

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

APELAÇÃO CÍVEL
0038606-53.1996.4.03.6100
(2005.03.99.027500-7)

Apelantes: TRUSSARDI SPA, ROMARIA EMPREENDIMENTOS LTDA., INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Apelados: OS MESMOS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1038520

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CANCELAMENTO DE REGISTROS DE MARCA. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. SENTENÇA CONDICIONAL. PRESCRIÇÃO. MÁ-FÉ DA RÉ EM RELAÇÃO A ALGUNS DOS REGISTROS. PEDIDO ACOLHIDO EM PARTE.

1. Às demandas ajuizadas antes da entrada em vigor da Lei nº 9.279/1996 não se aplica a exigência prevista no respectivo artigo 158. Inexistência de carência de ação.
2. Sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não é possível incluir, no dispositivo da sentença, a desconstituição de eventuais registros de marca concedidos à ré no decorrer do processo.
3. Quando fundada em alegação de má-fé da parte demandada, a ação tendente à desconstituição de registro de marca é imprescritível, nos termos do artigo 6º BIS da Convenção de Paris.
4. Ainda que a empresa ré viesse utilizando, há muito tempo, determinada marca para a identificação de seus produtos, daí não resulta o direito de obter novos registros da mesma marca para rotular outros itens, notoriamente fabricados ou comercializados no mercado internacional pela empresa autora.
5. Havendo prova de má-fé da empresa ré, é de rigor a desconstituição dos registros de marca violadores dos direitos da empresa autora.
6. Verificada a sucumbência recíproca, aplica-se o disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil.
7. Recursos providos em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação da ré e DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação da autora para, julgando procedente em parte o pedido inicial, determinar ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI o cancelamento dos registros 813.744.113 (classe 03.20); 813.744.121 (classe 34.20); 813.744.130 (classe 16, apenas a subclasse 30); 813.744.148 (classe 20, apenas a subclasse 25); 815.570.023 (classe 25.60); e 815.632.380 (classe 19, apenas a subclasse 10). Considerando a sucumbência recíproca, manter a sentença no que tange à distribuição dos respectivos ônus, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de dezembro de 2011.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelações interpostas por *Trussardi Spa, Romaria Empreendimentos Ltda.* e pelo *Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI*, contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para desconstituir o registro nº 815570023 da marca TRUSSARDI, obtido pela ré Romaria Empreendimentos Ltda., determinando ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial que proceda à respectiva anulação, bem como que não efetue quaisquer outros registros da marca TRUSSARDI que por ela vierem a ser adquiridos no correr desta lide, relativamente aos produtos registrados pela autora na Itália e que estão enumerados na declaração traduzida à f. 25/27 dos autos.

No mais, a sentença julgou prescrito o direito de postular a anulação dos registros efetuados anteriormente a 03 de dezembro de 1991 (registros nºs 006951031, 006943179, 006800602, 813744083, 813744121, 813744130 e 813744148) e determinou a sucumbência recíproca, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Em seu recurso, a autora afirma que (f. 3060-3077):

a) não houve decadência, uma vez que a ação para invalidar registros obtidos de má-fé é imprescritível (item 3, do artigo 6 da Convenção da União de Paris) - e a má-fé da ré Romaria Empreendimentos Ltda. está devidamente comprovada;

b) a sentença só apreciou a nulidade dos registros requeridos em face do registro italiano, deixando de examiná-la sobre o registro de nome empresarial da autora e dos demais registros marcários obtidos por esta;

c) também são nulos os demais registros em relação aos quais a ação foi julgada improcedente, pois se referem a produtos idênticos, semelhantes ou afins às atividades da autora e aos seus demais registros marcários - Princípio da Especialidade.

A ré Romaria Empreendimentos Ltda., por sua vez, alega que (f. 3082-3129):

a) o tópico final da sentença deve ser reformado por ser inócuo, uma vez que foi concedido em sentença sujeita ao duplo efeito (e ainda que não houvesse recurso, a lide estaria terminada) e quanto aos pedidos futuros de registro, não pode o INPI deixar de efetuar-los, se estiverem de acordo com as disposições legais (mormente em continuidade à proteção das marcas já registradas pela apelante);

b) houve indevido reconhecimento da notoriedade da marca na Itália, pois a notoriedade deve ser dar no Brasil (artigo 6º Bis da Convenção da União de Paris); e, dentro do território brasileiro, a única marca largamente difundida é a marca TRUSSARDI criada, adotada e utilizada, desde 1898, pelas empresas antecessoras da apelante - muito antes da autora requerer seu registro na Itália, em 1974;

c) sua origem deu-se de sucessão legítima de atividade, sem quebra de continuidade, sendo, assim, a única legitimada a suceder o direito de uso da marca TRUSSARDI no Brasil;

d) a marca TRUSSARDI brasileira, além de ser patronímico, já é conhecida há 3 gerações, sendo vedado seu uso como elemento distintivo por parte da autora;

e) o juiz cotejou simplesmente os direitos relativos aos registros, quando, na verdade, deveria analisar a anterioridade do uso da marca;

f) a autora sucumbiu na maior parte de seu pedido, não havendo que se falar em igualdade sucumbencial.

E, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, ao apelar aduz (f. 3141-3156):
- preliminarmente:

a) carência de ação pela falta de interesse de agir, uma vez que a autora, apesar de fundamentar seu pedido no artigo 126 da Lei nº 9.279/96 (LPI), deixou de comprovar o depósito de pedidos de registro de marca no Brasil, nas classes obtidas pela ré, conforme determinado pelo artigo 158, § 2º, da citada lei;

b) nulidade da sentença, por determinar que o apelante deixe de efetuar quaisquer registros futuros, posto que isto configura uma situação condicional e futura, hipótese vedada pelo parágrafo único do artigo 460 do CPC, e que deve ser expurgada;

c) que, em relação a quatro dos onze registros que a autora pretende anular, foi declarada a caducidade no âmbito administrativo, o que significa a extinção de referidos registros por desuso (nºs 813744083, 813744130, 813744148 e 813744091);

- no mérito:

a) não obstante a autora argumente com o artigo 6º Bis da Convenção da União de Paris, não conseguiu comprovar a partir de quando se tornou notoriamente conhecida no Brasil, conforme exige este dispositivo, razão pela qual se mostra inglória sua argumentação para caracterizar má-fé da ré quanto a registros depositados em 1977;

b) que o raciocínio desenvolvido na sentença conduz à conclusão de que o registro por ela desconstituído foi, na verdade, obtido de maneira legítima, sem apropriação indevida, razão pela qual a ação deve ser julgada improcedente;

c) que a autora deve arcar sozinha com o pagamento dos honorários e das despesas processuais, visto que pediu a anulação de onze registros, mas só conseguiu a anulação de um (artigo 21, parágrafo único, do CPC);

d) deve ser aumentado o percentual fixado a título de honorários e determinado o rateio entre os vencedores.

Com as contrarrazões, vieram os autos conclusos a este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): De início, é de rigor rejeitar a alegação de carência de ação, formulada pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e fundada na inobservância do disposto no artigo 158 da Lei nº 9.279/1996.

Com efeito, a demanda foi ajuizada em 3 de dezembro de 1996, antes da entrada em vigor do aludido dispositivo legal, o que se deu somente em 15 de maio de 1997.

Assim, não se pode exigir, da autora, a adoção de providência que só veio a ser tornada obrigatória quando já exercido, legitimamente, o direito de ação.

A segunda questão a ser examinada diz com a cogitada nulidade da sentença, por conter, supostamente, comando condicional.

Do dispositivo da r. sentença, assim como consta na decisão que apreciou os embargos de declaração do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, colhe-se

que a MM. Juíza prolatora julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial “para desconstituir o registro nº 815570023 da marca TRUSSARDI obtido pela ré Romaria Empreendimentos Ltda., determinando ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) que proceda à respectiva anulação, bem como para que não efetue quaisquer outros registros da marca Trussardi que por ela vierem a ser adquiridos no correr desta lide, relativamente aos produtos registrados pela autora na Itália e que estão enumerados na declaração traduzida a fls. 25/27 destes autos” (f. 3.051).

Na petição inicial, a autora postulou a desconstituição de determinados registros, bem como de outros que pela ré viessem a ser adquiridos no decorrer do processo.

A sentença, porém, proibiu o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI de efetuar registros obtidos pela ré no decorrer do feito.

A redação adotada na sentença não é clara, pois não se pode proibir alguém de fazer alguma coisa já feita. Pode-se proibir alguém de fazer alguma coisa que ainda não fez; e pode-se desfazer alguma coisa que alguém fez anteriormente; mas não se pode, repita-se, proibir alguém de fazer alguma coisa já feita.

O que, por interpretação, se pode extrair da sentença é que tenha acolhido o pedido nos termos em que formulado, mesmo porque a MM. Juíza acolheu os embargos de declaração ao fundamento de que a sentença concedera “provimento além do requerido na inicial” (f. 3.050), ou seja, a e. magistrada revelou que o acolhimento do pedido deu-se nos termos em que formulado.

Ocorre, porém, que, para ver tal pedido acolhido, a autora quando menos deveria, antes da prolação da sentença e mediante a observância do contraditório, alegar e comprovar a existência de outros registros além daqueles indicados na petição inicial. À minguia de tal providência, não pode subsistir, na sentença, qualquer ordem referente a registro outro que não aqueles até então noticiados e debatidos no processo, mesmo porque não se admite sentença a respeito de mera hipótese.

Na sequência de seu apelo, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI alega que, “em relação a 4 (quatro) dos 11 (onze) registros que a autora pretende anular, foi declarada a caducidade no âmbito administrativo, o que significa a extinção de referidos registros por desuso, nos termos dos arts. 142, inc. III, 143, 144, 145 e 146 da LPI. São eles os de nº 813744083, 813744130, 813744148 e 813744091”. A própria autarquia observa, porém, que “o fato não acarreta falta superveniente de interesse de agir por parte da autora, a teor do art. 172, c. c. o art. 167, ambos da LPI” (f. 3.146).

Prosseguindo-se na cognição das questões devolvidas, deve ser examinada a questão da prescrição.

A respeito desse ponto, afirmou a MM. Juíza sentenciante o seguinte:

“Com relação às marcas registradas pela ré ROMARIA, imperativo se faz o reconhecimento da prescrição relativamente aos registros concedidos antes de 03 dezembro 1991, a teor do artigo 174 da Lei 9279/1996 e do artigo 6º da Convenção de Paris, ambos prevendo o prazo de cinco anos para o pleito de anulação.

A exceção ao prazo quinquenal previsto no artigo 6º BIS da Convenção de Paris diz respeito à ocorrência de má-fé na obtenção do registro, o que não se verifica na hipótese dos autos. Com efeito, a ré ROMARIA atua no mercado brasileiro há cerca de 100 anos e seus sócios-proprietários possuem o patronímico TRUSSARDI, o que torna perfeitamente natural o registro dessa marca nominativa perante o INPI.

Não há, pois, sequer indícios de que quando postularam o registro da marca TRUSSARDI tivessem em mente confundir o consumidor e praticar concorrência desleal com a marca italiana TRUSSARDI, que já obtivera o registro na Itália nas classes 18 e 25, conforme faz prova o documento de fls. 22/24, traduzido a fls. 25/27. Desse modo, prescrito o direito de postular a anulação dos registros efetuados anteriormente a 03 DEZEMBRO 1991 (registros nºs 006951031, 006943179, 006800602, 813744083, 813744121, 813744130 e 813744148), resta analisar o pleito relativamente aos registros 813744113, 815570023, 817360999, 813744091 e 815632380, obtidos pela ré ROMARIA no quinquênio que antecede o ajuizamento desta ação anulatória” (f. 3.007-3.008).

Do trecho acima transcrito percebe-se que a alegação de prescrição foi acolhida com base na inexistência de má-fé da ré.

Ocorre, contudo, que a existência ou não de má-fé é questão de mérito, de modo que não poderia fundar o acolhimento da alegação de prescrição.

É certo que, quando fundada na má-fé da parte demandada, a ação é imprescritível, nos termos do artigo 6º BIS da Convenção de Paris. Isso, porém, não quer dizer que, conforme haja ou não, concretamente, má-fé a ação estará ou não prescrita.

Ora, a prescrição tem por objeto a ação, de modo que a aferição daquela deve ser feita conforme os termos em que formulada a demanda e não de acordo com o que resultar da prova.

Assim, se a demanda inicial fundou-se na alegação de má-fé, não há falar em prescrição; e se houve ou não, concretamente, a alegada má-fé, a questão passa a ser de mérito, atinente à procedência ou à improcedência do pedido.

In casu, dúvida não há de que a demanda inicial fundou-se na alegação de má-fé da demandada. Basta mirar a exordial a partir da f. 11 dos autos. Logo, deve ser afastada a cogitada prescrição.

Quanto ao mérito, propriamente dito, é inegável que a empresa ré e suas antecessoras utilizam, no Brasil, a marca “Trussardi” há muito mais tempo do que a empresa autora tem de existência.

Deveras, os documentos acostados à contestação comprovam que já na primeira metade do século passado o nome “Trussardi” era usado e conhecido comercialmente no Brasil, especificamente nos ramos de tecelagem, rendas, bordados e passamanarias (f. 412 e seguintes).

Também é forte o elemento de prova constante à f. 476, uma notícia de jornal datada de 17 de abril de 1968, registrando que a empresa sofreu um incêndio que destruiu seus estoques, compostos de “tecidos, nylon e rendas”, produzindo prejuízo milionário.

Ainda, merece destaque o documento de f. 480, a demonstrar que em 5 de dezembro de 1977 a empresa ré fez o depósito da marca “Trussardi” para os ramos de roupas e acessórios do vestuário de uso comum, roupas e acessórios do vestuário para a prática de esportes e roupas e acessórios do vestuário de uso profissional.

Daí não resulta, porém, que a empresa ré tenha o direito de valer-se da mencionada marca para todo e qualquer ramo de atividade comercial ou industrial.

Ora, da circunstância de uma empresa dedicar-se, no Brasil, a certo ramo de atividade e valer-se de determinada marca não deriva que ela possa legitimamente obter registros dessa mesma marca para outros artigos, anteriormente produzidos por empresa

diversa e que ostente notoriedade internacional.

In casu, do exame dos autos constata-se que alguns dos registros deferidos à empresa ré efetivamente violaram direitos da empresa autora.

Na petição inicial, a autora pediu o reconhecimento da nulidade dos seguintes registros obtidos pela ré:

a) 006.800.602 (classe 26.10 do Ato Normativo INPI 051/81, que corresponde a artigos e artefatos de armarinho), obtido em 10 de outubro de 1978;

b) 006.943.179 (classe 24.10, que corresponde a tecidos em geral), obtido em 10 de julho de 1979;

c) 006.951.031 (classe 25, subclasses 10, 20 e 30, que correspondem a roupas e acessórios do vestuário de uso comum, roupas e acessórios do vestuário para a prática de esportes e roupas e acessórios do vestuário para uso profissional), obtido em 10 de julho de 1989;

d) 813.744.083 (classe 14.30, que corresponde a joias e suas imitações), obtido em 18 de junho de 1991;

e) 813.744.091 (classe 28.20, que corresponde a artigos para ginástica, esporte, caça e pesca, exceto roupas e acessórios do vestuário), obtido em 19 de abril de 1994;

f) 813.744.113 (classe 03.20, que corresponde a produtos de perfumaria e de higiene e artigos de toucador em geral), obtido em 5 de dezembro de 1995;

g) 813.744.121 (classe 34.20, que corresponde a artigos para fumantes), obtido em 14 de maio de 1991;

h) 813.744.130 (classe 16, subclasses 20 e 30, que correspondem a livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral e artigos para escritório, material didático e de desenho), obtido em 14 de maio de 1991;

i) 813.744.148 (classe 20, subclasses 20 e 25, que correspondem a faqueiros e talheires em geral e artigos e utensílios de utilidade doméstica), obtido em 23 de abril de 1991;

j) 815.570.023 (classe 25.60, que corresponde a artigos de viagem), obtido em 17 de outubro de 1995; e

k) 815.632.380 (classe 19, subclasses 10, 30 e 40, que correspondem a materiais para construção e pavimentação em geral, pias, peças sanitárias e artigos similares e artigos utilizados em instalações hidráulicas), obtido em 12 de julho de 1994.

Na instância singular, a pretensão foi acolhida em relação ao registro nº 815.570.023, concedido à ré em 17 de outubro de 1995, para a classe 25.60 (artigos de viagem).

De fato, a autora obtivera, *no ano de 1974*, na Itália, o registro da marca “Trussardi” para, dentre outros produtos, “*baús e malas*” (f. 26), pertencentes à classe 25.

É fundamental consignar, outrossim, que nos autos há notícia jornalística veiculada em *4 de agosto de 1989* (f. 846) dando conta de que a ré mantinha “negociações com a empresa detentora da marca ‘Trussardi’ nos mercados europeu, norte-americano e japonês, para a sua utilização no Brasil”; e há também outra notícia no mesmo sentido, veiculada na imprensa escrita em *7 de maio de 1991* (f. 289), revelando, inclusive, que as empresas brasileira e italiana estariam “acertando os últimos detalhes para fechar o contrato”.

Também é importante destacar que ambas as reportagens foram feitas a partir de declarações do diretor da empresa ré, Romeu Trussardi Filho, permitindo as conclusões de que, *já em 1989*, a empresa ré admitia que a empresa autora alcançara os mercados

européu, norte-americano e japonês; e de que, ao requerer o registro da marca, no Brasil, em 1995, a empresa ré evidentemente sabia da precedência da Trussardi italiana em determinados segmentos econômicos.

Esse quadro revela, sem sombra de dúvidas, a má-fé da empresa ré ao requerer o mencionado registro, impondo-se, destarte, a confirmação da sentença nesse particular.

Acresça-se o fato de que, *no ano de 1987*, a empresa ré buscou o registro, no Brasil, de uma marca figurativa exatamente igual à utilizada pela empresa autora na Itália, precisamente a efígie de um galgo (cf. f. 29 e seguintes e 200).

Não bastasse, também a utilização da mesma apresentação gráfica do vocábulo “TRUSSARDI”, bem demonstrada pela empresa autora à f. 3.065, espanca qualquer dúvida a respeito da má-fé da empresa ré.

Precisamente aqui se verifica, a olhos vistos, que a empresa ré mergulhou fundo na desfaçatez ao afirmar que “jamais pretendeu se espelhar na eventual notoriedade que o nome ‘Trussardi’” (f. 369). Longe disso, o que os autos evidenciam é que a empresa ré, aproveitando-se do patronímico “Trussardi” de seus proprietários e do anterior uso da marca em outros segmentos econômicos, passou a buscar registros precisamente sobre ramos de atuação da autora, chegando ao extremo, frise-se, de pretender o registro do mesmo logotipo.

A par disso, não há como desprestigiar a sentença na parte em que assevera que, “no quesito notoriedade a autora TRUSSARDI possui assegurada a proteção internacional do direito marcário, posto que atua no segmento de luxo há muitos anos, produzindo peças de vestuário, bolsas, malas, perfumes, canetas e objetos de luxo vendidos nas grandes lojas do mundo, inclusive em *Free-shoppings*, a preços acessíveis somente a uma classe sócio-econômica alta, tudo conforme demonstra a documentação acostada à petição inicial” (f. 3.013).

