Texto Maior), não deve ser admitido que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a apreciação e conclusão dos processos administrativos. 4. Agravo de instrumento provido. (TRF3, AI 0029931-43.2011.4.03.0000, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/11/2012)

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do MM. Juízo suscitado.
Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

Direito Processual Penal



REVISÃO CRIMINAL
0035037-83.2011.4.03.0000
(2011.03.00.035037-7)

Requerente: AURÉLIO MACHADO CORREIA RODRIGUES (réu preso)

Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: RvC 830

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2013

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO AFASTADA. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. USO DE ALGEMAS. OBSERVÂNCIA À SÚMULA VINCULANTE Nº 11. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NOS MOLDES DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. AUMENTO PREVISTO NO ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006. *BIS IN IDEM* NÃO VERIFICADO. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO. REVISÃO AUTORIZADA. REDUÇÃO DO PATAMAR DE EXASPERAÇÃO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Afastada a preliminar de não conhecimento do pedido revisional arguida pelo Ministério Público Federal por não se configurar quaisquer das hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal, haja vista os pressupostos de cabimento da revisão criminal se confundirem com o próprio mérito desta e assim deverem ser analisados.

2. Interrogatório por videoconferência. Uma vez que foram observadas as garantias constitucionais próprias, não se pode anular o interrogatório e, por conseqüência, todos os atos processuais subseqüentes, para, justamente, determinar a sua renovação conforme a lei processual penal vigente, pois a repetição do ato pode se dar por meio de videoconferência, uma vez que já há autorização legal para se proceder desta forma.

3. O uso de algemas durante o interrogatório também não ofendeu as garantias do revisionando, pois o procedimento observou os preceitos da Súmula Vinculante nº 11 editada pelo Supremo Tribunal Federal.

4. As formalidades previstas no inciso II do artigo 226 do Código de Processo Penal não se revestem de caráter de obrigatoriedade. A colocação do suspeito ao lado de outras pessoas, no ato de reconhecimento, apresenta-se como formalidade dispensável, pois o texto legal, ao empregar a expressão “se possível”, afasta a idéia de obrigatoriedade.

5. Dosimetria. A quantidade e a natureza da droga justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

6. Confissão espontânea. O réu admitiu os fatos, inclusive ter consciência de que transportava entorpecente. Quanto ao fato de tratar-se de confissão qualificada, pois o acusado sustenta ter praticado o crime em razão de seu vício em heroína e por estar sendo ameaçado por traficantes para pagar dívida, buscando, assim, justificar os fatos com base na inexigibilidade da conduta diversa, tal circunstância não exclui

a atenuação, apenas influencia o *quantum* da diminuição. Desta forma, aplica-se a atuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, “d”, do Código Penal, para reduzir a pena em 06 (seis) meses, observada a preponderância da agravante da reincidência.

7. O revisionando foi denunciado e condenado porque “trazia consigo” substância entorpecente, sendo esta a conduta criminosa. Desta feita, é perfeitamente possível a incidência da causa de aumento pela transnacionalidade do tráfico, pois, como visto, o verbo praticado não foi “exportar”, restando afastada a alegação de ocorrência de *bis in idem*.

8. Reincidência. Muito embora o patamar de incidência das agravantes e atenuantes não seja previsto em lei, sua aplicação deve obedecer aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da proibição de excesso, decorrentes do art. 5º XLVI e XLVII, da Constituição Federal, e a violação desses princípios autoriza o manejo da revisão criminal.

9. A pena foi majorada em metade na segunda fase da dosimetria por força do reconhecimento da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, decorrente de uma única condenação com trânsito em julgado. Tal exasperação, porém, se mostra excessiva, resultando em flagrante injustiça e desproporcionalidade.

10. Suficiente para os fins de reprovação e prevenção do crime o aumento de 1/6 (um sexto) da pena em virtude da reincidência.

9. A pena fica definitivamente arbitrada em 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multas.

10. Revisão criminal procedente em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, CONHECER DO PEDIDO REVISIONAL E JULGÁ-LO PARCIALMENTE PROCEDENTE para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, no patamar de 06 (meses), bem como reduzir o patamar de exasperação da reincidência para 1/6 (um sexto), fixando a pena definitiva em 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multas, mantendo-se no mais o v. acórdão revidendo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de novembro de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de pedido de *revisão criminal* formulado por AURÉLIO MACHADO CORREIA RODRIGUES, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, em face da r. decisão que, nos autos da ação penal nº 2008.61.19.002284-0, conheceu parcialmente da apelação do réu, negou provimento à parte conhecida e deu provimento à apelação ministerial, para elevar a pena-base para seis anos de reclusão, totalizando a pena definitiva de *dez anos*

e seis meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de mil dias-multa, cada qual no valor mínimo legal.

A denúncia foi recebida em 05/06/2008 (fls. 128/129 do vol. apenso) e a r. sentença publicada em 23/10/2008 (fl. 200 do vol. apenso).

Inconformado, no dia 17/12/2008, o revisionando interpôs recurso de apelação, o qual foi julgado pela 2ª Turma do Tribunal Federal Regional da 3ª Região, no dia 30/06/2009, nos termos da ementa que segue:

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, “CAPUT”, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL OU RESISTÍVEL: AUSÊNCIA DE PROVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA: FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. TRANSNACIONALIDADE: INEXIGÊNCIA DE VÍNCULO ENTRE AGENTES NACIONAIS E ESTRANGEIROS: DROGA EM VIAS DE EXPORTAÇÃO. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, LEI 11.343/06: IMPOSSIBILIDADE. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. PERDIMENTO DE BENS.

1. Não conhecido o pleito da defesa referente à absolvição do réu pela prática do art. 35, da Lei 11.343/06, por falta de interesse recursal.
2. Comprovadas nos autos a materialidade, autoria e dolo do crime de tráfico transnacional de entorpecentes, praticado pelo apelante, preso em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP quando prestes a embarcar para Portugal, trazendo consigo, oculta na bagagem, 1.600 g. (um mil e seiscentos gramas) de cocaína.
3. A coação moral irresistível ou resistível supostamente exercida sobre o apelante não foi comprovada, diante da ausência de provas da existência do suposto coator, ou da inevitabilidade, insuperabilidade e irresistibilidade de uma ameaça de dano grave, atual e injusto não provocado por vontade própria.
4. Condenação mantida.
5. A natureza e a quantidade da droga têm função peremptória na individualização da reprimenda ao tráfico de entorpecente, justificando a exasperação da pena-base por sua evidente repercussão nas circunstâncias judiciais, que revelam maior culpabilidade e nocividade da conduta do réu, bem como maior reprovabilidade e censurabilidade na reprimenda. Inteligência dos arts. 59 do CP e 42, da Lei 11.343/06. Pena-base fixada acima do mínimo legal (seis anos de reclusão).
6. Mantida a circunstância agravante da reincidência devidamente comprovada. Pena elevada em metade (nove anos de reclusão).
7. Incidência da causa de aumento de pena derivada da transnacionalidade do tráfico (art. 40, I, da Lei 11343/06), pois comprovado, pelas circunstâncias fáticas, que a droga foi adquirida no Brasil para ser transportada para o exterior. Não se exige, para a caracterização dessa majorante, provas da existência de vínculo permanente entre agentes nacionais e estrangeiros, bastando, para tanto, que a operação esteja em vias de exportação. Pena agravada em 1/6, totalizando dez anos e seis meses de reclusão.
8. Impossibilidade de aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06. O réu não tem bons antecedentes e é reincidente, fato que aponta para sua personalidade voltada à prática criminosa. Ademais, há indícios de que figurou, ainda que eventualmente, em uma organização voltada ao tráfico de entorpecentes, pois transportava grande quantidade de cocaína, que seria pulverizada entre vários vendedores no mercado de consumo.
9. Pena definitiva fixada em dez anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e pagamento de mil dias-multa, no valor fixado pela sentença.
10. O condenado com hipossuficiência financeira não fica isento do pagamento dos consecutórios da sucumbência, devendo a condenação ficar sobrestada pelo período de cinco anos

em decorrência do estado de pobreza, o qual, se alterado, importará no retorno à imposição legal. Art. 12, da Lei 1060/50.

11. Mantida a pena de perdimento dos bens, diante da comprovação de terem sido utilizados como instrumentos do crime. Aplicação do art. 63, da Lei 11343/06.

12. Apelação do réu parcialmente conhecida. Negado provimento á parte em que se conhece.

13. Apelação ministerial a que se dá provimento, para elevar a pena.

Transitado em julgado o acórdão em 02/09/2009 (fl. 299), foi proposta a presente Revisão Criminal (Fls. 17/37), a qual foi distribuída a este Relator.

O revisionando requer o reconhecimento da nulidade do interrogatório e, consequentemente, da audiência de instrução e julgamento e atos posteriores a ela, em virtude do uso de algemas e da realização de interrogatório via videoconferência.

No mérito, requer: a redução da pena-base ao mínimo legal; o reconhecimento da confissão; a redução do percentual de majoração decorrente da agravante de reincidência; o afastamento da majorante da transnacionalidade; a oitiva do Ilustre representante do Ministério Público Federal para apresentar parecer sobre todo o feito; a citação do MPF para que represente o interesse penal do Estado; a concessão dos benefícios da justiça gratuita; a intimação pessoal da Defensoria Pública da União de todos os atos processuais, bem como a concessão de prazos em dobro; e, por fim, que sejam considerados prequestionados os dispositivos acima mencionados para fins e interposição de Recurso Especial ou Extraordinário.

O ilustre representante do *Parquet* Federal, Dr. Marcelo Moscoliato, ofertou parecer às fls. 52/57, opinando pelo não conhecimento e, subsidiariamente, pelo não provimento da revisão criminal, para o fim de ser mantida a condenação já transitada em julgado.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, afasto a preliminar de não conhecimento do pedido revisional arguida pelo Ministério Público Federal por não se configurar quaisquer das hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal, haja vista os pressupostos de cabimento da revisão criminal se confundirem com o próprio mérito desta e assim deverem ser analisados.

Rejeito, ainda, de plano a alegação de nulidade de atos processuais em decorrência do uso de algemas no interrogatório do réu ora revisionando, bem como da realização do interrogatório por videoconferência.

Destaco que a questão já foi posta em debate por meio do HC n° 2007.03.00.097954-9 julgado pela colenda 2ª Turma, ocasião em que se decidiu pela validade do ato.

No julgamento do HC 90900/SP, realizado na sessão de 30/10/2008, o Pleno do excelso Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo, que possibilitava o interrogatório dos réus por meio de videoconferência, tendo se manifestado, assim, pela necessidade de previsão em lei federal para que seja adotado tal procedimento.

Forçoso reconhecer que, de fato, quando da realização do ato, ainda não havia lei federal em vigor regulando a matéria.

Entretanto, de acordo com o artigo 563 do Código de Processo Penal, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Se o ato processual atingiu a finalidade para a qual foi praticado, inexistirá razão para anular o que foi produzido. A nulidade relativa somente será afirmada se, requerida oportunamente pela parte que se diz prejudicada, esta comprovar o efetivo prejuízo sofrido.

Pondero que, no caso em tela, foram asseguradas as garantias constitucionais do revisionando-acusado, pois foi garantido seu direito de comunicação privativa e sigilosa com seu defensor antes da realização da audiência de interrogatório por videoconferência.

Observo, também, que o fato de a ação penal ter tramitado perante a 5ª Vara Federal de Guarulhos/SP e o réu encontrar-se recolhido na Penitenciária de Itaí/SP, distante mais de 300 km da Subseção Judiciária, justifica a realização do interrogatório à distância.

Desta feita, não há que se falar em nulidade, pois não houve qualquer prejuízo para a defesa, que concordou com a realização do ato.

Ainda que assim não fosse, cabe ressaltar que o julgamento do supramencionado *habeas corpus* pela Suprema Corte ensejou a edição da Lei nº 11.900/2009, a qual alterou a redação dos artigos 185 e 220 do Código de Processo Penal, dispondo expressamente acerca da possibilidade da realização de interrogatório e outros atos processuais por meio do sistema de videoconferência. Portanto, tal sistema é, na atualidade, perfeitamente aplicável.

Desse modo, uma vez que foram observadas as garantias constitucionais próprias, não se pode anular o interrogatório e, por consequência, todos os atos processuais subsequentes, para, justamente, determinar a sua renovação conforme a lei processual penal vigente, pois a repetição do ato pode se dar por meio de videoconferência, uma vez que já há autorização legal para se proceder desta forma.

Ressalto que a *Primeira Seção* deste Tribunal já havia se manifestado pela validade do interrogatório realizado por meio de videoconferência, senão vejamos:

HABEAS CORPUS - PENAL E PROCESSUAL PENAL INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO - CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL - ORDEM DENEGADA.

1. Preliminar. Diante da relevância e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, a Seção conheceu do pedido, nos termos do voto do E. Desembargador Federal Relator.
2. Mérito. A Egrégia 5ª Turma já examinou o tema em pelo menos duas oportunidades, *Habeas Corpus* números 2007.03.00.082440-2 e 2007.03.00.094633-7, sendo que, em ambos os casos, foi reconhecida a legitimidade dos atos processuais praticados por videoconferência.
3. A realização de atos processuais por videoconferência é uma realidade que se insere no contexto inafastável da incorporação de novas tecnologias ao serviço público de prestação da tutela jurisdicional. A própria Emenda Constitucional nº 45 ao inserir o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal impõe que o Poder Público empreenda medidas da natureza exposta nestes autos, no desiderato de garantir a “(...) razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (...)”.
4. Não se vislumbra qualquer prejuízo que decorra, pura e simplesmente, da realização de um ato processual por videoconferência. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.
5. Nestes autos não há nenhuma prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, de modo que a rejeição da pretensão veiculada em seu benefício é medida que se

impõe.

6. A realização de um ato processual por videoconferência não se constitui em ofensa ao princípio da legalidade. O procedimento previsto nos artigos 185 a 196 do CPP é integralmente observado na sua substância.

7. O STF aceita o interrogatório por carta precatória, na qual não há contato pessoal entre o Juiz da causa e o acusado, mesmo ausente previsão legal expressa. Essa mesma linha de raciocínio deve ser aplicada ao caso.

8. Ordem denegada.

(TRF3, HC 30630, processo nº 2008.03.00.001008-7, Relator Juiz Baptista Pereira, Relator para Acórdão Juíza Ramza Tartuce, votação por maioria, DJF3 15/07/2008).

O uso de algemas durante o interrogatório também não ofendeu as garantias do revisionando, pois o procedimento observou os preceitos da Súmula Vinculante nº 11 editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, o magistrado que presidiu a audiência justificou expressamente a excepcionalidade da medida:

De acordo com informação já obtida da direção do presídio de Itai/SP, os presos situados naquela sala de teleaudiência devem permanecer com algemas nas mãos e nos pés, uma vez que se trata de sala localizada em uma área fora da muralha do presídio e, portanto, de segurança reduzida. Ademais, consta nos autos às fls. 152/154, informação do Consulado Geral de Portugal em São Paulo de que o réu foi condenado em Portugal pelos crimes de homicídio e detenção/tráfico de armas proibidas, o que denota a periculosidade do réu. Por isso, mantenho o réu algemado, uma vez eu as razões de segurança levantados pelo agente mostram-se de grande razoabilidade e não há elementos nesse momento para fundamentar um decreto em sentido contrário. (fl. 157 dos autos originais).

Passo à análise das questões pertinentes à *dosimetria da pena*.

Pugna o revisionando pela redução da pena-base ao argumento de que a apreensão de 1.600g (um mil e seiscentos gramas) de *cocaína* em seu poder não tem o condão de ensejar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, haja vista a quantidade da droga ser normal ao tipo penal e sua natureza não revelar maior potencialidade lesiva do que outros entorpecentes.

Não lhe assiste razão. A cocaína é substância entorpecente de conhecidos efeitos destruidores, mais nocivos do que de outras substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, de acordo com a lista anexa à Portaria SVS/MS nº 344/98 (art. 66 da Lei nº 11.343/2006).

A quantidade de droga apreendida também denota potencialidade lesiva da conduta do revisionando a merecer maior repreensão penal, pois, como bem asseverou a 2ª Turma deste Tribunal quando do julgamento da apelação nos autos originais, “atingiria um número inimaginável de usuários caso chegasse ao seu destino final, sendo extremamente danosas as consequências para a saúde pública”.

É certo que apreensões de quantidades muito maiores de entorpecentes são realizadas, porém, esses casos são punidos com ainda mais rigor do que o ora *sub judice*, contudo, tal fato não afasta a nocividade exacerbada da conduta praticada pelo revisionando.

Plenamente, assim, justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não merecendo acolhimento a insurgência do requerente.

Quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão, o pedido é procede.

O réu admitiu os fatos, inclusive ter consciência de que transportava entorpecente.

Quanto ao fato de tratar-se de confissão qualificada, pois o acusado sustenta ter praticado o crime em razão de seu vício em heroína e por estar sendo ameaçado por traficantes para pagar dívida, buscando, assim, justificar os fatos com base na inexigibilidade da conduta diversa, tal circunstância não exclui a atenuação, apenas influencia o *quantum* da diminuição.

Desta forma, reconheço a presença da atuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, “d”, do Código Penal, para reduzir a pena-base em 06 (seis) meses, observada a preponderância da agravante da reincidência.

Quanto à aplicação do aumento previsto no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 referente a transnacionalidade do delito, não há *bis in idem*, conforme pretende o revisionando.

O *caput* do art. 33 trata de delito de ação múltipla ou de conteúdo variado. *In casu*, o revisionando foi denunciado e condenado porque “trazia consigo” substância entorpecente, sendo esta a conduta criminosa. Desta feita, é perfeitamente possível a incidência da causa de aumento pela transnacionalidade do tráfico, pois, como visto, o verbo praticado não foi “exportar”, restando afastada a alegação de ocorrência de *bis in idem*.

Requer, por fim, a redução do patamar da exasperação aplicada a título de reincidência.

Nesse ponto, entendo que procede a irresignação do revisionando.

A revisão criminal, nos estreitos limites de sua admissibilidade objetiva, não enseja ao juiz-aplicador manobra exegética para apreciar interpretação dada a dispositivos legais ou posicionamentos adotados no julgamento hostilizado, como se oferece, por exemplo, frente ao recurso de apelação.

Entretanto, muito embora o patamar de incidência das agravantes e atenuantes não seja previsto em lei, sua aplicação deve obedecer aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da proibição de excesso, decorrentes do art. 5º XLVI e XLVII, da Constituição Federal, e a violação desses princípios autoriza o manejo da revisão criminal.

Nesse sentido a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE. ACRÉSCIMO DE UM TERÇO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Embora não exista previsão legal acerca do quantum de acréscimo da pena deva ser aplicado em decorrência da agravante da reincidência, é de rigor a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

2. *Hipótese em que, a despeito de o paciente possuir mais de uma condenação anterior, mostra-se desproporcional o acréscimo de 1/3 (um terço) da pena por força de tal agravante, parecendo razoável que o aumento se dê no patamar de 1/6 (um sexto).*

3. *Ordem concedida.*

(HC 162.015/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 22/11/2010 - grifei).

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE PREPONDERANTE. MANTIDA A CAUSA DE AUMENTO PELA INTERNACIONALIDADE DA CONDUTA. PENA DE MULTA CORRIGIDA DE OFÍCIO.

1. *Num primeiro momento o MM. Juiz elencou todas as circunstâncias relevantes, sem preocupar-se com a separação de fases; e se, num segundo instante, ao calcular, propriamente, a pena, o e. magistrado, aí sim, especificou os quanta de cada fase, apontando a reincidência como agravante, não se podendo afirmar que tenha ocorrido bis in idem. Na conformidade*

da jurisprudência, a dosimetria da pena pode ser modificada em sede de revisão criminal somente quando detectado claro erro técnico ou flagrante injustiça. A forma de explanação da dosimetria feita pelo magistrado sentenciante não apresenta qualquer anomalia, irregularidade ou vício que configure “erro técnico”, pois o que importa é que o cálculo acabou sendo feito na consonância do artigo 68 do Código Penal.

(...).

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, RVC 0059803-16.2005.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVIO GEMAUQUE, julgado em 19/08/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2010 PÁGINA: 30 - grifei).

REVISÃO CRIMINAL - RÉU PRIMÁRIO - *PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO*

I - *No processo penal, deve incidir também o princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, mantendo a pena em patamares razoáveis, mesmo quando, para tanto, seja necessário afastar majorantes legais que, se aplicadas, importariam na afronta a tais princípios constitucionais.*

II - Acolhida a primariedade do requerente, reduzindo a pena-base para o mínimo legal de 4 (quatro) anos.

III - Revisão Criminal parcialmente procedente.

(TRF 2ª Região. PRIMEIRA SEÇÃO. 2002.02.01.032745-2. Relator Desembargador Federal CARREIRA ALVIM. DJU - Data: 21/11/2003 - grifei).

Nesse passo, a pena foi majorada em metade na segunda fase da dosimetria por força do reconhecimento da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, decorrente de uma única condenação com trânsito em julgado. Tal exasperação, porém, se mostra excessiva, resultando em flagrante injustiça e desproporcionalidade.

Assim, entendo suficiente para os fins de reprovação e prevenção do crime o aumento de 1/6 (um sexto) da pena em virtude da reincidência.

Desta forma, fixada a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multas, reduzida a exasperação pela reincidência ao patamar de 1/6, e aplicada a atenuante da confissão espontânea, a pena provisória resta fixada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa.

Mantida a causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 em 1/6, a pena fica definitivamente arbitrada em 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multas.

Diante do exposto, nos termos da fundamentação supra, conheço do pedido de revisão criminal, julgo-o PARCIALMENTE PROCEDENTE para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, no patamar de 06 (meses), bem como reduzir o patamar de exasperação da reincidência para 1/6 (um sexto), fixando a pena definitiva em 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multas, mantendo-se no mais o v. acórdão revidendo.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO: AURÉLIO MACHADO CORREIA RODRIGUES ajuizou a presente revisional, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, postulando a revisão de sua condenação à pena de *dez anos e seis meses de reclusão, em regime inicial aberto*, e pagamento de mil dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, c.c o artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06.

O revisionando pugna pelo reconhecimento da nulidade do interrogatório e, consequentemente, da audiência de instrução e julgamento e atos posteriores a ela, em virtude do uso de algemas e da realização de interrogatório via videoconferência.

No mérito, requer: a redução da pena-base ao mínimo legal; o reconhecimento da confissão; a redução do percentual de majoração decorrente da agravante de reincidência; o afastamento da causa de aumento da transnacionalidade; a oitiva do Ilustre representante do Ministério Público Federal para apresentar parecer sobre todo o feito; a citação do MPF para que represente o interesse penal do Estado; a concessão dos benefícios da justiça gratuita; a intimação pessoal da Defensoria Pública da União de todos os atos processuais, bem como a concessão de prazos em dobro; e, por fim, que sejam considerados prequestionados os dispositivos acima mencionados para fins e interposição de Recurso Especial ou Extraordinário.

O eminente Relator, em judicioso voto, afastou a preliminar de não conhecimento do pedido revisional arguida pelo Ministério Público Federal por não se configurar quaisquer das hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal, haja vista os pressupostos de cabimento da revisão criminal se confundirem com o próprio mérito desta e rejeitou, de plano, a alegação de nulidade de atos processuais em decorrência do uso de algemas no interrogatório do réu ora revisionando.

Quanto à realização do interrogatório por videoconferência, não obstante a inexistência, à época, de lei federal em vigor regulando a matéria, entendeu tratar-se de nulidade relativa pois não houve qualquer prejuízo para a defesa, que concordou com a realização do ato, sendo de rigor a aplicação do artigo 563 do CPP.

Portanto, entendeu Sua Excelência que uma vez que foram observadas as garantias constitucionais próprias, não se pode anular o interrogatório e, por consequência, todos os atos processuais subsequentes, para, justamente, determinar a sua renovação conforme a lei processual penal vigente, pois a repetição do ato pode se dar por meio de videoconferência, porquanto já há autorização legal para se proceder desta forma.

Relativamente ao uso de algemas durante o interrogatório, Sua Excelência também entendeu que não ofendeu as garantias do revisionando, pois o procedimento observou os preceitos da Súmula Vinculante nº 11 editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, peço vênia para divergir do entendimento proclamado.

Com efeito, a realização do interrogatório por meio de videoconferência, antes do advento da Lei nº 11.900/2009, que introduziu tal procedimento no Código de Processo Penal, se consubstancia em nulidade absoluta, porque viola os princípios constitucionais do devido processo legal, restringindo a amplitude de defesa do acusado.

Nesse sentido, confira-se:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS.

TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.900/09. NULIDADE ABSOLUTA. DECLARAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I.

IV. A presente hipótese seria, em tese, de não conhecimento do “writ”, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional. Não obstante verifica-se a ocorrência de nulidade.

V. A Lei 11.900/09, ao imprimir alteração ao Código de Processo Penal, passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. No presente caso, verifica-se a existência de nulidade, tendo em vista que o interrogatório foi realizado por teleaudiência em data anterior à vigência da Lei 11.900/09.

VI. Declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 30/10/2008, em controle difuso.

VII. Declaração de nulidade do interrogatório e oitiva de testemunhas realizados por meio de videoconferência, bem como dos demais atos dele dependentes, como a sentença condenatória e o recurso interposto e atos posteriores.

VIII. Havendo a declaração da nulidade da sentença fica prejudicada a análise das questões relativas à dosimetria da pena e eventual substituição de pena.

IX. Verificando-se que o paciente se encontra custodiado há quase quatro anos - já que foi preso em flagrante no dia 04.03.2008, assim permanecendo durante toda a instrução criminal, tendo-lhe sido negado o direito de recorrer em liberdade - e diante da declaração da nulidade nos termos acima, deve ser reconhecido de ofício o excesso de prazo na custódia cautelar, mormente diante do quantum da pena fixada pelo Tribunal Estadual - 5 anos e 10 meses de reclusão.

X. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

Habeas corpus concedido de ofício. (HC 191.624/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/05/2012)

Havendo a declaração da nulidade, fica prejudicada a análise das demais questões deduzidas na revisional.

Ante o exposto, julgo procedente a presente revisional para declarar a nulidade do interrogatório e dos atos processuais subsequentes e, reconhecido o excesso de prazo da prisão, determinar a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do paciente, Imponho-lhe ainda o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de renovação da prisão.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

“HABEAS CORPUS”
0000860-25.2013.4.03.0000
(2013.03.00.000860-0)

Impetrantes: AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO E OUTROS
Paciente: HELIO HENRIQUE PEDROSO VEIGA (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: HC 52662
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE. DELITO PREVISTO NO ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I E V DA LEI 11.343/06. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ART. 319 DO CPP. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “E LIBERDADE PROVISÓRIA” PREVISTA NO ART. 44, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CUSTÓDIA CAUTELAR NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

- Paciente preso em flagrante delito pela prática do ato previsto no art. 33, *caput* c/c art. 40, incisos I e V da Lei nº 11.343/06.
- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 104.339/SP, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, do *caput* do art. 44 da Lei 11.343/06, determinando a necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP para a manutenção do recolhimento cautelar.
- O decreto prisional foi devidamente fundamentado e decretado segundo os pressupostos do art. 312 do CPP.
- A prova da materialidade e os indícios de autoria encontram-se presentes na decisão que recebeu a denúncia.
- A necessidade da manutenção do indiciado no cárcere é justificada para garantia da ordem pública, sobretudo pelo risco de que o paciente volte a delinquir.
- Em que pese o fato do paciente possuir residência fixa, ser primário e não ter maus antecedentes, a expressiva quantidade de drogas apreendidas (aproximadamente 53,200 quilos de cocaína), acondicionadas no tanque da caminhonete Hilux, entre outros fatos, revelam que há indícios de participação do paciente em organização criminosa.
- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de abril 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 em favor de HÉLIO HENRIQUE PEDROSO VEIGA, com o objetivo de sustar o constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo Juízo Federal da 3ª Vara Federal de São José do Rio Preto - SP que decretou a prisão preventiva do paciente, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, para a garantia da ordem pública.

Os impetrantes afirmam, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante em razão da suposta prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, incisos I e V, da Lei nº 11.343/06, sob a acusação de transportar substância entorpecente, conhecida como cocaína.

Aduzem que o réu é primário, possui residência fixa, profissão certa e trabalho lícito; que deve prevalecer em favor do paciente o princípio constitucional da presunção da inocência, não sendo possível invocar apenas a gravidade do delito para que lhe seja negado o direito de recorrer em liberdade; e que não se encontram presentes quaisquer dos requisitos da prisão preventiva elencados nos artigos 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal, o que demonstra flagrante ilegalidade na prisão cautelar.

Alegam que a autoridade impetrada incorreu em excesso ao decretar a prisão preventiva do acusado, provocando evidente antecipação da pena, e que é possível a substituição dessa prisão por uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou pela vedação do paciente ausentar-se do País (CPP, art. 320).

A defesa pugna pelo deferimento de medida liminar e posterior concessão da ordem, para suspender a prisão preventiva do paciente ou, alternativamente, a substituição da prisão por uma ou mais medidas cautelares previstas nos artigos 319 do Código de Processo Penal, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura do acusado.

A impetração veio instruída com os documentos de folhas 34/72.

A digna autoridade impetrada prestou as informações (fls. 78/81vº).

O Ministério Público Federal, por sua procuradora, opinou pela denegação da ordem (fls. 266/269).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): O paciente foi preso em flagrante delito pela suposta prática da conduta típica descrita no art. 33, *caput*, c/c art. 40, incisos I e V, da Lei 11.343/2006.

Convencido da materialidade delitiva e dos indícios de autoria, o Juízo da 3ª Vara Federal de São José do Rio Preto - SP, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, proferiu decisão convertendo-a em prisão preventiva, nos seguintes termos (fls. 46/52):

1. Relatório.

Trata-se de prisão em flagrante, ocorrida na data de ontem, que resultou no encarceramento de Helio Henrique Pedroso Veiga, pessoa maior de idade e penalmente capaz.

Os agentes que efetuaram a prisão deram conta que ele estava fazendo o transporte de 49 (quarenta e nove) tabletes de substância entorpecente conhecida como Cocaína, ocultos dentro do tanque de combustível da caminhonete Toyota Hilux, placa KAM 5245-Apucarana/PR, que seria entregue na cidade de Barretos/SP.

A autoridade policial expediu nota de culpa, atribuindo ao preso a prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 40, I e V, da Lei 11.343/2006.

É o relatório.

2. Fundamentação.

Observo que a prisão ocorreu nas circunstâncias permitidas pela lei processual penal (artigos 302 e 303, CPP) e que foram observados os demais requisitos formais para tanto (artigos 304 e 306, CPP).

Não vislumbro de plano qualquer causa excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade. Assim, tenho que a prisão encontra-se em ordem.

(...)

Embora a redação estranha do artigo 311, não resta dúvida que o magistrado pode decretar a prisão de ofício, diante da clareza do disposto no artigo 310, II, do CPP.

(...)

De início, verifico que o crime pelo qual foi preso em flagrante possui pena máxima superior a 04 anos, variando a pena de 05 a 15 anos de reclusão. Isso supera o quantitativo previsto no art. 313, I, CPP, com redação dada pela Lei 12.403/11.

Desse modo, não verifico a possibilidade de substituição da prisão por medida cautelar.

Pois bem, de acordo com o artigo 312, CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

No caso, está presente a materialidade, visto que a substância foi submetida a exame preliminar (folha 18) e há indícios de que o preso seja o autor do fato. O crime em tese praticado é doloso e punido com reclusão (art. 313, I, CPP).

Por fim, está presente o requisito da salvaguarda da ordem pública.

(...)

Quanto a este requisito, tenho que o preso foi surpreendido com grande quantidade de substâncias entorpecentes, resultando, em tese, em crime que está na base de toda a violência vivenciada pela população brasileira. A prisão de alguém nestas circunstâncias gera o abalo na comunidade, passível de ser arrefecido com a manutenção do encarceramento. Colocá-lo em liberdade significaria incentivá-lo a voltar a praticar o mesmo tipo de conduta.

Embora milite em favor do requerente a presunção de inocência, os fatos acima mencionados impedem a concessão da liberdade, de modo que entendo subsistente sua prisão, para a garantia da ordem pública.

(...)

3. Conclusão.

Diante do exposto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos moldes do artigo 310, II, CPP.

E, ao receber a denúncia, o Juízo impetrado manteve o decreto prisional, entendendo que permaneciam válidas as razões que ensejaram sua decretação.

Note-se que a prisão preventiva é espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do MP,

do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, também podendo ser decretada de ofício pelo magistrado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/2011).

A respeito da prisão preventiva e da liberdade provisória, confirmam-se alguns dos dispositivos do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

(...)