Dentre esses “objetos de luxo”, cumpre apontar diversos itens para escritório e de uso pessoal, como lupas, régua, relógios, pesos para papeis, portacartões, portacanetas, portarretratos, chaveiros, portanotas, pinceis e aparelhos para barbear, abridores de garrafas, cortador de queijo, cinzeiros, portafósforos, portacigarros, portatabaco, portacharuto, cachimbos e isqueiros, como se vê às f. 51 e seguintes.

Ainda, o documento de f. 112 comprova que a empresa autora utiliza a marca “Trussardi” em artigos de cerâmica, precisamente pisos e revestimentos para construção civil.

Assim, afastada a prescrição e evidenciada a má-fé da empresa ré em relação a alguns dos registros, é de rigor acolher-se em parte o pedido, fulminando-se os seguintes:

a) 813.744.113 (classe 03.20, que corresponde a produtos de perfumaria e de higiene e artigos de toucador em geral), obtido em 5 de dezembro de 1995;

b) 813.744.121 (classe 34.20, que corresponde a artigos para fumantes), obtido em 14 de maio de 1991;

c) 813.744.130 (classe 16, apenas a subclasse 30, que corresponde a artigos para escritório, material didático e de desenho), obtido em 14 de maio de 1991;

d) 813.744.148 (classe 20, apenas a subclasse 25, que corresponde a artigos e utensílios de utilidade doméstica), obtido em 23 de abril de 1991;

e) 815.570.023 (classe 25.60, que corresponde a artigos de viagem), obtido em 17 de outubro de 1995; e

f) 815.632.380 (classe 19, apenas a subclasse 10, que corresponde a materiais para

construção e pavimentação em geral), obtido em 12 de julho de 1994.

Quanto aos demais, não há prova de que a empresa autora possuísse registro específico ou que se dedicasse à industrialização ou à comercialização dos respectivos produtos, também não se podendo afirmar, à vista das datas em que concedidos os registros à ré, tenha havido, da parte desta, má-fé.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da ré e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da autora para, julgando procedente em parte o pedido inicial, determinar ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI o cancelamento dos registros 813.744.113 (classe 03.20); 813.744.121 (classe 34.20); 813.744.130 (classe 16, apenas a subclasse 30); 813.744.148 (classe 20, apenas a subclasse 25); 815.570.023 (classe 25.60); e 815.632.380 (classe 19, apenas a subclasse 10). Considerando a sucumbência recíproca, mantenho a sentença no que tange à distribuição dos respectivos ônus.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0049734-02.1998.4.03.6100
(2001.03.99.045307-0)

Apelantes: BANCO BMD S/A E BANCO CENTRAL DO BRASIL
Apelado: HAMBURG GRÁFICA EDITORA LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: ApelReex 731880
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CÂMBIO FUTURO. ADIANTAMENTO DE VALORES PELO CONTRATANTE. POSTERIOR LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. DESCABIMENTO DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES ADIANTADOS. CRÉDITO EM FAVOR DO CONTRATANTE. HABILITAÇÃO NO CONCURSO DE CREDORES (ART. 22 DA LEI 6.024/74).

1. É competente a Justiça Federal, já que a instituição financeira demandada encontra-se em regime de liquidação extrajudicial, levada a efeito pelo BACEN.
2. Não ocorreu cerceamento de defesa, pois pretensão inicial não exige a produção de prova pericial.
3. O contrato de câmbio futuro caracteriza aplicação financeira, na medida em que o banco depositário assume o risco de eventuais variações positivas da moeda estrangeira, de forma a garantir ao importador a paridade monetária existente no momento da realização da operação.
4. Os valores adiantados pelo contratante passam a integrar o patrimônio da instituição depositária, gerando ao primeiro somente um crédito contra aquela instituição. Entrando a instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial, resta ao contratante a habilitação do seu crédito no concurso de credores, na forma do art. 22 da Lei 6.024/74.
5. Destarte, os valores encontrados na posse da instituição financeira no momento em que decretada a intervenção tornam-se indisponíveis, submetendo os credores ao princípio *par conditio creditorum*.
6. O E. TRF da 3ª Região tem decidido no sentido de que se trata de “verdadeira aplicação financeira, na medida em que se tratando de contrato para liquidação futura, o contratante não está obrigado a entregar antecipadamente os valores envolvidos. Pode, fazê-lo voluntariamente, a fim de assegurar a cotação da moeda estrangeira e ainda obter remuneração pelo valor depositado até a data da liquidação” (TRF3 - AC 200603990260343, Apelação Cível 1129933, Segunda Turma, Relator Des. Fed. Henrique Herkenhoff, DJF3 CJ1 Data: 05/11/2009, Pág: 24).
7. A restituição ou pagamento dos contratos, como pretende a apelante, implicaria mácula ao princípio do *par conditio creditorum*, pois conferiria a ela, em relação aos demais credores, uma prerrogativa ilegal, excluindo-a da socialização dos riscos e perdas que permeiam o processo de liquidação extrajudicial e falência.
8. Preliminares rejeitadas. Apelações providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Turma do Projeto Mutirão Judiciário em Dia da Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e dar provimento às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de novembro de 2011.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação contra a r. sentença que, em ação ordinária, julgou procedente o pedido, para condenar as instituições financeiras ao cumprimento do contrato de câmbio de venda - transferências para o exterior.

Nas razões de apelação, as instituições financeiras requerem o julgamento de improcedência do pedido inicial.

Já o BACEN reitera, em suas razões, os argumentos antes expendidos em suas peças processuais.

As contrarrazões foram apresentadas.

Este o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): a parte autora visa a obtenção de tutela jurisdicional que viabilize o cumprimento de contrato de câmbio de venda - tipo 04 (transferências financeiras para o exterior), ou sucessivamente, a restituição do valor equivalente à moeda estrangeira adquirida para pagamento da importação, na moeda corrente nacional.

Informa que, no período compreendido entre a assinatura dos contratos de câmbio e o seu efetivo cumprimento, a instituição financeira BMD S. A., contratada e depositária do numerário, entrou em liquidação extrajudicial por determinação do Banco Central do Brasil - BACEN.

De início, observo que a competência para o julgamento desta ação é da Justiça Federal, já que a instituição financeira demandada encontra-se em regime de liquidação extrajudicial, levada a efeito pelo BACEN.

Confira-se:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. LIBERAÇÃO DE DEPÓSITOS. BACEN. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A intervenção e liquidação extrajudicial de instituição financeira dá-se por ordem e conta de atividade constitucionalmente reservada ao BACEN como órgão gestor do Sistema Financeiro Nacional. Estando a impetração voltada contra o BACEN e

o liquidante, firma-se de qualquer modo a competência da Justiça Federal. 2. A legitimidade do BACEN firma-se na medida em que dando concretude à Lei nº 6.024/74, decorre de seu poder de polícia sobre as instituições em liquidação extrajudicial a nomeação do liquidante, com os poderes inerentes à administração e liquidação, bem como no que se refere à classificação dos créditos. 3. A representação judicial de instituição em liquidação extrajudicial compete a seu liquidante, sendo certo ademais que o procedimento em muito se assemelha ao processo falimentar, estabelecendo-se o sistema de regime de sistema concursal, com a arrecadação forçada de todos os bens da massa, para a satisfação dos credores somente podendo ser honrados os créditos nos limites do quantum apurado naquela. 4. Estando os valores depositados compondo a ‘massa liquidanda’, não há qualquer possibilidade de entrega antecipada da aplicação com seus consectários legais, sem infringência ao princípio constitucional da isonomia entre os credores. Precedente: REsp nº 39.595/RN - Rel. Min. PEÇANHA MARTINS - RSTJ 82/127. 5. Segurança denegada.” (TRF-3, AMS 200303990258852, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, Sexta Turma, por unanimidade; j. 13/10/2004 - o destaque não é original)

Por isto, afasto a preliminar de incompetência.

Também não procede a alegação de cerceamento de defesa.

O que pretende o autor é obter o cumprimento de contrato de câmbio. Não se trata, portanto, de controvérsia que demande, por sua natureza, a produção de prova pericial.

De outra parte, não restou demonstrado qualquer prejuízo em razão do julgamento antecipado da lide.

No mérito, a r. sentença merece, contudo, reforma.

O contrato de câmbio futuro caracteriza aplicação financeira, na medida em que o banco depositário assume o risco de eventuais variações positivas da moeda estrangeira, de forma a garantir ao importador a paridade monetária existente no momento da realização da operação.

Os valores adiantados pelo contratante passam a integrar o patrimônio da instituição depositária, gerando ao primeiro somente um crédito contra aquela instituição. Entrando a instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial, resta ao contratante a habilitação do seu crédito no concurso de credores, na forma do art. 22 da Lei 6.024/74.

Destarte, os valores encontrados na posse da instituição financeira no momento em que decretada a intervenção tornam-se indisponíveis, submetendo os credores ao princípio *par conditio creditorum*.

Por isso, o E. TRF da 3ª Região tem decidido no sentido de que se assemelha a “verdadeira aplicação financeira, na medida em que se tratando de contrato para liquidação futura, o contratante não está obrigado a entregar antecipadamente os valores envolvidos. Pode, fazê-lo voluntariamente, a fim de assegurar a cotação da moeda estrangeira e ainda obter remuneração pelo valor depositado até a data da liquidação” (TRF3 - AC 200603990260343, Apelação Cível 1129933, Segunda Turma, Relator Des. Fed. Henrique Herkenhoff, DJF3 CJ1 Data: 05/11/2009, Pág: 24).

É de se concluir que a restituição ou pagamento dos contratos, como pretende a apelante, implicaria mácula ao princípio do *par conditio creditorum*, pois conferiria a ela, em relação aos demais credores, uma prerrogativa ilegal, excluindo-a da socialização

dos riscos e perdas que permeiam o processo de liquidação extrajudicial e falência.

Neste sentido, reiteradamente vem entendendo a Jurisprudência:

“APELREE 200603990471068

APELREE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1165276

Relator(a) JUÍZA CECÍLIA MARCONDES

Sigla do órgão TRF3

Órgão julgador TERCEIRA TURMA

Fonte DJF3 CJ1 DATA: 04/10/2010 PÁGINA: 322

Decisão

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

Ementa

PROCESSUAL CIVIL - CONTRATO DE CÂMBIO PARA LIQUIDAÇÃO FUTURA - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - BACEN - PRESENÇA DE INTERESSE DIRETO DA AUTARQUIA FEDERAL - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE MANDATO - NÃO CONFIGURADA - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL LEGITIMIDADE - RESTITUIÇÃO DOS VALORES OU PAGAMENTO DOS CONTRATOS - NÃO CABIMENTO. 1 - As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos da Lei nº 6.024/74, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, cuja execução ficará a cargo de interventor nomeado pela referida autarquia federal, com plenos poderes de gestão. Ademais, em seu art. 6º, a Lei 6024/74 prevê que ‘a intervenção produzirá, desde sua decretação, os seguintes efeitos: a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas; b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; c) inexistência dos depósitos já existentes à data de sua decretação’. 2 - Ainda que nenhum recurso tenha sido retido pelo BACEN, a verdade é que a instituição financeira se tornou inadimplente em face da intervenção decretada, de modo que, se é o responsável pelo funcionamento das instituições financeiras e pela intervenção em comento, deve o BACEN permanecer no polo passivo da demanda, restando, por conseguinte, a competência da Justiça Federal para dirimir o presente litígio. 3 - O réu BMD S/A, ao receber o adiantamento da moeda estrangeira, passou a dispor dos referidos valores, assumindo os riscos (perdas ou ganhos) de uma possível variação do câmbio. O referido adiantamento representa, pois, verdadeira aplicação financeira, à medida que o contratante não está obrigado a entregar antecipadamente os valores envolvidos. Pode fazê-lo, voluntariamente, a fim de assegurar a cotação da moeda estrangeira e ainda obter remuneração pelo valor depositado até a data da liquidação, entretanto, assume os riscos inerentes ao negócio entabulado, inclusive o de insolvência do tomador. 4 - A restituição ou pagamento dos contratos implicaria inobservância ao princípio do ‘par conditio creditorum’, pois daria à parte autora, em relação aos demais credores, uma prerrogativa ilegal, excluindo-a da socialização dos riscos e perdas que permeiam o

processo de liquidação extrajudicial. 5 - Preliminares afastadas e apelações e remessa oficial providas.”

“AC 199961000337349

AC - APELAÇÃO CÍVEL - 792381

Relator(a) JUIZ RUBENS CALIXTO

Sigla do órgão TRF3

Órgão julgador TERCEIRA TURMA

Fonte DJF3 CJ1 DATA: 14/01/2011 PÁGINA: 644

Decisão

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

Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CÂMBIO FUTURO. ADIANTAMENTO DE VALORES PELO CONTRATANTE. POSTERIOR LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES ADIANTADOS. CRÉDITO EM FAVOR DO CONTRATANTE. HABILITAÇÃO NO CONCURSO DE CREDORES (ART. 22 DA LEI 6.024/74). 1. O contrato de câmbio futuro caracteriza verdadeira aplicação financeira, na medida em que o banco depositário assume o risco de eventuais variações positivas da moeda estrangeira, de forma a garantir ao importador a paridade monetária existente no momento da realização da operação. 2. Os valores adiantados pelo contratante passam a integrar o patrimônio da instituição depositária, gerando ao primeiro somente um crédito contra aquela instituição. 3. Entrando a instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial, resta ao contratante a habilitação do seu crédito no concurso de credores, na forma do art. 22 da Lei 6.024/74. 4. Inocorrência de ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, moralidade, devido processo legal substantivo, propriedade e garantia ao ato jurídico perfeito. 5. Inaplicabilidade dos art. 16 e 34 da Lei 6.024/74 e ao art. 76 da Lei de Falência. 6. Apelação improvida.”

Ante o exposto, rejeito as preliminares e dou provimento às apelações, para julgar improcedente o pedido inicial.

Fica invertida a responsabilidade pela verba honorária.

É o meu voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0405771-64.1998.4.03.6103
(1998.61.03.405771-0)

Apelante: RAFAEL CERBINO
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1637455
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - PATRULHEIRO RODOVIÁRIO FEDERAL - INVESTIGAÇÃO SOCIAL - CANDIDATO DENUNCIADO JUDICIALMENTE POR PORTE DE ENTORPECENTES (ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76) - PUNIBILIDADE EXTINTA EM SEGUNDA INSTÂNCIA EM VIRTUDE DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA - EXCLUSÃO DO CERTAME POR AUSÊNCIA DE IDONEIDADE MORAL - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ATO ADMINISTRATIVO ANULADO.

I - Consoante a hodierna jurisprudência dos Tribunais Superiores, viola o princípio da presunção de inocência - art. 5º, LVII, da Constituição Federal - a exclusão de candidato de concurso público em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa, bem como daquele que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral apurados na fase de investigação social do certame. Precedentes: REsp 414.929/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 510; AgRg no REsp 1127505/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 21/03/2011; AgRg no AI 769.433/CE, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 12.02.2010; RE 559135 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-06 PP-01131; AI 741101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-12 PP-02281.

II - Apelação provida para julgar procedente o pedido formulado na inicial e, anulando o ato de exclusão proferido no Processo Administrativo nº 08.658.000.448/94, determinar o prosseguimento do apelante no certame.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação, vencida a Desembargadora Cecília Marcondes que lhe negava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2011.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação interposta nos autos da ação de anulação de ato administrativo proposta com o objetivo de reconhecer a anulabilidade do ato administrativo que excluiu o autor do concurso de Patrulheiro Rodoviário Federal.

Alega o autor ter participado do concurso de ingresso na carreira de Patrulheiro Rodoviário Federal realizado no ano de 1993, obtendo aprovação em todas as etapas. Contudo, durante a última fase do curso de formação, já em vias de ser nomeado e empossado, foi excluído sumariamente depois de uma suposta investigação social e secreta de idoneidade moral em que foi tachado inveridicamente de “traficante de drogas” e “indivíduo pernicioso para a sociedade”. Diz que tais alegações, que motivaram o ato de exclusão, não correspondem à verdade porque respondia tão somente pelo crime de porte de entorpecentes, então previsto no artigo 16 da Lei nº 6.368/76, no qual foi condenado em Primeira Instância e teve reconhecida a prescrição da pretensão punitiva junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Argumenta não ter tido direito de defesa no processo administrativo que culminou com a sua exclusão, sendo que os verdadeiros motivos somente foram conhecidos em 1997, três anos depois do ato cuja anulação pretende, oportunidade ainda em que verificou que havia sido objeto de perseguição injusta por parte do servidor da Administração responsável pela investigação social, que agiu de forma a beneficiar candidato remanescente, que aguardava a lista de convocação, filho de um patrulheiro.

Antecipação da tutela indeferida (fls. 167/168).

Contestação a fls. 189/194.

A tutela foi antecipada em 04 de dezembro de 2003 (fls. 1628/1630).

Alegações finais da parte autora a fls. 1822/1849.

A MMª Juíza *a quo* julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito com supedâneo no artigo 269, I, do CPC, e condenando o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (fls. 1865/1883).

Em apelação interposta a fls. 1886/1935 o autor alega, em síntese, ter sido processado por porte de drogas (artigo 16 da Lei nº 6.368/76), porém o agente da Administração responsável pela investigação social emitiu parecer dizendo que o delito era o de tráfico de drogas (artigo 12) e que se tratava de um “indivíduo pernicioso para a sociedade”. Devido a essa falsa informação foi eliminado do certame, ato este que reputa ilegal e contra o qual se insurge. Sustenta que a documentação acostada aos autos faz prova das irregularidades e abusos que marcaram o concurso, evidenciando a falta de motivação do ato administrativo. Diz ter sido vítima de pessoas mal intencionadas que buscavam qualificar outro candidato, filho de um patrulheiro aposentado. Sustenta haver falhas na investigação social porque no mesmo dia em que sobreveio a informação de que respondia a um processo por porte de entorpecentes o agente José Dirceu de Paula anotou que o candidato era traficante e pernicioso para a sociedade, salientando, ainda, a existência de trechos em branco no relatório de investigação. Argumenta que o delito de porte de droga já estava prescrito na época da inscrição para o concurso, pois o acórdão reconheceu que

a infração estava prescrita em 22.09.93, enquanto o período de inscrição foi de 27.09 a 08.10.93. Ainda que assim não fosse, pondera que a jurisprudência já se assentou no sentido de que o reconhecimento da prescrição em crime de porte de entorpecente não impede a posse em cargo público. Com base na motivação do ato administrativo, afirma que se os motivos são inexistentes não há como subsistir o ato administrativo.

Contrarrazões a fls. 1945/1945.

Processado o recurso, subiram os autos a esta E. Corte.

Hipótese de revisão consoante os ditames regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Cuida-se de apelação interposta nos autos da ação de anulação de ato administrativo proposta para anular o ato administrativo que excluiu o autor do concurso de Patrulheiro Rodoviário Federal.

Como é sabido, concurso é o meio imposto à Administração Pública direta e indireta para a seleção de profissional que se demonstre apto. Cuida-se de exigência constitucional, consoante se extrai do artigo 37, inciso II, da Carta Magna:

“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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - ...

II - a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

Tenho entendimento de que o edital constitui a norma de um concurso, o qual vincula não só o Poder Público como também os particulares que a ele aderem voluntariamente.

O Edital do Concurso Público de Patrulheiro Rodoviário Federal, anexado a fls. 33/34 dispõe sobre as inscrições:

“II - DAS INSCRIÇÕES:

(...)