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.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Assim, a autoridade judiciária competente poderá decretar a prisão preventiva caso verifique que a supressão da liberdade do agente seja necessária para preservar a prova, o resultado do processo ou a própria segurança da sociedade.

Verifica-se que, como medida cautelar, a prisão preventiva está condicionada à presença concomitante do *fumus comissi delicti*, e do *periculum libertatis*, sendo que o *fumus comissi delicti*, está consubstanciado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação e o *periculum libertatis* pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal.

Ressalte-se que, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, além da demonstração dos requisitos do art. 312 do CPP, também passa a ser necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse sentido, o art. 282, § 6º, do CPP, estabelece que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Na mesma linha, o art. 310, inciso II, do referido diploma autoriza a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Em síntese, pode-se dizer que para a decretação da prisão preventiva, cabe ao magistrado analisar se há elementos que apontem no sentido da presença simultânea de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria e, após, aferir se a permanência do suspeito em liberdade acarreta um perigo concreto para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social.

Considere-se, ainda, a regra de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória tem sua decretação condicionada à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, a teor do que dispõe o art. 5º, inc. LXI e também o art. 315 do CPP, com redação da Lei nº 12.403/2011.

Com o advento da Lei nº 11.464/07 foi suprimida a proibição da concessão de liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e equiparados, assim, parte da doutrina passou a entender que dispositivos como o art. 44 da Lei 11.343/06 teriam sido derogados no tocante à vedação à concessão de liberdade provisória sem fiança. O que se alega é que ao se admitir a liberdade provisória sem fiança para os delitos mais graves de todos, que são os hediondos, não há como se justificar a negativa da concessão de tal benefício a crimes menos graves.

No Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma, a partir do julgamento do HC 93.115/BA, de relatoria do Min. Eros Grau, e do HC 100.185/PA, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, passou a admitir a possibilidade de concessão de liberdade provisória aos delitos de tráfico de drogas.

Posteriormente, no julgamento do *habeas corpus* 104.339/SP, o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do *caput* do art. 44 da Lei 11.343/2006, determinando ainda, a necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP para a fundamentação da manutenção da prisão preventiva.

Assim, em função do princípio da presunção de não culpabilidade, se o juiz entende que o acusado deve ser mantido preso, deve demonstrar a necessidade da privação cautelar de sua liberdade de locomoção à luz das hipóteses do art. 312 do CPP e não somente em função da vedação legal à liberdade provisória, como previsto no aludido artigo, e, ainda, por força do art. 5º, XLI e 93, IX da CF, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos que evidenciem razões justificadoras da imprescindibilidade dessa medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou réu.

Superada, portanto, a discussão sobre a vedação legal à liberdade provisória, cumpre averiguar se o paciente faz jus ao referido benefício.

No presente caso, a decisão que determinou a permanência do paciente no cárcere se fundamentou no fato de ainda subsistirem os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, notadamente para garantia da ordem pública.

Em que pese o fato do réu possuir residência fixa, ser primário e não ter maus antecedentes, a expressiva quantidade de drogas apreendidas (aproximadamente 53,200 quilos de cocaína), acondicionadas no tanque da caminhonete Hilux, aliada ao fato de ter declarado em seu depoimento que havia pego a caminhonete de um conhecido, e que ela havia sido registrada em seu nome 4 meses antes para despistar fiscalizações, sem informar quem seriam as pessoas envolvidas, revelam que há indícios de participação do paciente em organização criminosa.

Portanto, conforme já deixei explicitado na decisão que indeferiu a liminar, entendo que a custódia cautelar foi satisfatoriamente motivada, porque indicou os fatos concretos justificadores de sua imposição, nos termos do art. 312 do CPP, especialmente quando alerta para o risco de que o paciente volte a delinquir.

Assim, não se nota ilegalidade patente no decreto prisional, apta a amparar a pretensão dos impetrantes, porquanto a motivação apresentada está embasada em fatos concretos, suficientes para a manutenção da prisão.

É certo que unicamente a gravidade do delito não impediria a concessão do *habeas corpus*, mas as circunstâncias do caso concreto, bem como a fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva, demonstram a necessidade de sua manutenção, razão pela qual mantenho a segregação cautelar do paciente, que se encontra respaldada nos pressupostos previstos no art. 312 do CPP.

Por estas razões, denego a ordem.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

“HABEAS CORPUS”
0003857-78.2013.4.03.0000
(2013.03.00.003857-3)

Impetrante: ANDERSON GONÇALVES DE MELO
Paciente: ANDERSON GONÇALVES DE MELO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPINAS - SP
Corréus: ALEXSANDRO ALVES BRAGA E RAFAEL DA ROCHA BOTELHO
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
Classe do Processo: HC 53013
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2013

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. PRISÃO PENA MÁXIMA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 313 DO CPP. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA: DESCAMBIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Habeas Corpus* impetrado contra ato do Juiz Federal que converteu a prisão em flagrante em preventiva do paciente, preso em flagrante pela prática do delito descrito no artigo 334 do Código Penal.

2. Não se sustenta o entendimento do MM. Juiz impetrado no sentido de que o artigo 310 do CPP, ao tratar da conversão da prisão em flagrante em preventiva, exige apenas uma das situações de urgência do artigo 312 do CPP e a insuficiência de outra medida cautelar do artigo 319, deixando de exigir a presença de uma das hipóteses do artigo 313.

3. Não há dúvida de que a prisão preventiva exige, para sua *decretação*, a presença de ao menos uma das hipóteses constantes do artigo 312, concomitantemente com ao menos uma das hipóteses constantes do artigo 313. Se assim é, resulta de uma interpretação sistemática dos citados dispositivos, em especial das referências feitas ao artigo 312 constantes do inciso II do artigo 310, bem como do *caput* do artigo 313, que tais requisitos são exigíveis tanto para a *decretação* da prisão preventiva quando para a *conversão em preventiva da prisão em flagrante*.

4. Pela redação original do artigo 313 do CPP, a prisão preventiva era admitida para qualquer crime doloso punido com reclusão e, com a modificação introduzida pela Lei 12.403/2011, passou a ser admitida para crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, restando clara a intenção da reforma na sistemática da prisão preventiva de restringir seu cabimento aos crimes mais graves. Na interpretação feita pelo MM. Juiz impetrado seria possível a conversão em preventiva da prisão em flagrante operada com relação a qualquer delito, o que não se afigura razoável.

5. O limite de pena imposto no artigo 313, I, do CPP deve ser observado tanto na decretação da prisão preventiva, quanto na conversão da prisão em flagrante em preventiva, observando-se a proporcionalidade de eventual resultado final do processo. Precedentes.

6. O paciente responde a duas ações penais, por furto tentado e uso de documento falso, não havendo notícia de condenação transitada em julgado. O fato deter sido

beneficiado pela liberdade provisória em uma dessas ações penais, tendo deixado de cumprir as condições lá impostas, não configura a hipótese do inciso II do artigo 313 do CPP, mas apenas fundamenta a decretação da prisão preventiva naquele feito, nos termos do artigo 282, § 4º, do referido código.

7. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, conceder a ordem, para conceder a liberdade provisória ao paciente, impondo-lhe a medida cautelar de comparecimento mensal perante o juízo origem, bem como as restrições constantes dos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, sob pena de revogação do benefício, nos termos do voto do Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 30 de abril 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 por Clayton Florêncio dos Reis em favor de ANDERSON GONÇALVES DE MELO, contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara de Campinas/SP, que converteu a prisão em flagrante em preventiva do paciente nos autos nº 0014133-26.2012.403.6105, apensado à ação penal nº 0013903-81.2012.403.6105.

Relata o impetrante que o paciente foi preso em flagrante pela prática do delito descrito no artigo 334 do Código Penal. Narra que a autoridade impetrada converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva e negou o pedido de liberdade provisória, ao fundamento da garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para a efetividade da aplicação da lei penal.

Alega o impetrante que o paciente esclareceu à autoridade policial ter apenas ajudado no descarregamento das mercadorias apreendidas, não tendo qualquer relação com os proprietários dos cigarros apreendidos, tendo inclusive sendo preso em flagrante no centro de reabilitação, onde estava internado desde o início do ano de 2012. Argumenta que o paciente não possui condições financeiras para adquirir uma carga de cigarros, é dependente químico e necessita acompanhamento médico, conforme documentos que instruíram o pedido de revogação da preventiva.

Sustenta o impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, dada a ausência de fundamentação adequada do decreto que denegou a revogação da prisão preventiva. Aduz que a prisão preventiva deve estar lastreada em elementos de convicção concreta e não em meras conjecturas acerca da gravidade do delito.

Requer o impetrante, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. Ao final, pretende a revogação da prisão preventiva com a concessão de liberdade provisória.

A liminar foi indeferida às fls. 48/51.

Requisitadas informações à autoridade impetrada (fls. 51v), foram prestadas às fls. 53/54, instruídas com os documentos de fls. 55/67.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da DD. Procuradora Regional da República Sonia Maria Curvello, opinou pela concessão da ordem, para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente, mediante imposição de medidas cautelares diversas da prisão (fls. 69/71).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O paciente ANDERSON foi preso em flagrante delito, sendo a prisão em flagrante convertida em preventiva, sob o fundamento que, não obstante a pena máxima atribuída ao crime de descaminho seja de 4 anos de reclusão, o que em tese não autorizaria a decretação da prisão preventiva (CPP - Código de Processo Penal, artigo 313, inciso I), o dispositivo legal que trata da conversão não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a 4 anos ou qualquer outra exigência do artigo 313 do CPP, bastando a existência do *periculum in mora* e uma das situações de urgência previstas no artigo 312, além da insuficiência de outras medidas cautelares alternativas, bem como porque está caracterizada a hipótese do inciso II do artigo 313 do CPP. A decisão é do seguinte teor (fls. 55/57):

Trata-se de auto de prisão em flagrante lavrado em desfavor de RAFAEL DA ROCHA BOTE-LHO, ANDERSON GONÇALVES DE MELO e ALEXSANDRO ALVES BRAGA pela prática do crime de descaminho ocorrido na data de ontem, em razão de terem sido surpreendidos descarregando uma carreta com aproximadamente 850 (oitocentos e cinquenta) caixas de cigarro “Eight”, de procedência estrangeira, sem documentação fiscal, em uma casa localizada no bairro Satélite Íris II, nesta cidade.

Conforme informação da autoridade policial (fls. 02), os réus foram encaminhados ao 2º Distrito Policial, exceto RAFAEL DA ROCHA BOTELHO, tendo em vista o arbitramento da fiança no valor de 05 (cinco) salários mínimos.

Distribuído perante esta 1ª Vara Criminal Federal, passo a apreciar a prisão efetuada.

DECIDO.

O artigo 310 do Código de Processo Penal dispõe o seguinte:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Pois bem.

O flagrante está formalmente em ordem, tendo sido rigorosamente observados pela DD. Autoridade Policial os requisitos constantes nos artigos 301 a 306 do CPP. Não é o caso, portanto, de relaxá-lo (art. 310, inciso I, do CPP).

Por outro lado, a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, não se revela adequada ao caso, sendo mesmo hipótese de conversão do flagrante em prisão preventiva pelos seguintes motivos.

Da leitura das peças do auto do flagrante verifica-se a existência de indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime.

A pena máxima atribuída ao delito em questão é de 04 (quatro) anos de reclusão, circunstância que, em tese, não autorizaria a decretação da prisão preventiva, a teor do artigo 313, inciso I, do CPP. Contudo, o artigo 310, do mesmo diploma legislativo, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva, não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a 04 (quatro) anos, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no artigo 313, do CPP. Na verdade, a prisão preventiva, neste caso, se contenta com a existência do *periculum in mora*, exigindo apenas os seguintes requisitos: uma das situações de urgência previstas no artigo 312 + a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão.

Ainda que assim não fosse, a análise dos antecedentes dos autuados RAFAEL e ANDERSON revela que ambos ostentam vasta ficha criminal. Aliás, ao ser interrogado por ocasião do flagrante, RAFAEL mencionou seu histórico penal. Constata-se da pesquisa criminal de fls. 32/38 que RAFAEL, a partir de 2004, quando contava com 18 (dezoito) anos, já se utilizava do crime como meio de vida. Além de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e furto qualificado, crimes pelos quais foi condenado, o acusado também responde por outros furtos (consumado e tentado). Os apontamentos criminais de fls. 41/44 também demonstram que ANDERSON possui pelo menos 02 (duas) ações penais em curso, uma de furto tentado e a outra de uso de documento falso, esta última em trâmite nesta Subseção Judiciária. No processo nº 0017432-2010.403.6105, verifica-se que ANDERSON, colocado em liberdade para prosseguir com os tratamentos a que se submetia para se livrar do vício das drogas, continuou a praticar crimes, inclusive fora do estado de São Paulo, conforme demonstram a consulta processual do sistema informatizado e as cópias de certidões extraídas do feito, cuja juntada ora determino. Tais circunstâncias autorizam a decretação da prisão preventiva, independentemente da pena abstrata cominada ao delito, nos termos do artigo 313, inciso II, do CPP.

Apenas para constar, RAFAEL teve contra si uma ação penal de descaminho nesta Subseção Judiciária, em 2009, devido à apreensão de 710 (setecentos e dez) caixas de cigarro, conseguindo obter, em sede de *Habeas Corpus*, o seu trancamento. No tocante ao caso concreto, o risco à ordem pública, na hipótese de soltura dos flagrantados RAFAEL e ANDERSON, salta aos olhos, tendo em vista o vasto histórico criminal, circunstância que permite concluir que ambos possuem personalidade voltada à prática do crime, sendo um perigo à sociedade. Observo que o valor da carga apreendida foi estimado pelo próprio averiguada Rafael em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), o qual, inclusive, ressaltou que "... 'puxaria' cerca de duas cargas iguais a essa por mês, sendo que no final do ano consegue 'puxar' até três..." (fls. 06). Ademais, em relação a ANDERSON é inequívoco que a segregação cautelar visa garantir a conveniência da instrução criminal e a efetividade da aplicação da lei penal, na medida em que não foi localizado nos autos nº 0016766-78.2010.403.6105, não tendo comunicado o Juízo o seu novo endereço, conforme se afere da promoção ministerial encartada naquele feito, na qual se pleiteia a revogação de sua liberdade provisória, cuja cópia ora determino a juntada, o que evidencia o seu descaso com a Justiça e com os compromissos dela decorrentes.

Por fim, diante das circunstâncias do fato e das condições pessoais dos acusados (artigo 282, inciso II, do CPP), todos detalhados acima, reputo ineficazes e insuficientes quaisquer medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 318 e 319 do CPP.

Assim, demonstrada a existência de crime e presentes indícios de autoria, e com fundamento

nos artigos 310, inciso II, e 312, ambos do Código Penal, converto a prisão em flagrante de RAFAEL DA ROCHA BOTELHO e de ANDERSON GONÇALVES DE MELO em PREVENTIVA, para garantia da ordem pública, em relação ao primeiro, e para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e efetividade da aplicação da lei penal, em relação ao segundo.

Após, o paciente formulou pedido de revogação da prisão preventiva, que restou indeferido em sede de plantão judiciário, ao fundamento da presença dos requisitos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP, nos seguintes termos (fls. 24/25):

Trata-se de pedido de liberdade provisória, sem fiança, formulado por ANDERSON GONÇALVES DE MELLO, preso em flagrante, na data de 08.11.2012, quando descarregava uma carreta com cerca de 850 (oitocentas e cinquenta) caixas de cigarro da marca “Eight”, de procedência estrangeira, sem documentação fiscal.

Em 09.11.2012, foi decretada a prisão preventiva, para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para efetividade da aplicação da lei penal, tendo em vista que o requerente possui ao menos duas ações penais em curso, sendo uma por furto tentado e outra por uso de documento falso, o que demonstra sua personalidade voltada à prática delitiva. Ademais, não possui endereço fixo.

É o que cabe relatar.

Entendo que ainda se fazem presentes os requisitos da prisão preventiva, na forma do art. 312 do Código de Processo Penal.

A existência do crime e indício suficiente de autoria encontram suporte no próprio estado de flagrância.

O fato de o requerente estar respondendo a outras ações criminais, bem como a motivação declarada em sua petição de liberdade provisória, de que estava descarregando os cigarros para “ganhar dinheiro”, apontam a necessidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública, pois evidenciam que o envolvimento em situações que tais não consistiu em fato isolado em sua vida e que não teme a atuação punitiva do Estado.

Também persistem os requisitos da conveniência da instrução criminal e da efetividade na aplicação da lei penal, vez que, nos autos 0016766-78.2010.403.6105, o requerente mudou de residência sem comunicação prévia ao Juízo, o que motivou requerimento do Ministério Público Federal para a revogação da liberdade provisória. Nestes autos, o requerente indica como seu endereço a Rua 13, nº 32, Bairro Satélite, Íris 2, Campinas-SP, contudo, a teor do depoimento do condutor Jefferson Ramos Matias Pinto, tal endereço coincide com o local de descarga dos cigarros, apesar de identificado como centro de reabilitação de dependentes químicos.

Ademais, o requerente não comprovou a situação de dependente químico em tratamento. Apresentou tão-somente declaração firmada pelo presidente do Centro de Reabilitação e Integração Social Renascendo em Cristo-Carencristo, que, a propósito, está sediado no endereço destinatário do produto descaminhado. Não apresentou nenhum documento firmado por profissional da área médica que comprove a alegada condição.

Pelo exposto, indefiro o pedido de liberdade provisória.

P.R.I.C.

Em seguida, o paciente requereu novamente a revogação da prisão preventiva, tendo o Juízo de primeira instância mantido a prisão, nos seguintes termos (fl. 41):

Não havendo modificação relevante a ensejar a revogação do decreto de prisão contido às fls. 59/61 do auto de prisão em flagrante, acolho como razão de decidir os fundamentos do

órgão ministerial de fls. 38/41 para manter o decreto prisional do réu Anderson Gonçalves de Melo. Comunique-se a 1ª Vara Privativa do Tribunal do Júri de Curitiba a instauração da ação penal a que se referem estes autos.

Melhor examinando a questão, entendo que é de ser concedida a ordem.

Com a devida vênia, não se sustenta o entendimento esposado pelo MM. Juiz impetrado no sentido de que o artigo 310 do CPP, ao tratar da conversão da prisão em flagrante em preventiva exige apenas uma das situações de urgência do artigo 312 do CPP e a insuficiência de outra medida cautelar do artigo 319 do CPP, deixando de exigir a presença de uma das hipóteses do artigo 313 do CPP. Os dispositivos em questão tem a seguinte redação:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

...

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

...

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

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.

Não há dúvida de que a prisão preventiva exige, para sua *decretação*, a presença de ao menos uma das hipóteses constantes do artigo 312, concomitantemente com ao menos uma das hipóteses constantes do artigo 313.

Se assim é, resulta de uma interpretação sistemática dos citados dispositivos, em especial das referências feitas ao artigo 312 constantes do inciso II do artigo 310, bem como do *caput* do artigo 313, que tais requisitos são exigíveis tanto para a *decretação* da prisão preventiva quando para a *conversão em preventiva da prisão em flagrante*.

Quanto ao ponto, registro que pela redação original do artigo 313 do CPP, a prisão preventiva era admitida para qualquer crime doloso punido com reclusão e, com a modificação introduzida pela Lei 12.403/2011, passou a ser admitida para crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Dessa forma, resta clara a intenção da reforma feita pela Lei 12.403/2011 na sistemática

da prisão preventiva de restringir seu cabimento aos crimes mais graves.

E, com a devida vênia, na interpretação feita pelo MM. Juiz impetrado seria possível a conversão em preventiva da prisão em flagrante operada com relação a qualquer delito, o que não se afigura razoável.

Conforme lecionam Eugenio Pacelli e Douglas Fischer, *in Comentários ao Código de Processo Penal*, Ed. Atlas, 4ª ed., SP, 2012, p.604/605 e 638/639, o limite de pena imposto no artigo 313, I do CPP deve ser observado tanto na decretação da prisão preventiva, quanto na conversão da prisão em flagrante em preventiva, observando-se a proporcionalidade de eventual resultado final do processo:

310.3.1. Decretação da preventiva e art. 313, I, CPP: Outra questão igualmente relevante: a prisão preventiva somente poderá ser decretada, logo após o flagrante, para as infrações com pena cominada superior a quatro anos, segundo os limites do art. 313, I, CPP. Fora dessas hipóteses, a preventiva terá caráter subsidiário, prestando-se a garantir a eficácia de uma cautelar eventualmente imposta e descumprida.

Há quem sustente que não. Alega-se que, nos casos de prisão em flagrante, a ausência de referência expressa ao art. 313, I, no dispositivo em comento (art. 310,11) dispensaria os limites ali mencionados (pena superior a quatro anos).

O argumento não convence e peca pela base. Na ordem atual, a prisão em flagrante não pode significar a antecipação da culpa, mas, apenas e no máximo, maiores riscos quanto à efetividade da investigação e do processo. E essa antecipação dos riscos encontra sua limitação na efetiva instrumentalidade das cautelares, ou seja, nos limites de sua eficácia. Já o dissemos, mas não custa repetir: o processo cautelar ou qualquer medida desta natureza (acautelatória) não pode superar os resultados finais do processo. Assim, a decretação da preventiva está relacionada não com o fato do flagrante e sua capacidade de antecipação dos resultados finais, mas com a natureza da infração e sua exequibilidade concreta, ou seja, AA sua efetiva imposição de pena privativa de liberdade.

Não fosse assim, crimes cuja pena privativa jamais seria impostam em razão de várias alternativas à execução penal (art. 44, CP, *sursis*, art. 77, CP), permitiriam a imposição de uma cautelar mais grave que a sentença penal condenatória.

(...)

313.2 Os requisitos de direito: (...)

b) crimes punidos com pena privativa da liberdade superior a 4 (quatro) anos: Aqui, o juízo é de proporcionalidade, evitando-se a imposição de cautelar que se revele mais grave que o resultado final do processo penal. O critério utilizado, aritmético, por assim dizer, reporta-se a alguns dispositivos do Código Penal, que tratam da dosimetria da pena e do regime de seu cumprimento.

Assim, constata-se que o art. 44, I, do Código Penal, prevê a substituição da pena privativa da liberdade por outra(s), restritiva(s) de direito, quando se tratar de infração com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, praticada sem violência ou grave ameaça. No particular, pode-se censurar a modificação da Lei nº 12.403/11, no ponto em que ela não excepcionou os casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça e cuja pena seja inferior ao teto do art. 313, I, CP, hipótese em que, não só poderá ser incabível a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, como insinuado no citado art. 44, I, CP, como também poderá se mostrar inaplicável o *sursis* do art. 77, CP. Ao contrário, aliás, do que ocorreu com a reincidência (art. 313, II, CPP).

Como quer que seja, feita a escolha legislativa, não se pode pretender a aplicação de analogia *in miam partem* (em prejuízo da parte).

Outro referencial utilizado pelo legislador se encontra no art. 33, § 22, c, CP, a prever que o condenado a sanção igual ou inferior a quatro anos poderá o cumprimento da pena em

regime aberto, salvo quando reincidente. Note-se como visto, que o legislador, no art. 313, II, reconhece a gravidade da reincidência, autorizando a decretação da preventiva em tais hipóteses, sem a observância do teto do art. 313, I, CPP.

Ressalte-se, ainda mais uma vez, que o limite de pena superior a quatro para a imposição da medida somente deverá ser observado para os casos de: (a) decretação autônoma da preventiva, independentemente da imposição de outra e anterior medida cautelar, e (b) decretação da preventiva após flagrante delito. Nos demais casos, em que a preventiva é aplicada como garantia da eficácia das medidas cautelares diversa da prisão, não se exigirá o teto do art. 313, I, CPP (art. 282, § 4º, CPP).

No sentido de que o artigo 313, I, do CPP deve ser observado em caso de conversão da prisão em flagrante em preventiva, situam-se os seguintes julgados dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 3ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. ART. 180, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CRIME CUJA PENA NÃO SUPERA QUATRO ANOS. AUSÊNCIA DA NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM CONCEDIDA. I. De acordo com o art. 313, I, do Código de Processo Penal, com sua redação dada pela Lei 12.403/11, a decretação da prisão preventiva somente é cabível nos delitos dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a quatro anos, que não é o caso do art. 180, *caput*, do Código Penal. II. Ainda que assim não fosse, a decisão que converteu a prisão em flagrante preventiva não foi suficientemente fundamentada. III. Ordem concedida.

TRF da 3ª Região, 2ª Turma, HC 0020539-79.2011.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, DJe 19.12.2011

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. LEI Nº 12.403/11. LIBERDADE PROVISÓRIA. MEDIDAS CAUTELARES. 1. A nova Lei nº 12.403/11 introduziu diversas modificações no Código de Processo Penal, alterando sobretudo as disposições concernentes à prisão e a possibilidade de concessão da liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares. 2. Dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal, pela redação dada pela Lei nº 12.403/11, que a prisão em flagrante será relaxada, caso seja ilegal, ou convertida em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312, do mesmo Código, e as medidas cautelares forem inadequadas ou insuficientes. No caso de ausência desses requisitos, deverá o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. 3. Estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal os requisitos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes indícios de autoria, e prova da existência do crime, podendo ser decretada em caso de descumprimento das obrigações impostas por outras medidas cautelares. 4. Observe-se que o art. 313 do Código de Processo Penal, após as alterações, passou a prever as hipóteses em que é admitida a decretação da prisão preventiva, e, portanto, fora dessas hipóteses, não poderá ser admitida, salvo se outras medidas cautelares forem insuficientes para garantir a aplicação da lei penal, a regular instrução processual ou manter a ordem pública. 5. Passou o art. 319 do Código de Processo Penal a prever as medidas cautelares aplicáveis, diversas da prisão. O art. 320 do mesmo Código dispõe quanto a proibição de se ausentar do País. 6. Dispõe o art. 321 do Código de Processo Penal que ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão, deverá ser concedida a liberdade provisória. 7. As medidas cautelares diversas da prisão mostram-se suficientes, sendo adequada a sua aplicação ao paciente, sopesando-se aqui o fato dele não

ter antecedentes e de ter sido demonstrada a sua residência fixa, atentando-se, assim, ao que dispõe o inciso II, do art. 310 do mesmo diploma legal. 8. Ordem concedida para deferir a liberdade provisória mediante o cumprimento de medidas cautelares.

TRF da 3ª Região, 5ª Turma, HC 0017079-84.2011.4.03.0000, Rel. Juíza Fed. Conv. Louise Filgueiras, DJe 25.08.2011 p.1010

PENAL E PROCESSUAL PENAL - PRISÃO EM FLAGRANTE - DELITOS DO ART. 334, § 1º, c, DO CÓDIGO PENAL E ART. 12 DA LEI 10.826/2003 - LIBERDADE PROVISÓRIA - CONCESSÃO - PEDIDO DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - SECREGAÇÃO CAUTELAR: EXCEPCIONALIDADE - ARTS. 310, II E III, 312 E 313, I, DO CPP - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS - RECURSO IMPROVIDO. I - A prisão preventiva, quando decretada para a garantia da ordem pública, deve demonstrar, com fatos concretos, seu objetivo de impedir a continuidade da prática delituosa. Inocorrência de circunstâncias que demonstrem sério risco à ordem pública, com a soltura dos recorridos. II - A segregação cautelar por conveniência da instrução criminal, deve demonstrar, também com fatos concretos, seu objetivo de impedir que o acusado atrapalhe ou impeça a produção da prova, seja por meio de ameaças a testemunhas, seja eliminando os vestígios do delito ou destruindo documentos que interessem ao processo penal, inexistindo, nos autos, qualquer indício de que os recorridos assim agiram. III - Por outro lado, a custódia cautelar, prevista no art. 312 do CPP, quando decretada para assegurar a aplicação da lei penal, não deve afastar-se da real possibilidade de fuga do acusado, o que pode comprometer a futura execução da pena a ser aplicada, em caso de condenação. Inocorrência, no caso, de tal circunstância, por terem os recorridos comprovado o exercício de profissão lícita e residência fixa. IV - A nova redação do artigo 313 do CPP, introduzida pela Lei 12.403/2011, alterou a hipótese de cabimento da prisão preventiva, exigindo, além dos fundamentos e requisitos estabelecidos no art. 312 do CPP, o enquadramento da situação em alguma das hipóteses legais do referido art. 313, entre as quais ser o crime doloso e punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o que não se verifica, na hipótese em exame. V - Inocorrentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, previstos nos arts. 312 e 313 do CPP, irretocável a decisão que concedeu liberdade provisória aos recorridos. VI - Deixa-se de impor medida cautelar aos recorridos, porquanto ela só se justifica quando, presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, para a decretação da prisão preventiva, revela-se adequada e suficiente a medida cautelar diversa da prisão, a teor do art. 310, II, do CPP (na redação da Lei 12.403, de 04/05/2011). Concluindo-se que não se fazem presentes os requisitos da custódia preventiva, não há que se falar, *in casu*, em consequência, em imposição de medida cautelar. VII - Recurso improvido.

TRF da 1ª Região, 3ª Turma, RSE 0014369-48.2011.4.01.0000, Rel. Des. Fed. Assusete Magalhães, DJU 29.02.2012 p.454

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - ART. 334, § 1º, ALÍNEA “B” DO CP C/C ART. 3º DO DECRETO-LEI 399/68 - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.403/2011 - ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO PARA CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA - NOVAS EXIGÊNCIAS ALÉM DOS PRESSUPOSTOS INCRITOS NO ART. 312 DO CPP - PENA MÁXIMA QUE NÃO EXCEDE A QUATRO ANOS - OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES - LIBERDADE PROVISÓRIA COM ARBITRAMENTO DE FIANÇA - ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA. I - Hipótese em que o paciente foi preso em flagrante, por ocasião de fiscalização de rotina, transportando caixas de cigarros provenientes do Paraguai. II - A nova redação do artigo 313 do CPP dada pela Lei 12.403/11 alterou o critério de cabimento da prisão preventiva. Além dos fundamentos estabelecidos no art. 312 do CPP, exige-se, ainda, o enquadramento da situação em alguma das hipóteses legais do referido art. 313, dentre as quais ser o crime doloso e punível com pena privativa

de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. III - No caso, o delito imputado ao paciente é punido com pena privativa de liberdade entre 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão, portanto aquém do limite estabelecido no aludido art. 313 do CPP. IV - Presentes a prova da materialidade e de indícios de autoria é de se conceder parcialmente a ordem para conceder a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, valendo notar, ainda, que o suposto crime foi praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa, o réu, embora responda a outros fatos análogos ao presente, é tecnicamente primário e não apresenta antecedentes. VI - Ordem parcialmente concedida.

TRF da 1ª Região, 3ª Turma, HC 0030816-14.2011.4.01.0000, Rel. Juiz Fed. Conv. Murilo Fernandes de Almeida, DJU 28.10.2011, p. 675

Registro ainda, não ser o caso de hipótese de incidência do inciso II do artigo 313 do CPP, como mencionado pelo Juízo impetrado, que dispõe acerca da prisão preventiva do reincidente em crime doloso.

Conforme se infere das informações da Autoridade impetrada, o paciente responde a duas ações penais, por furto tentado e uso de documento falso, não havendo notícia de condenação transitada em julgado.

O fato do paciente ter sido beneficiado pela liberdade provisória em uma dessas ações penais, tendo deixado de cumprir as condições lá impostas, não configura a hipótese do inciso II do artigo 313 do CPP, mas apenas fundamenta a decretação da prisão preventiva naquele feito, nos termos do artigo 282, § 4º, do referido código.

Dessa forma, ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, cabível a concessão da liberdade provisória ao paciente, nos termos do artigo 321 do CPP.

Por estas razões, *concedo a ordem* para deferir a liberdade provisória ao paciente, impondo-lhe a medida cautelar de comparecimento mensal perante o Juízo de origem, bem como as restrições constantes dos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, sob pena de revogação do benefício.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

“HABEAS CORPUS”
0006066-20.2013.4.03.0000
(2013.03.00.006066-9)

Impetrante: MARTA CRISTIANE GALEANO DE OLIVEIRA
Paciente: LUCIO LOPES HUAYTARI (réu preso)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: HC 53331
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/05/2013

EMENTA

HABEAS CORPUS - TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS - PRISÃO PREVENTIVA - NECESSIDADE PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA O RESGUARDO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PACIENTE BOLIVIANO, COM FACILIDADE DE FUGA AO TERRITÓRIO ESTRANGEIRO - ORDEM DENEGADA.

1. Pesa em desfavor do paciente acusação extremamente grave, de introduzir no território brasileiro, de forma clandestina, pessoas menores de idade, de acordo com a legislação boliviana, fazendo uso de documentos falsos, a configurar os crimes de tráfico internacional de pessoas e de uso de documento falso.
2. Diante desse quadro inicial, e considerando também a facilidade demonstrada pelo paciente em providenciar documentação falsa para a internação de pessoas menores de idade no Brasil, pouco se importando com a sua condição peculiar de pessoas ainda em formação, a prisão preventiva deve ser mesmo, por ora, mantida, a fim de ser resguardada a ordem pública.
3. Em resguardo, ademais, da ordem pública deve-se considerar ainda que a gravidade da conduta do paciente não se limita aos fatos supra apontados, mas também diante da notória precariedade das condições de trabalho a que, geralmente, são submetidas as pessoas que ingressam ilicitamente no Brasil por este mesmo *modus operandi*, vivendo em condições desumanas, laborando mais de doze horas diárias, com quase nenhum intervalo para descanso, à margem, pois, da legislação trabalhista e previdenciária.
4. Por outro lado, a importância da custódia cautelar também se reforça com vistas à tutela da aplicação da lei penal, porquanto demonstrada a facilidade de o paciente se dirigir ao território boliviano, já que nacional da Bolívia, podendo facilmente se furtrar ao cumprimento da lei penal brasileira no caso de condenação.
5. Diante dessas razões, é incabível ao caso, posto que incompatíveis com a gravidade da conduta revelada nestes autos - tráfico internacional de pessoas e uso de documentos falsos -, a concessão ao paciente de outras medidas cautelares diversas da prisão, à luz do artigo 319 do CPP.
6. Não há como, máxime pela via estreita do *habeas corpus*, concluir se o paciente fará jus a reprimendas alternativas e ao regime aberto, sendo ainda prematuro e temerário decidir neste sentido, ao menos por ora.
7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de maio de 2013.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Lucio Lopes Huaytari*, em face de decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Corumbá/MS, que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, pesando contra ele acusação pela prática, em tese, dos crimes previstos no artigo 125, inciso XII, da Lei nº 6.815/80 e artigo 239 da Lei nº 8.069/90.

Alega a defesa, em síntese, estarem ausentes os requisitos para a manutenção da custódia cautelar, porquanto o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, possui residência fixa no Brasil e família constituída, sendo responsável pelo sustento de seus filhos.

Argumenta, ademais, que caso condenado, o paciente fará jus a reprimendas alternativas e ao regime aberto, de maneira que a prisão processual não se justifica desde logo, não podendo, ainda, ser lastreada no simples fato de o paciente ser estrangeiro, sob pena de descumprimento ao princípio constitucional da isonomia, porquanto inexistem diferenças entre nacionais e estrangeiros.

Requer liminar a fim de que o paciente possa responder imediatamente ao processo em liberdade, confirmando-se, ao final, com a concessão da ordem em definitivo pela E. Turma.

Com a inicial vieram documentos.

O pedido de liminar foi por mim indeferido às fls. 79/80.

Informações foram prestadas às fls. 83/85, com documentos.

Em parecer de fls. 100/105, a Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): A ordem deve ser denegada.

Isso porque pesa em desfavor do paciente acusação extremamente grave, de introduzir no território brasileiro, de forma clandestina, pessoas menores de idade, de acordo com a legislação boliviana, fazendo uso de documentos falsos.

Segundo restou apurado, no dia 18 de janeiro de 2013 o paciente foi preso em flagrante delito, em ônibus da viação Andorinha - que fazia o trajeto Santa Cruz/Bolívia - Rio de Janeiro/

Brasil -, no exato momento em que introduzia no Brasil os menores bolivianos Bertha Churata Garcia e Emílio Cruz Flores, aliciados pelo paciente em rua da cidade de Santa Cruz/Bolívia, a fim de virem trabalhar no Brasil em oficina de costura, em tese, de propriedade do paciente.

Bertha contava com catorze anos e Emílio com dezoito, sendo, porém, considerado menor de idade perante a legislação boliviana, onde a maioridade é atingida somente aos vinte e um anos.

Consta, ademais, que Bertha e Emílio não tinham autorização de seus pais para realizar viagem internacional, e estavam na posse de documento de imigração brasileira falso, providenciado pelo paciente, conforme ele mesmo assumiu em seu interrogatório policial (fl. 61).

Diante desses fatos, o paciente restou denunciado pelo “Parquet” Federal como incurso nas penas do artigo 125, inciso XII, da Lei nº 6.815/80 e artigo 304, c.c 297, ambos do Código Penal (fls. 97/98).

Pois bem, pelo que se verifica da análise prefacial dos fatos, parece-me que o ora paciente vinha fazendo do tráfico internacional de pessoas um de seus meios de vida, pois ele mesmo admitiu em seu interrogatório ter providenciado a falsificação dos documentos necessários à internação dos adolescentes no Brasil, que sabia da necessidade de obter a autorização de seus pais para viagem internacional, e, por fim, que além dos dois menores supramencionados, ele também estava trazendo outro menor, de nome Javier Hector Vique Chaira, que desembarcaria de outro ônibus no dia seguinte, além de ter oferecido “emprego” no Brasil também a outras duas pessoas que estavam na companhia de Bertha e Lucio, os quais, porém, não aceitaram a oferta.

Destaco, ainda, como bem ressaltado em primeiro grau, a falta de comprovação pelo paciente de ocupação lícita, tendo apresentado ao MM. Juízo “a quo” documentos frágeis e contraditórios, os quais não demonstram de forma peremptória que o paciente exerce atividade laboral lícita e remunerada.

Nesse sentido, transcrevo parte da r. decisão “a quo”, *verbis*:

[...] Nesse particular, observo que o requerente, em duas oportunidades, trouxe aos autos cópia de declarações emitidas pela empresa “VISUAL ARTES EM MODA LTDA.”, com conteúdo díspares. A primeira, aposta à fl. 34, afirma, de forma genérica, que o requerente trabalha para a empresa há mais ou menos uns 3 anos prestando serviço de costureiro. Constatada a fragilidade do documento apresentado, procedeu-se à diligência sumária (f. 39/41), por meio da qual foi estabelecido contato telefônico com a gerente da mencionada firma, que declarou não conhecer a pessoa de LUCIO LOPES HUAYTARI. Ante a patente contradição, o requerente foi instado a se manifestar, trazendo aos autos a segunda declaração, que se encontra juntada à fl. 46 com os seguintes dizeres: ... que SR. LUCIO LOPES HUAYTARI presta serviço há mais de 3 anos para VISUAL ARTES EM MODAS-ME ..., sendo que o mesmo não tem vínculo empregatício, que apenas costumando as peças que vão para sua residência, já cortada, e ganha por produção. Não é assalariado (*sic*).

Não bastassem a fragilidade dos documentos e a contradição apresentadas, em seu interrogatório policial, o requerente declarou ser proprietário de uma oficina de costura em São Paulo (f. 17), o que vai de encontro às declarações acima retratadas. *De sorte que, ante a contradição acerca de suas atividades, reputo não comprovado o requisito ocupação lícita.* - grifo nosso.

Portanto, diante desse quadro inicial, e considerando também a facilidade demonstrada pelo paciente em providenciar documentação falsa para a internação de pessoas menores de idade no Brasil, pouco se importando com a sua condição peculiar de pessoas ainda em

formação, tenho que a prisão preventiva deve ser mesmo, por ora, mantida, a fim de ser resguardada a ordem pública.

Em resguardo, ademais, da ordem pública deve-se considerar ainda que a gravidade da conduta do paciente não se limita aos fatos supra apontados, mas também diante da notória precariedade das condições de trabalho a que, geralmente, são submetidas as pessoas que ingressam ilicitamente no Brasil por este mesmo *modus operandi*, vivendo em condições desumanas, laborando mais de doze horas diárias, com quase nenhum intervalo para descanso, à margem, pois, da legislação trabalhista e previdenciária.

Por outro lado, a importância da custódia cautelar também se reforça com vistas à tutela da aplicação da lei penal, porquanto demonstrada a facilidade de o paciente se dirigir ao território boliviano, já que nacional da Bolívia, podendo facilmente se furtar ao cumprimento da lei penal brasileira no caso de condenação.

Consigno que eventuais condições pessoais favoráveis não impedem a decretação da prisão cautelar quando presentes os seus requisitos legais.

Por fim, diante dessas razões, entendo incabível ao caso, posto que incompatível com a gravidade da conduta revelada nestes autos - tráfico internacional de pessoas e uso de documentos falsos -, a concessão ao paciente de outras medidas cautelares diversas da prisão, à luz do artigo 319 do CPP.

Nesse sentido, entendo importante citar os fundamentos utilizados pelo MM. Juízo “a quo” relativamente à gravidade da conduta do paciente:

[...] Não se olvide, outrossim, que os crimes imputados ao acusado são graves e possuem natureza dolosa, um deles punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos - artigo 239 do ECA, o que autoriza a custódia preventiva. Faz-se mister gizar aqui o decisivo alerta de que a gravidade dos fatos em tela recomenda extrema cautela, já que o requerente foi preso em flagrante no momento em que introduzia clandestinamente dois menores bolivianos no Brasil [...], com documentos de imigração falsos.

[...] *Deveras, ainda que nesta fase processual incipiente, já é possível visualizar a ocorrência do gravíssimo crime de tráfico de pessoas, nos moldes definidos pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de Pessoas a qual foi devidamente ratificada pelo Brasil em 29.01.2004 [...], repudiado tanto na esfera interna quanto na internacional.* - grifo nosso.

Diante desse quadro, não há como, máxime pela via estreita do *habeas corpus*, concluir se o paciente fará jus a reprimendas alternativas e ao regime aberto, sendo ainda prematuro e temerário decidir neste sentido, ao menos por ora.

Ante o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0529337-75.1996.4.03.6182
(1996.61.82.529337-2)

Apelantes: DENISE REIS LONGHI E OUTROS

Apelados: OS MESMOS

Partes Rés: GAXETAS REMAX LTDA. (massa falida) E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AC 1628668

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/05/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I. Encerrada a falência impõe-se a extinção do executivo fiscal. Precedentes do STJ (AGRESP 200701484452).

II. Transitada em julgado a sentença de encerramento da falência, sem apuração de fraude, incabível o redirecionamento ao sócio pelo mero inadimplemento.

III. A responsabilidade solidária do artigo 13 da Lei nº 8.620/93, para fins de redirecionamento ao sócio da sociedade, está condicionada à verificação dos requisitos do artigo 135 do CTN.

IV. Quanto à condenação por litigância de má-fé, ela deve estar fundamentada em elementos concretos que evidenciem a configuração de alguma das circunstâncias previstas do artigo 17 do Código de Processo Civil. Por conseguinte, não havendo comprovação nos autos de atitude desleal da parte, que justifique a aplicação de multa, de ser rejeitada a condenação por litigância de má-fé.

V. As excipientes foram incluídas no pólo passivo e tiveram que contratar advogado para apresentar exceção de pré-executividade, sendo cabível a condenação da exequente em honorários advocatícios.

VI. Apelação da exequente desprovida. Apelação das excipientes parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de maio de 2013.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Cuida-se de apelações interpostas pela Fazenda Nacional e por DENISE REIS LONGUI e outros da sentença que extinguiu a execução fiscal.

A ação executiva objetiva a cobrança de PIS, com vencimentos entre 22/03/1993 e 14/06/1995, mais multa de mora, valorada a causa em R\$ 47.925,45, em agosto de 1996.

A Fazenda Nacional informou o encerramento da falência da executada (fls. 81), reque-rendo a inclusão de responsável tributário no pólo passivo.

Nova solicitação de inclusão de sócios (fls. 96).

Exceção de pré-executividade às fls. 128.

Sobreveio a sentença de extinção, tendo em vista o encerramento da falência.

Apelam DENISE REIS LONGUI, MÁRCIA REIS LONGUI e CARLA REIS LONGUI. Requerem a condenação da exequente em honorários advocatícios e em litigância da má-fé, nos termos do artigo 17, I, do CPC.

Apela também a Fazenda Nacional. Sustenta que a execução fiscal deve prosseguir em face dos sócios, tendo em vista a responsabilidade solidária do artigo 13 da Lei 8.620/93. Afirma ter havido dissolução irregular.

Com contrarrazões.

O MPF não viu motivos para intervir.

Dispensada a remessa ao Revisor.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): A matéria ventilada nos autos diz respeito à possibilidade de continuação da execução após o encerramento da falência, sem a devida satisfação do débito.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que encerrada a falência deve ser extinto o executivo fiscal sem resolução do mérito, conforme aresto abaixo colacionado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. ART. 40 DA LEI 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias. 2. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. O patrimônio da sociedade deve responder integralmente pelas dívidas fiscais por ela assumidas. 4. Os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica são pessoalmente responsáveis pelos créditos relativos a

obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto (art. 135, inc. III, do CTN). 5. O não recolhimento de tributos não configura infração legal que possibilite o enquadramento nos termos do art. 135, inc. III, do CTN. 6. *Nos casos de quebra da sociedade, a massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência*, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. 7. Revisar o entendimento a que chegou o Tribunal de origem, implicaria, necessariamente, o reexame de provas contidas nos autos, o que não é permitido em sede de recurso especial, haja vista o disposto na Súmula 07 deste eg. Tribunal. 8. O art. 40 da Lei 6.830/80 é taxativo ao admitir a suspensão da execução para localização dos co-devedores pela dívida tributária; e na ausência de bens sobre os quais possa recair a penhora. 9. *À suspensão da execução inexistente previsão legal, mas sim para sua extinção, sem exame de mérito, nas hipóteses de insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal*. Deveras, é cediço na Corte que “a insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal não autoriza a suspensão da execução, a fim de que se realize diligência no sentido de se verificar a existência de co-devedores do débito fiscal, que implicaria em apurar a responsabilidade dos sócios da empresa extinta (art. 135 do CTN). Trata-se de hipótese não abrangida pelos termos do art. 40 da Lei 6.830/80”. (Precedentes: REsp 758.363 - RS, Segunda Turma, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 12 de setembro de 2005; REsp 718.541 - RS, Segunda Turma, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 23 de maio de 2005 e REsp 652.858 - PR, Segunda Turma, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 16 de novembro de 2004). 10. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 200901944706, Ministro Luiz Fux, PRIMEIRA TURMA, DJE 23/03/2010)

Da mesma forma vem decidindo este Tribunal, como a seguir se demonstra:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA E POSTERIOR ENCERRAMENTO DO PROCESSO FALIMENTAR. EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO. REDIRECIONAMENTO EM FACE DO SÓCIO. MERO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Esta C. Sexta Turma, na esteira do entendimento consagrado no E. STJ, tem entendido que, encerrado o processo falimentar, não há mais utilidade na execução fiscal movida em face da massa falida, pelo que a medida que se impõe é a extinção do feito executivo sem julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC). Precedente: STJ, 1ª Turma, AGRESP 200701484452, Rel. Min. Denise Arruda, j. 21.08.2008, DJE 10.09.2008). 2. A ocorrência da quebra, mesmo que posteriormente encerrado o processo falimentar, não implica, por si só, no redirecionamento da execução contra os sócios responsáveis. 3. O representante legal da sociedade só pode ser responsabilizado em razão da prática de ato com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, ou ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade (art. 135, III, do CTN). Confira-se: STJ, 2ª Turma, RESP 201808/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 07.08.2001, DJ, 29.10.2001; STJ, 1ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 453176/SP, Rel. Min. José Delgado, j. 24.09.2002, DJ 21.10.2002, p. 320. 4. Considerando-se que a falência constitui-se em forma regular de extinção da empresa, e que simples inadimplemento não se traduz em infração à lei, não havendo nos autos qualquer comprovação de que tenha havido crime falimentar ou mesmo irregularidades na falência decretada, não merece guarida o apelo fazendário. 5. Apelação improvida.

(AC 200161260051943, Desembargadora Consuelo Yoshida, SEXTA TURMA, DJF3 19/01/2011, pag. 633)

Por outro lado, ausentes os motivos do redirecionamento, a exeqüente não pode pretender cobrar a dívida dos ex-sócios da pessoa jurídica falida porque o mero inadimplemento não caracteriza ato ilícito (RESP 626850) e não foi apurada fraude falimentar.

Colho as seguintes ementas:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - SÓCIO-GERENTE - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - FALÊNCIA - EXIGÜIDADE DE BENS - REDIRECIONAMENTO.

1. Nesta Corte o entendimento é de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN.
2. A falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade, pois além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos assumidos.
3. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.
4. Recurso especial provido.
(RESP 697115/MG, Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 27/06/2005, p. 337)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. FALÊNCIA. SOCIEDADE LIMITADA.

1. Esta Corte fixou o entendimento que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. Ficou positivado ainda que os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias quando há dissolução irregular da sociedade - Art. 134, VII, do CTN.
2. A quebra da sociedade de quotas de responsabilidade limitada, ao contrário do que ocorre em outros tipos de sociedade, não importa em responsabilização automática dos sócios.
3. Ademais a autofalência não configura modo irregular de dissolução da sociedade, pois além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos assumidos.
4. Com a quebra da sociedade limitada, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.
5. Recurso especial provido.
(RESP 199900385101, Rel. Min. Castro Meira, STJ Segunda Turma, DJ de 16/11/2004, p. 220)

No tocante à responsabilidade solidária contida no *artigo 13, da Lei nº 8.620/93*, relativamente às contribuições sociais, descabe sua aplicação aos executivos fiscais para fins de redirecionamento aos sócios, à conta de sua revogação pelo artigo 79, VIII, da Lei nº 11.941/09.

De se ressaltar o indigitado dispositivo, mesmo enquanto vigente, somente ser passível de aplicação nas hipóteses e condições estabelecidas pelo art. 135, III, do CTN, entendimento adotado de modo pacífico por ambas as Turmas do C. STJ.

Todavia, impende registrar o advento de outra forte razão a justificar a inexistência da responsabilidade pessoal do sócio: o julgamento do RE 562.276 pelo E. STF, em 03/11/2010,

em sede de repercussão geral, nos termos do artigo 543-B, do CPC, declarando a inconstitucionalidade formal e material do art. 13 da Lei nº 8.620/93 com eficácia vinculante, de modo a não mais subsistir a responsabilidade ali prescrita, em qualquer hipótese. Confira-se:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. (*omissis*)

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

(STF, RE 562.276, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, v.u., DJe 09.02.2011)

Registro, por fim, a orientação supradecorada constar do teor exarado por ocasião do julgamento do REsp 1.153.119, apreciado pelo C. STJ nos termos do artigo 543-C do CPC, DJe 02/12/2010.

Aprecio os argumentos das executadas.

Quanto à condenação por litigância de má-fé, ela deve estar fundamentada em elementos concretos que evidenciem a configuração de alguma das circunstâncias previstas do artigo 17 do Código de Processo Civil.

Por conseguinte, não havendo comprovação nos autos de atitude desleal da parte, que justifique a aplicação de multa, de ser rejeitada a condenação por litigância de má-fé.

Quanto aos honorários advocatícios, cumpre observar o seguinte.

No caso dos autos, as apelantes foram incluídas no pólo passivo e tiveram que contratar advogado para apresentar exceção de pré-executividade, sendo cabível a condenação da exequente em honorários advocatícios.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEF. INAPLICABILIDADE. 1. A extinção da execução fiscal, após a citação do devedor, possibilita a sucumbência processual, afastando-se a incidência do artigo 26 da Lei nº 6830/80 para que a Fazenda Nacional seja condenada ao pagamento de custas e de honorários advocatícios. 2. A aplicação do artigo 26 da Lei nº 6830/80 pressupõe que a própria Fazenda tenha dado ensejo à extinção da execução, o que não se verifica quando ocorrida após o oferecimento de exceção de pré-executividade. Precedentes: AgRg no REsp 1201468/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16.11.2010; REsp 1163913/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.12.2009; REsp 991.458/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.4.2009. 3. Ademais, restou consolidado nesta Primeira Seção que, tratando-se de custas referentes à serventia não oficializada, hipótese na qual os serventuários não são remunerados pelos cofres públicos, a Fazenda Pública deve-se sujeitar ao pagamento. Precedentes: EREsp 891.763/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 16.11.2009; AgRg no REsp 1180324/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010. 4. Recurso especial não provido. (RESP 201002032206, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 14/02/2011)

Considerando o valor da causa, bem como os contornos fáticos da demanda, de se fixar a condenação em honorários advocatícios em R\$ 2.000,00.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da Fazenda Nacional, e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação das excipientes.

É o voto.

Desembargadora Federal **ALDA BASTO** - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0008722-44.2008.4.03.6104

(2008.61.04.008722-0)

Apelantes: CIRANDA CULTURAL EDITORA E DISTRIBUIDORA LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apeladas: AS MESMAS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: ApelReex 1811749

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/03/2013

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO. LIVROS INFANTIS. IMUNIDADE. ART. 150, VI, *d*, CF.

1. Inicialmente, antes da análise do mérito, observa-se a existência de contradição entre as razões de decidir e o dispositivo da sentença, fato este que não foi alegado por nenhuma das partes. No entanto, como é justamente a parte dispositiva da sentença que transita em julgado, a ela me aterei para resolver a questão posta à apreciação do Poder Judiciário.

2. A resolução da controvérsia restringe-se a saber se as mercadorias importadas pela autora estariam ou não albergadas pela imunidade do art. 150, VI, *d* da Constituição Federal.

3. Não se pode determinar livro unicamente a reunião de folhas de papel unidas entre duas capas, ainda mais se for levado em consideração que, nos dias atuais, são incontáveis os recursos tecnológicos disponíveis, o que torna justificável que, com a finalidade de despertar o salutar hábito da leitura em crianças, os livros infantis venham acompanhados de recursos e acessórios capazes de lhes chamar a atenção.

4. Não foge à categoria de livro a encadernação de poucas páginas de papel mais encorpado, no bojo das quais existam poucas frases de conteúdo sintético e acompanhadas de outros recursos lúdicos que, integrados ao texto, possuem o objetivo de facilitar o processo de aprendizado e desenvolvimento de crianças desde a mais tenra idade.

5. Divergindo de opinião anteriormente por mim manifestada, em sede de agravo de instrumento, não foge a tal propósito o livro objeto da DI nº 08/0735223-8, denominado “Meu Primeiro Piano - Seguindo as Luzes”, o qual pretende iniciar o público infantil na educação musical, tornando inegável o seu caráter pedagógico.

6. O piano acoplado ao referido exemplar configura mero acessório utilizado para atrair a atenção do seu público alvo para aspecto cultural tão importante, não sendo razoável a sua descaracterização como livro.

7. Quanto ao pedido da autora, veiculado em sede de apelação, no sentido de que haja restituição do valor pago a maior, acrescido dos consectários legais, a contar do pagamento indevido, verifica-se o intuito de inovar a lide.

8. A presente ação foi proposta com o fim de desembaraçar as mercadorias objeto das DIs nela tratadas, bem como de ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigasse a autora ao pagamento dos tributos exigidos na importação.

Não pode, agora, a ora apelante, pretender ampliar o objeto da lide ao argumento de ter havido o recolhimento dos tributos exigidos no curso do processo. Por esta razão, tal pedido não merece ser conhecido.

9. Os honorários advocatícios foram correta e moderadamente fixados em R\$ 8.000,00, na forma do que dispõe o § 4º do art. 20 do CPC, não merecendo acolhida os pedidos de minoração e majoração da referida verba.

10. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento. Apelação da autora conhecida parcialmente, dando-lhe provimento, na parte conhecida, para, por outro fundamento, julgar o pedido totalmente procedente, mantendo a imunidade em relação às declarações de importação objeto da presente ação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e à remessa oficial e conhecer em parte da apelação da autora, dando-lhe provimento, na parte conhecida, para, por outro fundamento, julgar o pedido totalmente procedente, mantendo a imunidade em relação às declarações de importação objeto da presente ação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2013.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelações e remessa oficial em ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, na qual pretende a autora obter provimento que declare a inexistência de relação jurídico-tributária com a União, consistente na exigência dos impostos e multas representados pelos termos de intimação emitidos pela Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Santos.

A ação foi proposta em 05/09/08, tendo sido atribuído à causa o valor de R\$ 383.824,00.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido, decisão em face da qual interpôs a autora agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento.

A União apresentou contestação às fls. 159/164.

Réplica às fls. 218/230.

Às fls. 269 foi deferida a produção da perícia requerida pela autora, prova esta que restou prejudicada em virtude da não apresentação de quesitos pelas partes, o que, segundo o d. juízo *a quo*, demonstrou a ausência de interesse na sua realização (fl. 317).

A sentença julgou o pedido parcialmente procedente para garantir à autora o direito de desembaraçar as mercadorias constantes das DIs nºs 08/0767847-8, 08/0801976-1 e 08/0801982-6, bem como os exemplares do título “Meu Primeiro Livro de Sons”, objeto da DI nº 08/0735223-8, como livros, portanto, sem a exigência do pagamento de impostos e multas. Condenou a União, devido à ocorrência de sucumbência mínima por parte da autora, ao pagamento de honorários fixados em R\$ 8.000,00, na forma do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC.

A autora opôs embargos de declaração, aos quais foi negado provimento.

Apelou a autora requerendo a reforma parcial da sentença, para reconhecer que as obras “Meu Primeiro Piano - Seguindo as Luzes”, registradas na DI nº 08/0735223-8, devem ser enquadradas na NCM nº 4904, não incidindo os tributos pretendidos pela Receita Federal do Brasil, afastando-se a exigência fiscal. Postulou, ainda, a condenação da União à restituição do valor pago a maior, a contar do pagamento indevido, tendo em vista o fato de terem sido os tributos em questão integralmente recolhidos. Por fim, pleiteou a majoração dos honorários ao patamar de 10% sobre o valor da causa (art. 20, §§ 3º e 4º do CPC).

Apelou a União requerendo a reforma da sentença ou, subsidiariamente, a minoração dos honorários.

Com contrarrazões da União, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelações e remessa oficial em ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, na qual pretende a autora obter provimento que declare a inexistência de relação jurídico-tributária com a União, consistente na exigência dos impostos e multas representados pelos termos de intimação emitidos pela Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Santos.

Alega a autora, em síntese, ser pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto social consiste na importação, exportação e comércio de livros e materiais escolares, editoração e distribuição de livros em geral.

Dessa forma, importou livros infantis, objeto das DIs nºs 08/0735223-8 (19/05/08), 08/0767847-8 (26/05/08), 08/081976-1 (30/05/08) e 08/0801982-6 (30/05/08).

Tais mercadorias, já em outra ocasião liberadas regularmente com a classificação tarifária NCM 4901.99.00 (DI nº 08/012323-6, de 23/01/08), tiveram seu despacho aduaneiro interrompido, tendo a alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Santos reclassificado aquelas, exigindo, para sua liberação, o pagamento de impostos e multas, totalizando o valor de R\$ 383.824,00.

As mercadorias foram reclassificadas de livros para instrumentos e aparelhos musicais (NCM 95.03.00.91), brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte (NCM 95.03.00.99) e quebra cabeças (NCM 95.03.00.70).

Afirma a autora que todos os produtos por ela importados são livros e atendem a fins culturais, sendo exclusivamente produzidos pela indústria gráfica.

Inicialmente, antes da análise do mérito, é necessário que se faça uma breve observação acerca da r. sentença apelada.

O d. juízo *a quo*, ao fundamentar o seu entendimento, após reconhecer que as mercadorias objeto das DIs nºs 08/0767847-8, 08/0801976-1 e 08/0801982-6 são consideradas livros, estando, portanto, albergadas pela imunidade constitucional, entendeu que o produto objeto da DI nº 08/0735223-8, denominado “Meu Primeiro Piano - Seguindo as Luzes”, por se tratar de espécie de piano movida à bateria, não se enquadraria na categoria de livro, negando-se, assim, a imunidade, por configurar-se como brinquedo sujeito à tributação no ato da importação.

No entanto, foi o seguinte o teor da parte dispositiva da sentença: “Ante o exposto, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, resolvo o mérito e julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para garantir a autora o direito de desembaraçar as mercadorias constantes das DIs nº 08/0767847-8, nº 08/0801976-1 e nº 08/0801982-6, bem como os exemplares do título ‘Meu Primeiro Livro de Sons’, objeto da DI nº 08/0735223-8, como livros, portanto sem a exigência do pagamento de impostos e multas”.

Verifica-se, portanto, a existência de contradição entre as razões de decidir e o dispositivo da sentença, fato este que não foi alegado por nenhuma das partes.

No entanto, como é justamente a parte dispositiva da sentença que transita em julgado, a ela me ateei para resolver a questão posta à apreciação do Poder Judiciário.

Assim é que a resolução da controvérsia restringe-se a saber se as mercadorias importadas pela autora estariam ou não albergadas pela imunidade do art. 150, VI, *d* da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Conforme já deixei consignado em sede de cognição sumária, não se pode determinar livro unicamente a reunião de folhas de papel unidas entre duas capas, ainda mais se for levado em consideração que, nos dias atuais, são incontáveis os recursos tecnológicos disponíveis, o que torna justificável que, com a finalidade de despertar o salutar hábito da leitura em crianças, os livros infantis venham acompanhados de recursos e acessórios capazes de lhes chamar a atenção.

Assim, não foge à categoria de livro a encadernação de poucas páginas de papel mais encorpado, no bojo das quais existam poucas frases de conteúdo sintético e acompanhadas de outros recursos lúdicos que, integrados ao texto, possuem o objetivo de facilitar o processo de aprendizado e desenvolvimento de crianças desde a mais tenra idade.

Diga-se, ainda, que, divergindo de opinião anteriormente por mim manifestada, em sede de agravo de instrumento, não foge a tal propósito o livro objeto da DI nº 08/0735223-8, denominado “Meu Primeiro Piano - Seguindo as Luzes”, o qual pretende iniciar o público infantil na educação musical, tornando inegável o seu caráter pedagógico.