2.3 - DOS DOCUMENTOS DE INSCRIÇÃO - De acordo com o artigo 2º, do Decreto nº 86.364, de 14/09/1981, o candidato deverá apresentar, no ato de inscrição, documento de identidade e assinar declaração, sob as penas da lei, de que possui os demais requisitos exigidos para o Concurso, devendo comprová-los antes do início do Curso de Formação, para poder ser matriculado no mesmo, conforme elencado no item 2.2 do Edital e de que tem *procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável*, bem como de que conhece e acata as normas reguladoras do Concurso.” - grifo e destaque inexistente no original.

A exigência é plenamente justificável diante do cargo oferecido, uma vez que o patrulheiro rodoviário lidará diuturnamente com situações envolvendo infrações administrativas e criminais, estando exposto às irregularidades cometidas pelos motoristas que deverá combater.

Procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável são mais abrangentes do que simples inexistência de sentença penal condenatória. Assim, devido às atribuições do cargo a Administração não se contenta em selecionar apenas candidatos que não possuam condenação criminal, mas sim pessoas contra as quais não pesem qualquer mácula, que tenham conduta correta, perfeita e moral incensurável.

Nesse sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. FATOS QUE CONFIGURAM CRIME. APURAÇÃO NA VIA CRIMINAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE. I - *A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes.* II - As condutas apuradas pela Comissão de Investigação Social do concurso, as quais foram devidamente apuradas na esfera penal, tendo, algumas, sentença condenatória com trânsito em julgado, são incompatíveis com o que se espera de um policial militar, em cujas atribuições funcionais se destacam a preservação da ordem pública e manutenção da paz social. III - O direito à ampla defesa, em concurso público, se materializa com a interposição de recurso administrativo, o qual, na espécie, não foi interposto pelo recorrente. Recurso ordinário desprovido.”

(STJ, ROMS nº 22089, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26.06.2007, DJ 13.08.2007, pág. 390) - grifo meu.

No caso dos autos, o que verifico é que apesar de o apelante não ser o traficante de drogas apontado no procedimento de investigação social, também não pode dizer que possui procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável porque fora processado - e condenado em Primeira Instância - pelo crime de porte de entorpecentes, delito que tinha previsão no artigo 16 da agora revogada Lei nº 6.368/76. E não foi absolvido pelo Tribunal de Justiça, mas sim teve a sua punibilidade extinta por força do reconhecimento da prescrição retroativa, vez que decorrido tempo superior a um ano entre a data da publicação da sentença condenatória e a distribuição do recurso na Segunda Instância. Não significa que o fato não existiu, que não era infração penal e tampouco que o apelante não era o seu autor; mostra apenas que o Estado foi moroso em sua atividade jurisdicional e, por essa razão, ficou impossibilitado de buscar a *sanctio iuris*.

Portanto, entendo que não há que se confundir irrepreensibilidade de conduta e moral inatacável com ausência de condenação penal. São situações independentes e que não se confundem.

Logo, o fato de ter ocorrido a extinção da punibilidade por força da prescrição não socorre o apelante, que não preenchia as condições impostas no edital por ocasião da inscrição.

Por outro lado, observo que a censurável, desmedida e altamente reprovável conduta do servidor responsável pela informação de que o candidato era traficante de drogas e pernicioso para a sociedade não foi o fator determinante a ensejar o ato administrativo que excluiu o apelante do concurso.

Com efeito, instaurado o procedimento administrativo, assim foi relatado o perfil do candidato (fls. 195/196):

“Levamos à V. Sa., que após informações colhidas junto ao local onde reside e à 2ª DELEGACIA DE POLÍCIA DE LORENA; constatamos que o Sr. RAFAEL CERBINO, candidato à P. R. R., fez ou faz uso de ‘DROGA’, conforme Telex nº 228.0958 (em anexo), emitida pela DEL. de Lorena, onde o candidato em questão, está respondendo Inquérito Policial, por uso de Droga, incluso no artigo 16 do Código Penal.” (*sic*)

Logo, o motivo da exclusão não foi a falaciosa acusação de tráfico de drogas, mas sim o envolvimento do autor com o uso de substâncias ilícitas, fato este incontroverso nos autos porque em nenhum momento refutado pelas partes.

E não há que se falar em vícios no procedimento administrativo, pois se é certo que a sua instauração se fundamentou numa mentira, os fatos apurados são verdadeiros e demonstram que o apelante não possuía conduta irrepreensível e moral inatacável.

Quanto à motivação, o apelante deve ter em mente que o procedimento administrativo está sujeito ao princípio do informalismo, de forma que não se exigem formas sacramentais e inflexíveis. Como corolário deste princípio tem-se que o administrador pode adotar a motivação expedida em relatório pela comissão processante.

A documentação acostada a fls. 1032/1037 mostra que o relatório do Chefe de Setor de Serviços Gerais Arly de Oliveira Cruz apontou que as informações obtidas junto à Delegacia de Polícia de Lorena indicavam que o apelante fez ou faz uso de drogas e que respondia judicialmente por este motivo. Este relatório foi levado ao conhecimento do Chefe de Seção de Ens. e Ética e Disciplina, que sugeriu o desligamento do candidato (fls. 1034). O Chefe do Setor de Correição e Disciplina opinou pela exclusão do candidato (fls. 1035), no que foi seguido pelo Chefe de Divisão (fls. 1036).

Portanto, ao contrário do que sustenta o apelante, o ato decisório que o excluiu do certame encontra-se devidamente motivado.

Finalmente, como bem decidiu a competente magistrada *a quo*, a situação analisada nestes autos envolve apenas e tão somente o apelante, não abrangendo a situação de outros candidatos, ainda que estes tenham sido indevidamente aprovados e empossados no cargo. De fato, eventuais fraudes apuradas no processo seletivo cometida por outros postulantes ao posto em nada aproveita ao candidato apelante, que restou excluído por não possuir conduta irreprovável conforme exigido no edital.

Por todo o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR: Trata-se de apelação interposta em face de sentença que, nos autos de ação de anulação de ato administrativo, julgou

improcedente o pedido de anulação do ato que excluiu o autor do concurso de Patrulheiro Rodoviário Federal.

O apelante sustenta que, já em vias de ser nomeado e empossado, foi sumariamente excluído do certame após uma suposta investigação social secreta de idoneidade moral, na qual foi tachado de “traficante de drogas” e “indivíduo pernicioso para a sociedade”. Alega que sofreu injusta perseguição por parte do servidor incumbido da investigação social, que não teve direito a defesa no processo administrativo que culminou em sua exclusão, e que, embora tenha sido condenado em primeira instância pelo crime de porte de entorpecentes, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, teve reconhecida junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a prescrição da pretensão punitiva, ocorrida em data anterior à época da inscrição no concurso.

O voto da e. Relatora nega provimento ao recurso, mantendo integralmente a r. sentença.

Em que pese tenha a e. Relatora lastreado seu voto em precedente do Superior Tribunal de Justiça (ROMS 22089), no sentido de que a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa quanto às infrações penais que porventura tenha praticado, servindo também para avaliar a conduta social e moral, peço vênia para divergir de seu voto e prestigiar a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, hodiernamente firmada no sentido de que viola o princípio constitucional da presunção da inocência a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. INQUÉRITO POLICIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que viola o princípio constitucional da presunção de inocência a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF. AgRg no AI 769.433/CE, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 12.02.2010)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO. ELIMINAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ART. 5º, LVII, DA CF. VIOLAÇÃO. I - Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.” (STF. RE 559135 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-107, DIVULG 12-06-2008, PUBLIC 13-06-2008, EMENT VOL-02323-06, PP-01131)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo a inquérito ou ação penal, sem pena condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. AI 741101, AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099, DIVULG 28-05-2009, PUBLIC 29-05-2009, EMENT VOL-02362-12, PP-02281)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CABOS DA PMDF. CANDIDATO QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ofende o princípio da presunção de inocência a exclusão do concurso público de candidato que responde a processo criminal, sem sentença condenatória transitada em julgado. Precedentes do STF e do STJ.

2. Agravo Regimental desprovido.”

(STJ. AgRg no REsp 1127505/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 21/03/2011)

Acerca da exata hipótese de exclusão de candidato do certame em razão de processo criminal já extinto pela prescrição, cumpre transcrever o acórdão proferido pela e. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, nos autos do REsp nº 414.929/PR:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM RAZÃO DE PROCESSO CRIMINAL JÁ EXTINTO PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Em observância ao princípio da presunção de inocência - art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral.

2. Recurso especial conhecido e improvido.”

(REsp 414.929/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 510)

No caso dos autos, em que pese ter sido condenado em primeira instância por porte de entorpecentes, o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, extinguindo a ação penal. Destarte, não houve condenação transitada em julgado.

Em observância ao princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a conduta do apelante não pode afetar os requisitos de procedimento

irrepreensível ou idoneidade moral inatacável, uma vez que não foi definitivamente condenado no processo criminal e, conforme informações constantes dos autos, é primário e possui bons antecedentes.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para julgar procedente o pedido formulado na inicial e, anulando o ato de exclusão proferido no Processo Administrativo nº 08.658.000.448/94, determinar o prosseguimento do apelante no certame.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR

APELAÇÃO CÍVEL
0022763-43.1999.4.03.6100
(1999.61.00.022763-5)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apeladas: CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA S/A E AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

Sucedido: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM - DNER

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 1320479

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/02/2012

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO PÚBLICO CONCESSIONADO DE CONSERVAÇÃO E OBRAS EM ESTRADAS DE RODAGEM. ISSQN. COBRANÇA INDEVIDA EM PEDÁGIO. REDUÇÃO DE TARIFAS POSTERIORES E REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS. POSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL. BOA-FÉ. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL.

1. Primeiramente, não deve ser conhecido o agravo retido, uma vez que não houve reiteração do pedido de sua apreciação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do CPC.

2. Reconhecido pelas corrés o recolhimento indevido do ISSQN nas tarifas de pedágio, no período de agosto de 1996 a fevereiro de 1999, o cerne da questão posta a desate e objeto do recurso apresentado pelo MPF, cinde-se nos seguintes pontos principais: a restituição dos valores indevidamente recolhidos aos usuários do serviço, com o desdobramento da análise das providências adotadas pelas corrés e a indenização por danos morais coletivos.

3. A restituição aos usuários lesados, na forma pretendida pelo autor, mostra-se inviável na prática, em virtude da complexidade dos fatores envolvidos, tais como o elevado montante do capital apurado, a pulverização das cifras entre os milhares de usuários atingidos, a forma de comprovação individual do direito à restituição, a mobilização de pessoal, localidades, critérios e instrumentos de averiguação dos créditos, etc.

4. As soluções adotadas pelas corrés, de redução proporcional das tarifas posteriores, bem como da utilização de parte dos recolhimentos indevidos em benfeitorias e melhorias adicionais nas condições da estrada de rodagem se mostram as mais adequadas, diante da situação fática.

5. Conquanto possam não ter abarcado todos que fizeram uso do serviço no período anterior, ou seja, cada um daqueles que efetuaram o recolhimento do valor de pedágio a maior, as medidas apresentam-se, na realidade, como uma das formas mais próximas de se alcançar o melhor retorno possível para o contingente populacional específico, de usuários daquele sistema viário.

6. Enfatize-se que não houve a indevida retenção dos valores por parte das corrés, afastando-se a ocorrência de enriquecimento ilícito, tendo sido demonstrada patentemente a boa-fé no conjunto de atitudes adotado pelas mesmas, com a reversão de todos os recolhimentos indevidos ao patrimônio público, conforme amplamente apurado nos laudos periciais.

7. Do ponto de vista da desnecessidade de nova licitação e da legalidade das medidas saneadoras adotadas, no tocante ao contrato de concessão, podemos concluir que as obras e serviços realizados guardam pertinência com as finalidades e objetos estabelecidos no Edital do certame de concessão, principalmente por se tratar de contrato pelo período de 25 anos (cláusula 90); com previsão expressa da possibilidade de alterações no Programa de Exploração da Rodovia (PER), observando-se os requisitos para tanto (cláusulas 247 a 263), bem como a necessária preservação do equilíbrio econômico para os contratantes.
8. Quanto ao aspecto da responsabilidade objetiva das corrés, o reconhecimento de inconstitucionalidade ou ilegalidade da cobrança de tributos não gera como consequência o direito à indenização por danos morais.
9. *In casu*, a exação foi prevista no Edital do certame de concessão, formulado pela própria Administração Pública, em interpretação equivocada da lei. Assim, embora tenha sido reconhecido posteriormente que não havia respaldo jurídico para o recolhimento, esta situação, obviamente indesejada pelas partes, por si só, não é capaz de gerar o dano moral indenizável.
10. Não foi demonstrada a ocorrência de má-fé ou a existência de dano além do material, ou seja, da cobrança indevida, sendo certo que a restituição integral do indébito, através de obras e serviços em prol do interesse público, dentro dos termos do contrato de concessão, foi cabalmente comprovada nos autos, tendo sido sanados os prejuízos, da melhor maneira possível, no caso concreto.
11. Destarte, não se configurou na espécie o dano indenizável do ponto de vista moral, a lesão causadora de dor extrema, constrangimento, desgaste ou sofrimento destoante do normal, prejudicial à coletividade; não houve a violação do círculo moral coletivo, a ofensa ao patrimônio valorativo dos cidadãos, de forma que pudesse dar ensejo à reparação.
12. Precedentes jurisprudenciais.
13. 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 nego provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora).

Trata-se de apelação em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A e o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, substituído posteriormente por sua sucessora, Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

Objetiva o autor a responsabilização das corrés pelos prejuízos causados aos

consumidores, condenando-as a devolverem aos usuários do serviço público concessionado de conservação e obras em estradas de rodagem, os valores despendidos com os custos da indevida incidência do ISSQN nas tarifas de pedágio, desde a primeira cobrança, em agosto de 1996, acrescida de juros e correção monetária. Os valores devem ficar à disposição dos consumidores que se habilitarem para a liquidação e execução da sentença condenatória e, após um ano, o saldo remanescente deve ser transferido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 100 do CDC. Requer a condenação das corré ao pagamento de indenização pelos danos morais coletivos causados pela cobrança ilícita, em montante a ser fixado por arbitramento, com destinação ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (o art. 13 da Lei 7.347/85), bem como a condenação à redução definitiva dos valores de pedágio em 5%, pela ilegalidade da incidência do ISS, até a edição da lei tributária pertinente. O valor atribuído à causa foi de R\$ 32.822.976,82.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a antecipação da tutela nos seguintes termos: *determino às rés que, no prazo máximo de dez dias, reduzam o valor da tarifa do pedágio cobrado na Rodovia BR 116, que interliga as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro (conhecida como Rodovia Presidente Dutra), descontando a parcela relativa ao ISS (5% sobre as receitas de pedágio), fixando, assim, a TARIFA BÁSICA de pedágio dos atuais R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) para R\$ 3,32 (três reais e trinta e dois centavos), recalculando todas as tarifas derivadas levando em consideração o novo valor da tarifa básica. Determino, ainda, que qualquer aumento futuro na tarifa não inclua os 5% referentes aos ISS, até final julgamento desta ação, se antes não sobrevier lei tributária que validamente institua a cobrança do ISS pelos municípios.*

Desta decisão foi interposto o agravo de instrumento nº 1999.03.00.022571-4, pela corré Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, no qual foi negada a concessão do efeito suspensivo, em 11/6/1999 (fls. 167/171). Posteriormente, o referido agravo foi convertido em retido, neste Tribunal, por decisão proferida em 23/2/2006.

Em 21/6/1999, foi deferido o pedido de suspensão da tutela antecipada, na Suspensão de Segurança nº 1999.03.00.025854-9, requerida pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER (fls. 174/175), tendo sido reconsiderada a decisão, em 02/8/1999, restabelecendo os efeitos da liminar concedida (fls. 442/443). A Suspensão de Segurança foi arquivada em 01/3/2001.

Os laudos do perito judicial foram apresentados às fls. 955/1.011 e 1.749/1.772.

Em 16 de junho de 2004, foi realizada a audiência de conciliação, instrução e julgamento, procedendo-se a oitiva dos peritos judiciais Mario Matsucura e Julio Ricardo Magalhães (fls. 2.018/2.022).

Às fls. 2.055/2.059 foi apresentada a complementação ao laudo pericial “no sentido de se incluir demonstrativo de redução da tarifa determinada pelo TCU e implementada pela ANTT no ano de 2002”.

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, por entender que: *... com a redução dos valores das tarifas, parte da pretensão deduzida pelo MPF já se encontra satisfeita, dado que as tarifas já foram reduzidas levando-se em conta os valores indevidamente recolhidos a título de tributo indevido à época.*

Assim, tendo-se em conta a efetiva utilização dos valores em obras destinadas ao usuário final do sistema viário, sem prejuízo do equilíbrio econômico-financeiro e, de outro lado, a utilização de parte desses valores para a redução do valor do pedágio, não vejo como possa prosperar o pleito do MPF.

Conclui-se portanto que (a) em havendo a concessionária requerida aderido aos termos do edital, postos pela administração pública de modo expresse; (b) que tal adesão deve ser interpretada como conduta objetiva de boa-fé nos termos do regulamento da licitação; (c) que o numerário arrecadado a título de ISSQN não foi incorporado ao patrimônio próprio da concessionária mas destinado a obras de melhoria do sistema, não previstas em contrato e outra parte foi considerada para a redução efetiva do valor do pedágio, não se há de se atribuir nenhuma espécie de responsabilidade a essa requerida, em particular a de ressarcimento de valores dos quais (1) não contribuiu para que fossem arrecadados e, ainda, (2) deles não se beneficiou, efetivamente.

Não houve fixação de verba de sucumbência.

Apelou o Ministério Público Federal, objetivando a reforma do julgado, alegando ser indevida e ilegal a cobrança de tributo não previsto em lei, bem como a realização de obras com o capital originado de tal situação, não sendo possível compensar uma atitude ilegal com outra, seja esta legal ou não. Sustenta a irregularidade da realização de novas obras pela inocorrência de licitação para tanto e a responsabilidade objetiva das corrés. Salienta que, embora a Lei Complementar nº 100/99 tenha acrescentado o Serviço de Concessão Rodoviária na relação das hipóteses de incidência no ISS, no valor de 5% máximo, tal imposto não se aplica à cobrança de pedágios de anos anteriores, especificamente no período de 1996 a 1998, em face da irretroatividade da lei tributária.

Com contrarrazões das corrés, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pela reforma da r. sentença.

Tratando-se de matéria fática, os autos devem ser encaminhados ao revisor, nos termos do art. 34, inciso III, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora).

Primeiramente, não deve ser conhecido o agravo retido de nº 1999.03.00.022571-4, uma vez que não houve reiteração do pedido de sua apreciação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do CPC.

A presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal, em face da cobrança das tarifas de pedágio na Rodovia Presidente Dutra, com o indevido acréscimo de 5% do valor, relativo à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, no período de agosto de 1996 a fevereiro de 1999. Objetiva o autor o efetivo ressarcimento das quantias indevidamente recolhidas pelos usuários do sistema rodoviário, que se habilitarem para a liquidação e execução da sentença condenatória e que, após um ano, seja repassado o saldo remanescente ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Requer a condenação das corrés ao pagamento de indenização pelos danos morais coletivos causados pela cobrança ilícita, em montante a ser fixado por arbitramento, com destinação ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (o art. 13 da Lei 7.347/85), bem como a condenação à redução definitiva dos valores de pedágio em 5%, pela ilegalidade da incidência do ISS, até a edição da lei tributária pertinente.