Assim, o piano acoplado ao referido exemplar configura mero acessório utilizado para atrair a atenção do seu público alvo para aspecto cultural tão importante, não sendo razoável a sua descaracterização como livro.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 514 DO CPC. TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. IMUNIDADE. LIVRO INFANTIL. 1. Discute-se o direito ao desembaraço aduaneiro de livros infantis, sem o pagamento dos impostos exigidos, fundamentando-se a impetrante na imunidade consagrada no artigo 19, inciso III, letra “d”, da Constituição Federal de 1967. 2. Pressuposto indispensável para o conhecimento do recurso é a sua motivação, com a especifi-

cação da contrariedade aos termos do decidido, necessária para se estabelecer o contraditório ao pedido de nova decisão. 3. Não tendo sido motivadas as razões que ensejaram o recurso, quanto ao conteúdo do *decisum*, cuja insatisfação deveria ter sido especificada, para que o Tribunal pudesse apreciar os seus motivos e delimitar o âmbito de devolutividade recursal, em atendimento ao princípio do *tantum devolutum quantum apelatum*, restou inviabilizado o conhecimento do recurso interposto, em razão da ausência dos motivos de fato e de direito à sua interposição, ocorrendo, *in casu*, a falta de um dos requisitos essenciais para o juízo de admissibilidade recursal, conforme ditado pelo artigo 514 do Código de Processo Civil. 4. *Analizando a mercadoria “sub judice”, cujos exemplares se encontram juntados aos autos, são desnecessárias outras provas para aferirmos tratar-se de LIVRO, muito embora possua estampas, gravuras e figuras ilustrativas, é acompanhado também de textos impressos, não se podendo desconsiderar que a sua finalidade é a de tornar o aprendizado um processo lúdico e não enfadonho, em relação à faixa etária a que se destina, abrangendo, assim, os fins preceituados pelo Texto Maior.* 5. *Saliente-se que a imunidade prevista constitucionalmente independe do modelo ou tipo do livro, devendo, portanto, alcançar a mercadoria aqui discutida, especialmente frente a precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal, quanto à imunidade conferida ao álbum de figurinhas.* 6. *Apelação não conhecida e remessa oficial improvida.* (TRF3, Turma Suplementar da Segunda Seção, AMS 00150189519884036100, relatora Juíza Federal convocada Eliana Marcelo, DJU 18/09/07)

PROCESSUAL CIVIL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INADEQUAÇÃO DA VIA. REJEITADAS. TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. IMUNIDADE. LIVRO INFANTIL. 1. Discute-se a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre a União Federal e a autora, tendo por objeto o pagamento do Imposto de Importação, do IPI e da multa, decorrente da não apresentação da guia de importação, no ato do desembaraço, relacionada à importação de livros infantis de natureza didática, tidos pelo Fisco, porém, como brinquedos. 2. Intempestividade do recurso, incorrência. A intimação da sentença à Procuradoria da Fazenda Nacional fez-se incorretamente pela imprensa oficial, de tal forma que a apresentação do recurso sanou tal falha, devendo ser considerada essa intimação e a contagem do prazo, feitas a partir desta data (06/04/1993). Inteligência do artigo 2º da Lei Complementar nº 73/93 e posteriormente do artigo 6º da Lei 9028/95. 3. Rejeita-se a preliminar de inépcia da petição inicial. Não se vislumbra, da peça inicial, ter havido o descumprimento dos requisitos estabelecidos pelo artigo 282 do Código de Processo Civil. 4. Improcedente a preliminar de falta de interesse de agir. Conforme entendimento já consagrado, o esgotamento prévio da via administrativa não encontra guarida no Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição. Diante do princípio enunciado, mostra-se despropositada a arguição de nulidade do feito, por inépcia da petição inicial ou falta de interesse de agir, diante da falta de menção (numeração, protocolo etc) de procedimento administrativo, porquanto sequer está o interesse obrigado a esgotar, previamente, as vias administrativas. 5. Rejeita-se, igualmente, a preliminar e inadequação da via, ao argumento de que a autora pretende uma “sentença normativa”, pois o pronunciamento judicial estaria invadindo a esfera administrativa, competente para ditar a classificação tarifária do produto importado. Com efeito, a adequação à lei já houve pelo agente administrativo, ao reenquadrar a mercadoria importada. Caberá a este Poder, apenas, a verificação da adequação desse ato ao ordenamento, em face do procedimento adotado pela autora, aferindo a sua legitimidade. Portanto, qualquer que seja o enunciado deste feito, a questão estará restrita aos termos do pedido contido na inicial, cujo provimento pleiteado encontra amparo nos ordenamentos invocados, sem que isso implique em qualquer inovação “normativa” à lide. 6. *Analizando a mercadoria “sub judice”, cujo exemplar se encontra juntado aos autos da ação cautelar, são desnecessárias outras provas para aferirmos tratar-se de LIVRO, muito embora possua no*

seu bojo a controvertida “caixinha redonda, que acionada mecanicamente com um dedo, dá início a execução de uma música, com a intermitência de umas luzes que acendem e apagam, durante aproximadamente 30 segundos”, esta caixinha mostra-se como mero acessório, dentro do contexto apresentado, pois o livro vem acompanhado de estampas, gravuras, figuras ilustrativas e de textos impressos, não se podendo desconsiderar que a sua finalidade é a de tornar o aprendizado um processo lúdico e não enfadonho, em relação à faixa etária a que se destina, abrangendo, assim, os fins preceituados pelo Texto Maior. 7. Saliente-se que a imunidade prevista constitucionalmente independe do modelo ou tipo do livro, devendo, portanto, alcançar a mercadoria aqui discutida, especialmente frente a precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal, quanto à imunidade conferida ao álbum de figurinhas. 8. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF3, Turma Suplementar da Segunda Seção, AC 00145827319874036100, relatora Juíza Federal Eliana Marcelo, DJU 04/10/07)

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ALÍNEA “d” DO INCISO VI DO ARTIGO 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCEITO DE LIVRO PARA FINS DA DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA. *A norma constitucional que confere imunidade tributária aos livros tem por finalidade, também, diminuir os seus custos, a fim de que a população tenha maior acesso à cultura e à informação por eles divulgada. Há, portanto, de certa forma, incentivo constitucional ao hábito da leitura, tendo em vista os benefícios que a educação reconhecidamente traz a qualquer país. É preciso ter em mente que o desenvolvimento do hábito da leitura deve ocorrer desde a mais tenra infância, e para que seja implantado da melhor forma, se faz necessário, desde cedo, que as crianças tenham contato com os livros. Nesse sentido os livros infantis devem conter linguagem apropriada àquela faixa etária, para que as crianças com eles se habituem e a eles se apeguem. Crianças, até uma determinada idade, não são alfabetizadas e, dessa forma, a “linguagem” constante de seus livros se dá por meio de figuras, texturas, objetos para manuseio. O livro, na tenra idade, não precisa - e nem deve - se limitar à palavra escrita: ele tem que ser estimulante para despertar o interesse da criança e, como tal, pode, sim, conter outros elementos como nas obras em tela. Por outro lado, o fato do livro conter instruções para que alguma coisa seja feita (com o respectivo material), além de cumprir com o objetivo acima, também não é suficiente para descaracterizá-lo da condição de livro. Se assim fosse, todos os livros técnicos - e quem sabe até mesmo os de receitas culinárias, que às vezes vêm acompanhados de forminhas ou outros materiais (por exemplo, livros de muffins ou de cookies), também deixariam de ser livros - quiçá até mesmo os livros jurídicos contendo modelos de petições já não mais poderiam ser classificados como tais. (TRF 4, 2ª Turma, AC 50008330820114047110, relatora Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, DE 25/11/11)*

Ademais, de acordo com entendimento já manifestado pelo E. Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pela Exma. Ministra Ellen Gracie, relatora do RE nº 221239, ao se pronunciar acerca da incidência da imunidade trazida pelo art. 150, VI, d da Constituição Federal em relação ao álbum de figurinhas,

o Constituinte, ao instituir a imunidade ora discutida, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação ...

(...)

Em outras palavras, não cabe ao aplicador da norma constitucional em debate afastar este benefício fiscal, instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, pro força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural o do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil.

(STF, 2ª Turma, RE 221239/SP, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 06/08/04)

Quanto ao pedido da autora, veiculado em sede de apelação, no sentido de que haja restituição do valor pago a maior, acrescido dos consectários legais, a contar do pagamento indevido, verifica-se o intuito de inovar a lide.

A presente ação foi proposta com o fim de desembaraçar as mercadorias objeto das DI's nela tratadas, bem como de ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigasse a autora ao pagamento dos tributos exigidos na importação. Não pode, agora, a ora apelante, pretender ampliar o objeto da lide ao argumento de ter havido o recolhimento dos tributos exigidos no curso do processo. Por esta razão, tal pedido não merece ser conhecido.

Por fim, os honorários advocatícios foram correta e moderadamente fixados em R\$ 8.000,00, na forma do que dispõe o § 4º do art. 20 do CPC, não merecendo acolhida os pedidos de minoração e majoração da referida verba. Cabe, somente, a ressalva de ter havido a sucumbência total, e não parcial, por parte da União.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União. Conheço, em parte, da apelação da autora e, na parte conhecida, dou-lhe provimento para, por outro fundamento, julgar o pedido totalmente procedente, mantendo a imunidade em relação às declarações de importação objeto da presente ação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

Sentenças



AÇÃO PENAL
0011010-93.2006.4.03.6181
(2006.61.81.011010-9)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: R.J.M.N.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TORU YAMAMOTO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO TERMINAL EM 12/03/2013

SENTENÇA

Vistos etc.

O Ministério Público Federal denunciou R.J.M.N., qualificado nos autos, como incurso no artigo 70 da Lei nº 4.117/62, bem como no artigo 336 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos apurados em inquérito policial:

1. Em 20 de abril de 2006, fiscais da Anatel constataram o funcionamento clandestino de emissora de rádio denominada Rádio Novidade FM – instalada à Estrada Tambory, 4, Vila Mercês, Carapicuíba/SP.

2. Os documentos produzidos pela Autarquia quando da atuação constam a fls. 04/12, tendo sido realizada, dentre outras coisas, a caracterização dos equipamentos utilizados pela rádio pirata.

Foi lavrado, outrossim, parecer técnico, juntado a fls. 7/8.

3. No ato de fiscalização, os funcionários da ANATEL foram recebidos pela proprietária do imóvel, e a quem, após a interrupção do serviço clandestino de radiodifusão, foram os equipamentos apreendidos entregues (fls. 11/12), ficando a proprietária responsável pela guarda dos mesmos.

4. Em sede policial, a proprietária do imóvel informou (fls. 55/56) que o denunciado era seu locatário e responsável pela emissora de rádio. Após o término da fiscalização o denunciado exigiu a entrega dos equipamentos, redigindo documento responsabilizando-se por eles (fl. 57).

5. Foi ainda realizada perícia técnica indireta da aparelhagem eletrônica a partir da documentação produzida pelos agentes da ANATEL quando da fiscalização (fls. 78/80). De relevante pode-se destacar a informação de que a emissora não autorizada poderia causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados, sendo sua potência de 269 W (duzentos e sessenta e nove Watts).

6. Intimado, o denunciado informou (fl. 96) que a rádio funcionou de outubro de 2004 até a data da fiscalização da ANATEL em abril de 2006. Segundo o relato de R.J.M.N., o estúdio da rádio funcionava em sua residência, sendo que, a partir de março de 2006, passou a alugar espaço no imóvel de Alzira tão somente para instalação do equipamento, remanescendo o estúdio em sua residência.

Quanto ao equipamento de radiodifusão que, segundo documento redigido pelo próprio denunciado a fls. 57, estava sob sua posse, declarou o denunciado que não mais o possuía.

7. Com isso, quer pelos documentos produzidos pela ANATEL, quer pelas diligências realizadas em sede de inquérito policial, incontestemente resta a configuração tanto da exploração clandestina de serviço de radiodifusão quanto da inutilização de sinal empregado por ordem de funcionário público, uma vez que houve violação do lacre utilizado pelos fiscais da ANATEL quando da apreensão dos equipamentos de radiodifusão.

O Ministério Público Federal justificou não ser caso de oferecimento de transação penal (fls. 114).

A denúncia foi recebida em 01/06/2009 (fls. 123/124).

Citado pessoalmente (fls. 131), o réu apresentou resposta à acusação por intermédio da Defensoria Pública da União, arrolando 4 (quatro) testemunhas, sendo 2 (duas) delas comuns com as de acusação (fls. 139/140).

Não sendo caso de absolvição sumária, determinado o prosseguimento do feito (fls. 141).

Na instrução, foram ouvidas 2 (duas) testemunhas comuns e 2 (duas) de defesa (fls. 158, 159, 185).

Na fase de diligências, o Ministério Público Federal nada requereu (fls. 187, item 2) e a Defesa requereu a expedição de ofício à ANATEL, o que foi deferido (fls. 187, item 4).

Resposta da ANATEL (fls. 190).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal, em preliminar, argüiu a necessidade de, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia, dar definição jurídica diversa, citando precedente do E. STJ e E. STF, a fim de aplicar à espécie o art. 183 da Lei nº 9.472/97 e não o art. 70 da Lei nº 4.117/62; e, no mérito, entendendo comprovadas a materialidade e a autoria, requereu a condenação do réu, nos termos da denúncia (fls. 199/206).

A defesa requereu a absolvição, alegando: a) ausência de dolo; b) aplicação da Lei nº 9.612/98 para considerar o fato mera infração administrativa; c) atipicidade do fato, o que exclui a aplicação do art. 183 da Lei nº 9.472/97; d) aplicação do princípio da insignificância; e) inconstitucionalidade da pena de multa; e f) ausência de configuração do crime previsto no art. 336 do Código Penal.

O réu não registra antecedentes, conforme Apenso.

É o relatório.

DECIDO.

DAS PRELIMINARES

Preliminarmente, aprecio o pedido de *emendatio libelli* formulado pelo Ministério Público Federal.

Para alicerçar o seu pedido, o ilustre membro do Ministério Público Federal subscritor das alegações finais cita um precedente do E. STJ e um do E. STF.

Consigno, inicialmente, que tais precedentes não se encontram sumulados, com força vinculante, razão pela qual, em que pese ser juiz de primeira instância, ousou tecer algumas considerações discordantes, com arrimo no entendimento de que, por se tratar de matéria jurisdicional, elas não afrontam a inquestionável autoridade da superior instância, já que estou a exercer, tão-só, a minha independência funcional como juiz na tarefa de interpretar normas penais à luz do Direito e do que considero justo e adequado à espécie dos autos.

No precedente do E. STF citado pelo ínclito Dr. Procurador da República (HC 93.870/SP, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 20/04/2010), considerou-se que o art. 183 da Lei nº 9.472/97 descreve um crime habitual em que o agente “desenvolve” clandestinamente atividade de telecomunicações, enquanto o art. 70 da Lei nº 4.117/62 pune o agente

que “instala ou se utiliza” de telecomunicações clandestinamente, mas apenas uma vez ou de modo não rotineiro, sem reiteração ou habitualidade ao longo do tempo.

Observe-se que o caso discutido no E. STF se refere à utilização clandestina de aparelhos de telecomunicações por um motorista de transportes clandestinos de passageiros no exercício da atividade de “lotação”, com o propósito de se comunicar com seus colaboradores e, assim, evitar ser flagrado pela fiscalização. Logo, a atividade de telecomunicação aí discutida não se relaciona diretamente com as atividades de radiodifusão, hipótese destes autos, donde considero inaplicável à espécie.

Já no precedente do E. STJ citado pelo Dr. Procurador da República (CC 94.570/TO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, j. 05/12/2008), argumenta-se que o art. 70 da Lei nº 4.117/62 pune o agente que, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentos que regem a matéria, e o art. 183 da Lei nº 9.472/97 pune aquele que desenvolve atividades de telecomunicações de forma clandestina, ou seja, sem autorização prévia do Poder Público. Tal entendimento está na extensão da opinião externada pelo Dr. Subprocurador-geral da República, Francisco Dias Teixeira, para quem o art. 70 da Lei nº 4.117/62 refere-se à irregularidade, conduta menos grave, e o art. 183 da Lei nº 9.472/97 à clandestinidade, conduta mais grave. Portanto, referindo-se à radiodifusão comunitária, afirma que “em face da Lei nº 9.472/97, é crime apenas a atividade de telecomunicação clandestina, mas não aquela que, autorizada pelo poder público, foge das normas regulamentares”, para assim concluir:

[...] radiodifusão comunitária é a que atenda aos requisitos previstos na lei e cujo funcionamento seja autorizado pelo Poder Público. Se não autorizada, tem-se uma rádio clandestina, fato tipificado pela Lei nº 9.472/97, art. 183; se autorizada, mas, após obtida a autorização, desviar-se dos critérios estabelecidos na Lei nº 9.612/98, tem-se uma rádio irregular, fato também típico, nos termos do art. 70 da Lei nº 4.117/62. (Crime em telecomunicação. *In: Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, SP, ano II, n. 21, p. 6-14, jan./2000)

O Ministro Joaquim Barbosa, no precedente acima citado, rechaça o entendimento do Procurador-Geral da República e do acórdão impugnado, para os quais “a diferença entre os tipos penais residiria no advérbio ‘clandestinamente’”, argumentando que “quase todo ato ilícito para o Direito é – e aí se enquadram os crimes – clandestino”. Assim, “se a clandestinidade for retirada do âmbito normativo do art. 70 da Lei nº 4.117/62, nada mais lhe restará, pois ninguém se utilizaria de atividade de telecomunicações contra o disposto em lei, mas às claras, sem procurar esconder sua atividade das autoridades de fiscalização”.

À luz desse entendimento, tanto o art. 183 da Lei nº 9.472/97 quanto o art. 70 da Lei nº 4.117/62 cuidam de atividades clandestinas, nada importando se o agente, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentares sobre a matéria ou desenvolve atividades de telecomunicações sem autorização prévia do Poder Público.

Por conseguinte, a distinção entre *irregularidade*, conduta menos grave, supostamente subsumível ao art. 70, e *clandestinidade*, conduta mais grave, supostamente subsumível ao art. 183, como critério a ser utilizado na distinção entre esses crimes, não se mostra firme o suficiente para embasar meu entendimento sobre a questão.

No âmbito do E. TRF da 3ª Região, também se colacionam alguns precedentes em que se aplicou o art. 183 da Lei nº 9.472/97 para o crime de radiodifusão clandestina, com o que

se deixou de aplicar o art. 70 da Lei nº 4.117/62.

Em um desses julgados, argumenta-se que o exercício de atividade de radiodifusão desprovida de adequada autorização, concessão ou permissão constitui ilícito penal:

era tipificado pelo art. 70 da Lei nº 4.117, de 27.08.62, e atualmente pelo art. 183 da Lei nº 9.472, de 16.07.97, cuja aplicação decorre da revogação dos dispositivos da lei anterior, nos termos do art. 215, I, da nova lei. (ACR nº 2003.61.09.000023-9/SP, Rel. Desembargador Federal André Nekatschalow, Quinta Turma, j. 19/10/2009)

Nesse julgado, o ilustre relator esclarece que o art. 70 da Lei nº 4.117/62 só se aplica aos fatos anteriores ao advento da Lei nº 9.472/97, *in verbis*:

a Lei nº 4.117/62 foi revogada “salvo quanto a matéria penal não tratada” na Lei nº 9.472/97, como diz o último dispositivo mencionado. Logo, como há tipo penal que rege a matéria, entende-se que o anterior ficou superado, incidindo tão-somente quanto aos fatos ocorridos anteriormente à nova lei, por ser esta mais gravosa (CP, art. 2º).

É que, segundo o ínclito relator, “seria difícil sustentar que a comunicação feita por rádio, ainda que o receptor não possa responder, não encerre um serviço de telecomunicação”, sendo irrelevante que a Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, ao dar nova redação ao art. 21, tenha feito com que as telecomunicações fossem objeto do inciso XI e os serviços de radiodifusão objeto do inciso XII, “a”, alterando a redação anterior do art. 21 em que se equiparavam tais serviços aos de telecomunicações, porquanto “desde a vigência da agora revogada Lei nº 4.117/62 entendia-se que os serviços de telecomunicações compreendiam os de radiodifusão para efeito de tipificação penal”.

Prosseguindo em seu voto, o eminente relator sustenta que a Emenda Constitucional nº 8/95 não operou alteração no campo penal, tendo havido, tão-só, um recrudescimento da sanção penal, *in verbis*:

a superveniência da Emenda Constitucional nº 8/95 não teve por objetivo modificar a hermenêutica penal, mas sim alterar a regulamentação dos serviços, de modo que pudesse ser ele exercido em maior extensão por particulares. Sendo essa a matéria concretamente regulada pela Emenda, não há como dela se extrair uma alteração no campo penal, isto é, um pretenso sentido de descriminalização de condutas. Ao contrário, a Lei nº 9.472/97 veio a agravar a sanção penal e, uma vez que dispunha sobre os serviços de telecomunicações, ao revogar a Lei nº 4.117/62, teve o cuidado de ressaltar a subsistência de eventuais prescrições penais. A interpretar-se sistematicamente o conjunto normativo, chega-se à conclusão de que, efetivamente, houve um recrudescimento da sanção penal.

Na extensão desse entendimento, em outro julgado do E. TRF da 3ª Região, colho, no ponto, a seguinte ementa:

PENAL – APELAÇÃO – DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO – NOTITIA CRIMINIS DE RÁDIO CLANDESTINA – POSSÍVEL CARÁTER COMUNITÁRIO – TIPICIDADE DA CONDUTA – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – RECURSO PROVIDO.

(...)

4. O art. 215, I, da Lei nº 9.472/97, ao dispor que ficariam revogados “a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão” não impede a aplicação do art. 183 da Lei nº 9.472/97 aos serviços de radiodifusão porque, neste aspecto, a matéria penal tratada pelo art. 70 foi sim reiterada no mencionado dispositivo, o qual, inclusive, estabeleceu uma majoração da pena mínima abstratamente cominada ao delito, por considerar necessária uma maior repressão estatal (...). (ACR 2004.61.81.0091027, Rel. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Primeira Turma, j. 31/10/2006)

Consigno, a propósito desses julgados do E. TRF da 3ª Região, que não paira, de fato, qualquer dúvida quanto à ampla abrangência do termo “telecomunicações”, porquanto tal termo abrange não só os serviços de telecomunicação propriamente ditos, mas também os relativos à radiodifusão, independentemente das mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 8/95.

Nesse passo, é de se observar que a Lei nº 9.472/97, em seu art. 60, repetindo em linhas gerais a definição contida no revogado Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT (Lei nº 4.117/62, art. 4º), estabelece que “serviços de telecomunicações” é “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, definindo, para esse fim, o termo “telecomunicação” como sendo “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, § 1º). Assim, o termo “telecomunicações”, como consta do voto proferido no APR nº 2003.61.09.000023-9/SP, “significa comunicação à distância; radiodifusão seria, assim, tal comunicação procedida mediante ondas eletromagnéticas”, donde a conclusão aí exarada: “seria difícil sustentar que a comunicação feita por rádio, ainda que o receptor não possa responder, não encerre um serviço de telecomunicação.”

Com efeito, “radiodifusão”, segundo a definição do Decreto nº 20.047, de 27/05/1931, “é a difusão de comunicações radiotelefônicas destinadas a serem recebidas pelo público, diretamente ou por intermédio de estações transmissoras” (art. 3º, nº 2, letra d), de modo que não há qualquer equívoco em se afirmar que o gênero “telecomunicação” abrange a espécie “radiodifusão”.

Mas, daí se concluir que se aplica o art. 183 da Lei nº 9.472/97 ao crime de radiodifusão clandestina a partir da vigência dessa lei e o art. 70 da revogada Lei nº 4.117/62 somente aos fatos ocorridos anteriormente à nova lei *desconsidera* o disposto no art. 215, I, da Lei nº 9.472/97, que contém a seguinte ressalva ao revogar a Lei nº 4.117/62: “salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.”

É que essa ressalva contida na nova lei explicita que a matéria penal aí não tratada e os preceitos relativos à radiodifusão *estão, ainda, na revogada Lei nº 4.117/62*. Em outras palavras, *não é* a Lei nº 9.472/97 que rege a radiodifusão, mas sim a Lei nº 4.117/62. De notar que, se nessa ressalva, por hipótese, constasse apenas “salvo quanto aos preceitos relativos à radiodifusão” sem qualquer referência à matéria penal, não pairaria qualquer dúvida de que o art. 70 não mais subsiste como crime autônomo, passando, o crime de radiodifusão clandestina, a ser regido exclusivamente pelo art. 183. Da mesma forma, se, por hipótese, apenas constasse “salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei”, sem referência aos preceitos relativos à radiodifusão, o intérprete estará certo da vigência do art. 70, mas terá dificuldade em delimitar as hipóteses de incidência do art. 70 no lugar do art. 183. Daí a possibilidade de haver interpretações baseadas na natureza do crime, com base na habitualidade ou não da conduta, na clandestinidade ou irregularidade, etc. Mas, a meu ver, na interpretação do

art. 215, I, deve-se ter em conta que a matéria penal não tratada pelo art. 183 e os preceitos relativos à radiodifusão foram agrupados dentro de um mesmo contexto jurídico, donde a necessidade de conjugá-los.

Cabe aqui também lembrar que o único crime previsto na nova lei é o do art. 183 e o único crime contido no revogado CBT é o do art. 70, donde se conclui que *o art. 183 não revogou o art. 70*; logo, esses dispositivos *não tratam de mesmos fatos*, pois se tratassem, não faria sentido tal ressalva. Entender que o art. 70 só se aplica aos fatos anteriores à vigência da nova lei equivale a considerar que os dois dispositivos cuidam exatamente de mesmos fatos, tendo havido, tão-só, um recrudesimento da sanção penal, o que, à evidência, torna inócua ou desnecessária a ressalva do art. 215, I.

Aliás, nenhum dos precedentes do E. STF e E. STJ acima citados, ainda que, como se verá adiante, eu discorde de sua fundamentação, consideram revogado o art. 70. Há de, pois, considerá-lo ainda vigente, como premissa para interpretá-lo.

Nesse mister, é de bom alvitre não se olvidar da clássica lição de Carlos Maximiliano sobre a interpretação de leis penais: “A exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente: *estrita*, porém não *restritiva*. Deve dar *precisamente* o que o texto exprime, porém, *tudo* o que no mesmo se compreende; nada de mais, *nem de menos*. Em uma palavra, será *declarativa*, na acepção moderna do vocábulo.”¹

Posto isso, entendo que o cerne da questão está justamente no art. 215, I, da Lei nº 9.472/97.

Parece-me irrelevante que os serviços de telecomunicações compreendam os de radiodifusão, mas relevante me parece serem aqueles o gênero da qual os de radiodifusão uma das espécies.

Vislumbro aí uma relação de gênero e espécie. O crime do art. 183 é genérico, sendo o do art. 70, especial. Em outras palavras, o crime do art. 70 não deixa de ser também o do art. 183, mas o contrário não se revela verdadeiro. É o que ocorre, por exemplo, com infanticídio e homicídio. Este último, gênero, compreende aquele, espécie, gozando, porém, de um tratamento jurídico especial, porquanto, pelo fato de o infanticídio não deixar de ser homicídio, não se podem aplicar os preceitos relativos a este. A propósito, consigne-se, com André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, que “o crime que contém todas as elementares do outro, mais algumas que o especializam, denomina-se crime especial, e o outro, crime genérico.” (*Direito Penal Esquematizado*: parte geral. Saraiva, 2012, p. 204).

Nesse mesmo diapasão, os preceitos relativos às telecomunicações não são aplicáveis à radiodifusão, porque o art. 215, I, tornou o crime do art. 70 especial em relação ao do art. 183.

E, a meu ver, essa especialização do crime do art. 70 não implica diferenciá-lo com base na natureza do crime, seja baseada na habitualidade ou não da conduta (pois o crime do art. 70, s.m.j., assim como o do art. 183, também é habitual), seja na existência ou não da prévia autorização do órgão competente (tanto a Lei nº 9.472/97 quanto a Lei nº 4.117/62 não fazem esse tipo de distinção).

Assim, se os preceitos relativos à radiodifusão são ainda regidos pela Lei nº 4.117/62, não há razão jurídica plausível para excluir o art. 70 do seu âmbito de aplicação, quando se trata de crime de radiodifusão clandestina. Vale dizer: o art. 70, crime especial, contém todas as elementares do art. 183, crime genérico, mais esta elementar que o especializa: a de se referir à radiodifusão clandestina.

1 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 324.

Aliás, o E. STJ, em recente julgado, reafirmou a permanência do entendimento que considera que “a instalação e funcionamento de emissora de rádio clandestina é crime tipificado no art. 70 da Lei 4.117/62 – e não no art. 183 da Lei 9.472/97 (cf. art. 215, I, da Lei 4.117/62) –, não tendo havido modificação da matéria mesmo após a superveniência da EC 08/95” [AgRg no Resp 1169530/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, j. 27/09/2011, Dje 13/10/2011].

Diante dessas considerações, deixo de acolher o pedido de *emendatio libelli* formulado pelo Ministério Público Federal, pois, no meu entender, o fato descrito na denúncia é o previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62 e não no art. 183 da Lei nº 9.472/97, sendo desnecessário proceder à definição jurídica diversa da que constou da denúncia.

Quanto às preliminares argüidas pela defesa, rejeito-as todas, porque: (1) o fato atribuído ao réu não é atípico; é, em tese, crime previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62; logo, não se trata de mera infração administrativa, ainda que, por hipótese, se tratasse de rádio comunitária; (2) não é caso de aplicação do princípio da insignificância, haja vista tratar-se de crime de perigo concreto, ou seja, o bem jurídico tutelado pelo art. 70 da Lei nº 4.117/72 não requisita o efetivo dano, bastando a efetiva ameaça de lesão a esse bem jurídico tutelado: a regularidade na prestação dos serviços de radiodifusão; (3) diante das considerações *supra* atinentes à caracterização jurídica do crime ora sob exame, prejudicada se acha a alegação sobre a suposta inconstitucionalidade da pena de multa prevista no art. 183 da Lei nº 9.4472/97. As demais alegações da defesa confundem-se com o mérito e como tal serão a seguir examinadas.

DA IMPUTAÇÃO

Imputa-se a R.J.M.N. o crime previsto no art. 70 da Lei 4.117/62, bem como no art. 336 do Código Penal, porque, segundo a denúncia, R.J.M.N., entre 10/2004 e 04/2006, explorou clandestinamente uma emissora de rádio denominada Rádio Novidade FM, que, em 20/04/2006, estava instalada na Estrada Tambory, 4, Vil Mercês, Carapicuíba/SP.

Consta, ainda, que, segundo perícia técnica indireta da aparelhagem eletrônica realizada a partir da documentação produzida pelos agentes da ANATEL quando da fiscalização, a emissora não autorizada poderia causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados, sendo sua potência de 269W (duzentos e sessenta e nove Watts).

Ademais, R.J.M.N. inutilizou sinal empregado por ordem de funcionário público, porque violou o lacre utilizado pelos fiscais da ANATEL quando da apreensão dos equipamentos de radiodifusão no ato de fiscalização.

DA MATERIALIDADE

A materialidade do crime de radiodifusão clandestina encontra-se comprovada pelo Termo de Representação nº 0006SP20060393 – RD, de 08/05/2006, da ANATEL, que contém Relatório Fotográfico, Parecer Técnico, Auto de Infração Entidade Não Outorgada, Termo de Interrupção de Serviço (fls. 3/12).

Também consubstancia a materialidade o Laudo nº 2070/2007 – NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP – LAUDO DE Exame em Aparelho Eletrônico (Estação de Radiodifusão), que contém resultado do exame pericial indireto realizado nos equipamentos eletrônicos da Rádio

Novidade FM – Carapicuíba/SP, tendo os peritos concluído que tais equipamentos eletrônicos se prestavam à radiodifusão em FM, operando na frequência de 102, 7MHz, possuindo um transmissor acoplado a um sistema irradiante (antena), do tipo monopolo vertical com plano terra, montado em estrutura com altura aproximada de 11 metros. Ainda segundo esse laudo, o transmissor operava com potência de 269 Watts, podendo causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados.

Ademais, o Ofício nº 3743/2006, bem como o Ofício nº 7.114, ambos do gerente regional da ANATEL endereçados à Procuradoria da República em São Paulo esclarecem que a autodenominada Rádio Novidade FM não possui outorga ou licença do Poder Concedente para prestar o serviço de radiodifusão sonora em FM qualquer que seja a sua modalidade (fls. 35, 43).

No que tange à materialidade do crime previsto no art. 336 do Código Penal, a foto nº 9 constante do Relatório Fotográfico contido no Termo de Representação da ANATEL acima especificado demonstra que os equipamentos utilizados pela Rádio Novidade FM foram lacrados (fls. 6), o que corrobora as informações constantes do Ofício nº 7.114 da ANATEL no sentido de que o serviço de radiodifusão clandestina foi interrompido e os equipamentos lacrados (fls. 43).

Outrossim, o termo de depoimento de Alzira Pereira Mendonça (fls. 55), bem como o interrogatório de R.J.M.N. (fls. 96/97), ambos colhidos na fase policial, tornam certo de que o réu assumiu toda a responsabilidade que possa decorrer da remoção do transmissor FM e receptor, conforme sua declaração manuscrita (fls. 57).

Assim, dou como caracterizados ambos os crimes tratados nestes autos no seu aspecto objetivo.

DA AUTORIA E CULPABILIDADE

A autoria é certa, porque, interrogado na Polícia (fls. 96/97), o réu confessou a prática de ambos os crimes, e em Juízo (fls. 186), não negou ter sido o responsável pela Rádio Novidade FM.

Ademais, as testemunhas comuns e de defesa ouvidas na instrução também apontaram R.J.M.N. como o responsável pela autodenominada Rádio Novidade FM. Nesse passo, os depoimentos dos fiscais da ANATEL (fls. 185), R.S.S., testemunha comum, e L.F.S.T., ouvido como testemunha de defesa, não deixam dúvida quanto ao efetivo funcionamento da referida rádio clandestina, sua nocividade e o fato de os equipamentos apreendidos terem sido lacrados e entregues à proprietária do imóvel A.P.M. Esta, por sua vez, ouvida como testemunha comum (fls. 159), confirmou que alugou a torre existente em seu imóvel a R.J.M.N., informação essa corroborada por seu marido, E.T.C. (fls. 158).

Quanto à violação do lacre, o réu, ao ser interrogado em Juízo, confirmou ser o responsável pelas declarações contidas no documento de próprio punho de fls. 57, o que demonstra ter ele cometido o crime do art. 336 do Código Penal, embora negue ter rompido o lacre e devolvido os equipamentos ao seu vendedor.

De rigor, pois, a condenação do réu, nos termos da denúncia.

DAS PENAS

O réu não registra antecedentes; as conseqüências dos crimes não me parecem graves

ante a não comprovação do dano causado a terceiros; a culpabilidade não é acima da média; não há maiores elementos para aferição da sua personalidade; diante dessas considerações, fixo a pena-base de ambos os crimes no mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano de detenção pelo art. 70 da Lei nº 4.117/62 e 1 (um mês) de detenção pelo art. 336 do Código Penal, as quais, à míngua de atenuantes ou agravantes, causas de aumento ou diminuição, torno definitivas.

Presentes os requisitos legais, substituo as penas privativas de liberdade por uma restritiva de direitos e uma multa, consistente aquela na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, filantrópicas ou assistenciais, a critério do Juízo das Execuções Penais, pelo prazo da condenação e esta, fixada em um salário mínimo vigente à época dos fatos.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a denúncia e CONDENO R.J.M.N., RG nº XX.XXX.XXX-X e CPF nº XXX.XXX.XXX-XX, à pena de 1 (um) ano de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, filantrópicas ou assistenciais, como incurso no art. 70 da Lei nº 4.117/62, e ao pagamento de multa, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso no art. 336 do Código Penal.

Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

Entrementes, transitada esta em julgado para a acusação, voltem os autos conclusos para apreciação da prescrição retroativa ocorrente na espécie em relação à pena decorrente da condenação pelo art. 336 do Código Penal.

Após, remetam-se os autos ao SEDI para mudança da situação processual do réu.

P.R.I.C.

São Paulo, 12 de março de 2013.

Juiz Federal TORU YAMAMOTO

AÇÃO ORDINÁRIA

0011374-65.2007.4.03.6105

Autora: GIANELLIS GRÁFICA E EDITORA LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP

Juíza Federal: RAQUEL COELHO DAL RIO SILVEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/03/2013

Vistos.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada por GIANELLIS GRÁFICA E EDITORA LTDA., em face da UNIÃO FEDERAL, pretendendo a autora a anulação de multa aplicada pelo atraso na entrega de Declaração Especial de Informação Fiscal – Papel Imune, relativa ao 2º trimestre de 2002 e do 1º trimestre de 2003, assim como a condenação da ré por danos morais. Sucessivamente, requer: a) concessão de anistia/remissão da multa e; b) redução do valor aplicado.

Em antecipação de tutela, pede seja impedida a inscrição em dívida ativa e a execução do referido débito.

Relata que, em dezembro de 2005, foi intimada a apresentar, no prazo de vinte dias, as referidas DIFs, tendo imediatamente providenciado o envio das declarações, após o que solicitou à Receita Federal a relevação da multa, alegando não ter operado com papel imune naqueles trimestres. Aduz que, posteriormente, foi notificada do indeferimento do pedido, assim como intimada a pagar o valor de R\$ 89.603,85, até a data de 31/08/2007.

Argumenta, em suma: 1) no período em que deixou de entregar as declarações não realizou qualquer operação de aquisição do papel; 2) não há base legal para a aplicação da multa; 3) a penalidade tem efeito confiscatório; 4) tem direito à anistia ou remissão, na forma do artigo 138 e 172 do CTN. Por fim, argumenta ter sofrido incontáveis dissabores e prejuízos, assim como o proceder do Fisco causou constrangimento e dor moral ao representante legal da autora, ensejando a reparação por danos morais.

Juntou procuração e documentos, às fls. 19/132.

Pelos despachos de fls. 135, 138 e 142, a autora foi intimada a adequar o valor da causa ao benefício econômico pleiteado, bem como a esclarecer o pedido de antecipação de tutela.

Pela petição de fls. 144, foi indicado como valor da causa apenas a multa aplicada. Não tendo cumprido integralmente as determinações, extinguiu-se o feito sem resolução do mérito (fls. 150/151). Em sede de apelação, a sentença foi anulada (fls. 168/168v).

Com a descida dos autos, a ré foi citada e ofertou contestação, às fls. 180/186. No mérito, defendeu a legalidade da autuação e a cobrança da multa aplicada, combatendo, no mais, o pleito de indenização por danos morais.

Réplica às fls. 188/192. As partes não especificaram provas.

É o relatório. Fundamento e decido.

O art. 150, VI, “d” da Constituição Federal, prescreve que os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão são imunes de impostos.

A *ratio essendi* das imunidades tributárias é deixar a salvo da tributação “bens ou fatos

representativos de valores consagrados pela ordem jurídica constitucional”.¹

Consoante os ensinamentos de Souto Maior Borges, a imunidade visa a assegurar certos princípios fundamentais ao regime, à incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livres das interferências ou perturbações da tributação.²

A imunidade em questão é aquela prevista no artigo 150, inciso VI, “d” da Constituição da República, a chamada imunidade objetiva, a qual consagra e visa dar efetividade aos princípios constitucionais de livre acesso à cultura e à informação, difusão de idéias, liberdade de pensamento, enfim, uma série de valores que precisam ser preservados.

Contudo, o fato de auferir imunidade em relação a determinado tributo não desobriga seu beneficiário de prestar informações que permitam o exercício do poder-dever da Administração Pública na fiscalização tributária (artigo 194 do CTN).

Daí o disposto no artigo 113, § 2º do CTN: “A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

São deveres instrumentais ou formais, instituídas no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, permitindo que o ente tributante verifique e constate o adequado cumprimento da obrigação tributária. Nessa linha de entendimento o magistério de Regina Helena Costa:

A segunda modalidade de relação jurídica é a relação de cunho não-obrigacional, vale dizer, o vínculo abstrato, que surge pela imputação normativa, mediante o qual o sujeito ativo ou Fisco pode exigir, do sujeito passivo ou contribuinte, uma prestação consistente na realização de comportamentos positivos ou negativos, destinados a assegurar o cumprimento da obrigação tributária. São os chamados “deveres instrumentais ou formais tributários” ou, ainda, “obrigações acessórias”, na dicção do Código Tributário Nacional.

Anote-se, porém, verificar-se também a existência de uma terceira relação jurídica, de natureza puramente administrativa, que pode nascer em decorrência das relações jurídicas tributárias apontadas. É a relação jurídica sancionatória, vínculo que surge diante do não-cumprimento da prestação pelo sujeito passivo, quer na obrigação tributária, quer na relação jurídica não-obrigacional tributária, autorizando, ao Fisco, a aplicação de uma sanção àquele.

Pois bem, Yonne Dolácio de Oliveira salienta que a imunidade tributária, antes de impedir o nascimento da obrigação principal, impede o próprio exercício da competência tributária, mantendo-se as chamadas “obrigações acessórias”. Também assim entende Roque Carazza, ressaltando que uma entidade imune pode perfeitamente ser compelida pela lei a escriturar livros, emitir faturas, fornecer declarações, etc.

Mais adiante, prossegue a eminente Desembargadora:

Se se cuidar de imunidade de natureza objetiva, mais limitada (exemplo: livros), da mesma forma, o sujeito alcançado pela imunidade que recaia sobre determinado bem permanece obrigado ao cumprimento dos deveres instrumentais tributários, tais como a escrituração de livros, a emissão de faturas e a apresentação de declarações ao Fisco.³

1 BARRETO, Aires Fernandino e BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades Tributárias: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Dialética. São Paulo - 2001.

2 *Isenções Tributárias*. Sugestões Literárias. São Paulo - 1980.

3 *Imunidades Tributárias*. 2ª edição. Malheiros Editores. Pg. 47/49.

No sentido de que a imunidade não exclui o cumprimento de obrigação acessória, trago à colação o seguinte julgado:

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO Cível Processo: 9504515959 UF: PR Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 10/06/1999 Documento: TRF400074169 Fonte DJ DATA: 15/12/1999 PÁGINA: 692 Relator(a) VÂNIA HACK DE ALMEIDA

Decisão A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. RES-SALVADO O PONTO DE VISTA DA JUÍZA SILVIA GORAIEB.

Ementa ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. SUNAB. MULTA. VENDA DE LIVROS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. EMISSÃO DE NOTA FISCAL. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

1. A exigência de depósito prévio para o conhecimento de impugnação na via administrativa não acarreta a nulidade dos processos administrativos.
2. A imunidade prevista na Constituição Federal, que veda aos entes estatais instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, não se aplica às punições decorrentes de condutas infracionais.
3. A infração restou caracterizada pelo fato de não ter sido emitida nota fiscal na forma estabelecida pela legislação intervencionista, tendo em vista que a imunidade tributária não afasta o cumprimento de obrigações acessórias, tais como o preenchimento e a emissão de notas fiscais.

Diante dessas considerações, não há como ser aceita, em favor da autora, a tese de que estaria desobrigada a cumprir a obrigação acessória, por não ter realizado operações com papel imune nos trimestres em questão, de sorte que o cumprimento intempestivo do encargo enseja a aplicação de penalidade pecuniária.

E, sobre tal questão, afigura-se insustentável a tese de que não há base legal para a exigência.

O artigo 16 da Lei nº 9.779/99 permite a instituição de obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, atribuindo a tal órgão a incumbência desse mister, podendo, para tanto, estabelecer “forma, prazo e condições para o seu cumprimento e o respectivo responsável”.

Por sua autoridade máxima, o Secretário da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 159/2002, prevendo, em seu artigo 2º, que:

Art. 2º A apresentação da DIF - Papel Imune deverá ser realizada pelo estabelecimento matriz, contendo as informações referentes a todos os estabelecimentos da pessoa jurídica que operarem com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos.

Parágrafo único. A apresentação da DIF-Papel Imune é obrigatória, independente de ter havido ou não operação com papel imune no período.

Por sua vez, a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 estabeleceu o valor da penalidade aplicável por descumprimento das obrigações acessórias, nos seguintes termos:

Art. 57. O descumprimento das obrigações acessórias exigidas nos termos do art. 16 da Lei no 9.779, de 1999, acarretará a aplicação das seguintes penalidades:

I - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário, relativamente às pessoas jurídicas que deixarem de fornecer, nos prazos estabelecidos, as informações ou esclarecimentos

solicitados;

II - cinco por cento, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor das transações comerciais ou das operações financeiras, próprias da pessoa jurídica ou de terceiros em relação aos quais seja responsável tributário, no caso de informação omitida, inexata ou incompleta.

Parágrafo único. Na hipótese de pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, os valores e o percentual referidos neste artigo serão reduzidos em setenta por cento.

Da análise do inciso I *supra*, conclui-se que a penalidade prevista para a espécie é cumulativa, ou seja, a cada mês que a pessoa jurídica deixar de prestar a declaração, arcará com a multa de R\$ 5.000,00, ou, no caso da autora, optante pelo SIMPLES, com R\$ 1.500,00 por mês (redução de 70%), nos termos do parágrafo único supracitado.

Sendo assim, uma vez que a entrega das DIFs foi regularizada em dezembro de 2005, fato considerado no auto de infração, quando da apuração da multa (fls. 50), calculando-se a penalidade por meses em atraso, nenhum reparo há que ser feito no valor da multa aplicada.

Outrossim, constato que no auto de infração foram perfeitamente descritos os fatos, assim como o enquadramento legal a amparar o lançamento (fls. 48/52), inexistindo qualquer prejuízo ao direito de defesa da autora.

Quanto à imposição de multa com efeito confiscatório, de início releva frisar que a penalidade pecuniária não se confunde com o tributo, porquanto ambos têm natureza jurídica e finalidades distintas.

O tributo, segundo o Código Tributário Nacional, “... é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, *que não constitua sanção de ato ilícito* ...”. Sua finalidade precípua é abastecer os cofres públicos de recursos financeiros.

Por sua vez, a multa é uma sanção por ato ilícito, ou seja, representa uma penalidade pecuniária imposta pelo descumprimento de deveres administrativos. Sua função não é arrecadatória, mas tem em vista principalmente desestimular o comportamento danoso do contribuinte.

Sendo assim, a vedação ao confisco previsto no artigo 150, IV da Constituição Federal não se estende às penalidades pecuniárias, porquanto multa e tributo não se confundem, conforme já mencionado. E, por terem naturezas jurídicas distintas, não há como invocar tal garantia constitucional.

Não se pode perder de vista que o tributo tem natureza compulsória e constitui um encargo permanente, razão da necessidade da proteção constitucional, já que a cobrança abusiva culminaria, por certo, na inviabilidade do sistema econômico e financeiro, ao passo que a multa somente será aplicada em caso de descumprimento de determinada obrigação.

Nesse sentido, há um direito de escolha, na medida em que o contribuinte, se optar por cumprir rigorosamente a legislação tributária não terá que arcar com esse ônus.

O Professor Hugo de Brito Machado, com a precisão que lhe é peculiar, esclarece porque a proibição de confisco não alcança as multas:

Porque constitui receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que não pode ser confiscatório. Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança retem efetivamente desestimuladas. Por isto mesmo pode ser confiscatória.

(...)

O princípio do não confisco, segundo o qual é vedado ao Poder Público utilizar tributo com efeito de confisco, consubstanciado no art. 150, inciso IV, da vigente Constituição Federal, é necessário para tomar o tributo compatível com a garantia do livre exercício de atividades econômicas. Se fosse possível tributo confiscatório, estaria negada aquela garantia. Como a atividade econômica constitui o suporte mais geral da tributação, bastaria a instituição de tributo confiscatório para impedir o seu exercício. Tem-se, pois, que a garantia do não confisco é na verdade um reforço, ou mesmo uma explicitação da garantia do exercício da atividade econômica. Às multas, porém, não se aplica aquela garantia, pois seria absurdo dizer que a Constituição garante o exercício da ilicitude.

Às multas têm como pressuposto a prática de atos ilícitos, e por isto mesmo garantir que elas não podem ser confiscatórias significa na verdade garantir o direito de praticar atos ilícitos. Sustentar que a garantia do não confisco aplica-se às multas é defender claramente o direito de sonegar tributos. Afinal as multas elevadas para a inobservância das leis tributárias constituem, com toda certeza, o meio mais eficaz no combate à sonegação.⁴

Nessa mesma linha de entendimento, confirmam-se os julgados colacionados a seguir:

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200032000052475
Processo: 200032000052475 UF: AM Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão:
18/3/2003 Documento: TRF100146163 Fonte DJ DATA: 11/4/2003 PÁGINA: 85 Relator(a)
DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ

Decisão A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos apelos e à remessa. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO e JUIZ MARCUS VINICIUS REIS BASTOS (CONV.).

Ementa PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÕES PARA O SESC/SENAC. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS.

1. A multa aplicada em razão da falta de pagamento de tributo não tem efeito confiscatório.
2. Inexiste ilegalidade ou inconstitucionalidade na utilização da Taxa SELIC.
3. A empresa embargante, como prestadora de serviço, não está sujeita ao pagamento de contribuições para o SESC/SENAC.
4. Apelos e remessa parcialmente providos.

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 660692 Processo: 200400968343 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 21/02/2006 Documento: STJ000670750 Fonte DJ DATA: 13/03/2006 PÁGINA: 198 Relator(a) FRANCISCO FALCÃO

Decisão Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI, DENISE ARRUDA e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. INCORPORAÇÃO DE IMÓVEL PARA A INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. TAXA SELIC. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DA FAZENDA. APLICAÇÃO. MULTA MORATÓRIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Caracteriza acréscimo patrimonial, passível de incidência do imposto de renda, o ganho de capital referente à diferença entre o valor atualizado da aquisição de imóvel de pessoa física

4 Artigo “Natureza Confiscatória das Multas Fiscais” – disponível no site www.escola.agu.gov.br/revista/ano/dezembro2005

e a sua incorporação para a integralização de capital de pessoa jurídica.

Precedente: REsp nº 260.499/RS, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 13/12/2004.

II - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é devida a aplicação da taxa SELIC nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal, a partir da publicação da Lei 9.065/95. Precedentes: REsp nº 554.248/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 24/11/2003 e REsp nº 522.184/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 29/09/2003.

III - A multa moratória não está adstrita à regra de não confisco, que deve ser seguida apenas para fins de fixação de exação. Pelo contrário, deve, em regra, ser aplicada sem indulgência, evitando-se futuras transgressões às normas que disciplinam o sistema de arrecadação tributária, não merecendo respaldo a pretensão do recorrente de ver reduzida tal penalidade. Precedente: AgRg no AG nº 436.173/BA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 05/08/2002.

IV - Recurso especial improvido.

No que toca ao pedido de remissão ou anistia da multa, vejo que a autora fundamenta sua pretensão nos artigos 138 e 172 do Código Tributário Nacional, os quais veiculam, respectivamente, os institutos da denúncia espontânea e da remissão.

Nos termos do artigo 138 do CTN: “A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.”

Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não é cabível a aplicação do instituto quando se trata de obrigação acessória autônoma, sem qualquer vínculo direto com a existência do fato gerador, como se nota no julgado, colacionado a seguir:

PROCESSO CIVIL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO JÁ ACOLHIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

1. Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil, no qual se pleiteia o não pagamento das penalidades pecuniárias (multas), em razão da não entrega das Declarações de Imposto Retido na Fonte (DIRF's) dos anos de 1994 e 1997.

2. Segundo orientação firmada nesta Corte, “a denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas” (AgRg no AREsp 11340/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.9.2011, DJe 27.9.2011).

3. A Corte de origem reconheceu que é “legítima a exigência da multa administrativa”, afastando a aplicação da denúncia espontânea. Assim, as alegações no sentido de não ocorreu denúncia espontânea em relação à multa administrativa é infundada, pois tal pretensão já foi acolhida pela Corte Regional, revelando-se, portanto, a falta de interesse recursal da recorrente.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1279038/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 09/02/2012)

Tal entendimento, ao qual me filio, funda-se na mesma premissa já mencionada por ocasião da análise da tese de efeito confiscatório, ou seja, a razão de ser da multa é punir o contribuinte desidioso. Caso se entendesse pela relevação da penalidade quando a obrigação acessória é cumprida a destempo, mas antes da autuação do Fisco, tal equivaleria a admitir

que cada contribuinte pudesse cumprir a obrigação acessória quando melhor lhe aprouvesse, o que não pode ser admitido.

Além do mais, as declarações de fls. 58/63 só foram enviadas em 05/11/2005, após a intimação da Receita Federal (em 07/11/2005), para que a autora o fizesse (fls. 56), desse modo, ainda que outro fosse o entendimento deste juízo, sequer poder-se-ia caracterizar como espontânea a entrega das referidas DIFs, na data supracitada, na medida em que “Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.” (artigo 138, parágrafo único, CTN).

Também não é possível reconhecer-se, em favor da autora, o direito à obtenção de anistia ou remissão da dívida.

A anistia, aplicável exclusivamente às penalidades pecuniárias (artigo 180 do CTN), impede a constituição do crédito tributário e, por óbvio, não se aplica aos créditos já constituídos, como no presente caso, sendo que, para estes, a hipótese seria de eventual remissão.

E a remissão, nos termos do artigo 172 do CTN, assim como o estabelecimento dos requisitos para sua obtenção, dependem de expressa autorização legal, tanto é que o referido dispositivo menciona:

Art. 172. *A lei pode autorizar* a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

- I – A situação econômica do sujeito passivo;
- II – ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto à matéria de fato;
- III – à diminuta importância do crédito tributário;
- IV – a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;

Ao contrário do que entende a autora, a indicação das condições dispostas nos incisos I a IV é dirigida ao legislador e não à autoridade administrativa tributária. Em outras palavras, quando o Poder Legislativo houver por bem conceder remissão, numa determinada circunstância, deverá levar em conta as premissas dos incisos mencionados, e só após a entrada em vigor da lei é que caberá ao Fisco aplicá-la, em cada caso concreto.

Sendo assim, ainda que a autora entenda que, em tese, poderia se encaixar em algumas das condições genericamente previstas como de possível concessão do benefício, sem a prévia autorização legal é vedado à autoridade tributária dispensar o pagamento da multa referida, não havendo, por esta razão, qualquer reparo a fazer na autuação, assim como na decisão que rejeitou o pedido administrativo da autora neste sentido (fls. 83/86).

Por fim, quanto aos danos morais pretendidos pela parte autora, fundados na premissa de que a imposição da multa foi abusiva, os fundamentos já colocados são suficientes para afastar a pretensão, pois tal abusividade não se confirmou.

Ainda que se reconheça como cabível a indenização por danos morais, em prol da pessoa jurídica (Súmula 227 do STJ), no caso em análise não logrou a autora demonstrar que o proceder do Fisco lhe acarretou ilegal e injusto abalo à sua honra objetiva, passível de compensação, longe disso, a autuação e posterior cobrança, como atos vinculados que são, inserem-se nas atribuições do agente público, não se podendo exigir-lhe conduta diversa.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados, extinguindo o feito com exame de mérito, nos termos do art. 269, I, CPC.

Custas na forma da lei.

Condeno a autora em honorários advocatícios, que fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fundamento no artigo 20, § 4º, CPC.

Transitada esta em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juíza Federal RAQUEL COELHO DAL RIO SILVEIRA

AÇÃO ORDINÁRIA

0003110-34.2008.4.03.6102

Autora: ELIZABETE APARECIDA AMBRÓSIO MOREIRA CASTRO
 Rés: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E CAIXA SEGUROS S/A
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
 Juiz Federal: DAVID DINIZ DANTAS
 Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2013

SENTENÇA

Vistos.

ELIZABETE APARECIDA AMBRÓSIO MOREIRA CASTRO ajuizou a presente AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF objetivando, em síntese, a condenação da requerida ao pagamento da cobertura securitária prevista no contrato de mútuo celebrado para a aquisição da casa própria, haja vista o falecimento de seu esposo Raul Moreira Castro ocorrido em 24 de julho de 2001.

Sustentou a requerente que seu falecido marido em 19 de maio de 1999 pactou com a CEF a aquisição de 75% do imóvel situado em Bebedouro/SP. No entanto, em 24 de julho de 2001, o segurado veio a óbito, mas a requerida não deferiu a cobertura securitária sob a alegação que a doença do qual o segurado era portador – hepatopatia – estava diretamente ligada à causa da morte, razão pela qual seria preexistente, e, por isso, não haveria direito ao benefício. Dessa forma, como o banco não exigiu qualquer exame médico quando da celebração do contrato, compreende que a negativa é infundada, de modo que assumiu os riscos. Ademais, afirmou que o segurado estava de boa-fé, notadamente porque no momento da celebração contratual não tinha conhecimento da gravidade e da extensão de doença, muito menos que tal doença poderia levá-lo a óbito, de tal forma que não haveria de se falar em omissão por parte do falecido marido. Disse, ainda, que as tratativas contratuais se iniciaram em 04 de agosto de 1998 e a assinatura ocorreu em 19 de maio de 1999, sendo que a primeira consulta a respeito de seu estado de saúde ocorreu em 11 de maio de 1999, onde obteve um provável diagnóstico de insuficiência hepática, diagnóstico este que somente veio a se confirmar em 07 de abril de 2000, de modo que restaria cabalmente demonstrada sua boa fé (fls. 02/21).

O feito originalmente foi proposto na Justiça Estadual de Bebedouro/SP.

Devidamente citada (fls. 24/26), a CEF alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, denúncia à lide da Caixa Seguradora S/A e incompetência absoluta da Justiça Estadual. No mérito, postulou pela improcedência do pedido tendo em vista que a doença que levou a óbito o segurado era preexistente e, portanto, excluiria a cobertura securitária (fls. 27/33).

Documentos acostados aos autos pela CEF (fls. 35/44).

Réplica (fls. 47/50).

Decisão do Juízo Estadual declinando a competência para processar e julgar o feito para a Justiça Federal (fls. 81).

Outros documentos juntados pela CEF (fls. 84/144).

Decisão admitindo a denúncia da lide para a Caixa Seguros S/A (fls. 149), a qual, em sua peça defensiva, sustentou, preliminarmente, litisconsórcio passivo necessário do IRB – Brasil Resseguros e, no mérito, postulou pela improcedência do pedido (fls. 152/187).

Não houve a possibilidade de acordo entre as partes (fls. 201).

Documentos juntados (fls. 210/213).

Prova testemunhal consistente do depoimento da autora e das testemunhas Cezar Antonio Roselino Sicchieri (fls. 262/266).

Memoriais escritos das partes (fls. 279/282, 283 e 284/291).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

PRELIMINARES

1. *Ilegitimidade passiva ad causam da CEF*

A CEF é mutuante e credora hipotecária no contrato habitacional em questão, cabendo-lhe, entre outras atribuições, dar quitação e representar o mutuário perante a seguradora, promovendo, ainda, no âmbito do privilégio real que a beneficia, a baixa da hipoteca que grava o imóvel descrito na inicial.

Sendo assim, a requerida está legitimada para figurar no pólo passivo, ainda porque se trata de estipulante e beneficiária imediata do seguro obrigatório.

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu nesse mesmo sentido:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE MÚTUO. ILEGITIMIDADE DA CEF PARA INTEGRAR A LIDE. FINANCIAMENTO CASA PRÓPRIA. CONTRATO DE SEGURO. DOENÇA PREEXISTENTE NÃO COMPROVADA. CAPACIDADE LABORATIVA PLENA. INVALIDEZ PERMANENTE POSTERIOR. COBERTURA DEVIDA.

A CEF tem legitimidade para integrar processo em que se discute a quitação de mútuo celebrado sob a égide do SFH.

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (Súmula STJ-7).

(REsp 393809/SE, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 24/05/2004, p. 257)

Destarte, *afasto a alegação de ilegitimidade passiva argüida pela apelante.*

2. *Litisconsórcio passivo necessário do IRB – Brasil Resseguros*

A Caixa Seguros S/A requereu a citação do IRB – Brasil Resseguros para integrar o pólo passivo do presente feito, tendo em vista que a cobertura securitária requerida é oriunda de contrato de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, a qual se sujeita a participação do IRB como ressegurador no importe de 10% do montante segurado, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 47. Há 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; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

A participação do IRB – Brasil Resseguros no pólo passivo das ações de indenização securitária foi afastada pela Lei nº 9.932/99, cujo art. 12 revogou o art. 68 do Decreto-lei nº 73/66, o qual exigia a formação do litisconsórcio passivo necessário.

Dispunha o art. 68 do Decreto-lei nº 73/66:

Art. 68. O IRB será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido.

§ 1º. A Sociedade Seguradora deverá declarar, na contestação, se o IRB participa na soma reclamada. Sendo o caso, o juiz mandará citar o Instituto e manterá sobrestado o andamento do feito até a efetivação da medida processual.

§ 2º. O IRB responderá no foro em que for demandada a Sociedade Seguradora.

§ 3º. O IRB não responde diretamente perante os segurados pelo montante assumido em resseguro.

§ 4º. Nas ações executivas de seguro e nas execuções de sentença, não terá eficácia a penhora feita antes da citação da Sociedade Seguradora e do IRB.

§ 5º. Nas louvações de peritos, caberá ao IRB a indicação, se não houver acordo com as Sociedades Seguradoras.

§ 6º. As sentenças proferidas com inobservância do disposto no presente artigo serão nulas.

Ocorre que após a revogação da lei o IRB somente poderia vir ao presente feito na condição de litisdenunciado, porque não tem com o segurado relação jurídica direta, possuindo apenas um contrato de resseguro com a Caixa Seguradora S.A., que o obriga a ressarcir-la regressivamente em parte da indenização a ser suportada nesta contenda.

No entanto, a Lei nº 9.932/1999 instituiu no artigo 8º parágrafo único que os institutos de resseguros não são responsáveis perante o segurado pelo montante assumido de seguro, *in verbis*:

Art. 8º (...)

Parágrafo único. Os estabelecimentos de resseguro e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado pelo montante assumido no resseguro.

Ademais, esse é o entendimento jurisprudencial:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A CAUSA. SUCESSÃO. LITIS-CONSÓRCIO PASSIVO. INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL (IRB). COBERTURA SECURITÁRIA. FALECIMENTO DO MUTUÁRIO. IMÓVEIS EM LOCALIDADES DIVERSAS. RESTITUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS APÓS O ÓBITO. Não há ilegitimidade ativa da sucessão, pois há que se considerar que está em trâmite uma sobrepartilha e que as prestações estão sendo pagas pelo espólio, sendo que a pretensão deduzida no presente feito está relacionada com a quitação do contrato de financiamento e, embora o imóvel tenha sido objeto de partilha, o contrato de financiamento continua sendo cumprido pelo espólio. Compete ao juiz tomar em consideração o direito superveniente quando do julgamento da lide (art. 462 do CPC). *Estando revogado o art. 68 do DL nº 73/66, que instituía caso de litisconsórcio necessário da seguradora com o IRB, e havendo atualmente previsão legal expressa (art. 8 da Lei nº 9932/99) no sentido de que os estabelecimentos de resseguros não responderão diretamente*

perante o segurado pelo montante assumido no resseguro, sendo que as decisões tomadas pelos estabelecimentos de seguro obrigam os resseguradores, salvo disposição contratual em sentido contrário, concluo inexistir litisconsórcio passivo necessário entre a apelante e o IRB. Aplicação ao caso do disposto na Súmula nº 31 do STJ, nos seguintes termos: “A aquisição, pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação, situados na mesma localidade, não exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros”. Juros moratórios fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, de acordo como o disposto no art. 1.062 do Código Civil.

(TRF - 4ª Região – Processo nº 0401132347-0 – Apelação Cível/RS – Quarta Turma – Relator Juiz Eduardo Tonetto Picareli, DJ 01/11/2000, v.u.)

Dessa forma, *afasto a preliminar de litisconsórcio passivo do IRB – Brasil Resseguros*. Sem mais preliminares, passo à análise do mérito da causa.

MÉRITO

3. Considerações Iniciais

Pleiteia a requerente a condenação da Caixa Econômica Federal – CEF e da Caixa Seguros S/A ao pagamento da cobertura securitária por morte de seu marido Raul Moreira Castro, prevista no contrato de seguro habitacional celebrado em 19 de maio de 1999, tendo em vista que ele veio a óbito em 24 de julho de 2001.

Ambas as requeridas, no entanto, negaram o pedido sob a alegação que a morte de Raul foi decorrente de doença contraída antes da assinatura do contrato (v. contestações, notadamente às fls. 30 e 155/163), hipótese esta que exclui, automaticamente, a cobertura securitária, consoante prevista na cláusula 5.1.1 da apólice de seguro, *verbis*:

CLÁUSULA 5 – RISCOS EXCLUÍDOS

Ficam excluídos do presente Seguro nos:

5.1 RISCOS DE NATUREZA PESSOAL

5.1.1 A morte resultante de acidente ocorrido ou doença contraída antes da assinatura do contrato de empréstimo e financiamento. (v. cópia da apólice do seguro habitacional de fls. 12)

Ressalte-se, que a recusa da cobertura securitária se baseou em diagnóstico do médico assistente, Dr. Cezar A. R. Sicchieri CRM-24839 onde foi constatado que o falecido marido da autora era portador da doença de hepatopatia desde *11 de maio de 1999*, ou seja, *08 (oito) dias antes da celebração de contrato do seguro habitacional*, conforme transcrevo do termo de negativa de cobertura de fls. 132:

Pelo presente instrumento, a CAIXA SEGUROS S.A nega cobertura para o sinistro acima identificado, com base na Cláusula 5ª subitem 5.1.1 (MORTE P/DOENÇA) das Condições Particulares da Apólice fora do SFH – Cobertura compreensiva, pelos fatos abaixo mencionados: *Conforme diagnóstico do médico assistente Dr. CEZAR A. R. SICCHIERI CRM-24839 o segurado em questão era portador de hepatopatia desde 11/05/1999 doença diretamente ligada a causa mortis do segurado.*

4.1.1 Morte do Segurado pessoa física, qualquer que seja a causa, por acidente ou doença, desde que ocorrido o acidente, ou adquirida a doença que determinou a morte, após a

assinatura do instrumento contratual com o Estipulante, mediante comprovação através da certidão de óbito e questionário específico emitido pela Seguradora e respondido pelo médico assistente do Segurado.

De acordo com a cláusula supracitada há preexistência da doença em relação à contratação do seguro, firmado o termo de negativa.

De outro lado, a requerente pondera que o banco não exigiu qualquer exame médico quando da celebração do contrato, de modo que deveria assumir os riscos da atividade seguro, bem como Raul não tinha conhecimento da gravidade e da extensão da doença, muito menos que tal enfermidade poderia levá-lo a óbito. Afirma, ainda, que as tratativas contratuais se iniciaram em 04 de agosto de 1998 e a assinatura ocorreu em 19 de maio de 1999, sendo que a primeira consulta a respeito de seu estado de saúde ocorreu em 11 de maio de 1999, onde obteve um provável diagnóstico de insuficiência hepática, diagnóstico este que somente veio a se confirmar em 07 de abril de 2000. Dessa forma, compreende que restou cabalmente demonstrada a boa-fé quando pactuou o seguro habitacional.

3.2 Que Direito solucionará esse caso?

Todo julgamento implica um olhar; olhar a partir de um ponto de vista. Não temos como nos aproximar de um caso judicial sem alguma précompreensão teórica de como vemos o direito. *Grosso modo*, temos *duas grandes perspectivas* nesse olhar teórico: a *positivista* e a *pós-positivista*¹. A grande diferença que existe entre ambas as abordagens está na forma como cada uma vê a relação entre o direito e a moral (entendida esta, não como ética existencial, mas moralidade política, que consagra princípios com Justiça, Equidade, Solidariedade, Dignidade Humana etc.). O *positivismo*² entende que é possível definir o que é regra de direito em uma sociedade *prescindindo de valoração moral*, ou seja, existe uma separação conceitual entre direito e moral. Já o pensamento *pós-positivista*³ vê o *direito como conectado com a moral*: não é possível definir uma regra jurídica, sem que essa candidata passe antes pelo crivo da concordância dos princípios de moralidade política. Embora grande parte dos princípios morais estejam contemplados nas constituições ocidentais (como nossa CF/88), o problema persiste, pois o positivista privilegia o valor segurança jurídica, acolhendo a idéia de norma válida em um plano absolutamente formal. Com isso o pensamento tradicional por vezes esvazia a força normativa do princípio atribuindo a ele eficácia limitada.