Conforme bem assentado pelo r. Juízo *a quo*:

“Com efeito, como resultou comprovado nos autos, o Poder Público impôs à contratada CONCESSIONÁRIO DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA S/A - NOVA DUTRA a obrigação contratual de responder pelo pagamento do tributo, motivo por que tal parcela compôs o contrato de concessão, dado que se tratava de encargo a ser repassado ao usuário do sistema.

No momento da celebração do contrato, portanto, a requerida NOVA DUTRA não possuía a disponibilidade desses valores, até porque essa exigência era condição *sine qua non* sem o que o contrato não poderia ser celebrado ou, antes, o grupo interessado sequer poderia participar do certame se não computasse tal encargo no corpo do conjunto de obrigações contratuais.

É bem verdade que por ausência de fundamento de validade para a cobrança desse tributo, que só ganhou foros de exigibilidade com o advento de lei complementar posterior ao certame licitatório, as parcelas recolhidas passaram a compor um montante sem destinação específica, pois a concessionária não poderia dele se dispor, por não lhe pertencer e a concedente igualmente não poderia dele se apropriar, por igual motivo.

Buscou-se então solução que melhor atendesse aos usuários e aos contratantes, que foi a utilização desses valores na melhoria das condições de tráfego.

Nesse aspecto, em particular, a perícia levada a cabo nos autos comprovou que tais numerários foram efetivamente empregados na melhoria do sistema viário como se vê dos registros fotográficos de fls. 1639 a 1660 dos autos, tudo corroborado em consistente laudo firmado pelos vistoristas do Juízo Mário Matusucura e Júlio Ricardo Magalhães (fls. 958 a 1660).

Não vejo, ao contrário do que afirma o MPF em sua inicial, que tal conduta de ajuste tenha malferido direito dos consumidores ou mesmo da Administração Pública, quer pelo fato de as benfeitorias terem sido destinadas aos próprios usuários, dispensando até mesmo a intervenção judicial para que tal providência fosse levada a termo, quer ainda pelo fato de a Administração, se impusesse à contratada a obrigação de devolver o numerário aos usuários, deveria suportar dispêndio de numerário para que o sistema fosse modernizado nos moldes em que foi realizado com os recursos extraordinários advindos da cobrança do ISSQN.

Se tal ocorresse, a modernização do sistema viário com os recursos extraordinários, e ainda a devolução de valores aos usuários, por certo que a Administração não poderia ficar indene de responsabilidade perante a contratada NOVA DUTRA, quando menos por força do equilíbrio econômico financeiro que deve orientar tal ajuste e, ainda, por força do sobreprincípio que veda o enriquecimento sem causa, mesmo que da Administração Pública o comportamento da concessionária co-requerida pautou-se, desde e sempre, pela boa-fé e pela observância dos estritos termos do edital de licitação, rendendo-se assim, incondicionalmente, ao que dispunha o poder concedente.

Ora, sabendo-se que para que tenha lugar a indenização por ato ilícito há a necessidade de demonstração de prática do ato ilícito, por certo que a conduta da concessionária não pode ser enquadrada como passível de reparação patrimonial em favor das autoras.

O postulado da boa-fé objetiva, que não se restringe ao campo do direito civil, mas que projeta efeitos também na relação de administração, impõe ao intérprete

que observe, na interpretação dos contratos, se esse princípio foi fielmente observado; se a resposta for positiva, não se há de falar em dever de indenizar. O artigo 113 do Código Civil, que cuida da interpretação dos negócios jurídicos, diz que eles devem ser analisados ‘conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’, certo que o artigo 187 é incisivo ao reconhecer como ‘ato ilícito’ aquele em que ‘o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’.

Contrario sensu, em havendo o ato sido praticado dentro dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social e de boa-fé, sem atentar contra os bons costumes, por certo que há de ser entendido como ato lícito e, portanto, insubmisso ao dever de gerar indenização a quem quer que seja.

Registre-se, ainda, que a interpretação sistemática permite a conjugação do que dispõem os artigos 422 (Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé), 878 (Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto neste Código sobre o possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso) e 1.214 (O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos), todos do Código Civil, como sustentáculo à conclusão de não caber indenização contra atos regidos, desde e sempre, pela boa-fé objetiva.

Não se olvide, ademais, que tais princípios, por sua raiz civilista, são aplicáveis à relação de administração, posto que não se há de admitir que tal espécie de relação jurídica esteja insubmissa em observar o postulado da boa fé.

...

Há de se anotar, ainda, que os recursos empregados em obras foram aqueles arrecadados nos anos de 1996 a 1998, certo que com a intervenção do Tribunal de Contas da União, vedando a continuidade dessa prática, os valores referentes aos anos de 1999 a 2000 foram empregados como fator de redução de valor do pedágio. Segundo informações prestadas em audiência pelo representante da co-requerida ANTT - ‘os valores arrecadados a título de ISSQN utilizados na aplicação de obras na Rodovia foram apenas aqueles arrecadados nos períodos de 1996 a 1998, sendo que nos anos de 1999 e 2000, em razão de determinação do Tribunal de Contas da União, o que ocorreu foi a reversão dos valores à modicidade da tarifa de pedágio, o que importou em sua redução. Informa ainda que a forma encontrada para a redução do valor da tarifa de pedágio se deu em razão da impossibilidade de devolução dos valores a cada um dos usuários do sistema, entendendo-se com isso estar-se realizando uma devolução coletiva dos valores indevidamente recolhidos (fls. 2.021 e 2.022 dos autos).

Destarte, com a redução dos valores das tarifas, parte da pretensão deduzida pelo MPF já se encontra satisfeita, dado que as tarifas já foram reduzidas levando-se em conta os valores indevidamente recolhidos a título de tributo indevido à época. Assim, tendo-se em conta a efetiva utilização dos valores em obras destinadas ao usuário final dos sistemas viários, sem prejuízo do equilíbrio econômico-financeiro e, de outro lado, a utilização de parte desses valores para a redução do valor do pedágio, não vejo como possa prosperar o pleito do MPF.

Conclui-se portanto que (a) em havendo a concessionária requerida aderido aos termos do edital, postos pela administração pública de modo expresso; (b) que tal adesão deve ser interpretada como conduta objetiva de boa-fé nos termos do regulamento da licitação; (c) que o numerário arrecadado a título de ISSQN não foi incorporado ao patrimônio próprio do concessionário mas destinado a obras de melhoria do sistema, não previstas em contrato e outra parte foi considerada para a redução efetiva do valor do pedágio, não se há de se atribuir nenhuma espécie de responsabilidade a essa requerida, em particular a de ressarcimento de valores dos quais (1) não contribuiu para que fossem arrecadados e, ainda, (2) deles não se beneficiou, efetivamente.”

Verifica-se, no caso em espécie, que não consta nos autos a existência de reclamação espontânea de consumidores, bem como que, após a constatação da ilegalidade da cobrança, as corrés tomaram diversas providências, implementando várias medidas, no sentido de melhor sanar a situação irregular ocorrida e as tarifas foram reduzidas.

Destarte, reconhecido pelas corrés o recolhimento indevido no indigitado período e, tendo havido a posterior regulamentação da incidência do ISSQN sobre as tarifas de pedágio, pela edição da Lei Complementar nº 100/99, o cerne da questão posta a desate e objeto do recurso apresentado pelo MPF, cinde-se nos seguintes pontos principais: a restituição dos valores indevidamente recolhidos aos usuários do serviço, com o desdobramento da análise das providências adotadas pelas corrés e a indenização por danos morais coletivos.

Quanto ao primeiro aspecto, a restituição do indébito aos usuários lesados, na forma como pretendida nos presentes autos, mostra-se inviável na prática, em virtude da complexidade dos fatores envolvidos, tais como o elevado montante do capital apurado, a pulverização das cifras entre os milhares de usuários atingidos, a forma de comprovação individual do direito à restituição, a mobilização de pessoal, localidades, critérios e instrumentos de averiguação dos créditos, etc., impossibilitando a disponibilização individualizada.

Torna-se previsível que a grande maioria do contingente efetivamente atingido não teria condições de receber a devolução dos valores, até porque seria preciso considerar os elementos de custo-benefício, como o dispêndio de tempo e de novos valores para efetuar os procedimentos necessários na comprovação do recolhimento, restituindo, por vezes, cifras mínimas, que não compensariam sequer o esforço para tanto. Por outro lado, uma restituição generalizada poderia propiciar o benefício de indivíduos que não sofreram prejuízo algum.

As soluções adotadas pelas corrés, de redução proporcional das tarifas posteriores, bem como da utilização de parte dos recolhimentos indevidos em benfeitorias e melhorias adicionais nas condições da estrada de rodagem se mostram as mais adequadas, diante da situação fática.

Conquanto possam não ter abarcado todos que fizeram uso do serviço no período anterior, ou seja, cada um daqueles que efetuaram o recolhimento do valor de pedágio a maior, as medidas apresentam-se, na realidade, como uma das formas mais próximas de se alcançar o melhor retorno possível para o contingente populacional específico, de usuários daquele sistema viário.

A cobrança indevida em questão ocorreu no período de agosto de 1996 a fevereiro de 1999, tendo sido apurado o montante de R\$ 32.822.976,82 (fl. 6).

Enfatize-se que não houve a indevida retenção dos valores por parte das corrês, afastando-se a ocorrência de enriquecimento ilícito, tendo sido demonstrada patentemente a boa-fé no conjunto de atitudes adotado pelas mesmas, com a reversão de todos os recolhimentos indevidos ao patrimônio público, conforme amplamente apurado nos laudos periciais.

O laudo apresentado pelo perito judicial (fls. 958/1.011) concluiu que:

“A apresentação das diversas etapas percorridas ao longo da Rodovia Presidente Dutra, municípios paulistas e fluminenses, pedágios, balanças, bases operacionais, obras, adequações, bem como os quadros fotográficos, permitem uma visualização completa da aplicação dos recursos arrecadados através do pedágio e empregados nas necessidades da rodovia, suas obras, contratos e tarifas.

Os diversos anexos elaborados por esta perícia, apresentam dados extraídos dos diversos documentos examinados e tiveram seus valores nominais, verificados, atualizados e processados em conformidade como quanto solicitado pelas partes. Pode-se concluir que, as obras adicionais, referentes às adequações e revisões do Programa de Exploração da Rodovia (PER) foram realizadas efetivamente pela Ré NOVADUTRA.

Apurou-se que as obras foram consideradas não só necessárias pelo próprio DNER em vistorias realizadas por seus técnicos, tendo ocorrido a constatação da aplicação dos recursos do ISSQN pelo Tribunal de Contas da União, conforme foi relatado durante a realização deste Laudo, como também adequadas e razoáveis, viabilizando o uso, melhoria do fluxo de veículos leves, médios e pesados, e notadamente de segurança, tais como: passarelas, gradil de proteção, telas antiofuscentes, barreiras, defensas, sinalizações, iluminações, pontos de ônibus. Como as condições de exploração da rodovia modificam-se de forma dinâmica, até mesmo imprevisível, como quantidades de veículos, seus tipos, dimensões, capacidade, peso, populações que crescem ao longo da rodovia, entendemos que novas obras e técnicas de segurança deverão ser implementadas (atualmente temos as chamadas barreiras New Jersey, internacionalmente e reconhecidamente como as mais seguras para se evitar as colisões frontais) para aumentar o conforto, fluidez de tráfego e segurança.

Todas as estatísticas demonstram a diminuição do número de mortes, por colisão, atropelamento, animais na pista, além da economia indireta decorrente da diminuição dos gastos nacionais com despesas de manutenção dos veículos, das frota de caminhões e ônibus que diariamente utilizam a rodovia.

A economia globalizada exige das empresas em geral, estudos específicos da logística dos transportes visando a redução de custos. Redução do tempo de viagem, de manutenção, seguro de carga, frete, combustível, pontos de apoio, comunicação, contribuem de forma significativa para as empresas em geral e, indiretamente, para a economia nacional.

É nosso entendimento que a simples monetização, ou seja, colocando em valores todas as considerações acima relatadas, implicaria em uma economia indireta certamente muito superior ao valor aplicado em obras, manutenção e segurança até o presente momento na rodovia. Faz-se essas considerações de ordem estritamente técnicas, tendo em vista que estes Peritos Judiciais não pretendem tergiversar

sobre questões jurídicas e muito menos sobre questões consideradas de mérito, mesmo porque refogem ao âmbito de sua competência profissional.

Conforme restou apurado no curso da realização deste trabalho, o PER original, que faz parte do contrato, sofreu diversas revisões e adequações, sendo que em três delas foram efetuadas as inclusões do ISSQN arrecadado entre ago/96 e dez/98 no equilíbrio econômico e financeiro do contrato, sem que houvesse alteração tarifária. Nos documentos, que foram examinados e aprovados pelo DNER constam detalhadamente as obras a serem realizadas ao abrigo dos recursos relativos à arrecadação do ISSQN naquele período.

Apurou-se, portanto, que os aumentos de investimentos e gastos de manutenção, cujos valores foram inseridos no PER através de revisões e adequações ao abrigo dos valores arrecadados de ISSQN durante o período objeto valores arrecadados de ISSQN durante o período objeto desta demanda, não tiveram como contrapartida a revisão tarifária. O equilíbrio econômico e financeiro do contrato foi obtido mediante a soma da receita dos pedágios e dos valores provisionados a título de arrecadação de ISSQN.

Objeto de vistoria pelos Peritos que este subscrevem, constatou-se que ocorreu a aplicação dos recursos oriundos do ISSQN, pela NOVADUTRA, nas obras inseridas nas revisões e adequações do PER, na forma como foi descrito no presente Laudo.”

Constou, ainda, no laudo pericial complementar, de fls. 2.055/2.059, que:

“...

I. Da determinação do TCU

A decisão do TCU (Tribunal de Contas da União) a que o pedido do Ministério Público se refere é a decisão nº 567/2002 de 29/5/2002, relativa ao Processo TC-015.789/1999-3, cuja cópia segue como Anexo nº 1.

Com relação ao que se discute nos autos, nesse documento destaca-se que os Ministros do TCU reunidos em sessão Plenária decidiram no sentido de determinar à ANTT que promovesse a revisão nos contratos de concessão rodoviária, a ser realizada na mesma época dos reajustes anuais, como o objetivo de reverter os valores do ISSQN arrecadados nos exercícios de 1996 a 1999, bem como os valores cobrados a maior durante os meses de janeiro a julho de 2000, na forma de desconto sobre a tarifa de pedágio, pelo período de um ano, de modo que o valor total do desconto praticado nesse período seja correspondente à totalidade dos valores remanescentes de ISSQN.

Cabe ressaltar que em relação ao período de 1996 a 1998 os valores cobrados relativos ao ISSQN foram compensados com obras e custos operacionais, conforme apurado e demonstrado no Laudo, restando a compensação referente a 1999/2000.

II. Do implementado pela ANTT

Em relação especificamente à Ré NovaDutra, o ofício nº 012/2001/GEECO/SURET/ANTT de 10/01/2003 da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) dirigido à aludida Ré, cuja cópia segue como Anexo nº 2, encaminha cópias das planilhas que constaram do reajuste autorizado pela referida Agência através da

Resolução nº 058/02 de 15/08/2002, onde consta a redução do valor da tarifa básica. Cópia desse documento segue como Anexo nº 3.

Pela análise técnica das referidas planilhas, essas refletem o quanto decidido pelo TCU sobre o uso do ISSQN de 1999 e 2000 (1º semestre), nelas constando ter havido uma redução de tarifa da ordem de 3,35% a ser praticada durante 1 (um) ano (de 01 de agosto de 2002 a 31/07/2003), conforme consta no texto da determinação do TCU, ou seja, na Decisão 567/2002.

Na referida Resolução nº 58/02 da ANTT, a Ré NovaDutra foi autorizada a praticar, a partir de 15/08/2002, a tarifa de R\$ 4,90 (Quatro reais e noventa centavos) para veículos da categoria 1.

Há dois aspectos a serem esclarecidos:

1) Que os preços das tarifas praticados pela concessionária Ré tem reajuste contratual anual mediante aplicação de índices de inflação, conforme estipulado no contrato de concessão já acostado aos autos. Esses índices de inflação acumulados até o ano de 2002 estão refletidos no fator 1,88536, que corresponde ao multiplicador a ser aplicado sobre a tarifa contratual vigente (data base de mai/95), para se obter o valor corrente da tarifa a ser praticada a partir de ago/2002.

2) Que as tarifas básicas, por seu turno, tem o seu valor estipulado inicialmente no contrato e, posteriormente, pelas Revisões e/ou Adequações, sendo que o seu montante está referido, sempre, à data base contratual de maio de 1995. Através da Revisão 06, desde janeiro de 2001 a tarifa básica (data base de mai/95) era de R\$ 2,6832.

Conforme pode ser constatado nas planilhas da ANTT que deram suporte ao reajuste de tarifas por ela autorizado, essa (R\$ 2,6832) era a tarifa básica a ser considerada para o cálculo do valor da tarifa corrente a ser praticado nos pedágios. Aplicando-se o fator 1,88536 nessa tarifa básica, seria de R\$ 5,10 (Cinco reais e dez centavos), pelo critério contratual de arredondamento, o valor da tarifa a ser praticada a partir de ago/02 para veículos da categoria 1.

Todavia, conforme consta na Resolução nº 58/02, a tarifa autorizada para veículos da categoria 1 foi de R\$ 4,90 (Quatro reais e noventa centavos), também pelo critério contratual de arredondamento, ou seja, o valor resultante da multiplicação do fator 1,88536 pela nova tarifa básica vigente (data base de mai/95) de R\$ 2,5932, a qual reflete a redução tarifária determinada pelo TCU.

Essa redução da tarifa básica de R\$ 2,6832 para R\$ 2,5932, portanto, refere-se à implementação efetuada pela ANTT, do quanto determinado pelo TCU na Decisão nº 567/2002 de 29/05/02.

...”

Do ponto de vista da desnecessidade de nova licitação e da legalidade das medidas saneadoras adotadas, no tocante ao contrato de concessão, podemos concluir que as obras e serviços realizados guardam pertinência com as finalidades e objetos estabelecidos no Edital do certame de concessão, principalmente por se tratar de contrato pelo período de 25 anos (cláusula 90, fl. 260); com previsão expressa da possibilidade de alterações no Programa de Exploração da Rodovia (PER), observando-se os requisitos para tanto (cláusulas 247 a 263, fls. 358/360), bem como a necessária preservação do equilíbrio econômico para os contratantes.

Quanto ao aspecto da responsabilidade objetiva das corrés, insta observar que o reconhecimento de inconstitucionalidade ou ilegalidade da cobrança de tributos não gera como consequência o direito à indenização por danos morais.

In casu, a exação foi prevista no Edital do certame de concessão, formulado pela própria Administração Pública, em interpretação equivocada da lei. Assim, embora tenha sido reconhecido posteriormente que não havia respaldo jurídico para o recolhimento, esta situação, obviamente indesejada pelas partes, por si só, não é capaz de gerar o dano moral indenizável.

Não foi demonstrada a ocorrência de má-fé ou a existência de dano além do material, ou seja, da cobrança indevida, sendo certo que a restituição integral do indébito, através de obras e serviços em prol do interesse público, dentro dos termos do contrato de concessão, foi cabalmente comprovada nos autos, tendo sido sanados os prejuízos, da melhor maneira possível, no caso concreto.