No caso em estudo, a resolução da lide na perspectiva positivista, na ótica positivista, seria desfavorável à requerente. De fato, como a doença do marido da autora foi constatada no dia 11 de maio de 1999, ou seja, 08 (oito) dias antes da celebração do seguro habitacional, que ocorreu em 19 de maio de 1999, haveria, portanto, a hipótese da doença preexistente para

1 Pode-se falar tanto em “pós-positivismos”, como em “positivismo contemporâneo” ou “neoconstitucionalismo”, ou ainda “positivismo principialista”.

2 Os grandes representantes do pensamento positivista do Século XX são: H.L.A. Hart (*El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992) e Hans Kelsen (*Teoría Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

3 Despontaram na segunda metade do Século XX: Robert Alexy nos seguintes livros, (*El Concepto de la Validez del Derecho*. 2 ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997); (*Teoría da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica, São Paulo: Landy Editora, 2001); (*Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2 reimpressão, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001); (*Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, trad. De Manuel Atienza, en Doxa, num. 5, 1988) e Ronald Dworkin, nos livros: (*El Império de la Justicia*, 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1992); (*Los Derechos en Serio*. 4. reimpressão. Barcelona: Editorial Ariel, 1999); (*O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999); (*Uma Questão de Princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000).

a cobertura securitária. Conseqüentemente, ainda na ótica positivista, a requerente não faria jus ao seguro por morte de seu marido, nos termos da 5ª quinta cláusula da apólice.

E se propuséssemos uma outra perspectiva: olhar a mencionada estipulação contratual a partir dos princípios constitucionais. Primeiro os princípios; depois, a cláusula contratual.

No caso em tela, *a questão será por nós abordada à luz da teoria pós-positivista* dos princípios constitucionais, marcadamente desenvolvida pelo jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin (com aproximação do direito como integridade - *integrity*) e pelos pensadores alemães Habermas (que desenvolveu a “ética do discurso”) e Luhman (propositor da “teoria dos sistemas complexos”) continental. Utilizaremos a concretização inspirada na reflexão de Dworkin.

3.3 Princípios, Interpretação e Coerência

O *balancing*, modelo de ponderação de princípios, foi introduzido por Dworkin no início dos anos 60. No Brasil, nada obstante a recepção tardia da distinção entre “princípios” e “regras”, o *balancing*, ou ponderação entre princípios constitucionais na solução de casos difíceis, tem sido amplamente utilizado como critério para resolver esse dilema. Contudo, Dworkin, já nos anos 70 não fala mais em ponderação, este filósofo do Direito passou a desenvolver um modelo de aproximação dos casos difíceis que recebeu formatação completa em seu livro *Law's Empire*, que denomina o direito como “integridade”. Pode ser útil, uma vez que nos permite resolver situações de conflito entre princípios sem arbitrariedade/discrecionalidade.

Parece-me que essa abordagem teórica do Direito propicia melhor lastro para novo modelo de concretização dos princípios constitucionais, particularmente, novo modelo interpretativo, hábil a enfrentar os diversos cases não triviais. Ou seja, a resolução de demandas utilizando-se a tradicional “ponderação” sustenta-se na compreensão dos princípios em conflito, privilegiando-se um deles no caso concreto. O problema é que essa eleição pode conter muito de arbitrário. Escolhe-se o interesse (princípio) vencedor; ao depois, justifica-se com o *balancing*. A idéia de “integridade” em Dworkin, somando-se a elementos da “ética do discurso” de Habermas e da “teoria dos sistemas” de Luhman, pode nos indicar novos caminhos na interpretação de demandas constitucionais. Aqui, faremos breve anotação à noção de “integridade” no autor norte-americano, por ser a mais importante na sustentação do método que estamos trabalhando no caso.

Resumidamente o Direito como integridade é uma teoria não cética das pretensões juridicamente protegidas⁴: sustenta que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. Esses princípios são (recorde-se que Dworkin fala a partir da realidade norte-americana): a justiça, a equidade e o devido processo legal (legalidade)⁵. Assim, para Dworkin, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em um conjunto de princípios coerentes sobre os direitos

4 Cf. Ronald Dworkin, *O império do direito*, p. 186.

5 O ideal interpretativo da integridade, como proposto por Dworkin, no Brasil exigiria que alguns princípios fizessem parte desse conjunto fundante e estruturante, sobremaneira dois: princípio da solidariedade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma sociedade pobre, miserável como a nossa, em que poucos ganham muito e muitos ganham pouco, que possui problemas sociais que vão desde a existência de trabalho escravo até a exploração da prostituição infantil, sem dúvida que dever-se-ia exigir que todas as decisões políticas tomadas contribuíssem – direta ou indiretamente – para, se não eliminar, pelo menos reduzir esses vícios sociais.

e deveres das pessoas, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade⁶. O princípio da integridade desempenha o papel de equilibrar a justiça, a equidade e a legalidade. É um *chamado aos juízes para que atuem com “coerência narrativa” na captação do fenômeno jurídico*⁷.

Tentemos trazer para o plano da metodologia da interpretação de casos judiciais essas importantes noções. Estamos pensando em termos de um *modelo prático, para solução de casos difíceis* – que denominamos como “*máxima coerência*”⁸. Na apreciação de um caso, teremos duas ou mais possibilidades de solução: a sustentada pelo autor, a sustentada pelo réu e soluções intermediárias eventuais. Qual delas é a melhor? Uma resposta simples seria: aquela mais de acordo com o Direito. Mas o que é o Direito? Sem aprofundar esse tema, entretanto assumindo a perspectiva pós-positivista, diríamos que o Direito pode ser representado por um conjunto pragmaticamente coerente de princípios, grande parte deles com esteio constitucional. Dessa maneira a “resposta certa” para o caso viria da alternativa de solução que mais mantivesse coerência com o conjunto dos princípios constitucionais.

Voltemos ao caso concreto. A “*máxima coerência*” implica não ver conflito entre os princípios, mas ver o caso difícil sendo abordado por *duas possibilidades de solução* (proposições jurídicas): a) *a requerente não faz jus à cobertura securitária* em razão da constatação da preexistência da enfermidade que acometeu seu falecido marido; b) *a autora faz jus à cobertura securitária*, pois o cônjuge falecido não tinha conhecimento da gravidade e da extensão de doença, muito menos que poderia levá-lo a morte, de tal forma que não haveria de se falar em omissão de informações na data da contratação do seguro habitacional.

Qual dessas proposições deve prevalecer?

A “*máxima coerência*” não aborda o caso como se houvesse conflito entre princípios (vedação ao enriquecimento sem causa versus boa-fé), mas procura responder à questão acima com a seguinte proposta metodológica: *qual dentre as proposições – candidatas a norma em concreto – mantém mais coerência com o conjunto de princípios constitucionais estruturantes de nosso direito e que são relevantes para o caso?* Note-se: não se avaliam – como no *balancing* – os ganhos e perdas de cada um dos dois princípios (que apóiam cada uma das proposições), como em um duelo. Pelo contrário, olha-se a integridade do direito (composto não apenas por esses dois princípios, mas por outros) e se pergunta: *qual dentre as proposições maximiza, torna superlativo, esse conjunto de princípios reprodutores da ordem jurídica?*

Esse conjunto de princípios inclui não somente aqueles positivados, com esteio na Constituição, mas também aqueles *princípios morais que dão sustentáculo para as leis e para a própria Constituição*, princípios explícitos e implícitos orientadores de todo o direito.

Em uma fase pré-interpretativa, podemos dizer que os princípios sensíveis à demanda posta são: *boa-fé, vedação ao enriquecimento sem causa, igualdade e solidariedade*.

Qual dentre as duas propostas apresentadas para resolver o caso se mostra mais coerente com a melhor teoria, compreensão, interpretação desses princípios relevantes? Ou: qual delas otimiza, mais se harmoniza com o melhor sentido que podemos atribuir a esses princípios?⁹

6 Cf. Ronald Dworkin, *El império de la justicia*, p. 183/184.

7 Cf. Marisa Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial – una aproximación al conocimiento jurídico*, p. 154.

8 Esse método, que passamos a chamar de *máxima coerência*, que tem sido objeto de nossa reflexão atual, busca inspiração não apenas na *integrity* de Dworkin, mas também na ética do discurso de Jürgen Habermas.

9 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 Benefício 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.

CA. 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 princípio 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 uma 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 pretense 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 prover 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 in-*

4. A máxima coerência no caso concreto

4.1 Ponto de partida

A partir da afirmação dos princípios anteriormente expostos como tal, podemos verificar *qual das duas proposições* (a requerente não faz jus à cobertura securitária ou tem direito à referida cobertura) *contempla em sua melhor luz os princípios, como conjunto, orientadores de nosso direito.*

Isso porque entendemos que o direito pede que os juízes o encarem, antes de tudo, como um conjunto de princípios, dentre estes o princípio da justiça e o da equidade. Pede mais. Pede que os juízes apliquem esses princípios nos casos que se lhes apresentem¹⁰. Por isso, este caso deve se tornar uma questão de justiça, pois assim entendemos o Direito¹¹.

Errônea a afirmação de que existiria, no caso, um conflito entre boa-fé e enriquecimento sem causa; choque, não há. Na realidade, o que nos incumbe analisar é qual dessas duas soluções guarda máxima coerência com o conjunto de princípios estruturantes do direito, e relevantes para o caso.

No entanto, antes de ingressarmos na análise dos aspectos de direito, convém fazermos algumas observações em relação à subsunção do caso posto em debate às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

4.2 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

4.2.1 A definição de consumidor

O CDC ao definir o sujeito de direitos que pretende proteger - o consumidor -, não o definiu em um único artigo, mas em 4 dispositivos diferentes, quais sejam o art. 2º, *caput* e parágrafo único, o art. 17 e o art. 29. Assim vejamos:

TÍTULO I - Dos Direitos do Consumidor.

CAPÍTULO I - Disposições Gerais

(...)

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

dependente 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 Convado 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 interpretação da cláusula sobre doença preexistente a respeito da cobertura securitária.*

10 DWORIN, Ronald, *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

11 DWORIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 103.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

(...)

SEÇÃO II - Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

CAPÍTULO V - Das Práticas Comerciais

SEÇÃO I - Das Disposições Gerais

(...)

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

O artigo 2º do CDC instituiu um *conceito de consumidor stricto sensu*, ou seja, *toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*. A lei, portanto, não distingue o adquirente do usuário, nem tampouco o objeto da relação, produto ou serviço. *Para o CDC o adquirente e/ou usuário de produto e/ou serviços, desde que como destinatário final, é consumidor*.

As demais hipóteses legais, ou seja, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º); todas as vítimas dos fatos do serviço (art. 17) e todas as pessoas determináveis ou não às práticas comerciais (art. 29), contemplam o denominado consumidor por equiparação.

Essa equiparação do conceito de consumidor tem como intuito a extensão do campo de aplicação do CDC. Isto porque, muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores nos moldes como previstos no art. 2º, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores de produtos e serviços no mercado.

Vejam, com mais detalhes, essas três hipóteses de equiparação de consumidor nos ensinamentos de CLÁUDIA LIMA MARQUES¹²:

O parágrafo único do art. 2º do CDC é das normas de extensão a mais geral, equiparando a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Assim, apesar de não se caracterizar como consumidor “stricto sensu”, a criança, filha do adquirente, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato ou produto, é consumidor-equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do CDC. A importância do parágrafo único do art. 2º é seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código (MARQUES, Comentários, p. 87).

A proteção deste terceiro, “bystander”, que não é destinatário final de produtos e serviços do art. 2º do CDC, é complementada pela disposição do art. 17 do CDC, que, aplicando-se somente à seção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (art. 12 a 16), dispõe: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Logo, basta ser “vítima” de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC – não é necessário ser destinatário final, ser consumidor concreto, basta o acidente de consumo oriundo deste defeito do produto e do serviço que causa o dano. (...) Por sua vez, o art. 29 é uma disposição especial, que abre o capítulo V do Código sobre “Práticas comerciais”, aplicável, portanto, a todas as seções do capítulo, quais sejam a seção sobre oferta (arts. 30 a 35), sobre publicidade (arts. 36 a 38), sobre práticas abusivas (arts. 39 a 41), sobre cobrança de dívidas (art. 42), sobre bancos de dados e cadastros de consumidores

¹² BENJAMI, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, págs. 79/81.

(arts. 43 e 44), e que se diz aplicável também ao capítulo posterior, o Capítulo VI, dedicado à “Proteção contratual”. Trata-se atualmente, da mais importante norma extensiva do campo de aplicação da lei.

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo “consumidores de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.

In casu, no que tange à relação entre autora e CEF, o que temos nos autos é que ela, juntamente com seu marido falecido, pactuaram com a CEF o contrato de mútuo para o financiamento da casa própria e, conseqüentemente, o contrato de seguro, de modo que *a requerente pode ser considerada como consumidora em sentido estrito*, nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC.

Assentado que a requerente pode ser considerada como consumidora, analisemos, agora, se a CEF encontra-se sujeita às disposições do CDC.

4.2.2 Aplicabilidade às instituições financeiras

Sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor sobre o contrato bancário, essa questão já foi enfrentada pelo Colendo STJ, que firmou o entendimento que os contratos bancários submetem-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, “não porque ele [banco] seja fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, e seus direitos devem ser igualmente protegidos como o de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário.” (extraído do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no recurso especial 57.974-O, cuja ementa - que tem sido constantemente invocada quando a matéria discutida refere-se à natureza jurídica do contrato bancário (v. REsp. 175.795) - está assim expressa:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCOS. CLÁUSULA PENAL. LIMITAÇÃO EM 10%.

1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos as disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo Banco.

2. (...)

(REsp 57.974/RS, 4ª Turma, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, v.u, decisão de 25.04.1995, publicado no DJ de 29.05.1995, pág. 15.524)

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão determinando que as instituições bancárias se curvassem ao Estatuto do Consumidor. Embora não tenhamos a íntegra do julgamento da ADI-2591, o serviço de consulta da Suprema Corte fornece-nos informações

precisas acerca do julgado:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF contra a expressão constante do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90) que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (Lei 8.078/90: “Art. 3º ... § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”) – v. Informativos 264, 417 e 425. Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários -, que podem ser definidos por lei ordinária. (v. Informativo 430 ADI-2591, título “Aplicação do CDC aos Bancos – 6”)

Em suma, *as instituições bancárias devem se submeter às regras do Código de Defesa do Consumidor.*

4.2.3 Princípio hermenêutico da vulnerabilidade do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, como uma lei de ordem pública, trouxe significativas modificações nas relações jurídicas privadas, notadamente no que diz respeito à interpretação dos contratos. Sobre essa ótica, compreendemos que real função social (a dos contratos) não é tão somente a segurança jurídica, mas, atender aos interesses da pessoa humana, permitindo-se a imposição de limites à vontade das partes, desde que se procure preservar e implementar direitos fundamentais (v. g. a dignidade da pessoa humana).

Dessa forma, abandona-se o espírito dogmático-formalista, segundo o qual tudo deve ser resolvido por meio de preceitos normativos expressos, com raríssimas referências à equidade, à boa-fé, à justa causa. Ademais, com o princípio da eticidade deixa-se de acreditar na plenitude do direito positivo, preferindo, em determinados casos, a utilização de critérios ético-jurídicos, que permitam chegar-se à concreção jurídica, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa.

Nesse contexto, os contratos devem ser interpretados de acordo com o meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro.

Valoriza-se, com essa postura hermenêutica, a equidade, a razoabilidade, o bom senso e a *vulnerabilidade do consumidor* prevista no art. 4º, inciso I, do CDC, *verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (*Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995*)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Ora, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é que justifica o caráter protetivo do CDC, legitimando sua aplicação. Essa vulnerabilidade pode ser: técnica, fática e jurídica. A *vulnerabilidade técnica* se resume estar diante da ignorância do consumidor em face do produto ou serviço adquirido, podendo o consumidor ser enganado quanto às características do produto, uma vez que se presume que o fornecedor tenha todo o conhecimento do produto. Já a *vulnerabilidade jurídica ou científica* não se limita somente em conhecimentos jurídicos, mas também em conhecimentos contábeis e econômicos determinando assim sua incapacidade de compreensão da relação que se estabelece. Por derradeiro, *a vulnerabilidade fática, que se resume em diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor, ou seja, o consumidor é o elo fraco da corrente.*

Não resta dúvida de que o *princípio da vulnerabilidade* é o mais importante da relação de consumo, de modo a ser considerado o vetor hermenêutico do direito do consumidor, uma vez que é fundamento para toda a legislação defensiva para aquele que se encontra em desigualdade na relação de consumo.

É a partir desse ângulo de visão que analisaremos o pedido formulado na inicial, vale dizer, sob o manto do CDC e das suas importantes consequências, especificamente quanto à vulnerabilidade do consumidor.

4.3 Princípio da boa-fé

A boa-fé é princípio basilar de nosso direito. Além disso, é um princípio moral. Com isso, ilumina com ética tanto o direito público, como o direito privado (particularmente, o direito contratual).

Releva exame mais metódico da boa-fé no direito, de modo a afirmá-la como princípio¹³.

Importante ressaltar que “o princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infra-constitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso”¹⁴.

Note-se que Judith Martins-Costa retira da boa-fé qualquer qualidade de princípio geral¹⁵, tese¹⁶ com a qual, *data venia*, veementemente discordamos.

13 Ao conceituar a boa-fé, é mister que se atente para a distinção entre seu viés subjetivo e objetivo. Nas palavras de Judith Martins-Costa: “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade com o direito [...]. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common Law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo. A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância [...], seja numa errônea aparência de certo ato [...]”.

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Contratos*, v. III, 12ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2007, pp. 20-21.

15 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 412.

16 Ressalte-se ter sido a obra escrita antes do novo Código Civil, pugnando pela necessidade de adoção das cláusulas gerais (nes-

Entendemos não ser incompatível a idéia da boa-fé, como um princípio, com a sua positividade em uma cláusula geral do Código de 2002, no âmbito do direito obrigacional. Isto apenas reforça sua imprescindibilidade e obrigatoriedade para aqueles mais descrentes de sua eficácia como, por que não, um princípio orientador de todo o direito¹⁷, e não puramente do direito civil, como demonstraremos a seguir, pelo qual todas as relações jurídicas devem se pautar, de modo até a se viabilizar o convívio em sociedade. Se não existisse a necessidade de que todos desejassem se comportar conforme o direito, respeitassem a palavra dada e atuassem com honestidade, lealdade e cooperação, condutas estas tão caras ao conceito de boa-fé, como estaria a sociedade senão no estado de natureza hobbesiano, em que predomina o medo, a insegurança e a guerra de todos contra todos?

Em análise acerca dos códigos oitocentistas e da normatividade dos princípios jurídicos em estudo versando justamente sobre a boa-fé, Jorge César Ferreira da Silva¹⁸, apoiado em Ronald Dworkin e Robert Alexy, defende a normatividade da boa-fé e seu poder de ser fonte direta de eficácia jurídica, em razão de estar vinculada à idéia de princípio. Isso mesmo após o Código de 2002, em que aparece positivada.

Aduz o autor que, progressivamente, foi-se degenerando o “mundo da segurança” criado pelo movimento codificatório-oitocentista, pautado na concepção de direito como um sistema fechado e auto-referente, tendo como ápice de sua queda as transformações ocorridas na sociedade do pós-Primeira Guerra. A anatomia do sistema foi modificada, público e privado encontravam sua fonte de validade unificada na Constituição, dando novo destaque aos princípios: “[...] as normas constitucionais, mais abertas que são aos fatos políticos, passaram, de um lado, a ser redigidas atribuindo aos *princípios jurídicos* função decisiva na resolução de problemas práticos e, de outro, a consagrar implicitamente *valores (morais)* a serem seguidos ou buscados na aplicação de todo o ordenamento. Os princípios jurídicos, que até então haviam exercido somente papéis coadjuvantes, passam a disputar a primazia de atenção jurídica. Cumpriu à doutrina, então, melhor estudá-los, sobretudo do ponto de vista jusfilosófico”¹⁹.

Nesse ensejo, a melhor doutrina tem sido a de Dworkin, que define princípio como “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁰.

Na esteira de Dworkin, Robert Alexy²¹ aduz que, para a compreensão dos princípios (em Dworkin), é mister atentar para a semelhança que guardam com o valor (moral). Dessa forma, princípios e valores seriam a mesma realidade, considerada ora no seu aspecto deontológico (os princípios) ora no axiológico (os valores). Portanto, se estamos de acordo que a honestidade, a lealdade entre as pessoas, são valores caros ao convívio, temos na boa-fé um princípio que prestigia esses valores, armando-os com o reconhecimento pelo Estado da lisura, correção dos particulares quando se relacionam, seja no mundo privado, seja naquele das relações Estado x cidadão²².

tas se incluindo a da boa-fé) para a realização de um modelo jurídico aberto e da integração da compreensão ética, deixando margem à atuação dos juízes e da doutrina.

17 Opinião esta vislumbrada nas considerações de Caio Mário expostas acima, *vide* pp. 1 e 2.

18 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

19 SILVA, *op. cit.*, pp. 40-41.

20 DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

21 ALEXY, *Sistema jurídico, principio jurídico y razón práctica*, *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 45.

22 Na lição de Silva, *a boa-fé deve ser considerada princípio*:

“A concretização dos princípios no caso, portanto, passa por tornar juridicamente devido aquilo que, em outras instâncias, seria considerado bom, justo ou correto. Em uma palavra, os *princípios*, nesta concepção, são pautas de *dever-ser (normas)*”

Resta, pois, inegável o *status* de princípio da boa-fé, com base constitucional, e passível de irradiação sobre *todas* as relações jurídicas, devendo sempre norteá-las²³.

Já na petição inicial observamos que o falecido marido da autora procurou a Caixa Econômica Federal em agosto de 1998 para conseguir informações a respeito do contrato de financiamento para aquisição de casa própria e, por conseguinte, do seguro habitacional, consoante se verifica da planilha de cálculo de financiamento juntada às fls. 18. Com efeito, as tratativas comerciais efetuadas com o banco tiveram início, pelo menos, 9 (nove) meses antes do diagnóstico provisório de insuficiência hepática de Raul.

Observamos, ainda, que, de acordo com o questionário médico de fls. 110/111, respondido pelo Dr. Cezar A. R. Sicchieri, o diagnóstico provisório da doença se deu em 11 de maio de 1999, vale dizer, 08 (oito) dias antes da celebração do mútuo e do seguro habitacional. É importante assinalar aqui que foi com base nesse questionário que a seguradora negou a cobertura securitária sobre a alegação de doença preexistente (v. termo de negativa de cobertura de fls. 132). No entanto, destacam-se outras informações importantes relatadas pelo profissional de medicina: a) o diagnóstico não era definitivo; b) não se podia atestar sobre a gravidade e evolução da enfermidade e; c) havia perspectiva de controle e boa qualidade de vida para Raul.

Pois bem. Esse conjunto de provas relevantes – que sequer foram impugnadas pelas requeridas – denotam a boa-fé do falecido Raul ao pactuar com a CEF visto que não omitiu informações sobre eventual doença preexistente. Ora, até naquele momento ele e o próprio médico que o atendeu, quando da consulta, não possuíam informações precisas, concretas e seguras sobre o real estado de saúde. Essa é a constatação porque o diagnóstico não era definitivo. Ademais, na data de 11 de maio de 1999, não havia elementos suficientes para se aferir a gravidade e a evolução da doença, nem tampouco que a enfermidade poderia causar a morte de Raul. Destaque-se, ainda, que foi apontado pelo próprio médico que examinou o marido falecido da autora que havia uma perspectiva de controle da doença hepática e de boa qualidade de vida.

Por essa linha de argumentação, não nos parece crível que Raul, diante do quadro apontado acima, tivesse, no momento da contratação do seguro habitacional, vale dizer, apenas 08 (oito) dias após ser atendido pelo médico, a exata compreensão do seu estado clínico para apontar ao banco que possuía uma eventual doença preexistente.

fundadas em valores morais não necessariamente positivados conforme os padrões corriqueiros de produção de normas gerais. Esta característica pode ser bem verificada no princípio da boa-fé” (SILVA, *op. cit.*, p. 45).

Atente-se, ainda, para o papel essencial da boa-fé, sobretudo do seu elemento da confiança, como *reductora de complexidade social*, segundo a teoria de Niklas Luhmann:

“A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A *confiança*, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a *insegurança quanto ao futuro*. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia – mais do que espera – que não acontecerá” (SILVA, *op. cit.*, p. 49).

Ademais, o fundamento constitucional do princípio da boa-fé, para Teresa Negreiros está no princípio da solidariedade:

“[...] Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma *sociedade solidária*, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica” (NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato – novos paradigmas*, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2006, p. 117).

23 Acerca disso se manifesta o Ministro do STJ Paulo Medina, no RMS 18.121-RS, com fundamento em Vicente Ráo:

“O direito se aperfeiçoa, diz Ripert, {a medida que leva em conta a boa-fé. Os autores que a erigem em princípio geral dizem: “a boa-fé não deve ser considerada apenas como princípio geral informador das leis, senão, também, como princípio criador que, de fatos, faz surgir direitos” (A. Valenski, *Essai d'une Définition du Droit Basée sur l'Idée de Boné Foi*, 1929)/ou, ainda, sustentam consistir a boa-fé em um princípio a que se deve reconhecer a *força de um postulado moral* e de segurança das transações (D'Atienza, *Efectos Jurídicos de la Buena Fé*, 1935)’. Tenho na presunção da boa-fé um *valor pelo qual deve se orientar toda relação de Direito*, sobretudo a relação de trabalho entre o agente público e o Estado.”

Entendo, ainda, que Raul não só agiu de boa-fé no sentido subjetivo, como ainda procedeu com boa-fé objetiva, esta sendo padrão de comportamento que implica deveres de honestidade, probidade, informação, lealdade, cooperação, cuja observância extrapola o campo do direito civil e se estende a todas as relações jurídicas.

Em outras palavras, a boa-fé de Raul se evidencia pelo seu comportamento. A boa-fé, com essa atitude, dispensa indagações de cunho psicológico, anímico, pois, revela-se no comportamento liso, escorreito. Acolher o pedido, para o fim de determinar a cobertura securitária, harmoniza-se com o princípio da boa-fé.

4.4 *Princípio que veda o enriquecimento sem causa*

Os códigos modernos dão tratamentos diversos a esse problema, de modo que “reina uma certa desorientação a respeito, seja no conceituar, seja no disciplinar, seja no admitir o Direito positivo a teoria do enriquecimento indevido”.²⁴ Isso teria se dado em razão da falta de desenvolvimento sistemático da matéria no direito romano.

Todavia, o princípio já estava contido nas máximas “é justo por direito da natureza que ninguém enriqueça com dano e prejuízo de outro” (Pompônio) e “os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar os outros e dar a cada um o que é seu” (Ulpiano), ambas contidas no Digesto.

Por conseguinte, coube aos juristas modernos a elaboração de doutrina geral²⁵, tendo os romanos vislumbrado os conceitos fundamentais.

É importante não confundir o instituto analisado com a idéia de ilícito, posto que não exige comportamento culposo de qualquer das partes, bastando o fato objetivo²⁶.

Consiste, pois, na *obtenção de um proveito alheio, sem um título jurídico idôneo (causa) que justifique o enriquecimento*. Pode se dar tanto em relação à transferência patrimonial, quanto à exploração de bens, trabalho ou direitos alheios. Tem como requisitos o enriquecimento e a necessidade de que se dê à custa de outrem²⁷.

Se lançarmos um olhar panorâmico sobre o ordenamento jurídico, podemos perceber a larga utilização do princípio da vedação ao enriquecimento indevido, que, como ficou demonstrado, também encontra raízes já no direito romano e se consagra em máximas dos célebres juristas clássicos, nas mais diversas áreas, inclusive no direito público. Assim se dá no direito tributário, em que o tributo indevido deve ser restituído ao contribuinte pelo Fisco, segundo dispõe o art. 165, I do Código Tributário Nacional. Assim se dá no âmbito trabalhista, em que o empregador deve pagar verbas ao empregado por seu trabalho, pois do contrário auferiria vantagem indevida em detrimento deste. Assim também ocorre no direito previdenciário,

24 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – teoria geral das obrigações*, v. II, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319.

25 Partiram-se, pois, as legislações em três sentidos: de um lado, as que atribuíram ao enriquecimento indevido a generalidade de todas as hipóteses em que falte ou venha a faltar a causa eficiente da aquisição, instituindo como consequência o dever de restituir; de outro, as que seguiram a noção de que o pagamento indevido gera obrigação de restituir, de maneira semelhante a um contrato; e por fim, as que não desenvolveram a teoria do enriquecimento sem causa, mas tão-somente asseguraram a faculdade de repetição do pagamento por erro. Cf. PEREIRA, *op. cit.*, pp. 320-321.

26 WALD *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 323.

27 O Código Civil brasileiro de 1916 adotou a teoria do pagamento indevido, não unificando o enriquecimento sem causa, mas sem que, com isso, permitisse o enriquecimento à custa de outrem. Reza o art. 964: “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”. No Novo Código, o enriquecimento sem causa ganha capítulo próprio (arts. 884 a 886), sendo o pagamento indevido disciplinado separadamente (arts. 876 a 883).

quando um benefício é pago a mais, devendo, portanto, ser restituído pelo beneficiário aos cofres públicos, por meio, inclusive, de descontos de outros benefícios recebidos do INSS, nos termos do art. 115 da lei 8213/91.

Outrossim, embora positivada em alguns dispositivos legais, *a vedação ao enriquecimento sem causa pode ser considerada princípio na perspectiva pós-positivista*, posto que fundada, por sua essência, em valor moral: o enriquecimento em detrimento de outrem, sem uma causa moral, legítima, que o permita, é de todo reprovável na convivência em sociedade, posto que desrespeita o *alter*, o igual, a dignidade do outro. Seria, consequentemente, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição, em seu art. 1º, III, sob a ótica aqui dos “deveres individuais e coletivos”²⁸.

Voltando ao estudo do caso. Não há que se falar em enriquecimento para descrever a percepção da cobertura securitária pela requerente a que faz jus. As suas condições financeiras modestas, e o valor do seguro revela que sua utilização permitirá quitar o débito perante o banco federal, sem qualquer acréscimo patrimonial que nos autorizasse falar em enriquecimento. Por isso, fora de propósito falar-se em enriquecimento sem causa.

4.5 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade (tradução em termos cristãos de “fraternidade”) possui dignidade constitucional de alcance fundamental. Como anota Zagrebelsky, “el deber de solidaridad significa que se puede endosar a alguien una carga en atención al bien de outro”. Continua o citado constitucionalista italiano que “el principio constitucional de solidaridad permite al menos situar el comienzo de la discusión em el âmbito de um valor objetivo y sustraerla a la pura pasión subjetiva. Con todo, el principio aún no encierra la solución, siendo evidente la importância que tienen em ella las valoraciones concretas: sobre todo, la comparación del bien general que se quiere alcanzar com la entidad del bien individual puesto em peligro. El derecho “por principios” muestra así com claridad su esencial dimensión concreta y la ineludible llamada que contiene a la prudência de quien debe hacerlo vivir sin embalsamarlo o hacerlo absoluto como um fetiche”²⁹.

Começemos pelo *princípio da solidariedade*, consagrado na Constituição Federal como objetivo da República (art. 3º, I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”), mas também implícito na convivência em comunidade, que implica o respeito ao próximo, o auxílio mútuo para reduzir o sofrimento do outro, o sentimento de união, a cooperação. A solidariedade recomenda, destarte, que se minimize o sofrimento da requerente, que não só perdeu o cônjuge, como ainda está na condição de devedora das parcelas que venceram após o óbito do seu marido, haja vista a execução promovida pela CEF em apenso. A noção de solidariedade envolve a compreensão da situação peculiar da autora, cujos contornos foram longamente

²⁸ Embasando esse pensamento, coloca-se Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil – fontes contratuais das obrigações – responsabilidade civil*, v. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 69): “Um preceito moral, na verdade, nos proíbe enriquecer com a fortuna alheia. Mas por que razão há êsse ditame moral? E a resposta só pode ser técnica e consiste em que seria uma *injustiça* desequilibrar-se um patrimônio contra a vontade de seu titular, sem lhe proporcionar os meios indispensáveis a obter o seu reequilíbrio. Assim, não nos ligamos exclusivamente a um aspecto técnico da obrigação senão a um *princípio superior de ordem moral, mas que lastreia, de um modo geral, todo o Direito*, e não particularmente o instituto de que estamos cogitando. Critica-se a teoria da equivalência das prestações, acusando-a de nos dar um aspecto matemático. Não é verdade. O desequilíbrio se traduz em fatos materiais que serão apreciados através de um sentimento de Justiça”.