Destarte, não se configurou na espécie o dano indenizável do ponto de vista moral, a lesão causadora de dor extrema, constrangimento, desgaste ou sofrimento destoante do normal, prejudicial à coletividade; não houve a violação do círculo moral coletivo, a ofensa ao patrimônio valorativo dos cidadãos, de forma que pudesse dar ensejo à reparação.

Nesse sentido, transcrevo trechos dos elucidativos precedentes jurisprudenciais:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS ORIUNDOS DA RETENÇÃO INDEVIDA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. SÚMULA 07 DO STJ.

1. ...

5. *In casu*, o Tribunal local analisou a questão sub examine - inexistência de má-fé da União Federal quanto ao recolhimento indevido de imposto de renda relativo à parcela denominada auxílio-condução - à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado, *verbis*:

‘Descabida a condenação das partes rés ao pagamento de indenização por excesso de exação, porquanto a conduta da Administração não pautou-se em ato ilícito, nem mesmo houve má-fé por parte do ente arrecadador ou do ente tributante.’

A sentença, a seu turno, consignou que (fl. 86):

‘(...)

Afasto a pretensão da parte autora em relação ao pedido de condenação da União ao pagamento em dobro do indevido, a título indenizatório, pelos danos morais e materiais sofridos por ter sido impelida a recorrer ao Judiciário. A um, porque não se está diante de relação de consumo, sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor; e a dois, porque a condenação à indenização em dobro somente é utilizada nas hipóteses em que está configurada a má-fé do credor. É o caso de aplicar-se por analogia as disposições da Súmula 159 do STF: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1531 do Código Civil.”

6. ...

7. Recurso especial da parte autora parcialmente provido, tão-somente para determinar a aplicação da prescrição decenal, nos termos da fundamentação expendida;

recurso especial da Fazenda Nacional desprovido.”

(STJ. RESP 1046701/RS. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Fux. j. 9/9/2008, DJ 1/10/2008)

“CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CIVIL CUMULADA COM PERDAS E DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RODOVIA SINALIZADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.

1. A partir de 1946, adotou-se, no Brasil, no que concerne às entidades de direito público, a responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo, sem, no entanto, adotar a posição extremada dos adeptos da do risco integral, em que a Fazenda Pública responderia sempre, mesmo presentes as excludentes da obrigação de indenizar (CF de 1946, art. 194 e seu § único; CF de 1967, art. 105 e seu § único; CF de 1969, art. 107 e seu § único e CF de 1988, art. 37, § 6º). A Suprema Corte, em mais de uma oportunidade, fixou o exato alcance do comentado dispositivo constitucional. Assim o fez no RE nº 68.107-SP, julgado pela 2ª Turma, *verbis*:

‘(...) II. A responsabilidade objetiva, inculpada no art. 194 e seu parágrafo único, da CF de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105-7, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado. (...)’ (In RTJ 55/50).

Em seu voto, o relator, o eminente Ministro THOMPSON FLORES, ex-Presidente da Excelsa Corte, salientou, *verbis*: ‘... embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir excessos e a própria injustiça.

Não obrigou, é certo, à vítima e aos seus beneficiários, em caso de morte, a prova de culpa ou dolo do funcionário para alcançar indenização. Não privou, todavia, o Estado do propósito de eximir-se da reparação, que o dano defluía do comportamento doloso ou culposos da vítima.

Ao contrário senso, seria admitir a teoria do risco integral, forma radical que obrigaria a Administração a indenizar sempre, e que, pelo absurdo levaria Jean Defroidmont (*La Science du Droit Positif*, p. 339) a cognominar de brutal. (...)’ (In RTJ 55/52-3).

Outro não foi o entendimento adotado por um dos mais conceituados administrativistas do país, o eminente e saudoso Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ao votar no julgamento do RE nº 61.387-SP, *verbis*:

‘(...) Partindo da teoria da igualdade dos encargos e das finalidades essenciais do Estado, o clássico Tirard chegava à responsabilidade do Estado pela falta verificada no serviço (*De la responsabilité du service publique*, 1906).

Neste particular, a variedade na aplicação dos casos é muito grande. Principalmente a jurisprudência francesa se detém no exame das hipóteses. É assim que são mencionados casos de responsabilidade, ou por não se ter evitado um perigo por meio de obras necessárias, como a construção de um parapeito na estrada; de não se ter impedido a circulação em um trecho perigoso; de não se ter retirado um obstáculo em um rio canalizado etc. ou por omissão material, por falta de sinalização,

de abandono de trecho da estrada, abertura de trincheira em uma estrada etc. Essa teoria não é talvez suficiente para prever todas as hipóteses de responsabilidade do Estado, mas a sua aplicação deve ser casuística para não envolver a responsabilidade do Estado em todos os casos em que age dentro de sua finalidade própria.

Assim, nem sempre se verifica essa responsabilidade, de acordo com a boa doutrina, quando há escassez de abastecimento de água, interrupção de energia elétrica, o mal calçamento de uma estrada. Depende sempre das circunstâncias. (...)’ (In RTJ 47/381. No mesmo sentido, RTJ 71/99, bem como julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Ap. Cív. nº 33.552, rel. Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, in RDA 137/233).

Na doutrina nacional, a jurisprudência do Pretório Excelso é respaldada, como se verifica, entre outros, dos seguintes autores: HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed., Rev. dos Tribs., 1989. p. 551; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in *Responsabilidade Civil*. 1. ed., Forense, 1989. p. 143. nº 105.

...

Assim, como restou demonstrado, a teoria do risco administrativo, adotada pelas Constituições brasileiras, a partir de 1946, não implica no reconhecimento de que a Administração Pública tenha que indenizar sempre, mesmo quando presentes as excludentes dessa responsabilidade. Ora, analisando-se o caso dos autos constata-se, em primeiro lugar, que a parte autora não comprovou sequer o dano que alegadamente lhe teria acarretado, pois configura o primeiro e fundamental pressuposto da responsabilidade civil (v. g. HENRI LALOU, in *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. 4. ed., Dalloz, Paris, 1949, p. 97 nº 142), ônus que, aliás, lhe cabe, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC.

In casu, consoante bem assinalado na r. sentença, não se encontram presentes os pressupostos do art. 37, § 6º, da CF/88.

Nesse sentido, anotou, com inteiro acerto, o eminente Magistrado, Dr. Fernando Quadros da Silva, a fls. 2.433/7, *verbis*:

‘...

No magistério de Carlos Alberto Bittar Filho pode ser encontrada a precisa definição de dano moral coletivo:

“Consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)”. (Revista Consultor Jurídico - <http://conjur.estadao.com.br>, 25/02/2004, in Coletividade também pode ser vítima de dano moral)

O mesmo doutrinador prossegue:

“Para a perfeita compreensão da matéria, podem ser citados dois exemplos bem claros de dano moral coletivo:

a) o dano ambiental, que não consiste apenas e tão-somente na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados, ou seja, a qualidade de vida e a saúde; b) a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica, etc.) através de publicidade abusiva.”

A questão central a ser perquirida na presente demanda é se a atuação das rés produziu o dano moral apontado na petição inicial.

Apenas se demonstrado esse dano moral, de natureza extrapatrimonial, surgirá o liame obrigacional entre a coletividade e os réus causadores do evento danoso. Adicione-se, ainda, que não é qualquer dano que faz nascer o dever de indenizar. Deve ser o dano injusto, contrário ao ordenamento. Na presente ação, há que ser perquirido se ocorreu tal dano coletivo e em qual extensão.

Do exame do contexto probatório, vê-se que efetivamente houve episódio denominado “I grampo no Palácio Iguaçu” que foi noticiado pela imprensa e foi apurado, tanto pelo inquérito policial como pelo procedimento instaurado no âmbito do Ministério Público Federal.

A descoberta de grampos telefônicos ilegais não conduz por si à responsabilização das demandadas. Tais condutas dever ser imputadas aos seus responsáveis diretos.

...

Do relatório do órgão regulador extrai: “parece-nos assim que a prestadora, apesar de seu aparente insucesso, tem procurador implementar medidas para assegurar a adequada prestação do serviço”,

Em suma, as provas carreadas aos autos não demonstram que foi atingido o sentimento geral de segurança em relação ao sistema de telefonia fixa.

Sendo certo que a confiabilidade no sigilo é impossível de ser avaliada objetivamente, não menos certo é que a simples cobertura negativa pelos meios de comunicação não é sinônimo de dano moral coletivo. No caso em exame, houve divulgação ampla de fatos criminosos que estavam sendo apurados pela imprensa. Diariamente os jornais e telejornais divulgam fatos desabonadores praticados por agentes políticos e nem por isso pode-se dizer que o Poder Público tem o dever de indenizar em face de um sentimento geral de desconfiança nas instituições.

E inegável que as escutas telefônicas clandestinas têm se multiplicado. Contudo, tal fato não pode ser imputado às prestadoras de serviço. Talvez seja caso de aperfeiçoamento na legislação relativa à quebra do sigilo nos casos de investigação que motivou o Poder Executivo a preparar projeto-de-lei que busca alterar dispositivos de tal legislação.

O reconhecimento de que não houve dano moral coletivo não implica dizer que a demandada está no nível de excelência técnica no que se refere à segurança de rede de telefonia. Os documentos trazidos pela Anatel e pela própria prestadora revelam que há muito por ser feito e que investimentos de vulto são imprescindíveis. Não restou demonstrado, contudo, que o sigilo nas comunicações tenha sido lesado de maneira generalizada ou ainda que a confiança na segurança do serviço público de telecomunicações tenha sido abalado pelas condutas das rés.’

...

2. Apelação desprovida.”

(TRF 4. AC 2006.71.05.005734-6. Terceira Turma. Relator Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 22/7/2008 e DJ 21/8/2008)

Dessa forma, deve ser integralmente mantida a r. sentença recorrida.

Em face de todo o exposto, *não conheço do agravo retido e nego provimento à apelação.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0005436-41.2006.4.03.6100
(2006.61.00.005436-0)

Agravante: MARCELO FREIRE GONÇALVES
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelantes: MARCELO FREIRE GONÇALVES E UNIÃO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 1391379
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICENÇA-PRÊMIO. EXERCÍCIO DO CARGO DE PROCURADOR DO TRABALHO. FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO APÓS O INGRESSO NA MAGISTRATURA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RECEBIMENTO. TERMO INICIAL COM A EXONERAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA. AGRAVO IMPROVIDO.

I. Deve incidir a remessa oficial, uma vez que a concessão da licença-prêmio com duração de três meses implicará o pagamento de remunerações correspondentes ao cargo de Procurador do Trabalho e cujo valor excederá o limite de sessenta salários mínimos (artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil).

II. O Decreto nº 20.910/1932, no artigo 1º, estabelece que as ações correspondentes às dívidas passivas da União prescrevem no prazo de cinco anos, contado da data do ato ou fato de que se originarem. O termo inicial do período de prescrição coincide com a violação do direito alheio, pois nesse momento surge a pretensão de reparação.

III. Com a exoneração do cargo de Procurador do Trabalho na data de 19/05/1998 e a ausência de fruição da licença-prêmio ou de pagamento de valores que a substituam, o autor passou a ter a pretensão de ressarcimento, que apenas veio a ser exercida em 13/03/2006. Ultrapassou-se, portanto, o prazo de cinco anos.

IV. Ainda que o Tribunal Regional do Trabalho, na gestão do doutor Delvui Buffulin, tenha assegurado a percepção de uma parcela do benefício após o ingresso na magistratura federal e praticado, assim, ato equivalente ao reconhecimento do direito pelo devedor - a ponto de gerar a interrupção da prescrição na data de 14/09/1998 -, o autor apenas veio a propor a ação depois do prazo de cinco anos (artigo 202, VI, do Código Civil).

V. Isso sem se falar que a interrupção provoca nova contagem do prazo prescricional por metade - dois anos e meio -, o que torna ainda mais distante o exercício da pretensão em comparação com o início do período de prescrição, nos termos do artigo 9º do Decreto-lei nº 20.910/1932.

VI. A ausência de previsão legal para a conversão da licença-prêmio em pecúnia não justifica que os órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Executivo inovem a ordem jurídica e criem direitos e obrigações. O Conselho Nacional do Ministério Público constitui um órgão administrativo, voltado ao controle financeiro e funcional da instituição ministerial (artigo 130-A, § 2º, da Constituição Federal).

O poder regulamentar que lhe foi outorgado não implica a possibilidade de produção de normas jurídicas.

VII. Ao considerar o Conselho Nacional do Ministério Público como marco para a contagem do prazo prescricional o acórdão proferido no pedido de providências nº 0.00.000.000652/2006-48, há o nítido propósito de criar norma jurídica, a ponto de os titulares do benefício de licença-prêmio vencido nos cinco anos anteriores à publicação da decisão terem ainda o direito de convertê-lo em pecúnia.

VIII. Mesmo que o acórdão constituísse simples interpretação administrativa do direito vigente, ele não poderia repercutir em situações já consolidadas. A Lei nº 9.784/1994, no artigo 2º, parágrafo único, XIII, veda a atribuição de efeitos retroativos à adoção de nova exegese no âmbito da Administração Pública, pois a medida sacrificaria o princípio da segurança jurídica. Dessa forma, os titulares de pretensão já prescrita não poderiam invocar a nova orientação exegética para obter o restabelecimento do direito de ação.

IX. O outro fundamento usado nas reclamações do Conselho Nacional do Ministério Público não pode beneficiar o autor. A exoneração motivada pela nomeação em cargo distinto da mesma entidade política - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - não impede o curso do prazo prescricional para o recebimento monetário da licença-prêmio. Segundo a doutrina de Direito Administrativo, o provimento de cargo público implica a submissão a outro regime jurídico, no qual não influem os direitos e obrigações decorrentes de vínculo anterior.

X. Se o agente público não pode exercer direito correspondente ao cargo de que se exonerou e a nova função para a qual foi nomeado comporta um regime incompatível com aquele benefício - Estatuto da Magistratura em comparação com a licença-prêmio obtida no Ministério Público -, resta a reparação pecuniária. O ressarcimento pode ser exigido da entidade a cuja estrutura administrativa pertença o cargo vago, ainda que também a integre a função preenchida por provimento.

XI. Se a exoneração seguida de nomeação a outro cargo do mesmo ente político não gerasse o fluxo do prazo prescricional para o recebimento das licenças alcançadas no exercício da função vaga, o nascimento da pretensão poderia ocorrer depois de muitos anos e não haveria qualquer possibilidade de prognóstico, o que seria incompatível com o princípio da segurança jurídica.

XII. A medida violaria o princípio da isonomia, uma vez que os trabalhadores regidos pela CLT dispõem do prazo de cinco anos para pleitear direitos trabalhistas, mesmo que a relação de trabalho esteja em vigor (artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal).

XIII. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2012.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de agravo interposto por Marcelo Freire Gonçalves com base no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil em face de decisão que deu provimento à remessa oficial e considerou prescrita a pretensão de recebimento de licença-prêmio, obtida durante o exercício do cargo de Procurador do Trabalho.

Sustenta que o marco para a contagem do prazo prescricional corresponde à data do indeferimento administrativo de nova concessão do benefício - 02/09/2005 -, pois, em ocasiões anteriores, chegou a usufruir da licença e não havia, assim, qualquer violação de direito que provocasse o nascimento da pretensão. Entende que o direito de fruição já havia sido reconhecido e, com o decurso do prazo de cinco anos para a anulação do ato administrativo, ele se tornou definitivo.

Apresentado o feito em mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, inciso I, do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Baseado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decidi da seguinte forma:

“Trata-se de apelação interposta por Marcelo Freire Gonçalves em face de sentença que declarou a procedência parcial do pedido formulado e condenou a União Federal a lhe conceder, após o ingresso na magistratura federal, licença-prêmio pelo exercício da função de Procurador do Trabalho no período de 13/01/1990 a 11/01/1995.

Decidiu-se que, embora a Lei Complementar nº 35/1979 não preveja o benefício, a assunção do cargo de desembargador do Tribunal Regional do Trabalho não prejudica a fruição da licença-prêmio obtida na condição de membro do Ministério Público do Trabalho, já que caracterizaria direito adquirido. Rejeitou-se, porém, o aproveitamento da licença alcançada no exercício de função vinculada ao Tribunal de Justiça de São Paulo, pois a Lei nº 8.112/1990 apenas admite a contagem do tempo de serviço prestado na esfera estadual para efeito de aposentadoria e disponibilidade.

Relata o apelante que exerceu cargo vinculado ao Tribunal de Justiça de São Paulo e obteve licença-prêmio de três meses por serviços prestados de 13/03/1978 a 11/03/1983. Posteriormente, tornou-se Procurador do Trabalho e alcançou benefício similar por atividades executadas nos períodos de 01/1985 a 01/1990 e de 13/01/1990 a 11/01/1995. Informa que usufruiu de uma parcela do benefício e, após ingressar na magistratura federal pelo quinto constitucional, chegou a aproveitar um mês de licença com início em 05/07/1999. Quando decidiu aproveitar o tempo remanescente - um mês referente ao primeiro quinquênio e três meses relativos ao terceiro -, foi impedido pela nova gestão do Tribunal Regional do Trabalho mediante despacho proferido na data de 18/08/2005.

Argumenta que a Secretaria de Pessoal do Tribunal Regional do Trabalho

reconheceu o direito à fruição de licença-prêmio obtida no Tribunal de Justiça de São Paulo e não poderia a administração posterior rever o ato administrativo, sob pena de violação do direito adquirido e do princípio da segurança jurídica. Sustenta que o prazo para a anulação de atos administrativos corresponde a cinco anos e a União decidiu cancelar depois do referido período o gozo de benefício já reconhecido por gestão anterior.

Assim, requer a reforma da sentença, a fim de que haja a procedência total do pedido, com a possibilidade do aproveitamento da licença alcançada pelos serviços prestados ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

A União Federal apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 237/247) e, na sequência, interpôs apelação (fls. 248/259). Alega que o autor, ao se exonerar do cargo de Procurador do Trabalho e ingressar na magistratura por intermédio do quinto constitucional, renunciou ao período de licença-prêmio que não havia sido usufruído. Afirmar que o provimento do cargo de magistrado implica sujeição a outro regime jurídico, com direitos e obrigações próprias.

Marcelo Freire Gonçalves ofereceu resposta à apelação da União (fls. 263/271).
Cumpra decidir.

Deve incidir a remessa oficial, uma vez que a concessão da licença-prêmio com duração de três meses implicará o pagamento de remunerações correspondentes ao cargo de Procurador do Trabalho e cujo valor excederá o limite de sessenta salários mínimos (artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil).

O autor objetiva a prolação de provimento jurisdicional que condene a União Federal a conceder licença-prêmio por serviços prestados ao Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Ministério Público do Trabalho ou a pagar o equivalente pecuniário.

Ambas as pretensões, entretanto, prescreveram.

O Decreto nº 20.910/1932, no artigo 1º, estabelece que as ações correspondentes às dívidas passivas da União prescrevem no prazo de cinco anos, contado da data do ato ou fato de que se originarem. O termo inicial do período de prescrição coincide com a violação do direito alheio, pois nesse momento surge a pretensão de reparação.

Com a exoneração do cargo de Procurador do Trabalho na data de 19/05/1998 e a ausência de fruição da licença-prêmio ou de pagamento de valores que a substituíam, o autor passou a ter a pretensão de ressarcimento, que apenas veio a ser exercida em 13/03/2006. Ultrapassou-se, portanto, o prazo de cinco anos.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou esse entendimento:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTADUAL EM ATIVIDADE. LICENÇA-PRÊMIO. LEI Nº 500/74. DIREITO DE USUFRUIR A QUALQUER TEMPO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ATO DE APOSENTADORIA.

1. Há entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo prescricional quinquenal (art. 20 do Decreto nº 20.910/32), para pleitear indenizações atinentes a licença-prêmio não gozada possui termo inicial com o ato de aposentadoria, inclusive para os servidores do Estado de São Paulo subordinados ao regime da Lei Estadual nº 500/74.

2. O Estado deve indenizar o servidor que não usufruiu daquele benefício quando em atividade, sob pena de enriquecimento sem causa, observados, evidentemente,

os requisitos legais. Imperioso assim afastar a ocorrência da prescrição, enquanto os servidores mantiverem-se na ativa, como na hipótese dos autos.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 1318231, Relator Humberto Martins, Segunda Turma, Dje 25/05/2010).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO EM PECÚNIA DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO APÓS APOSENTADORIA.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a contagem da prescrição quinquenal relativa à conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada tem como termo *a quo* a data em que ocorreu a aposentadoria do servidor público.

2. A ora recorrente sustenta que o marco inicial para a contagem da prescrição não poderia ser firmado na data da aposentadoria - 04.07.95 -, haja vista que prosseguiu exercendo cargo em comissão paralelamente até o ano de 2006.

3. Entretanto, essa circunstância não é hábil para alterar o momento em que se começa a contar o prazo prescricional, já que não se pode conferir ao período em que a ora recorrente exerceu cargo em comissão após sua aposentadoria um caráter de mera continuidade do vínculo com a Administração enquanto servidora efetiva.

4. Houve uma interrupção no serviço público no instante em que a ora recorrente aposentou-se de seu cargo efetivo, de natureza estatutária e provido por meio de concurso público, e assumiu simples cargo em comissão, de nomeação e exoneração *ad nutum*, daí porque o marco inicial da prescrição deve ser realmente fixado na data da aposentadoria.

5. Recurso ordinário não provido.

(STJ, RMS 32102, Relator Castro Meira, Segunda Turma, Dje 08/09/2010).

Ainda que o Tribunal Regional do Trabalho, na gestão do doutor Delvii Buffulin, tenha assegurado a percepção de uma parcela do benefício após o ingresso na magistratura federal e praticado, assim, ato equivalente ao reconhecimento do direito pelo devedor - a ponto de gerar a interrupção da prescrição na data de 14/09/1998 -, o autor apenas veio a propor a ação depois do prazo de cinco anos (artigo 202, VI, do Código Civil).

Isso sem se falar que a interrupção provoca nova contagem do prazo prescricional por metade - dois anos e meio -, o que torna ainda mais distante o exercício da pretensão em comparação com o início do período de prescrição, nos termos do artigo 9º do Decreto-lei nº 20.910/1932.

A União Federal juntou cópias dos processos instaurados pelo Conselho Nacional do Ministério Público - reclamações para preservação da competência e autoridade das decisões do Conselho - e nos quais se questiona o início do prazo prescricional para a pretensão de recebimento da licença-prêmio em dinheiro.

Nos processos administrativos nº 0.00.000.000018/2009-58 e 0.00.000.000034/2009-41, decidiu-se que a data da publicação do acórdão do Conselho Nacional do Ministério Público proferido no pedido de providências nº 0.00.000.000652/2006-48 representa o início do prazo de prescrição para a conversão pecuniária da licença-prêmio. Como não havia previsão legal ao pagamento do benefício em dinheiro, entendeu-se que a decisão administrativa deve ser considerada o marco para essa possibilidade.

Ponderou-se também que a exoneração motivada pela nomeação do agente público a outro cargo da mesma entidade política não poderia acarretar a contagem do período prescricional, pois é mantido ainda vínculo funcional com a União, mesmo que sob o poder de outro órgão administrativo.

O autor tem se valido dessa orientação para postular em âmbito administrativo o desfrute do benefício que havia sido negado pela presidência do Tribunal Regional do Trabalho.

A ausência de previsão legal para a conversão da licença-prêmio em pecúnia não justifica que os órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Executivo inovem a ordem jurídica e criem direitos e obrigações. O Conselho Nacional do Ministério Público constitui um órgão administrativo, voltado ao controle financeiro e funcional da instituição ministerial (artigo 130-A, § 2º, da Constituição Federal). O poder regulamentar que lhe foi outorgado não implica a possibilidade de produção de normas jurídicas.

Ao considerar o Conselho Nacional do Ministério Público como marco para a contagem do prazo prescricional o acórdão proferido no pedido de providências nº 0.00.000.000652/2006-48, há o nítido propósito de criar norma jurídica, a ponto de os titulares do benefício de licença-prêmio vencido nos cinco anos anteriores à publicação da decisão terem ainda o direito de convertê-lo em pecúnia.

Ademais, mesmo que o acórdão constituísse simples interpretação administrativa do direito vigente, ele não poderia repercutir em situações já consolidadas. A Lei nº 9.784/1994, no artigo 2º, parágrafo único, XIII, veda a atribuição de efeitos retroativos à adoção de nova exegese no âmbito da Administração Pública, pois a medida sacrificaria o princípio da segurança jurídica. Dessa forma, os titulares de pretensão já prescrita não poderiam invocar a nova orientação exegética para obter o restabelecimento do direito de ação.

O outro fundamento usado nas reclamações do Conselho Nacional do Ministério Público não pode beneficiar o autor. A exoneração motivada pela nomeação em cargo distinto da mesma entidade política - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - não impede o curso do prazo prescricional para o recebimento monetário da licença-prêmio. Segundo a doutrina de Direito Administrativo, o provimento de cargo público implica a submissão a outro regime jurídico, no qual não influem os direitos e obrigações decorrentes de vínculo anterior.

Assim, se o agente público não pode exercer direito correspondente ao cargo de que se exonerou e a nova função para a qual foi nomeado comporta um regime incompatível com aquele benefício - Estatuto da Magistratura em comparação com a licença-prêmio obtida no Ministério Público -, resta a reparação pecuniária. O ressarcimento pode ser exigido da entidade a cuja estrutura administrativa pertença o cargo vago, ainda que também a integre a função preenchida por provimento. Se a exoneração seguida de nomeação a outro cargo do mesmo ente político não gerasse o fluxo do prazo prescricional para o recebimento das licenças alcançadas no exercício da função vaga, o nascimento da pretensão poderia ocorrer depois de muitos anos e não haveria qualquer possibilidade de prognóstico, o que seria incompatível com o princípio da segurança jurídica.

A medida violaria, inclusive, o princípio da isonomia, uma vez que os trabalhadores regidos pela CLT dispõem do prazo de cinco anos para pleitear direitos

trabalhistas, mesmo que a relação de trabalho esteja em vigor (artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal). Por que razão os servidores públicos não se submeteriam a esse prazo, enquanto mantêm vínculo estatutário com o Estado?

Portanto, a pretensão de recebimento da licença-prêmio foi atingida pela prescrição e os fundamentos adotados no processos do Conselho Nacional do Ministério Público não prejudicam a conclusão.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento à remessa oficial* para decretar a prescrição da pretensão condenatória, julgando prejudicados os recursos interpostos.

Condeno o autor ao pagamento de despesas processuais e honorários de advogado, arbitrados por equidade no valor de R\$ 1.000,00, de acordo com o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.”

Mantenho a decisão agravada, já que os argumentos expostos no agravo não me convenceram a mudar o posicionamento assumido.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo legal*.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0008713-31.2007.4.03.6100
(2007.61.00.008713-7)

Parte Autora: MAURO DAVID ZIWIAN
Parte Ré: DELEGADO REGIONAL DO TRABALHO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: REOMS 307152
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/03/2012

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR AFASTADA. PERITO MÉDICO. JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO REDUZIDA. LEI ESPECIAL NÃO ALTERADA POR LEI GERAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Autoridade coatora arguiu preliminar de ilegitimidade de parte.
2. Ato coator: determinação para que o impetrante passasse a cumprir jornada de trabalho de 40 horas semanais. Autoridade impetrada que baixou o ato também era a competente para o seu desfazimento. Preliminar afastada.
3. Sentença baseada em precedente do Supremo Tribunal Federal: MS 25.027/DF.
4. Aplicável a Lei nº 9.436/97, que rege a jornada de trabalho dos médicos e, por ser lei especial somente poderia ser alterada ou revogada por nova lei, também específica. Lei geral, como as que reajustou os vencimentos dos servidores públicos, dentre os quais os analistas, cuja especialidade era medicina, não pode subsidiar determinação de majorar jornada de trabalho.
5. Caso envolve os mesmos moldes do precedente julgado pelo STF.
6. Direito do impetrante à jornada reduzida reconhecido.
7. Remessa oficial improvida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, mantendo integralmente, a sentença de fls. 256/262.

São Paulo, 05 de março de 2012.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado por MAURO DAVID ZIWIAN contra ato praticado pelo Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, Dr. Roberto Rangel Marcondes, consubstanciado na determinação de cumprimento de jornada laboral de oito horas diárias, contrariando a jornada especial estabelecida na Lei nº 9.436/97, fixada em 20 horas semanais para os médicos.

Informa que ocupa cargo de Analista Pericial em Medicina do Trabalho e cumpria

jornada laboral de quatro horas diárias, quando foi notificado, por *e-mail*, por ordem da autoridade apontada como coatora, que deveria passar a cumprir jornada de oito horas de trabalho, a partir de 09.04.2007.

Ressalta que, naquele mesmo mês de abril, passou a cumprir a jornada de 40 horas semanais, ressalvando que, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2007, vinha cumprindo jornada de 20 horas semanais.

Argumenta que um dos requisitos para candidatar-se ao cargo de Perito em Medicina do Trabalho era o Diploma de graduação em Medicina, com especialização em Medicina do Trabalho, conforme o edital que regeu o certame para ingresso no cargo que ocupava. Ainda, alega que, embora no edital não houvesse a previsão da jornada laboral a que se submeteriam os candidatos aprovados no concurso, o STF, quando do julgamento do MS nº 25.027-DF, consolidou o entendimento de que, não havendo especificação da jornada de trabalho, prevalece a jornada especial estabelecida na Lei nº 9.436/97, fixada em 20 horas semanais para os médicos.

Aduz que a celeuma sobre a questão da jornada de trabalho dos Analistas Periciais em Medicina do Trabalho tem seu ponto fulcral na concepção equivocada de que o Médico-Perito não executa atividade privativa de médico, deixando a autoridade coatora de considerar que o pré-requisito formal para o ingresso em referida carreira é o diploma de graduação em medicina.

Sustenta que, apesar do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.436/97 prever a opção pela jornada estendida de oito horas diárias, jamais foi instado a se manifestar acerca de tal possibilidade, que lhe foi imposta autoritariamente, e sem o pagamento de jornada dupla.

Justifica o pedido de concessão de liminar, para assegurar-lhe o direito à jornada de quatro horas diárias, embasado na jurisprudência do STF e decisões e portarias administrativas que sustentam sua tese, bem como no perigo da demora, que o impossibilita de atuar profissionalmente em outras atividades liberais ou acadêmicas, bem como na iminente nomeação para outro cargo público de Médico do Trabalho, com a mesma jornada legal de quatro horas, cuja acumulação com o atual cargo é perfeitamente lícita, a teor do art. 37, XVI, “c”, da Constituição Federal.

Por fim, pleiteia a concessão da segurança em definitivo, confirmando-se a jornada de trabalho de quatro horas diárias para o impetrante, condenando a autoridade impetrada nos ônus da sucumbência.

Juntou os documentos de fls. 09/185 e recolheu as custas (fl. 186).

Houve certidão no sentido de que o valor recolhido era menor que o devido (fl. 188).

A fl. 189, foi decidido por postergar a apreciação do pedido de liminar para após a vinda das informações da autoridade impetrada, e a fl. 190, foi determinado o recolhimento das custas complementares, bem como a juntada de cópias da inicial e dos documentos que acompanharam a inicial.

O impetrante comprovou o recolhimento das custas complementares, apresentou os documentos para a contrafé, e pleiteou a reconsideração do despacho que postergou a apreciação do pedido liminar, tendo em vista sua nomeação para o cargo de Médico do Trabalho, uma vez que poderia perder seu direito à posse (fls. 193/194 - documentos a fls. 195/196).

O juízo manteve a decisão, mas determinou, em caráter cautelar, que, até a vinda das informações e a apreciação do pedido de liminar, o impetrante cumprisse a jornada de trabalho de quatro horas diárias (fl. 198).

Prestadas as informações a fls. 207/210, com documentos de fls. 211/236.

Deferida a liminar, a fls. 237/242.

O Ministério Público Federal tomou ciência do teor do *mandamus* e, não vislumbrando a existência de interesse público a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide, manifestou-se pelo prosseguimento do feito (fls. 253/254).

Seguiu-se a sentença de fls. 256/262, que julgou procedente o pedido, concedendo a segurança, para assegurar ao impetrante o cumprimento da jornada de trabalho de quatro horas diárias. Incabível condenação em honorários, conforme Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. Custas *ex lege*. Sentença submetida a reexame necessário, nos termos do 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

Decorrido o prazo sem interposição de recurso voluntário, vieram os autos a esta Corte Regional para o reexame necessário.

Manifestou-se a Procuradoria Regional da República pelo improvimento da remessa oficial (fl. 273).

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de remessa oficial de sentença que concedeu a segurança ao impetrante.

Em primeiro lugar, no que se refere à alegação preliminar de ilegitimidade de parte passiva, arguida pela autoridade apontada como coatora, não há qualquer ressalva a se anotar em relação à decisão proferida na sentença.

De fato, o ato coator se refere à determinação para que o impetrante passasse a cumprir jornada de trabalho de 40 horas semanais e foi subscrito pela autoridade coatora, também competente para seu desfazimento, de modo que detém legitimidade para figurar no pólo passivo do *mandamus*.

Quanto ao mérito, a sentença baseou-se em precedente do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a matéria, por unanimidade, no MS 25.027/DF, partiu da premissa de que a questão se resolve em face do disposto na Lei nº 9.436/97, que rege a jornada de trabalho dos médicos, por se tratar de lei especial que não foi revogada por legislação posterior.

Explicitaram os ministros que, por se tratar de legislação especial, somente poderia ser alterada ou revogada por nova lei, também específica, e nunca por lei geral, como as que reajustaram os vencimentos dos servidores públicos, dentre os quais os analistas, cuja especialidade era medicina.

Como no caso em apreço, nos mesmos moldes do precedente, não se verifica disposição específica na legislação, dispondo sobre a remuneração em contraposição à jornada de trabalho dos analistas cuja especialidade é a medicina, ao contrário do que ocorreu em relação aos demais analistas, nas diversas especialidades, não é possível dar guarida à determinação da autoridade coatora, no sentido de alterar o cumprimento da jornada de trabalho do impetrante, aumentando-a, até porque o próprio § 2º, do artigo 19 da Lei 8.112/90 estabeleceu que tal dispositivo não poderia ser aplicado à duração de trabalho estabelecida em lei especial.

Assim, tem o impetrante o direito de cumprir a jornada de trabalho de quatro horas diárias, devendo ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e mantenho, integralmente, a sentença de fls. 256/262.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0007857-09.2008.4.03.6108
(2008.61.08.007857-6)

Apelante: FABRÍCIO OLIVEIRA PEDRO

Apelados: UNIÃO FEDERAL, PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI-GUAÇU - SP, BANCO SANTANDER BRASIL S/A E OUTROS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Classe do Processo: ApelReex 1613015

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/02/12

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. INVALIDAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO ENTRE O BANESPA E O MUNICÍPIO DE MOGI-GUAÇU. POSTERIOR ASSUNÇÃO E REFINANCIAMENTO DA DÍVIDA PELA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO SENADO. SUPERFATURAMENTO DO SALDO DEVEDOR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. LESIVIDADE E ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADAS.

1. Ação popular ajuizada com o objetivo de obter a invalidação de operações de crédito realizadas entre o Banespa e o município de Mogi-Guaçu, posteriormente assumidas e refinanciadas pela União Federal.
2. Legitimidade passiva *ad causam* do prefeito municipal à época da assinatura dos contratos de refinanciamento e assunção de dívida.
3. Tratando-se de obrigações de execução continuada, diferida ou de trato sucessivo, descabe cogitar o decurso do lapso prescricional, cuja fluência sequer teve início.
4. Não prospera a alegação de ilegalidade fundada na ausência de prévia autorização do Senado Federal para celebração dos contratos, pois as operações foram precedidas de resoluções autorizativas da referida Casa Legislativa. Ademais, os primeiros contratos, celebrados na vigência da Constituição anterior, prescindiam de autorização senatorial.
5. A suposta lesão causada ao erário, em virtude do superfaturamento do saldo devedor assumido e refinanciado pela União, não foi minimamente demonstrada.
6. Desamparado de qualquer elemento probatório o argumento de não ser o Banespa o legítimo credor do empréstimo, razão pela qual a União não teria desonerado o município ao quitar a dívida.
7. Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida apenas para incluir Walter Caveanha no polo passivo da lide.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial apenas para incluir Walter

Caveanha no polo passivo da lide, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de ação popular ajuizada por Fabrício Oliveira Pedro em face da União Federal, do Banco do Estado de São Paulo S/A - BANESPA e do Município de Mogi-Guaçu/SP, objetivando a anulação de operação de refinanciamento de dívida municipal, condenando-se a instituição financeira no ressarcimento ao erário da diferença entre o valor real tomado pelo município e o valor assumido e refinanciado pela União.

Sustenta não ter sido precedido de autorização do Senado Federal o contrato de empréstimo originário firmado entre o município e o banco, em flagrante violação às normas reguladoras desta espécie de operação. Ademais, por ocasião da “federalização da dívida”, teria havido ilegítima majoração dos valores devidos.

Com a inicial juntou documentos.

À fl. 462 foi determinada a retificação do polo passivo, incluindo-se no feito os corréus Walter Caveanha (prefeito do município requerido à época do refinanciamento da dívida), José Augusto das Dolres e Domingos Antônio Guariglia (funcionários da instituição financeira).

Regularmente citados, a União (fls. 68/85), o Município de Mogi-Guaçu (fls. 309/317), o Banco Santander S/A, sucessor do Banespa (fls. 283/302 e 319/339), Walter Caveanha (fls. 376/393) e, em peça única, Domingos Antônio Guariglia e José Augusto das Dolres (fls. 403/423), contestaram o feito.

Réplica às fls. 470/488.

A sentença de fls. 506/525 acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* dos corréus Walter Caveanha, José Augusto das Dolres e Domingos Antônio Guariglia. No mérito, julgou improcedente o pedido, com fulcro no art. 269, I do CPC, isentando o autor do pagamento de custas e verbas sucumbenciais, a teor do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Reexame necessário na forma legal.

Os embargos declaratórios opostos pelo requerente foram rejeitados (fls. 541/541v).

Em apelação, restringe-se o autor popular, em síntese, a alegar a impossibilidade de o Banespa receber, na operação de renegociação da dívida, o saldo remanescente do empréstimo, pois seria mero agente financeiro do Banco Nacional de Habitação - posteriormente sucedido pela Caixa Econômica Federal -, legítimo credor da dívida (fls. 545/552).