²⁹ Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 3ª edição, tradução do italiano para o espanhol de Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 144.

traçados nesta decisão, e o mínimo custo para a sociedade como um todo quando se compara com o benefício que a autora terá, pois a dívida não será mais cobrada.

Consequentemente o seu pleito está em consonância com o vetor jurídico e moral da solidariedade.

4.6 *Princípio da igualdade*

A igualdade, enquanto princípio de moralidade política, também lança um olhar diferenciado ao caso. De fato, a isonomia não é apenas uma determinação para que não haja discriminação injustificada, sem critério objetivo, pelo legislador ao regulamentar as relações sociais. Possui um outro ângulo que é mais genérico, e que torna essa determinação ao legislador um caso particular. Esse ângulo mais genérico é o seguinte: o Governo, por meio de todos os seus órgãos, em particular a CEF, deve tratar a todos os contribuintes/segurados/cidadãos com igual respeito e consideração. O Governo deixa de tratar um cidadão com consideração quando lhe impõe um ônus que ultrapassa os limites da justificação moral. Quando exige o cumprimento de uma regra que obriga esse cidadão a ter dificuldade de sobrevivência para cumprir a regra. Por isso que no âmbito tributário existem princípios, como o princípio da capacidade contributiva. Na hipótese em estudo, a exigência de que a autora devolvesse as parcelas que recebeu a título alimentar é uma exigência que denota falta de consideração por parte do Governo para com uma pessoa que não se locupleta a custa dos cofres públicos, mas que apenas custeia a sua existência no plano meramente físico, com o benefício que recebia.

Por conseguinte, percebemos a incidência do *princípio da igualdade*, num sentido ligado mais propriamente à justiça social, à dignidade humana, ao mínimo existencial. Igualdade referente à igual consideração que devem gozar todos os membros de uma comunidade. Igualdade atrelada à possibilidade de participação de todos na riqueza social coletiva, mesmo daqueles que para esta não puderam contribuir com seu trabalho, seja pelas mais diversas razões, tais como deficiências, doenças, idade avançada e incapacidades de toda a sorte. A justiça distributiva determina que esses membros sejam igualados na medida de suas desigualdades. A igualdade exige, ainda, que o Estado trate a todos com os mesmos respeito e consideração, sendo isto devido aos seres humanos enquanto pessoas morais, livres e iguais. Assim, no caso em tela, a proposição (candidata a norma em concreto) guarda coerência com a igualdade, na medida em que, ao obrigarmos a seguradora a pagar a cobertura securitária permitimos que a autora mantenha sua dignidade humana, e, portanto, não se desigale dos outros membros da comunidade. Tal certamente aconteceria caso a requerente tivesse que arcar com a dívida decorrente do mútuo.

A proposição também se coaduna, diante de tudo isso, com um *princípio de justiça*. O justo, na concepção de Aristóteles, é o equitativo, o meio-termo. De todas as virtudes, a justiça é a única que consiste no bem de um outro, “pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante ou de um membro da comunidade”.³⁰ O bem da apelada será, portanto, proporcionado com a prevalência da proposição defendida.

Ante o exposto, será mesmo possível se falar em arranhão ao *princípio que veda o enriquecimento sem causa*? Sendo *evidente a máxima coerência da proposição* com princípios tão basilares ao direito, entendo que tal princípio *não foi violado*, uma vez que deve ser enca-

³⁰ *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 105.

rado, não isoladamente, mas em *conjunto* com todos os demais, sobretudo os anteriormente explicitados.

5. A coerência do Estado-juiz

Entendemos que o Estado, representado pelos juízes, deve ser vislumbrado como um ser personalizado que, analogamente a uma pessoa, deve manter coerência entre suas convicções e ações. Destarte, o juiz, na busca pela resposta correta ao problema concreto que se lhe coloca, procura, na integridade do direito, aquela que maximiza, torna superlativo, o conjunto de princípios reprodutores da ordem jurídica; aquela solução que guarda a maior coerência possível com os princípios orientadores do direito. É desse contexto que se extrai a importância da jurisprudência e dos precedentes, uma vez que demonstram o entendimento adotado pelo Estado através de seus juízes, que buscaram as respostas corretas. Importante, portanto, é privilegiarmos o sólido posicionamento do Estado-juiz neste caso, ajudando a manter, dessa forma, sua coerência. Outrossim, a boa-fé do beneficiário e a ausência de exames prévios de Raul no momento da contratação do seguro habitacional faz com que a seguradora assumo o risco da atividade, não podendo esquivar-se do pagamento da indenização.

Nesse sentido cito os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVADA MÁ-FÉ.

I - Consoante dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os Embargos de Declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejugamento da causa.

II - É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Precedentes.

III - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1.076.923/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/9/2010, DJe 24/9/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. BOA FÉ E AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. RECUSA. ILÍCITA. DECISÃO UNIPessoal. ART. 557, CPC.

- É lícito ao relator negar seguimento a recurso que esteja em descompasso com a jurisprudência do STJ.

É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a Seguradora não submeteu a segurada a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Precedentes.

(AgRg no Ag 973.265/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/2/2008, DJe 17/3/2008)

Como no caso sequer a seguradora ou mesmo o banco trouxeram aos autos qualquer exigência de exames prévios de Raul para constatar a doença preexistente no momento da celebração do contrato de seguro, não há como se furtar ao pagamento da indenização.

Trata-se, portanto, de um *raciocínio principiológico de interpretação do direito*, que prima pela coerência das decisões judiciais, com fulcro, no caso em tela, na vasta jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça.

6. Conclusão

Ante o exposto, *acolho o pedido formulado na inicial* para condenar as requeridas ao pagamento da cobertura securitária a que faz jus a autora, em razão da morte do cônjuge, com o fim de quitação do mútuo na data do óbito de Raul Moreira Castro, e o faço com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno os requeridos ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, moderadamente, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na proporção de 50% (por cento) para cada um dos réus, nos termos do art. 20, § 4º c.c art. 23, ambos do Código de Processo Civil, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento, conforme o vigente Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

Defiro à autora os benefícios da assistência judiciária requerida, nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50.

Promova a secretaria o traslado de cópia desta sentença para os autos dos embargos à execução nº 0007125-17.2006.403.6102 e da execução nº 0008499-05.2005.403.6102 em apenso.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Ribeirão Preto, 18 de março de 2013.

Juiz Federal DAVID DINIZ DANTAS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0055972-93.2010.4.03.6301**

Autora: MARIA DE FATIMA DA CONCEIÇÃO JOAQUIM

Réus: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E OUTRO

Origem: 4ª VARA CÍVEL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2013

SENTENÇA

Cuida-se de pedido formulado pela Sra. MARIA DE FATIMA DA CONCEIÇÃO JOAQUIM, pleiteando a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte na condição de ex esposa e companheira do falecido na data do óbito.

É o relatório. Decido.

Quanto ao mérito, o pedido do benefício pensão por morte encontra respaldo legal no artigo 74 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, que assim prevê:

Art. 74. A pensão por morte será devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Três são os requisitos necessários à obtenção do benefício de pensão por morte: *óbito do instituidor, qualidade de segurado daquele que faleceu e condição de dependente do requerente.*

No tocante ao falecimento, restou este devidamente comprovado pela certidão de óbito acostada aos autos, não havendo controvérsia. O mesmo se diga da qualidade de segurado, já que o benefício é atualmente pago em favor da Sra. Marlene de Jesus Rocha na condição de companheira do falecido.

Passo a examinar a alegada condição de dependente da autora.

Após todo o trâmite processual, dos documentos anexados ao feito e dos depoimentos pessoais colhidos da autora e da corré, bem como dos testemunhos colhidos, tenho que restou devidamente demonstrado o seguinte: i) que o falecido, Sr. Luis Carlos da Silva, casou-se com a autora em 1976, com quem teve 02 filhos, tendo se separado de fato em meados de 1983, em razão de traições sofridas; ii) que em 1983 o falecido foi morar com a corré Marlene, com quem também teve dois filhos, mas que também visitava a ex esposa e os filhos tidos com ela; iii) que a corré brigava com o falecido, em razão de problemas dele com excesso de bebida, oportunidades nas quais ele saía de casa e voltava a morar com sua mãe; iv) que o falecido era visto tanto com a ex esposa, ora autora, como com a corré; v) que o falecido, após vários anos, passou a ter sérios problemas de saúde, razão pela qual tinha que ser levado para atendimento médico inúmeras vezes, bem como teve que se submeter a diversos internamentos em hospitais, tudo isso até o óbito; vi) que a autora e seus filhos sempre se “deram bem” com a corré companheira e seus filhos, bem como todos com a família do falecido, sendo de conhecimento de todos os dois relacionamentos ocorridos e seus desdobramentos; vii) que o

falecido começou a ficar doente, em razão dos problemas com bebida, problemas estes que foram piorando e faziam com que o falecido tivesse que procurar ajuda médica, inclusive, demandando algumas “temporadas” de internação em hospitais; viii) que a autora e a corré se revezavam na ajuda ao falecido, inclusive, acompanhando-o nos internamentos, sendo que era a autora quem acompanhava mais de perto a sua situação de saúde, até mesmo em razão de alegado conhecimento e experiência para tanto.

Veja, portanto, que mais próximo ao óbito, não era de se esperar e exigir do falecido alguns dos teóricos deveres de matrimônio, também aplicáveis ao instituto da união estável, notadamente aqueles voltados à procriação e aos deveres sexuais.

Agora, os deveres de convivência, de auxílio mútuo, de assistência moral e financeira, estes permaneceram e devem ser comprovados para efeitos de reconhecimento tanto de um quanto de outro instituto, como instituidor de verdadeira unidade familiar.

E, o que vejo nesta ação, após todo o seu trâmite, é que, na verdade, mais próximo ao final, tanto a autora quanto a corré se desincumbiram de tais deveres, e anuíram - mesmo que de forma não expressa - e se submeteram ao fato de que o falecido tinha as duas como suas esposas de fato, situação conhecida por todos os integrantes dos dois núcleos familiares mais próximos, e com bom relacionamento entre todos, de mútuo conhecimento e cooperação.

Assim, a meu ver, na data do óbito, tanto a autora quanto a corré eram verdadeiras companheiras do falecido. Mas isso em termos fáticos.

Resta saber se tal situação fática é corroborada e amparada pelo atual ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante este magistrado tenha ciência de que boa parte da jurisprudência pátria seja atualmente contrária a tal reconhecimento, por estender ao âmbito previdenciário os conceitos civilistas, caso em que restaria inviável, em termos civis, o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, por alegada quebra do dever de fidelidade, imposto ao matrimônio, o fato é que, a meu ver, *a lógica de raciocínio previdenciária é diversa, de cobertura da parte hipossuficiente por um sistema de proteção social, voltado à efetivação da dignidade da pessoa humana.*

Ou seja, no caso em tela, não obstante as vedações constitucionais existentes na esfera civilista constantes do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, tenho que, para o deslinde da controvérsia, há que se atentar para o sistema protetivo construído pelos artigos 194 a 204, da Lei Maior, notadamente para o princípio da Seguridade Social da “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, § único, inciso I) voltado para a cobertura da contingência social “morte” (art. 201, inciso I) em favor do “companheiro” (art. 201, inciso V), isso como medida de garantia do fundamento da República Federativa do Brasil da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III).

Portanto, a meu ver, diversamente da esfera civilista, onde realmente não há como se reconhecer a existência de casamentos concomitantes, ou de uniões estáveis concomitantes, na esfera previdenciária, protetiva das pessoas inseridas em estado de grande necessidade material e social, creio ser possível tal reconhecimento, o que, aliás, já havia de há muito sido reconhecido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos por meio de sua antiga Súmula nº 159, que assim rezava: “É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos”.

Não obstante, de forma surpreendente o Colendo Superior Tribunal de Justiça parece partir para interpretação oposta, com a qual, com todo o respeito, não coaduno.

Prefiro ficar com os ensinamentos dos Colegas e Professores Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior, para quem “Em nossa opinião, o inciso V do art. 201 da Lei

Fundamental consagra o direito de pensão ao companheiro ou companheira, conceito que sem dúvida é mais amplo do que o de união estável”, conforme afirmado em sua obra coletiva “Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social”, Editora Livraria do Advogado, 7ª Edição, 2007, pág. 95.

Ou então com a brilhante passagem do Professor Fábio Zambitte Ibrahim, para quem:

Qualquer manual de direito previdenciário, ao tratar dos dependentes, os define como pessoas que dependem economicamente do segurado, de modo que o sistema protetivo possa garantir um mínimo de sobrevivência a tais indivíduos. Para tanto, a lei, ao disciplinar o tema, assume, por comodidade, conceitos de uso contínuo, como o de companheiro(a), mas *sem necessariamente impor uma submissão plena aos preceitos civilistas da matéria.*

Na seara protetiva, *uma companheira ou companheiro* é pessoa que possui animus de convivência com o segurado, dividindo vida em comum e buscando uma sociedade conjugal, por afinidade de espírito e busca da plena realização. *Se são impedidos, por lei, de contrair núpcias, é tema de total desimportância no meio previdenciário.* Nunca é demais lembrar da possibilidade de criar conceitos próprios para fins previdenciários - como a figura do equiparado ao filho - ou mesmo adaptar alguns já existentes, como o(a) de companheiro(a). (...)

Deste modo, *não há impedimento legal expresso à concessão de benefício à cônjuge e “companheira(o)” do segurado(a) (sic).* Embora tal situação, pela lei civil, seja de mero concubinato (art. 1.727, CC), a *normatização previdenciária, específica em matéria previdenciária, admite a possibilidade, sem escapar a seu sentido literal possível.*

Assim, filiando-me a tal orientação, reconheço a possibilidade de proteção previdenciária às companheiras simultâneas, desde que comprovada faticamente a existência de uniões estáveis concomitantes.

E tal é o caso dos autos, razão pela qual julgo procedente a ação, reconhecendo em favor da autora o direito de perceber o benefício previdenciário de pensão por morte, em desdobro com a corré, que também comprovou a existência de união estável com o falecido.

DISPOSITIVO:

Posto isso, *julgo PROCEDENTE o pedido*, com resolução de mérito do processo nos termos do art. 269, inc. I, do CPC, para condenar o INSS a conceder a MARIA DE FÁTIMA DA CONCEIÇÃO JOAQUIM o benefício de “PENSÃO POR MORTE”, a contar de 26/10/2010.

E, conforme cálculos elaborados pela contadoria judicial, fica a RMA FIXADA em R\$ 840,19 (50%), em valores de 06/2012.

Fica o réu obrigado ao pagamento das prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, ambos nos moldes da Resolução nº 134/10 do CJF e alterações posteriores, cujo montante, conforme fixado pela contadoria judicial, é de R\$ 24.255,64 (VINTE E QUATRO MIL, DUZENTOS E CINQUENTA E CINCO REAIS E SESENTA E QUATRO CENTAVOS), atualizado a 07/2012.

Quanto aos valores devidos a partir de 01/07/2012, deverão ser pagos administrativamente pelo INSS mediante *complemento positivo.*

Sem a condenação nas custas e despesas processuais, bem como em honorários.

Nos termos do decidido acima, estando a autora sem receber o benefício, ANTECIPO A TUTELA para determinar ao INSS que implante e pague o benefício ora concedido em nome da parte autora. Desta forma, *oficie-se ao INSS* para que, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, implante e pague o benefício em nome da parte autora, *observando-se o necessário desdobro*

entre ela e a corré Marlene de Jesus Rocha a partir de 26/05/2011, sob pena de multa diária no importe de R\$ 100,00 (cem reais) em caso de descumprimento.

Saliento desde já que não cabe se falar em cobrança de valores em face da corré, já que o recebimento dos valores sem o desdobro se deu de boa fé, em razão de indevido indeferimento administrativo do benefício pelo INSS.

P. R. I.

São Paulo, 19 de abril de 2013.

Juiz Federal FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

MANDADO DE SEGURANÇA

0007274.25.2011.4.03.6106

Impetrante: ESTILO COUNTRY CONFECÇÕES LTDA - EPP
 Impetrado: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
 Juiz Federal: DASSER LETTIÈRE JÚNIOR
 Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2013

SENTENÇA

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante busca provimento judicial que determine à autoridade impetrada que não solicitem ao Banco Central do Brasil e nem a qualquer outra instituição financeira, ou caso já tenha solicitado, não utilize para qualquer efeito, as informações e documentos bancários sigilosos que constam do termo de intimação fiscal lavrado em 26/08/2011, relativo ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.07.00-2011-01237-7, sem prévia ordem judicial, bem como que se abstenha de adotar qualquer medida administrativa ou fiscal contra a impetrante almejando obrigar-lhe a apresentar as citadas informações e documentos bancários sigilosos.

Com a inicial, vieram documentos (fls. 81/360).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 364). Dessa decisão a impetrante interpôs agravo de instrumento perante o E. TRF da 3ª Região (fls. 369/441) ao qual foi negado seguimento (fls. 463/464).

A União Federal requereu seu ingresso no feito (fls. 443) o que foi deferido às fls. 462.

Advieram informações, com preliminares. No mérito, sustenta a legalidade do ato guerreado (444/456).

Foi apresentada réplica na qual houve o requerimento de reconsideração do indeferimento da liminar (fls. 470/559).

O indeferimento foi mantido (fls. 560) e dessa decisão a impetrante interpôs novo agravo de instrumento perante o E. TRF da 3ª Região (fls. 564/659).

O Ministério Público Federal opinou no sentido da desnecessidade de sua intervenção (fls. 661/663).

Novamente foi negado seguimento ao agravo de instrumento interposto pela impetrante (fls. 665), todavia, por meio de agravo regimental, a decisão foi reformada (fls. 736/741).

É a síntese do necessário. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de Mandado de Segurança preventivo para proteger o sigilo bancário da impetrante que se viu intimada a apresentar ao fisco – impetrado – informações daquele jaez.

Embora haja legislação complementar autorizando a obtenção de tais informações sem o concurso do Poder Judiciário (Lei Complementar 105) a jurisprudência se encaminha no sentido da sua inconstitucionalidade por violação do artigo 5º X e XII da CF, cujo teor transcrevo;

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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas*, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Este juízo mesmo inúmeras vezes se pronunciou sobre a inafastabilidade do controle judiciário sobre a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mas o sigilo de dados bancários, embora esteja inserido na esfera da intimidade e da dignidade da pessoa (CF, artigo 5º, X), só está inserido no sigilo de comunicações enquanto elas ocorram. Sim, o inciso XII da Constituição Federal é hialino em proteger a comunicação – epistolar, digital (leia-se de dados), telefônica e só ressalva sua violação pelo Poder Judiciário no último caso – comunicações telefônicas, sem sequer aventar o seu conteúdo. Portanto, para este juízo, o sigilo de dados só tem proteção constitucional absoluta na hora de sua transmissão/recepção, ou seja enquanto ocorre a comunicação¹, ou se preferimos, fixa regra de interceptação de comunicações. Fora dessa hipótese – interceptações - o sigilo, a proteção constitucional da informação em si, do conteúdo, (leia-se que não mais está sendo objeto de comunicação) se faz com espeque no inciso X e de forma subjetiva, resguardando a intimidade, a vida privada a honra e a imagem das pessoas em interpretação harmônica com os demais princípios constitucionais, dentre eles o objetivo de criar uma sociedade livre e justa.

Em verdade, a interpretação do inciso XII se esquecendo de que protege as pessoas de interceptações, mas não torna seus conteúdos invioláveis gera inúmeras distorções, seja de doutrinadores – que entendem que em determinados casos a interceptação de outras comunicações além da telefônica pode ser permitida², bem como entendem ao avesso o condicionamento constitucional à ordem judicial para a interceptação telefônica, para concluir, por exemplo, que a correspondência entre presos pode ser interceptada (STF – HC 70.814-5/SP).

Daí seguem posicionamentos misturando a clara vedação de interceptação de comunicações do inciso XII com a relativa e harmônica proteção de valores da pessoa, previstos no inciso X, desaguando em conclusões equivocadas por misturarem duas proteções constitucionais diferentes: uma de meio (liberdade de se comunicar, independentemente do conteúdo) e outra de fim, o resguardo dos valores inerentes à condição humana, dentre eles a privacidade. Tal confusão, desnatura completamente a proteção constitucional das comunicações, que se justifica por outros elementos de cunho democrático como a liberdade de expressão. Também desse equívoco decorrem interpretações negando por exemplo ao MPF legitimidade para acessar dados pessoais e bancários (que são nitidamente tocados somente pelo inciso X) como se

1 Dicionário Houaiss: COMUNICAÇÃO - substantivo feminino ato ou efeito de comunicar(-se)

1 ação de transmitir uma mensagem e, eventualmente, receber outra mensagem como resposta. Ex.: <a c. entre uma base terrestre e um míssil> <a ciência tenta manter c. com os golfinhos>

1.1 Rubrica: comunicação. processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc.

2 Moraes, Alexandre de – Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional – 5. Edição – fls. 240 (item 5.31 – sigilo de correspondência e de comunicação)

a proibição de interceptações lhes afetasse o acesso aos dados. Ora, embora não tenha o MPF autorização constitucional para interceptar comunicações telefônicas (inciso XII) cuja atribuição é exclusiva do Poder Judiciário, não há qualquer restrição de acesso a dados ou cadastros desde que respeitados os limites do inciso XI.

Não bastasse, a vingar a tese de que a proibição de interceptação de comunicações do inciso XII abrangesse o seu conteúdo, os dados não seriam acessíveis sequer por autorização judicial, vez que a exceção constitucional atinge somente a comunicação telefônica, as demais não - *salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. Então, por coerência à ressalva expressa do inciso XII da Constituição Federal, quem entende que este protege conteúdos e não somente o ato de se comunicar, deve ser coerente e também entender que nem o Poder Judiciário tem acesso aos dados, vez que a permissão constitucional se dá apenas – e claramente – às comunicações telefônicas.

Portanto, os dados de transações bancárias já registrados nas instituições respectivas não são alcançados pelo inciso XII vez que não é necessária violação ou interceptação de qualquer tipo de comunicação para obtê-las e penso que esse equívoco - de que ele proteja informação em si e não somente a sua transmissão – é o que gera todos os demais equívocos que desaguardam em conclusões que deixam atônito qualquer cidadão. Sim, porque a vingar a interpretação de que o inciso XII protege não a comunicação, mas também a informação já comunicada, ou seja, o seu conteúdo, também será necessário concluir que a exceção constitucional somente feita às comunicações telefônicas irá tornar inalcançável inclusive do Poder Judiciário os demais conteúdos.

Embora estreito o tempo e limitado ao alcance da questão posta neste feito, tenho que as ponderações acima lançadas autorizam interpretação segura no sentido de que a Lei Complementar 105 não afeta de qualquer forma o artigo 5º inciso XII da Constituição na medida em que não disciplina uma linha sequer sobre interceptações, versando somente sobre o acesso e utilização de dados bancários. Estes, como visto, têm proteção nos limites traçados pelo inciso X do artigo 5º, e não no inciso XII.

Não trata o presente processo de tentativa de interceptação de dados (que não tem previsão sequer de autorização judicial conforme interpretação literal do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal). Por outro lado, não vislumbro a inconstitucionalidade da Lei Complementar 105 por violação aos direitos da privacidade previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal vez que mantida pelo legislador a sigilidade dos dados obtidos e, portanto, respeitada a manutenção da privacidade do indivíduo.

O apanágio do sigilo de dados bancários é um embuste que não possui sequer previsão constitucional e assusta somente àqueles que têm a esconder. Com a devida vênia, prefiro a visão pragmática, literal da Constituição Federal, que em momento algum, mesmo implicitamente, patrocina o interesse pessoal do sigilo frente aos valores da honestidade e retidão. O Judiciário tem o dever de salvaguardar os direitos e garantias individuais, mas estes não podem servir de combustível ao ilícito. Havendo indícios de ilegalidade, o Estado tem o dever de investigar sem tornar públicos os dados do indivíduo em preservação àquela esfera de dignidade junto aos seus pares, mas só. Basta não interceptar comunicações (inciso XII) e manter o sigilo das informações obtidas, para não violar os direitos inerentes a dignidade da pessoa (inciso X). Isso a Lei Complementar 105 faz.

Em conclusão, e sem me afastar da interpretação gramatical e lógica do texto constitucional, o contribuinte não pode simplesmente se negar a fornecer informações de movimen-

tações bancárias à Receita Federal desde que resguardada sua privacidade nos exatos termos da Lei Complementar 105 e sua regulamentação, bem como, consequentemente, tenho que não há direito líquido e certo do cidadão em obter proteção do Poder Judiciário para escondê-la.

DISPOSITIVO

Destarte, como consectário da fundamentação, DENEGO A SEGURANÇA, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Não há honorários (art. 25 da Lei 12.016/2009).

Custas pelo impetrante.

Considerando a existência de agravo de instrumento, comunique-se o julgamento do feito.

Publique-se, Registre-se e Intime-se.

São José do Rio Preto, 2 de abril de 2013.

Juiz Federal DASSER LETTIÉRE JÚNIOR

AÇÃO ORDINÁRIA

0000109-48.2012.4.03.6119

Autora: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Réu: TITULAR DO 2º TABELIÃO DE PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS DE GUARULHOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juiz Federal: TIAGO BOLOGNA DIAS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/04/2013

SENTENÇA

Relatório

Trata-se de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pela *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT* em face do *Titular do 2º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de Guarulhos*, objetivando sua condenação a se abster de manter ou efetuar qualquer contratação ou utilizar-se de seus próprios funcionários para prestação de serviços postais, consistentes na entrega de objetos qualificados como carta (avisos de intimação aos devedores), compreendidos na exclusividade posta a cargo da autora. Pleiteia, ainda, o estabelecimento de multa diária, em caso de descumprimento da obrigação, bem como a condenação do réu ao pagamento das despesas processuais, honorários advocatícios e demais encargos legais.

A autora aduz que a despeito da previsão legal acerca da exclusividade do serviço postal relativo à entrega de “carta, cartão-postal e correspondência agrupada”, o réu vem promovendo a violação do denominado “monopólio estatal”, pois, apesar de alertado, vem se utilizando do serviço de outras empresas e/ou de funcionários do próprio cartório para a entrega de objetos de correspondência, cuja prestação é de exclusividade da autora.

Postula lhe sejam concedidas as prerrogativas processuais concernentes aos prazos e isenção de custas, tendo em vista que a ECT é ente público equiparado à Fazenda Pública, consoante os termos do art. 12 do Decreto-lei nº 506/69.

Com a inicial juntou os documentos de fls. 32/42.

Às fls. 46/48, decisão que indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, bem como indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou que a parte autora providenciasse o recolhimento das custas, no prazo de cinco dias, sob pena de indeferimento da inicial.

À fl. 52, a parte autora comunicou a interposição de agravo de instrumento em face da r. decisão de fl. 46/48.

Às fls. 139/143, comunicação eletrônica acerca da r. decisão proferida no agravo de instrumento nº 0010588-27.2012.403.6119 em que se concedeu parcialmente o efeito suspensivo ativo pleiteado, somente para deferir à agravante (ECT) isenção de custas e as prerrogativas do art. 188, do CPC.

Devidamente citado (fl. 160), o réu apresentou contestação às fls. 166/178, alegando que as correspondências postadas por ele não se amoldam ao conceito jurídico de carta, uma vez que a Lei nº 6.538/78, que regula os procedimentos postais (arts. 9º e 47) excetua os

serviços prestados pelo réu, sendo situação de exceção ao monopólio postal da União. Desse modo, não subsiste qualquer prática de ilícito penal ou civil, conforme art. 236 da CF, Lei nº 8.935/94 - que regulamenta o artigo em questão - e na Lei 9.492/97, que define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida.

Aduz, ainda, que normas administrativas da Corregedoria Geral da Justiça (Provimento nº 58/89) e Leis Estaduais que dispõem que o serviço de entrega de intimações poderá ser realizado por empresa diferente da autora (Lei nº 11.331/02). Por fim, assevera que a jurisprudência invocada pela autora não se aplica ao caso em questão, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente.

Vieram-me os autos conclusos para sentença (fl. 179).

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminares

Afasto a preliminar de inépcia do pedido de expedição de ofício ao Ministério Público Federal para apuração de ilícito penal, pois, independentemente de sua formulação expressa, constatando o juízo indícios de crime deve representar por sua apuração, ainda que de ofício.

No mais, presentes as condições da ação e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, não havendo outras preliminares processuais pendentes, passo ao exame do mérito.

Mérito

O cerne desta lide diz respeito à eventual frustração do privilégio de exclusividade na prestação do serviço público postal de que goza a autora, pela entrega de avisos de intimação realizada diretamente pela ré ou por terceiros a seus serviços.

Tal *privilégio de exclusividade* foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ADPF, conforme a seguinte ementa:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, *CAPUT*, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI Nº 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal - conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado - não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade

econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei nº 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

(ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020)

Nessa esteira, o serviço postal tem natureza de *serviço público absolutamente vedado aos particulares*, prestado de forma exclusiva pelo Estado, mediante a empresa pública autora, o que tem amparo na Constituição, ao prescrever que “Art. 21. Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;” sem as ressalvas atinentes a concessão, permissão, delegação ou liberdade de exploração privada em paralelo ao Estado que constam expressamente acerca de outros serviços público.

Quanto à delimitação desta exclusividade, após amplo debate e por maioria decidiu a Corte Suprema que abarca os serviços descritos no art. 9º da Lei nº 6.538/78:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:
I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de *carta e cartão-postal*;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de *correspondência agrupada*;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

§ 1º - Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal;

a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal;

b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal.

§ 2º - Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

Os conceitos de carta, cartão-postal e correspondência agrupada, por seu turno, são trazidos pelo art. 47 da mesma lei:

Art. 47º - Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

CARTA - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

CORRESPONDÊNCIA - toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA - reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

Comprova a autora que a ré vem realizando intimações de protesto de títulos entregues por outros meios que não os serviços daquela, fls. 37/42.

A questão posta é se esta postura da ré seria contrária à referida exclusividade, vale dizer, se as intimações de protesto estariam abarcadas no conceito de carta e sua entrega no conceito de correspondência.

Trata-se de questão tormentosa, sem amparo jurisprudencial significativo, ressaltando-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não tem precedentes com este exato objeto, enquanto nos Tribunais Regionais há apenas alguns julgados na 1ª e 5ª Regiões, em sentidos opostos.

Além disso, a postura da ré, *ao menos quanto à remessa por portador próprio*, tem amparo legal direto, no art. 14 da Lei nº 9.492/97, “art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço. 1º A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente”, de forma que o acolhimento do pleito inicial depende de sua declaração de inconstitucionalidade e, como resta claro na ementa supra, não houve exame nesse sentido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que este caso não pode ser simplesmente enquadrado na orientação jurisprudencial da ADPF nº 46, tampouco nos demais precedentes que tratam de avisos de cobrança, boletos, impressos e encomendas.

De fato, não há comparação das *intimações de protesto realizada por titular de serviço notarial* com tais objetos, pois têm elas natureza e regime jurídico peculiares.

Com efeito, assim como o serviço postal, o serviço notarial é de *natureza pública* e goza também de *exclusividade*, não franqueado ao livre mercado, embora delegado a particulares em colaboração com o Estado, sob *fiscalização do Poder Judiciário*, o que, da mesma forma, *tem amparo constitucional* no art. 236:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, *por delegação do Poder Público*.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e *definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário*.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro *depende de concurso público de provas e títulos*, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Como o serviço postal, tem *regulamentação legal própria*, Lei nº 8.935/94, para a atividade notarial e de registros em geral, e Lei nº 9.492/97, para os atos notariais relativos ao protesto.

Nessa esteira, *a intimação de protesto* não pode ser confundida com mera correspondência, visto que *exige especial forma, fé e procedimento, sob responsabilidade e competência privativa do notário*, o que não se verifica ordinariamente no serviço postal, como se extrai dos seguintes dispositivos legais:

Lei nº 8.935/94:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa *destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*.

Art. 2º (Vetado).

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, *dotados de fé pública*, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

§ 1º O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão.