Com contrarrazões das partes, os autos foram remetidos a esta e. Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso voluntário e, superado este ponto, pelo improvimento da apelação e da remessa oficial (fls. 600/609v).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): A essência da controvérsia posta a deslinde na presente demanda cinge-se à verificação de suposto ato lesivo ao patrimônio público decorrente de contratos de empréstimo pactuados entre o Município de Mogi-Guaçu/SP e o Banespa, atual Banco Santander S/A, posteriormente refinanciados, com assunção de responsabilidade, pela União.

Aduz o autor popular inexistir autorização do Senado para realização das operações, pois, tanto a União quanto o Município deveriam observar não só as normas constantes das resoluções normativas expedidas pelo Senado, mas, sobretudo, obter “específica resolução autorizativa” para a realização da operação, a teor do que disporia o art. 52 da Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, consigna que, à falta de resolução senatorial autorizando a contratação da operação de crédito, não haveria também previsão das “condições de empréstimo (o valor inicial, o vencimento, as prestações, os encargos, o índice de correção monetária e etc)”, possibilitando-se, assim, inferir a ocorrência de “superfaturamento no saldo da operação originária” por ocasião da assunção e refinanciamento da dívida, decorrendo daí lesão ao patrimônio público.

Logo, diante da carência de permissão da referida Casa Legislativa, especialmente voltada a autorizar a contratação do empréstimo pelo município, assevera estar “viciada a operação originária” e, por conseguinte, “viciado está o seu saldo”, motivo pelo qual a renegociação levada a efeito pela União Federal, também denominada “federalização” da dívida, teria absorvido o pretenso superfaturamento, impondo-se, por conseguinte, a desconstituição de todas as operações.

Quando de sua manifestação acerca das contestações, o demandante passou a sustentar que o Banespa, na qualidade de agente financeiro da operação originária, não seria o verdadeiro credor do empréstimo contratado pelo município, mas sim a Caixa Econômica Federal - CEF, sucessora do Banco Nacional de Habitação - BNH. Assim, os contratos de assunção de dívida e de refinanciamento teriam servido “apenas para capitalizar o Banco Banespa S/A (atual Banco Santander S/A)” pois não teriam desonerado o município de Mogi-Guaçu com relação à dívida assumida pela União.

O *decisum* recorrido, rejeitando a preliminar de incompetência, acolheu a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* dos corréus Walter Caveanha, então prefeito do município requerido, bem como de Domingos Antônio Guariglia e José Augusto das Dores, ambos empregados do Banespa. No mérito, após afastar a alegação de prescrição, o magistrado julgou improcedente o pedido do autor pois, além da ausência de demonstração de lesão ao patrimônio público, os contratos celebrados seriam regulares e consentâneos com as disposições legais vigentes.

Em suas razões de apelação, limita-se o autor a asseverar ser o Banespa mero agente financeiro da operação originária, razão pela qual não poderia receber da União, por ocasião do contrato de assunção e renegociação da dívida, os valores relacionados ao crédito cedido. Sustenta, portanto, que, ao refinarciar a dívida, “a União não pagou para o legítimo credor do Município”, posição supostamente ocupada pela CEF, circunscrevendo-se a este aspecto o ato lesivo ao erário.

Inicialmente, ressalto comportar conhecimento o recurso voluntário interposto pelo autor popular.

Consoante o breve retrospecto acima traçado, a alegação de não ser o Banespa legítimo credor do empréstimo contratado pelo município, mas simples agente financeiro, cerne exclusivo do inconformismo delineado no apelo, foi ventilada no curso da ação em primeiro grau, não configurando, assim, inovação em sede recursal.

Logo, não tendo sido alterado em sede recursal o pedido inicialmente deduzido e vinculando-se a irresignação do apelante a fatos e fundamentos jurídicos expostos na instância originária, não encontra óbice legal o conhecimento do apelo manejado pelo demandante.

Primeiramente, rejeito a alegação de incompetência do juízo federal da Subseção Judiciária de Bauru/SP para processar e julgar o feito.

Sob o argumento de o suposto ato lesivo ter sido perpetrado em Mogi-Guaçu, bem como de aplicar-se à espécie o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto destinada a presente ação a tutelar interesses difusos, pugna a União pela competência de uma das Varas Federais localizadas no Distrito Federal ou na subseção judiciária onde se encontra o município requerido.

Eis o teor do art. 93 da Lei nº 8.078/90:

“Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

Não se pode olvidar, porém, a faculdade instituída pela Constituição Federal no § 2º de seu art. 109, possibilitando que, nas hipóteses de demanda movida em face da União, seja a ação proposta no foro de domicílio do autor, *verbis*:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)

2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.”

Assim, considerando a ressalva à competência da Justiça Federal feito no próprio *caput* do art. 93 do CDC e o conteúdo da regra inserta no art. 109, § 2º, da Carta Maior, assim como a incontroversa repercussão nacional da suposta lesão decorrente dos atos impugnados nesta via - decorrente, sobretudo, da assunção de responsabilidade da dívida municipal pela União -, o ajuizamento da demanda na Subseção Judiciária de Bauru/SP, local de domicílio do autor da ação constitucional, encontra-se em plena conformidade com as normas vigentes.

Em relação à legitimidade passiva *ad causam*, assim dispõe o art. 6º da Lei nº 4.717/65:

“Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.”

Conquanto seja alvo de polêmica a questão relacionada à delimitação do rol de legitimados passivos da ação popular, a permanência de José Augusto das Dores e Domingos Antonio Guariglia na presente relação processual não se justifica sob nenhuma perspectiva, não comportando reparos a decisão recorrida nesse ponto.

O autor popular, ao afirmar não ser o Banespa legítimo credor do município, bem como a ocorrência de superfaturamento por ocasião do refinanciamento da dívida, acaba por apontar a instituição financeira como beneficiária direta da operação, pois em seu favor teria sido revertida a quantia paga indevidamente ou a maior - conforme a hipótese que se admita - pela União quando da quitação do empréstimo.

Tendo em vista as finalidades precípua da ação popular, quais sejam, desconstituir o ato lesivo e obter ressarcimento ou restituição do dano causado, bem como a redação do dispositivo supra citado, o qual impõe a propositura da ação “contra os beneficiários diretos” do ato, sobressai inequívoca a legitimidade da instituição financeira para integrar o polo passivo da demanda.

Todavia, contando a suposta lesão com a participação da referida pessoa jurídica, apenas a própria entidade ostenta pertinência subjetiva para integrar a lide como ré, mostrando-se indevida a convocação de José Augusto e Domingos Antonio, empregados do Banespa envolvidos na assinatura do instrumento do contrato de refinanciamento, na qualidade de litisconsortes passivos da instituição.

Isso porque, além de figurarem como meros prepostos do banco na operação, não lhes foi imputada na exordial nenhuma conduta específica que permita denotar atuação culposa, destoante dos objetivos buscados pela empresa ou com extrapolação de poderes, tampouco se alega terem os empregados auferido benefício, direto ou indireto, com a prática do ato apontado como viciado.

Basta, portanto, a inclusão da instituição financeira na relação processual, permitindo-se que eventual responsabilização da entidade no tocante à celebração dos contratos tidos como lesivos ao erário seja efetivamente cumprida.

Ademais, prevalece o entendimento de que o art. 6º da Lei de Ação Popular, ao exigir o ajuizamento da ação popular “contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão”, refere-se tão somente aos agentes públicos, ou seja, àqueles ocupantes de cargo, função ou emprego público, situação na qual não se encontravam os requeridos José Augusto e Domingos Antonio.

Nesse sentido, trago à colação o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso acerca da legitimação passiva na ação popular:

“Já o pólo passivo oferece quase sempre um cúmulo subjetivo, por que a intenção

do legislador é justamente a de alcançar e trazer para o âmbito da ação não só o(s) responsável(eis) direto(s) pela lesão, mas todos os que direta ou indiretamente tenham para ela concorrido por ação ou omissão, e ainda, os terceiros beneficiários. Tudo para que, no limite máximo, se resolvam em uma única lide de cognição, ampla e exauriente as responsabilidades imediatas, e ainda para que se formem os títulos para oportuna resolução das pendências correlatas, que se ajustarão via de regresso (Lei 4.717/65, arts. 6º e 11).

De modo que deverão ser citadas, formando litisconsórcio passivo necessário, simples: *a) as pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas*, valendo para estas últimas o rol das entidades enunciadas no art. 1º da Lei 4.717/65; *b) os agentes públicos que de alguma forma concorreram para o ato sindicado*, ou seja, ‘que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão’ (nesse rol, lembra Hely Lopes Meirelles, deverá constar também o avaliador, ‘se a ação visar a ato ou contrato lesivo em razão de avaliação inexata’); *c) os beneficiários do ato, direto ou indiretamente, agentes públicos ou não* (lei supra, art. 6º e § 1º). (...)” (in “Ação Popular: proteção do erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente”, 4ª ed., RT, São Paulo, 2001, p. 79). (grifei)

Prossegue o doutrinador, de forma mais específica, discorrendo especificamente sobre o alcance de cada uma das expressões “autoridades, funcionários ou administradores”:

“2. Autoridade: basicamente, é o órgão de cúpula do Poder ou do órgão da administração direta e indireta cujo ato ou omissão esteja sendo sindicado na ação. Assim, podem ser os Chefes do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas federal, estadual ou municipal; o presidente da autarquia, de sociedade de economia mista, empresa ou fundação pública, ou ainda do ente de cooperação subvencionado pelo erário público.

(...)

3. Funcionários: é clara a intenção do legislador de lançar a rede mais vasta e de mais finas malhas, para nela surpreender quem quer que de algum modo tenha participado, por ação ou omissão, do ato sindicado ou mesmo se beneficiado por ele (...).

No ponto, seguimos a senda de José Afonso da Silva: ‘Qualquer funcionário, que participe do ato visado, deverá ser citado, para a causa, como réu. A lei fala em funcionário. Usa termo que tecnicamente tem sentido limitado. Entendemos, contudo, que está ele, aí, mal empregado. Deve ser tido em sentido amplo, referindo-se a qualquer categoria de servidor público, isto é, de ocupante de cargo público, efetivo ou interino, e de função pública na qualidade de extranumerário, inclusive contratados’.

(...)

4. Administradores: aparentemente, o vocábulo ‘administrador’ poderia ser um sinônimo de ‘autoridade’, na medida em que o agente que titulariza uma certa parcela do Poder está exercendo uma *auctoritas*; do contrário, seus atos não resultariam impositivos aos administrados, e, pois, de Poder não se poderia cogitar. (...)”

(in “Ação Popular: proteção do erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente”, 4ª ed., RT, São Paulo, 2001, pp. 169/173).

Inviável, portanto, buscar enquadrá-los na categoria “autoridades, funcionários ou administradores”, nos termos em que estatuída no *caput* do art. 6º da LAP.

Além disso, ainda que não se adote esse entendimento, a forma de celebração dos contratos de refinanciamento e assunção de dívida - atos dos quais participaram os prepostos do banco - prescindiram de anuência da instituição financeira, conforme se extrai dos documentos acostados aos autos e das normas aplicáveis ao caso.

A operação fundou-se em diplomas normativos que autorizaram a União a assumir determinadas obrigações de responsabilidade dos municípios. Assim, se o próprio Banespa não dispunha de ampla discricionariedade para negociar as condições do mencionado contrato com a União, ressaí evidente a impossibilidade de se imputar responsabilidade a seus prepostos.

Reclama reforma, contudo, a solução adotada pelo magistrado *a quo* no tocante à exclusão de Walter Caveanha do polo passivo da ação.

Ao argumento de a intervenção do então prefeito ter se dado “em nome e por conta do Município réu”, bem como inexistir “benefício direto, em favor do demandado, decorrente do ato impugnado” (fl. 514), o juízo de primeiro grau declarou a ilegitimidade passiva do prefeito, indo de encontro à expressa disposição do art. 6º da Lei nº 4.717/65.

Prefeito de Mogi-Guaçu à época de realização da operação de “federalização” da dívida, Walter era o legítimo representante do Poder Público municipal por ocasião da concretização do referido acordo.

Por conseguinte, investido da autoridade de Chefe do Poder Executivo Municipal, representando o interesse dos munícipes e do próprio ente político, participou, como não poderia deixar de ser, da celebração do “Contrato de Confissão, Consolidação e Refinanciamento de Dívidas” (fls. 111/132) e do “Contrato de Assunção de Dívida” (fls. 133/140), mediante os quais a União assumiu e refinanciou as dívidas de responsabilidade do município perante o Banespa.

Desta feita, se dos contratos assinados pelo agente político decorreu superfaturamento da dívida ou qualquer outra espécie de lesão ao patrimônio público, a teor do asseverado na inicial, não se há cogitar de sua ilegitimidade para integrar a lide.

Trata-se de nítida responsabilidade por ato de governo, a qual incide sobre o titular que exerce a competência. Assim, em se admitindo a hipótese delineada pelo autor popular, o prefeito de Mogi-Guaçu teria, em tese, responsabilidade pelas supostas irregularidades e danos causados, avultando-se a necessidade de participação de Walter Caveanha na polo passivo da presente ação, mormente diante da possibilidade de o mandatário vir a ser responsabilizado e condenado pela prática de suposto ato ou omissão lesiva.

Oportuno, sobre o tema, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“38. Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias. Estas, só os seres físicos as possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe falem vontade e ação, juridicamente falando. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela atuação

dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade.

39. Assim como o Direito constrói a realidade (jurídica) ‘pessoa jurídica’, também constrói para ela as realidades (jurídicas) vontade e ação, imputando o querer e o agir dos agentes à pessoa do Estado.

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional - pouco importa se bem ou mal desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido o mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Não relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto, sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.”

(in *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros, São Paulo, pp. 849/851)

O desate desse ponto específico, entretanto, independe das considerações feitas e dispensa maiores lucubrações.

Considerando-se a qualificação do agente público ocupante do cargo máximo no âmbito do Poder Executivo Municipal como “autoridade”, sua inclusão na lide como litisconsorte passivo necessário é obrigatória em decorrência de expresso e inequívoco mandamento legal inscrito no art. 6º da Lei de Ação Popular, o qual obriga a propositura da demanda em face das “autoridades (...) que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão”.

O C. Supremo Tribunal Federal, ainda à luz da Constituição anterior, se pronunciara pela legitimidade passiva do Chefe do Poder Executivo Municipal no âmbito da ação popular:

“AÇÃO POPULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO QUE SE AFIRMA RESPONSÁVEL PELA AUTORIZAÇÃO, APROVAÇÃO E PRÁTICA DO ATO IMPUGNADO (ART. 6. DA LEI 4.717/65). O TEXTO LEGAL OBJETIVOU ALCANÇAR TODOS OS QUE, POR QUALQUER FORMA, HAJAM PARTICIPADO DO ATO IMPUGNADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.”

(STF, RE 113821, Rel. Min. Oscar Correa, j. 02.10.1987)

No mesmo sentido, colaciono aresto do E. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DOIS RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO. DANOS. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 1º DA LEI Nº 4.717/65. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. PREFEITO À ÉPOCA

DOS FATOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. QUESTÕES OMISSAS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS INEXISTENTES. AFRONTA AOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. IMPERTINÊNCIA. I - Ao julgar procedente o pedido formulado pelo autor da respectiva ação popular e, conseqüentemente, determinar a anulação do procedimento licitatório e condenar à devolução dos prejuízos causados ao erário, é que surgiu a possibilidade de se discutir sobre a eventual afronta ao artigo 1º da Lei nº 4.717/65, não tendo o aresto recorrido cuidado de debater acerca do tema, nem mesmo de forma implícita, carecem os apelos, nesse aspecto, do necessário prequestionamento. II - *O primeiro recorrente era Chefe do Executivo na época da ocorrência dos fatos, tendo sido o representante municipal quando da assinatura do procedimento licitatório em comento, motivo pelo qual não há que se afastar sua legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. (...)* (STJ, RESP 200600319408, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 09.05.2006) (grifei)

Indevida, portanto, a extinção do processo sem resolução de mérito no que tange a Walter Caveanha. Considerando-se a ausência de prejuízo para este corréu - regularmente citado para integrar a lide e participante ativo no desenvolvimento do processo, apresentando contestação e contrarrazões de apelação inclusive - bem como em virtude de estar a causa madura para ser decidida, de rigor prosseguir no julgamento do feito, por força do disposto no artigo 515, § 3º, do CPC.

Outrossim, quanto à prescrição, irreparável a decisão recorrida.

O prazo quinquenal para ajuizamento da ação popular está previsto no art. 21 da Lei de Ação Popular:

“Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.”

Sem adentrar nas questões afetas à natureza do prazo previsto no diploma, se prescricional ou decadencial, ou à imprescritibilidade das demandas nas quais se deduz pedido de ressarcimento ao erário, admite-se como termo inicial para o aforamento da ação popular a data da prática do ato ou omissão lesivos.

Entretanto, conforme bem ressaltado pelo magistrado de primeiro grau, as peculiaridades do caso concreto requerem análise mais acurada.

Os contratos e as obrigações pactuados na hipótese, que compõem a base das relações jurídicas constituídas entre as partes requeridas, classificam-se como de execução continuada, diferida, periódica ou de trato sucessivo. A esse respeito, apropriada a transcrição da definição de Maria Helena Diniz, ao distinguir os contratos quanto ao tempo de sua execução:

“Os contratos de execução continuada são os que se protraem no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo. Ocorrem quando a prestação de um ou de ambos os contraentes se dá a termo. (...) Os contratos de execução contínua, como pontifica Caio Mário da Silva Pereira, são os que sobrevivem com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato.” (in “Curso de Direito Civil Brasileiro”, v. III, 27ª ed., Saraiva, 2011, pp. 115/116)

No mesmo sentido a conceituação da eminente autora acerca das obrigações de execução continuada:

“A obrigação de execução continuada, duradoura, contínua, de trato sucessivo ou periódica é a que se protraí no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo.” (in “Curso de Direito Civil Brasileiro”, v. II, 26ª ed., Saraiva, 2011, p. 154)

In casu, consoante já salientado, as operações tidas como irregulares, ou seja, tanto os empréstimos firmados entre o Banespa e o município de Mogi-Guaçu quanto o posterior refinanciamento e assunção de dívida capitulados pela União Federal, constituem espécies de obrigações cuja execução prolonga-se no tempo. E, nessas situações, a fluência do lapso prescricional somente tem início com o término da execução do contrato ou a satisfação integral da obrigação.