§ 2º O atendimento ao público será, no mínimo, de seis horas diárias.

(...)

Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente:

I - protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação;

II - *intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto*;

III - receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação;

IV - lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação;

V - acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante;

(...)

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Art. 23. A responsabilidade civil independe da criminal.

Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a *legislação relativa aos crimes contra a administração pública*.

Parágrafo único. A individualização prevista no *caput* não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil.

(...)

Art. 38. O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços,

observados, também, critérios populacionais e sócio-econômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Lei nº 9.492/97

Art. 1º *Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.*

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)

Art. 2º *Os serviços concernentes ao protesto, garantidores da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.*

Art. 3º *Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.*

(...)

Art. 14. *Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço.*

§ 1º *A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente.*

§ 2º *A intimação deverá conter nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, e prazo limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato, bem como número do protocolo e valor a ser pago.*

Conforme o regime legal supra, a *intimação em tela é apenas um ato do procedimento mais amplo do protesto*, que compreende ainda a protocolização, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados.

Não obstante, como todos os demais, *lhe é inerente*, ou seja, sem a intimação não há protesto válido e eficaz, não se realiza este múnus do notário, o que evidencia sua particularidade.

O próprio ato da intimação tem efeitos oficiais especiais, “prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”, sendo, assim, *ato típico dos serviços notariais*.

É descabido, portanto, compará-la a avisos de cobrança ou boletos enviados pelos credores a seus devedores, *sem os rigores do protesto*, tanto que se cambiáveis fossem não haveria motivo para a existência deste serviço notarial.

Ademais, ao contrário dos serviços públicos concedidos em regime de mercado, como iluminação e telecomunicações, cujos boletos de cobrança só podem ser entregues pela autora, *os serviços notariais não se sujeitam ao livre mercado, sendo exercidos apenas por aqueles delegados pelo Estado, nos limites do edital de concurso para sua titularidade, da legislação especial e das orientações do juízo competente à sua fiscalização, inclusive quanto ao local de atuação e emolumentos, não havendo, portanto, que se falar em exploração econômica*

de serviço público não franqueado ao mercado, esta a principal razão da restrição constitucional do art. 21.

Trata-se, a rigor, de circunstância que *muito se assemelha à atuação dos oficiais de Justiça* em citação por mandado, mas não se cogita que estes estejam frustrando a exclusividade dos serviços postais, o que destaca a impertinência da tese.

Nessa ordem de idéias, a intimação de protesto e o serviço postal são ambos serviços públicos que não se confundem, com regimes jurídicos e âmbito de atuação paralelos, que sequer concorrem entre si, ambos com amparo legal e constitucional.

Por fim, até mesmo sob o ponto de vista meramente jurídico-formal não prospera a pretensão inicial, pois da íntegra dos votos do julgamento da ADPF em tela depreendo que os *Eminentes Ministros entenderam que o alcance do conceito de serviço postal, e, portanto, a delimitação de sua exclusividade, se extrai da legislação ordinária, não da Constituição, que lhe confere apenas a mínima densidade normativa inerente ao conteúdo semântico da expressão*, tendo o Ministro Joaquim Barbosa afirmado que “a possibilidade da quebra do regime de privilégio deve ser tratada pelo legislador ordinário”, enquanto o Ministro Gilmar Mendes declarou que se “demanda completa reinterpretação ou reconfiguração pelo legislador daquilo que se entende como manutenção do serviço postal”, tendo se mencionado ao longo dos votos projeto de lei nesse sentido.

Ressalto que o objeto da ADPF era discutir a recepção da Lei nº 6.538/78 pela atual Constituição, não implicando sua aceitação afirmar que não pode ser revogada ou derogada por lei superveniente.

Pois, ainda que se entenda que há alguma incompatibilidade entre este diploma e a Lei nº 9.492/97, o que se admite apenas para argumentar, esta restaria superada tanto pelo critério cronológico quanto pela especialidade na solução de conflito aparente de normas.

Todavia, aqui se contesta a entrega das intimações pelo portador do próprio tabelião ou *por empresa privada terceirizada para este fim, mas apenas a primeira forma é conforme o acima exposto.*

Isso porque o referido art. 14, 1º, fala, além do portador do próprio tabelião, em “qualquer outro meio”. Outro meio, não “qualquer outra pessoa”, não há nesta expressão autorização para delegação do ato notarial de intimar do protesto para terceiros.

Logo, este “outro meio” dever ser entendido como “*outra forma de remessa lícita*”, no que não se insere a contratação de empresas privadas que prestam serviços análogos aos dos correios, sob regime de mercado e livre concorrência, sem qualquer prerrogativa ou dever públicos que recaem sobre o notário ou mesmo sobre os Correios.

Note-se que a lei fala em “outro meio”, mas se o meio postal for o escolhido, ao invés da intimação por seus agentes, ou de outros meios, como o eletrônico, deve ser por quem pode realizá-lo, vale dizer, *somente os Correios.*

Uma coisa é o próprio serviço notarial, por agente próprio, sob sua direta subordinação, realizar diretamente ato que lhe compete legalmente, sob o regime jurídico próprio que lhe cabe, remunerado por emolumentos, não sob livre mercado, na execução do procedimento do protesto, que lhe é privativo. Outra bem diversa é empresa privada, no exercício de exploração econômica, em regime de mercado, em concorrência com outras empresas e, indevidamente, com os próprios Correios, realizar tal ato.

Que fique claro, quem pode realizar o ato, isto é, se insere em todas as particularidades e regime jurídico até aqui tratados, de natureza pública especial, é o notário e seus agentes

com vínculo direto, não particulares. Quando contrata terceiro, que presta serviços no mercado, já não é mais o serviço notarial quem age, mas sim o particular, a quem não se aplica nada do quanto acima exposto.

Posto isso, merece parcial amparo a pretensão da autora, apenas para obstar a terceirização da intimação de protestos a pessoas privadas.

Quanto ao pedido de representação para fins penais, não constato indícios de dolo da ré, dado o caráter controvertido da questão, pelo que nada há a representar.

Dispositivo

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado nesta ação, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), apenas para condenar o réu à obrigação de não terceirizar a intimação de protestos a pessoas privadas.

Sucumbência em reciprocidade.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal TIAGO BOLOGNA DIAS

MANDADO DE SEGURANÇA

0002943-57.2012.4.03.6108

Impetrante: ASSOCIAÇÃO JARDIM FLAMBOYANT
 Impetrado: SUBDELEGADO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉ-
 GRAFOS EM BAURU - SP
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
 Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
 Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

SENTENÇA

Extrato: Correios – Ação mandamental para entrega postal nos específicos endereços dos moradores de condomínio fechado, tanto quanto para cadastro de CEP individualizado para cada uma das ruas de dito condomínio – Pacificado o descompasso entre a norma de lei e suas pretensas regulamentações – CEP como de exclusivo uso da ECT – Parcial procedência, insuficiente a entrega postal em “portaria”.

Vistos etc.

Trata-se de ação mandamental, fls. 02/17, com pedido de liminar, impetrada pela Associação Jardim Flamboyant, qualificação a fls. 02, em face do Subdelegado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em Bauru/SP, por meio da qual busca a concessão de segurança para que as correspondências sejam entregues, no condomínio, diretamente nas respectivas residências, sem que sejam deixadas na portaria, procedendo, ainda, a ECT ao cadastro individualizado de Códigos de Endereçamento Postal (CEP) para cada uma das ruas do condomínio.

Sustenta a parte impetrante terem seus membros sofrido com extravios de correspondências, bem como com a recusa de porteiros em receber talonários de cheques, cartões de crédito, notificações e citações judiciais, além de outros documentos e de produtos adquiridos por “sites” da Internet.

Juntou documentos, fls. 18/41.

Indeferida a liminar pleiteada, fls. 43/44.

Apresentou informações a autoridade impetrada, fls. 55/86, alegando, preliminarmente, inadequação da via eleita, pois alega não ter sido carreada aos autos prova pré-constituída capaz de comprovar, de plano e cabalmente, que a impetrada agiu em desacordo com a lei ou com abuso de poder, não admitindo o *mandamus* dilação probatória, insurgindo-se contra a medida liminar pleiteada e pugnando pela denegação da segurança.

Manifestação ministerial, fls. 100.

Réplica a fls. 104/111.

Tutela parcialmente deferida, às fls. 113/120.

Agravo de instrumento interposto pela impetrada, às fls. 129/157.

Manifestação do Ministério Público, à fl. 159, reiterando o quanto disposto à fl. 100.

Decisão convertendo o agravo de instrumento em retido, às fls. 161/164.

Contra-minuta ao agravo retido, apresentada pela impetrante, às fls. 167/170.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

Insta destacar-se consubstanciar o “mandamus” a ação adequada para apuração do núcleo de irresignação da impetrante: com efeito, o rito compacto, célere e impeditivo de dilação probatória, inerente ao mandado de segurança, calca-se, em sua essência, para prosperar, na revelação de certeza fática, condutora da presunção ou não da liquidez do direito invocado.

Efetivamente, afigura-se suficiente a afirmação do direito líquido e certo da impetrante e, em plano probatório, exclusivamente documental, faz-se elementar, para que o necessário convencimento jurisdicional surja a respeito.

Ora, patente que dilação probatória não se faz necessária, seja em tese em esfera pericial e até através de inspeção judicial ou direta a respeito, no rumo da compreensão sobre os fatos a envolverem a ora impetrante, em seus misteres cotidianos, como assim almejado através desta demanda, esta exatamente a via adequada, como o consagram os pretórios da Nação, ante a índole do Mandado de Segurança, de ter por base provas pré-constituídas, de inadmitir dilação temporal probatória e de implicar na pré-existência de certeza fática sobre o que se afirma.

Ou seja, cuida-se, no caso vertente, de hipótese dotada da simplicidade, como se constata, o tema em cena.

Assim, afastada a alegação de inadequação da via eleita.

Realmente, a v. jurisprudência adiante destacada pacifica o indesculpável descumprimento regulamentador, pelo ente postal em questão, ao comando emanado do artigo 22 da Lei 6.538/78, seja pelo artigo 91 do Decreto 83.858/79, seja pelo artigo 6º da Portaria 311, nuclearmente porque ambos instituem permissivos de entrega postal quando ausente a capital positivação em lei sobre dito elastério, em relação aos mais recentes modos de habitação em ambientes cercados e dotados de portaria como no caso vertente (chame-se a isso ou não de um condomínio em lei regrado ou de um condomínio de fato, sem interferência na substância do debate, com efeito).

Deveras, desfrutando os substituídos da parte impetrante de domicílios dotados de máxima precisão, com elementos como o bairro, a rua, o número e o CEP, não dispõe a parte impetrada da autonomia que imagina para a econômica entrega, *data venia*, de todas as postais correspondências sem a física conduta de fazer, dever este a ser exercido perante as residências dos associados/moradores de dito condomínio, algo fundamental e que cabalmente inatendido, nos termos dos autos.

Neste exato sentido, os aqui antes referidos v. julgados:

TRF1 – AMS 200001000606274 – AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200001000606274 – ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA – DJ DATA: 22/03/2007 PÁGINA: 39 – RELATOR: JUIZ FEDERAL MARCELO ALBERNAZ (CONV.) MANDADO DE SEGURANÇA. ECT. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO. POSSIBILIDADE.

1. O serviço postal se qualifica como serviço público, devendo, por isso, atender ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, CF/88), o qual impõe como regra a entrega das correspondências nos endereços de seus destinatários.

2. O art. 91 do Decreto 83.858/79 e o art. 6º da Portaria 311/99 do Ministério das Comunicações não respaldam o ato impugnado neste mandado de segurança, visto que as coletividades neles referidas são apenas aquelas que apresentam dificuldade considerável para a entrega individualizada das correspondências, geralmente pela presença de várias pessoas numa mesma edificação.

3. Remessa oficial e apelação da ECT não providas.

TRF4 – AC 200471100027074 – AC – APELAÇÃO CÍVEL – ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA – FONTE: DJ 18/10/2006 PÁGINA: 583 – RELATOR: EDGARD ANTÔNIO LIPP-MANN JÚNIOR

ECT. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA EM BLOCOS NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO. INCIDÊNCIA DO CDC. Atendidas as exigências do art. 4º da Portaria nº 311/1998, do Ministério das Comunicações, descabe a alegação da ECT da impossibilidade da distribuição da correspondência no interior do condomínio. A ECT oferta e executa seus serviços mediante contraprestação pecuniária, amoldando-se perfeitamente ao conceito de fornecedora de serviço, previsto no art. 3º, § 2º da Lei nº 8.078/90. A distribuição da correspondência no interior do conjunto residencial torna-se imperiosa em virtude do dever de eficiência, ao qual está inexoravelmente adstrita a empresa pública demandada, a qual deve atender da melhor forma possível a população utente de seus serviços.

TRF5 – AMS 200280000053675 – AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 83772 – Órgão julgador: Primeira Turma – DJ – Data: 29/08/2008 – Página: 581 – Nº: 167 – Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CORREIOS. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA. CAIXA RECEPTORA ÚNICA. LOTEAMENTO.

Trata-se de Mandado de Segurança contra ato do dirigente da EBCT, qual seja, a suspensão da entrega individual das correspondências nas residências englobadas pela Associação dos Proprietários do Jardim do Horto.

As correspondências passaram a ser entregues por meio de caixa receptora única, devido ao seu reputado enquadramento na previsão da Lei nº 6.538/79 e da portaria do Ministério das comunicações nº 311/98. Nesta lei há referência à prestação do serviço postal de forma concentrada apenas quanto a determinados edifícios não residenciais ou a condomínios verticais com mais de um pavimento.

A dificuldade de acesso às áreas internas de uma coletividade ou sua estrutura física não gera a instituição de um condomínio, ou seja, de uma pessoa jurídica, instantaneamente. Além do mais, a comunidade em tela possui feições de loteamento, possuindo escolas, Igrejas, vias internas, residências, afora os diversos códigos postais.

Poder-se-ia, sim, falar na entrega em caixa receptora única quanto às correspondências da própria associação, mas não as das residências pertencentes aos proprietários que a compõe, uma vez que esta pessoa jurídica tão-somente representa os interesses comuns daquela comunidade.

Evidenciada está a extrapolação do Poder Regulamentar na Portaria 311/98, em seu art. 6º, quando se refere a qualquer coletividade, pois há extensão da previsão normativa da Lei 6.538/78 que trata de forma taxativa as situações ensejadoras desta espécie de entrega única. Apelação e remessa obrigatória improvidas.

TRF3 – AC 200661100140029 – AC – APELAÇÃO CÍVEL – 1374030 – Órgão julgador: TERCEIRA TURMA – DJF3 CJ1 DATA: 04/08/2009 PÁGINA: 119 – RELATOR: JUIZ VALDECI DOS SANTOS

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. MONOPÓLIO POSTAL. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO OU CONJUNTO FECHADO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

...

4. No caso dos autos, os carteiros da ECT entregam a correspondência dos residentes no parque residencial na portaria da Associação de Moradores e esta se desincumbe da entrega

em cada uma das casas. Ora, trata-se de loteamento fechado, com condições de acesso e segurança para os empregados da ECT, ruas com denominação própria e casas numeradas, sendo perfeitamente possível a entrega individualizada da correspondência aos seus destinatários.

5. O disposto no artigo 6º da Portaria nº 311/68, não se aplica aos loteamentos ou condomínios horizontais, compostos de imóveis residenciais ou mistos e identificados por número próprio e quase sempre localizados em logradouros nominados e pavimentados, não oferecendo dificuldade para que a ECT desempenhe a atividade de entrega da correspondência, aliás, atribuição que lhe é própria, sendo inadequado transferi-la para ser cumprida por empregado do condomínio.

6. O simples ato de identificação de quem entra no condomínio não enseja qualquer prejuízo à ECT, mesmo no caso de rodízio de empregados ou contratação de novos, devendo a empresa fazer a entrega individualizada da correspondência em cumprimento ao contido no princípio da eficiência e por se tratar de dever legal.

7. Agravo retido não conhecido, apelação e remessa oficial, tida por submetida, a que se nega provimento.

Em outras palavras, tanto a Carta, vigente ao tempo daqueles preceitos de lei e regulamentador, quanto a atual Lei Maior (respectivamente artigos 85, II, e 87, parágrafo único, II), limitam a atuação do Executivo aos expressos limites da lei a respeito, indesculpável o constatado desando, como visto, superior se põe a procedência ao pedido, para o estabelecimento da entrega postal nos específicos endereços dos associados demandantes.

No que tange ao pedido de cadastramento individualizado de CEP, para cada uma das diferentes ruas do condomínio, o pedido não merece prosperar.

O CEP – Código de Endereçamento Postal – foi criado em 1971 única e exclusivamente para uso dos Correios, fls. 81, sendo que a coletividade Condomínio Flamboyant foi inserida na base de dados da ECT sob o nº 17213-350, fls. 83, segundo parágrafo, por ter sido incluído na categoria de “grandes usuários” pela Empresa Pública Federal, fls. 83, quarto parágrafo.

Em tudo e por tudo, pois, considerando o mais que dos autos consta, *ratificando-se a liminar* de fls. 113/120, *concedo em parte a segurança*, para determinar que a parte impetrada proceda à entrega das correspondências no condomínio, diretamente nas respectivas residências, não mais em sua portaria, na forma aqui estabelecida, desnecessário maior recolhimento de custas, fls. 41, ausente sujeição sucumbencial, face à via eleita.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO ORDINÁRIA

0012226-31.2012.4.03.6100

Autor: LUIZ CARLOS MARTINS

Réus: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP E CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: JOÃO BATISTA GONÇALVES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/02/2013

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por LUIZ CARLOS MARTINS em face do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP e CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM, para declarar a nulidade da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo Disciplinar n 6.215-306/04 que determinou a aplicação de penalidade de suspensão do exercício profissional por 30 (trinta) dias, prevista na letra “b” do artigo 22, da Lei nº 3.268/57.

Informa o autor tratar-se de renomado especialista em cirurgia plástica, premiado e reconhecido internacionalmente por suas técnicas desenvolvidas de gluteoplastia, sendo o autor do livro “Atlas da Gluteoplastia de Aumento”, onde tal técnica foi divulgada com teor científico.

Ocorre que no ano de 2002 concedeu entrevista para a revista denominada “Plástica & Beleza”, ocasião em que na qualidade de cirurgião discorreu a respeito da cirurgia plástica de aumento de glúteo, tratando de assunto de grande interesse público, divulgando-se informações médicas para esclarecer e educar a coletividade, e não com o fim de propaganda pessoal.

Em razão da mencionada entrevista, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo instaurou processo administrativo disciplinar, apontando infração aos artigos 4º, 45, 104, 131, 132 e 142 do Código de Ética e Medicina Médica, por entender que a matéria não condizia com os preceitos éticos da medicina.

No julgamento administrativo, o relator teria se utilizado de palavras ofensivas, desviando-se dos princípios da motivação e da finalidade administrativa, deixando de observar ainda o disposto no artigo 22, parágrafo primeiro, da Lei nº 3.268/57, que impõe a gradação das penas.

Uma vez que a condenação à pena de suspensão do exercício profissional por 30 dias revestiu-se de nulidade, o autor recorreu ao Conselho Federal de Medicina, que, no entanto, manteve a penalidade que o autor entende abusiva e inconstitucional.

Esclarece que jamais foi alvo de condenação por erro médico ou conduta profissional atécnica, e que os outros processos éticos disciplinares mencionados no julgamento administrativo em análise referem-se à mesma entrevista, que foi fracionada e publicada em números subsequentes da revista.

Acrescenta que a paralisação de suas atividades profissionais pelo prazo de 30 dias, em razão de suposta publicação com caráter de autopromoção, configura pena excessiva, desproporcional, subjetiva e não condiz com a legislação aplicável à matéria.

Por fim, argumenta a urgência da medida pleiteada, em respeito aos seus pacientes,

sejam aqueles com cirurgia marcada, ou aqueles que já realizaram a cirurgia e dependem do autor para o seu pronto restabelecimento, considerando ainda a preservação do seu ilibado histórico profissional.

Às fls. 863/864 requereu a juntada da intimação, informando a suspensão do seu exercício profissional a partir de 01/08/2012.

Tutela antecipada indeferida às fls. 865/867. Houve interposição de agravo de instrumento nº 0022806-87.2012.403.0000 com efeito suspensivo deferido até a prolação da sentença (fls. 900/902).

Citado, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP apresentou contestação e documentos, às fls. 909/933, sustentando não haver ilegalidade a ser sanada pelo Poder Judiciário no processo ético-disciplinar.

O Conselho Federal de Medicina - CFM às fls. 944/1301 contestou argüindo que o autor praticou os ilícitos éticos apurados e a decisão atacada encontra-se devidamente fundamentada e proporcional à gravidade dos fatos.

Os réus não requereram a dilação probatória (fls. 1313/1314 e 1315).

O autor ofereceu sua réplica, às fls. 1316/1321.

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos processuais e condição da ação e não suscitadas preliminares, passo à análise de mérito dos pedidos conjuntamente.

A Constituição Federal estabelece, no inciso XIII do artigo 5, que é livre o exercício de qualquer profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O exercício legal da medicina somente pode ser realizado por médico inscrito no respectivo Conselho Regional de Medicina (artigo 17 da Lei nº 3.268/57), que tem, dentre outras atribuições, a competência para fiscalizar o exercício da profissão e conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, tendo competência para aplicar aos profissionais penalidades cabíveis (artigo 15, c e d, da Lei nº 3.268/57).

No desempenho de suas atribuições, o CREMESP instaurou o processo disciplinar nº 6.215-306/04 para apuração de suposta conduta infracional do autor, conforme sindicância instaurada em 2002 (expediente 55.005/02 - fls. 1013 e 1024/1028). Uma vez notificado, o autor protocolou, em 16.03.06, defesa prévia (fls. 1055/1061) e, após processamento, em 22.08.09, foi lavrado Acórdão pela Câmara "C" de Julgamento do CREMESP, condenando o autor à "pena de suspensão do exercício profissional por 30 (trinta) dias" (fl. 1171). O autor interpôs, em 18.12.09, recurso ao E. Conselho Federal de Medicina, ao qual foi negado provimento, conforme Acórdão proferido em 07.12.11 (fls. 1240/1245), publicado no D.O.U. em 10.05.12 (fl. 1249).

Dispensável aprofundada análise dos fatos, na medida em que o autor não nega a sua ocorrência, divergindo apenas quanto às conclusões do julgamento. O mérito da lide, assim, restringe-se à avaliação quanto às conclusões, que o autor não considera razoável ou proporcional.

É de se considerar que nas infrações administrativas, cujos conceitos abertos admitem elasticidade, permite-se discreta margem de discricionariedade na interpretação do regramento ético estabelecido, o que deve ser convenientemente motivado.

Cabe ao Poder Judiciário, quando acionado, apreciar os limites da legalidade do julgamento. Considere-se, porém, que há parâmetros na apreciação dos atos discricionários, sob pena de se ferir o convencimento íntimo do julgador, que deve ser respeitado. Não é recomendável, assim, que o Poder Judiciário imponha-se, sem fundamentos inquestionáveis, como substituto

dos órgãos julgadores corporativos. Sobre os limites da discricionariedade e seu controle pelo Poder Judiciário, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade. (*Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 206)

Ao tratar das penalidades por práticas infracionais, a Lei nº 3.268/57 estabelece:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º *Salvo os casos de gravidade manifesta* que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo. (g.n.)

A aplicação da penalidade administrativa, no caso dos autos, devidamente motivada na ética médica, decorre de ato discricionário do Conselho de Fiscalização Profissional, que tinha competência legal para tanto. A Lei nº 3.268/57 prevê as penas aplicáveis, mas delega ao órgão responsável a averiguação da gravidade da conduta para dosagem da sanção. A aplicação das penas não é algo de escalonamento rígido, como pretende o autor, na medida em que a lei expressamente ressalva a aplicação imediata de penalidade mais severa, quando o julgador assim entender, proporcionalmente aos casos de maior gravidade.

Em instância administrativa, o CREMESP abriu sindicância, colheu provas pertinentes e determinou as conclusões que lhe pareceram adequadas, resultando na ordem de suspensão do exercício profissional, o que posteriormente foi confirmado pelo CFM. Na medida em que os fatos são incontroversos e as infrações existentes, cabe apenas a verificação da razoabilidade e proporcionalidade da sanção aplicada.

Nesse sentido, lembro os seguintes precedentes jurisprudenciais:

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. APLICAÇÃO DE MULTA EXCESSIVA. MAJORAÇÃO POR RESOLUÇÃO. ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. (...) 3. Não cabe ao Judiciário dosar a penalidade imposta, sob pena de invadir o mérito do ato administrativo

discrecionário, o que conduz, necessariamente, à conclusão de que a Certidão de Dívida Ativa carece de exeqüibilidade. 4. Apelação e Remessa Oficial improvidas. (TRF1, 8ª Turma, REO 200001991167811, relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, d.j. 20.03.04)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO ÉTICO DISCIPLINAR. JULGAMENTO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. REDUÇÃO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 22, § 1º, LEI 3.268/57. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. “GRAVIDADE MANIFESTA”. PODER DISCRICIONÁRIO DO ÓRGÃO JULGADOR. IMPROVIMENTO. 1. O tema em discussão diz respeito à possível invalidade da aplicação da penalidade de censura no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM), (...) 2. A ação civil pública foi proposta com objetivo de proteção de interesses coletivos referentes ao direito à saúde da população, bem como à aplicação escorreita da Lei nº 3.268/57 referente à organização e funcionamento dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina no território brasileiro. O Ministério Público Federal, na condição de instituição que defende a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, deve sempre atuar e intervir nas causas em que se apresente o interesse público. (...) 4. A norma jurídica não define, aprioristicamente, o conceito ou a noção de casos de gravidade manifesta, atribuindo maior grau de discricionariedade ao julgador na avaliação do caso concreto. Na realidade, a regra é exatamente a observância da gradação prevista no *caput* do referido art. 22. 5. Em se verificando infração funcional, podem ser aplicadas as seguintes penalidades ao médico profissional: a) advertência confidencial em aviso reservado; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e) cassação do exercício profissional ad referendum do Conselho Federal. 6. Não se trata de escolha arbitrária por parte do julgador, mas atentando-se à proporcionalidade quanto aos fatos que ensejarem a punição ético-disciplinar. Assim, o raciocínio deve ser o da necessária e bem fundamentada decisão para excepcionar a regra do *caput* do art. 22, da Lei nº 3.268/57 e, assim, permitir a aplicação da pena mais grave (a saber, a cassação da ação no sentido da observância da proporcionalidade prevista no art. 22, *caput*, porquanto, a despeito do reconhecimento da gravidade dos fatos imputados aos apelados, tal gravidade não foi considerada de tal natureza ou de tal ordem a ensejar a penalidade máxima no âmbito do poder disciplinar do Conselho Federal de Medicina. 8. O art. 22, da Lei nº 3.268/57 não autoriza que se restaure o teor do julgamento do CREMERJ quanto à aplicação da penalidade de cassação, eis que nestes casos é obrigatória a submissão do julgamento ao referendo do Conselho Federal (alínea e, do art. 22, *caput*). Não considero que tenha sido violado qualquer princípio constitucional ou de Direito Administrativo a respeito da aplicação da sanção administrativa que, como visto, observou a proporcionalidade e os critérios aplicáveis à imposição de penalidade. (...) 10. Os casos de vício ou defeito dos atos administrativos devem ser tratados de maneira excepcional, eis que há a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública. Assim, não havendo arbítrio, e sim discricionariedade na concretização e reconhecimento dos critérios e parâmetros a serem considerados na dosimetria da penalidade administrativa, não há como acolher a tese de que teria ocorrido violação à teoria dos motivos determinantes, defendida pelo autor da ação civil pública. 11. Remessa necessária e recurso conhecidos e improvidos. (TRF2, 6ª Turma Especializada, AC 200151010121069, relator Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, d.j. 14.06.10)

ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. CREMESP E CFM. ALEGAÇÕES DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. LEI Nº 3.268/57, ART. 22, § 1º. FALTA DE MOTIVAÇÃO PARA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE MAIS GRAVOSA. ILEGALIDADES VERIFICADAS. 1. Diante da fundamentação adotada pela relatora do processo disciplinar, que culminou na punição de médico por infringência aos arts. 4º, 77 e 78 do Código de Ética Médica, com imposição da penalidade de censura pública em

publicação oficial (Lei nº 3.268/57, art. 22, c), à qual nada foi acrescido pelo Conselheiro Revisor, tão pouco pelo CFM, é de ser reconhecida a ilegalidade decorrente da inobservância do disposto no § 1º, do art. 22, acima transcrito. 2. Não se desconhece que o Conselho tem o poder discricionário de apurar o mérito administrativo e impor a penalidade correspondente, dentre aquelas elencadas pelo legislador. 3. Porém, no caso da Lei nº 3.268/57, o § 1º, do art. 22 é claro no sentido de que tal imposição deve observar a gradação das penas, salvo casos de gravidade manifesta. 4. Tal o contexto, evidentemente que para impor a penalidade mais gravosa, necessária motivação explícita acerca do ponto e o que se viu da conclusão da Relatora é exatamente o inverso, pois aponta várias atenuantes, como se a gravidade fosse a regra. 5. Ao contrário, a gravidade não se presume, deve ser expressamente salientada e demonstrada, em ordem a justificar a punição mais gravosa, o que não ocorreu no caso, máxime à vista das considerações da própria relatora, que enfatiza mais de uma vez uma culpabilidade minorada. 6. Aqui, portanto, não se cuida de analisar o mérito da mensuração da sanção administrativa, a qual compete exclusivamente ao administrador, pois o Judiciário limita-se à análise da legalidade do ato praticado, o que não foi observado no caso concreto, ante o descumprimento do disposto no § 1º, do art. 22, da Lei nº 3.268/57. (...) (TRF3, AC 200361000289490, relator juiz federal convocado Roberto Jeuken, d.j. 12.08.10)

Nos termos do Acórdão da Câmara “C” de Julgamento do CREMESP, o autor foi julgado culpado, e condenado por unanimidade à pena de suspensão por 30 (trinta) dias. Dispõe o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução nº CFM nº 1246/88:

Art. 4º - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.

(...)

É vedado ao médico:

Art. 104 - Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exhibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em programas de rádio, televisão ou cinema, e em artigos, entrevistas ou reportagens em jornais, revistas ou outras publicações legais.

Art. 131 - Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer veículo de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da coletividade.

Art. 132 - Divulgar informação sobre o assunto médico de forma sensacionalista, promocional, ou de conteúdo inverídico.

(...)

Art. 142 - O médico está obrigado a acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.

A gravidade da infração está apontada no voto condutor do julgamento da 5ª Turma do Tribunal Superior de Ética Médica do CFM (fl. 1231/1245):

(...)

A justificativa de que não foi procurado pela revista para a aprovação da matéria e que a publicação desta foi alheia a sua vontade e conhecimento carece de comprovação e atesta mais uma vez o descaso para com as normas emanadas por este Conselho. Normas estas já bem conhecidas do apelante, que à época já respondia a outros processos no CRM por fatos semelhantes.

Destarte, a intensidade da pena aplicada, alínea “D”, se justifica plenamente, pois o apelante não é primário, já tendo sido apenado no CRM por infração aos mesmos artigos. (g.n.)

Tenho que a fundamentação expressa pelo CREMESP, e também pelo CFM, são suficientes a demonstrar o cabimento da pena aplicada, guardando razoabilidade e proporcionalidade com a demonstrada gravidade dos fatos apurados, tendo o autor transformado casos profissionais em espetáculo de mídia, o que é vedado pela ética médica.

Os médicos devem obediência ao seu Código de Ética. Deles se espera seriedade, não apenas no âmbito da comunidade médica, como também na conduta pública. O comportamento do autor no presente caso, como explicitado no julgamento, não ficou restrito à comunidade médica, mas se estendeu ao público em geral. A conduta infracional, evidentemente, mostrou-se mais gravosa na medida em que, apoiada em renome e qualificação técnica, foi dotada de potencial para gerar efeitos públicos, vulgarizando a profissão médica. Destarte, pelos fundamentos da decisão lavrada não considero ilegítima a pena aplicada na questionada decisão condenatória.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos do artigo 269, I do Código de Processo Civil, *julgo improcedente* o pedido.

Condeno o autor no pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 20% (vinte por cento) do valor de cada causa, a ser rateado entre os réus. Custas *ex lege*.

Tendo em vista a interposição do Agravo de Instrumento nº 0022806-87.2012.403.0000, comunique-se o teor desta ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

P.R.I.C.

São Paulo, 28 de janeiro de 2013.

Juiz Federal JOÃO BATISTA GONÇALVES



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (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 subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1500