A Corte Especial e os Tribunais Regionais Federais da 4ª e 5ª Regiões já manifestaram entendimento idêntico em hipóteses relacionadas a obrigações desse jaez:

“ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INATIVOS. LEI ESTADUAL Nº 2.964/2004-MS. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. *DIES A QUO*. MOMENTO EM QUE PRATICADO CADA ATO. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 83/STJ. I. A demanda foi respondida pelo Tribunal *a quo* de forma fundamentada, sendo certo que cabe ao magistrado aplicar o direito que entende melhor ajustado à espécie. Assim sendo, não se pode tachar de omissão julgado que enfrenta a matéria controvertida, dando-lhe solução, pelo simples fato de com ele não se conformar a parte. Esta a firme jurisprudência deste eg. Tribunal sobre o tema. II. Segundo se extrai da firme jurisprudência desta colenda Corte, ‘o pagamento dos proventos dos impetrantes em valor inferior ao correto, em razão de descontos indevidos, é ato administrativo de execução sucessiva. Caracterizada a relação jurídica de trato sucessivo, essa é renovada mensalmente, legitimando a contagem do prazo para impetração do mandado de segurança a partir de cada ato praticado. Nesse sentido: MS 6.250/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 31.3.2003; MS 7.632/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16.12.2002; MS 1.706/DF, Corte Especial, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 13.10.1992.’ (MS 10640/DF, Primeira Seção, DJ de 24.10.2005). III. Incidência da Súmula nº 83/STJ. IV. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AGRESP 200800604507, Rel. Min. Francisco Falcão, 27.08.2008)

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. MUNICÍPIO. PRAZO CONTRATUAL PARA RETIFICAÇÃO DE VALORES CONFESSADOS. INTERESSE DE AGIR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DECADÊNCIA CONVENCIONAL. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. RETENÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE RECURSOS DO MUNICÍPIO. INADIMPLÊNCIA. CLÁUSULA CONTRATUAL. ART. 160 DA CF/88. VALIDADE JURÍDICA. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA *PRO RATA TEMPORIS*. DATA DA LIBERAÇÃO

DOS VALORES. OTN. 1986/1987. LFT. IPC/IBGE. ABRIL DE 1989. CADERNETA DE POUPANÇA. ABRIL DE 1990. BTN. (...) 5. Ainda que não se aplicasse ao caso o Decreto nº 20.910/32, incorreu a prescrição, porque: a) inaplicável ao caso concreto, nos termos em que proposta a ação, o prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, V, 'b', do CCB/1916, porquanto o pleito revisional não diz com vício de consentimento - erro, mas apenas a adequação do contrato aos ditames legais; b) mesmo que os contratos originários tenham sido assinados há muito tempo, alguns há mais de 20 anos, não se alegue a ocorrência da prescrição ordinária. Primeiro, a discussão diz com o valor consolidado na relação jurídica firmada com a União e que foi estabelecida em 07/04/1994, e que, inevitavelmente, foi atingido pelos alegados equívocos na contabilização da correção monetária aplicada aos saldos dos mútuos originários; depois, alguns dos temas questionados não dizem com a data da assinatura dos contratos pretéritos, mas com eventos econômico-financeiros verificados ao longo da sua execução - 1987, 1989 e 1990. Sequer a prescrição vintenária ocorreu; c) *tratando a presente ação de revisão de valores consignados no saldo devedor dos mútuos firmados pelo Município, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional deve ser aquele coincidente com o momento da devolução total do valor emprestado, ou seja, o cumprimento da obrigação contratada. Sendo assim, sequer iniciou a fluir o lapso prescricional (...)*"

(TRF4, AC 200404010434592, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos De Castro Lugon, 27.07.2005) (grifei)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SFH. 'CONTRATO DE GAVETA'. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRESCRIÇÃO DA DÍVIDA. INADIMPLEMENTO DOS MUTUÁRIOS. VENCIMENTO ANTECIPADO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO INALTERADO. I. A Lei nº 8100/90, com redação dada pela Lei 10.150/2000 em seu artigo 3º, garante aos mutuários que tiveram contratos firmados até 05.12.90 a novação da dívida e conseqüente quitação do imóvel pelo Fundo de Compensação das Variações Salariais - FCVS. II. 'O vencimento antecipado da dívida não altera a prescrição do título que é contada da data do seu vencimento certo nele indicada.' (STJ, Resp 650.822/RN, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11.04.05). III. O contrato de financiamento constante dos autos estabelece o prazo de 276 meses para fins de quitação do financiamento contratado, vencendo a primeira parcela em 30.08.1988. Desse modo, passados os 23 anos estipulados no contrato, somente em 30.08.2011 é que começaria a fluir o prazo prescricional de 05 anos previstos na legislação de regência. IV. Apelação improvida." (TRF5, AC 200983020011845, Des. Fed. Margarida Cantarelli, 06.05.2010)

"CIVIL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DEFERIMENTO. PRESCRIÇÃO. VENCIMENTO ANTECIPADO. INOCORRÊNCIA. 1. Deferido o benefício da gratuidade da justiça, nos moldes da Lei nº 1.060/50. 2. *Não merece guarida o argumento de ocorrência da prescrição. Isso porque o contrato em comento estabeleceu prestações de trato sucessivo. Tais prestações têm como termo inicial do prazo prescricional a data do vencimento da última parcela.* E esta se deu em 01/06/08. (...)" (TRF5, AC 200883000039870, Des. Fed. Edílson Nobre, 28.10.2010) (grifei)

A operação de crédito originária, avençada entre o município de Mogi-Guaçu e o Banespa, foi concretizada mediante os contratos nºs 00168.0.9 e 00169.0.2, celebrados em 09.08.1986 e 30.04.1987, com vencimentos finais em 09.08.2019 e 09.07.2007, respectivamente.

Na data de 28.04.2000, quando ainda vigiam ambos os contratos supra referidos, a União Federal, o município e a instituição financeira firmaram os contratos de assunção de dívida e de refinanciamento (fls. 112/132 e 133/140), pelos quais a União assumiu o saldo do empréstimo contraído pela cidade, a ser quitado mediante a entrega de títulos federais ao banco em 96 (noventa e seis) lotes, e refinanciou a dívida municipal em 360 (trezentas e sessenta) prestações mensais, vencendo a primeira em 20.05.2000.

Os valores dos contratos da operação de crédito originária foram assumidos pela União antes do encerramento dos respectivos acordos e o refinanciamento do montante feito em favor do município possui previsão de encerramento para o ano 2030.

Logo, sequer teve início a fluência do lapso prescricional inserto no art. 21 da LAP, o qual apenas começará a correr com o vencimento da última das 360 (trezentas e sessenta) parcelas devidas pelo município à União Federal.

No que tange à questão de fundo, a manutenção da sentença de primeira instância é medida de rigor.

Inicialmente, cumpre destacar não se restringir aos contratos de refinanciamento e de assunção de dívidas o âmbito de alcance da presente lide.

Conquanto a irresignação do autor pareça estar voltada de modo exclusivo a estes pactos, é possível extrair-se da exordial nítida e incontestada impugnação aos ajustes originários, sobre os quais recaíram os posteriores contratos celebrados com a participação da União.

O pedido principal deduzido na inicial popular volta-se predominantemente a “anular o superfaturamento do valor da dívida municipal assumida e re-financiada entre os réus, a partir de 28/04/2000 e com término em 28/04/2031, e ressarcir o excesso ao erário”. Porém, um dos fundamentos da requerida invalidação repousa justamente em pretensas irregularidades que acoimaram a celebração do contrato de empréstimo originário, razão pela qual o exame das primeiras operações na presente via, mais que legítimo, revela-se impositivo.

Com relação aos contratos originários de nºs 00168.0.9 e 00169.0.2, celebrados em 07.08.1986 e 30.04.1987, respectivamente, deve-se atentar para a circunstância de terem sido avençados entre o Município de Mogi-Guaçu e o Banespa ainda sob a égide da Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69.

E, de acordo com o disposto no art. 42 da Carta então vigente, o qual estabelecia as atribuições do Senado, havia necessidade de autorização desta Casa tão somente para a realização de operações de crédito externo:

“Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

IV - autorizar empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ouvido o Poder Executivo Federal;”

Apenas com o advento da Constituição da República de 1988 passou-se a exigir a autorização senatorial também para a contratação de operações de crédito interno, consoante dispõe seu art. 52, abaixo transcrito:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - *dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;*

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

(grifei)

Desta feita, referindo-se os contratos primários, constituídos sob a vigência da ordem constitucional pretérita, a operações de crédito efetuadas em âmbito interno - entre o município de Mogi-Guaçu/SP e o Banespa, instituição financeira nacional - inexistia exigência que condicionasse a celebração dos contratos a prévia autorização do Senado Federal.

Prescindindo os contratos originários da prévia anuência da mencionada Casa Legislativa, não se vislumbra, portanto, a ventilada irregularidade que inquinaria as operações.

Contudo, não obstante a dispensabilidade de autorização senatorial para concretização dos contratos citados, verifico haver nos autos informação de a contratação dos empréstimos originários ter sido precedida de resolução do Senado Federal. Em petição de fls. 398/400, o município de Mogi-Guaçu noticia que a realização das operações amparou-se na Resolução do Senado nº 09 de 1986, cuja íntegra colaciono:

“Resolução nº 09, de 1986

Autoriza a Prefeitura municipal de Mogi-Guaçu, Estado de São Paulo, a contratar operação de crédito no valor de Cz\$ 13.770.573,00 (treze milhões, setecentos e setenta mil, quinhentos e setenta e três cruzados).

Art. 1º É a Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu, Estado de São Paulo, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 93, de 11 de outubro de 1976, do Senado Federal, autorizada a contratar operação de crédito no valor de Cz\$ 13.770.573,00 (treze milhões, setecentos e setenta mil, quinhentos e setenta e três cruzados), correspondente a 300.000 UPCs, considerado o valor nominal da UPC de Cr\$ 45.901,91, vigente em julho de 1985, Junto ao Banco do Estado de São Paulo S.A, este na qualidade de agente financeiro do Banco Nacional da Habitação - BNH, destinada à aplicação em estudos, programas e projetos que atendam às finalidades do Programa FINANSA/FIDREN, naquele Município, obedecidas as condições admitidas pelo Banco Central do Brasil, no respectivo processo.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 03 de abril de 1986.”

Demonstrada à saciedade, assim, a ausência dos vícios formais apontados pelo

autor popular no que tange às operações de crédito primárias.

Já quanto ao Contrato de Confissão, Consolidação e Refinanciamento de Dívidas (fls. 112/132) e ao Contrato de Assunção de Dívida (fls. 133/140), ambos firmados em 28.04.2000 entre a União Federal, o município de Mogi-Guaçu/SP e o Banespa, não se pode deixar de destacar o fato de terem sido celebrados na vigência da atual Constituição.

Consoante acima asseverado, o Texto Maior, em seu art. 52, VII, prescreve a obrigatoriedade de o Senado Federal autorizar as operações de crédito interno dos Municípios. Havia, portanto, quando da constituição dos contratos de assunção de dívida e refinanciamento, expresso comando normativo de estatura constitucional exigindo a manifestação do Senado acerca das operações de crédito interno - hipótese dos autos - e não apenas no caso de operações de crédito externo, como fazia a Carta precedente.

Nesse contexto, simples exame dos autos permite verificar a regularidade das mencionadas operações, porquanto realizadas em conformidade com as disposições em vigor.

Com efeito, depois da publicação da Medida Provisória nº 1.811/99 e de suas reedições, nas quais consignados os “critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária”, adveio a Resolução do Senado Federal nº 37/99, autorizando, de acordo com a exigência prescrita na Constituição, os municípios a realizarem as citadas operações, conforme dispõe seu art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º São os Municípios autorizados a assumir as dívidas de entidades integrantes da Administração indireta e a contratar operações de crédito junto à União, destinadas à consolidação, assunção e refinanciamento de sua dívida contratual de acordo com as condições estabelecidas na Medida Provisória nº 1.891-7, de 26 de agosto de 1999, e suas reedições.”

Consoante bem registrado pela sentença *a quo*, a medida visava beneficiar as cidades mediante a instituição de programa federal de controle de endividamento, garantindo-se aos municípios redução de custos das parcelas do financiamento e alargamento do prazo para quitação da dívida.

Em seguida, foram editados os Decretos nºs 3.099/99 e 3.343/00, pormenorizando detalhes, características e condições para efetivação das operações de assunção, pela União, de obrigações municipais. Já no âmbito do município de Mogi-Guaçu, foram aprovadas as Leis nºs 3.619 e 3.658/99, autorizando o Poder Executivo local a contratar o refinanciamento da dívida com a União.

Impende ressaltar ainda que, diversamente do alegado pelo autor popular, a Constituição de 1988 não impõe a necessidade de o município obter “específica resolução autorizativa” da Câmara Alta do Congresso Nacional, abrangendo apenas e exclusivamente o caso do ente político em questão, para a concretização de cada singular operação. Além disso, nos termos da citada Resolução nº 37/99, observa-se haver o Senado Federal autorizado expressamente, de forma ampla e genérica, todos os municípios a contratarem as mencionadas operações.

Deste modo, constatado o farto respaldo normativo existente para a realização dos contratos de refinanciamento e de assunção de dívida, bem como diante da ausência de regra impondo a necessidade de se obter específica autorização senatorial para cada

município que pretendesse renegociar suas dívidas com a União, possível concluir que as avenças tidas por irregulares foram constituídas em plena consonância com a ordem constitucional e a legislação vigentes.

Não merece guarida também a alegação de o Banespa não ser legítimo credor da dívida por figurar na operação originária como “mero agente financeiro”.

Referindo-se ao teor da Resolução do Senado nº 09/86, a qual autorizara o município de Mogi-Guaçu a contratar a operação de crédito originária “junto ao Banco do Estado de São Paulo S. A., este na qualidade de agente financeiro do Banco Nacional da Habitação - BNH”, defende o autor inexistir relação jurídica válida entre o Banespa e a municipalidade em questão, pois, em seu entender, o empréstimo teria sido concedido pelo BNH, posteriormente sucedido pela Caixa Econômica Federal - CEF.

Sustenta, portanto, que a União, ao assumir a dívida municipal e quitá-la perante o Banespa, não teria desonerado o município, o qual continuaria como devedor da CEF, sucessora do BNH.

Entretanto, as assertivas delineadas pelo requerente, além de desgarradas do contexto fático apresentado e desprovidas de fundamento jurídico idôneo, assentam-se em simples presunção de não arcar o agente financeiro com qualquer ônus referente ao empréstimo tomado pelo município.

Ao atuar em operação de crédito na qualidade de agente financeiro, o banco pode representar a entidade pública como garantidor, endossante ou financiador. Nada obriga a instituição financeira a ser mera mandatária do ente representado, tampouco impede que o agente financeiro disponibilize, a partir de seus próprios recursos, o capital requerido pela municipalidade, figurando, assim, como legítimo credor da operação.

Ademais, os documentos constantes dos autos infirmam a dedução feita pelo autor popular. Com efeito, o termo de responsabilidade firmado entre o Banespa e o município requerido (fls. 142/144), mediante o qual as partes declaram a veracidade das informações referentes aos contratos de empréstimo, consigna em seu anexo todos os detalhes das operações de crédito originárias, como a numeração dos contratos, os respectivos números de registro no CADIP, data de assinatura e de vencimento, saldo devedor, entre outros.

Os acordos de refinanciamento e de assunção de dívidas (fls. 112/140), por sua vez, também indicam características das operações primárias, trazendo o Banespa como credor da dívida, posição que passou a ser ocupada pela União.

Logo, diante da presença de suficiente acervo probatório indicando, além da regularidade dos contratos de empréstimo celebrados, ser o Banespa credor do município, bem como da falta de quaisquer elementos que corroborem a inferência delineada pelo apelante, revela-se descabida a alegação de inexistência de relação jurídica válida entre a instituição financeira e o município. A suposta lesão ao erário que decorreria do pagamento da dívida, pela União, a quem não ocupava a posição de credor do empréstimo, por conseguinte, não se sustenta.

Por todo o exposto, entendo não terem sido demonstrados vícios capazes de infirmar as operações celebradas entre o Município de Mogi-Guaçu e o Banespa, bem como os posteriores contratos de refinanciamento e assunção de dívida, estes também com a participação da União Federal.

Ressalto que a ação popular, instrumento de extração constitucional previsto no artigo 5º, LXXIII, regulada pela Lei 4.717/65, tem por objeto a anulação de ato lesivo ao

patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Cuida-se de instrumento voltado à defesa de interesses da coletividade, não apresentando como beneficiário direto o autor da ação.

Para sua admissibilidade, compete ao demandante atender a requisitos de ordem subjetiva - ser titular de cidadania e eleitor - e de ordem objetiva, demonstrando, de modo certo e determinado, o nexo de causalidade entre o ato tido como ilícito ou ilegítimo e a ocorrência de lesão ao patrimônio público ou equiparado, consoante prevê a Lei de Ação Popular. Sobre este aspecto, em que pese a lesividade refletir, na maior parte dos casos, danos de ordem patrimonial, não se deve excluir do campo de incidência da ação popular a tutela da moralidade administrativa.

Todavia, no caso vertente, pretende-se invalidar operações sem a demonstração inequívoca de ilegalidade ou de prejuízo material ao erário.

As supostas lesões, de acordo com os argumentos aventados, decorreriam, em síntese, da simples ausência de amparo normativo para a realização dos contratos impugnados, circunstância que teria possibilitado o alegado superfaturamento do saldo da dívida assumida pela União, ou do fato de o Banespa não ser o legítimo credor do empréstimo.

Contudo, evidenciada a posição de credora da instituição financeira nas operações originárias, a existência de autorizações do Senado Federal e a adequação dos pactos firmados às normas vigentes, bem como em face da ausência de indicação minimamente concreta e objetiva do suposto prejuízo causado, não se vislumbra a ocorrência de ilegalidade, tampouco de dano ao patrimônio público.

O mesmo ocorre quanto à lesão à moralidade administrativa, modalidade de desvio de poder. Da análise dos autos, inexistem elementos que indiquem ter a Administração Pública utilizado de seus poderes para atingir finalidade diversa daquela para o qual foram conferidos.

Aplicáveis no caso, portanto, os ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª Edição, Editora RT, 2006, p. 93:

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

A respeito do tema, o C. Superior Tribunal de Justiça e as Cortes Regionais das 1ª, 2ª e 3ª Regiões manifestaram o mesmo entendimento:

“AÇÃO POPULAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO EMERGENCIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO EFETIVO. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. (...) 4. *In casu*, restou incontroverso nos autos a ausência de lesividade, posto que os contratados efetivamente prestaram os serviços ‘emergenciais’, circunstância que impede as sanções econômicas preconizadas no presente recurso, pena de ensejar locupletamento ilícito do Município, máxime, por que, não há causa *petendi* autônoma

visando a afronta à moralidade e seus consectários. 5. É cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo em determinadas situações e, a despeito da irregular contratação de servidores públicos, houve a prestação dos serviços, motivo pelo qual não poderia o Poder Público perceber de volta a quantia referente aos vencimentos pagos sob pena de locupletamento ilícito. (Resp nº 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo nº 309/STJ) 6. No mesmo sentido já decidiu a Primeira Seção desta Corte, em aresto assim ementado: ‘ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. 3. Embargos de divergência providos.’ (EResp 260.821/SP Relator p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 13.02.2006) 7. Ademais, a doutrina mais abalizada sobre o tema aponta, *verbis*: ‘O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito, esse, que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o quê será carecedor dela. Os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica, não têm qualidade para propor ação popular (STF, Súmula 365). Isso porque tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração. O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, “a” a “e”). O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para

os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade -, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.’ (Hely Lopes Meirelles, *in* ‘Mandado de Segurança’, Malheiros, 28ª Ed., 2005, págs. 132 e 133) (...).”

(STJ, RESP 200502021267, Rel. Min. Luiz Fux, 04.06.2007)

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE E LESIVIDADE DO ATO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO COMO PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS AO ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE ANULAÇÃO OU NULIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. 1. A inviabilidade da competição decorrente da exclusividade no fornecimento de um produto, devidamente demonstrada, autoriza a declaração de inexigibilidade de licitação. Previsão dos artigos 25, I; e 26 da Lei nº 8.666/93. 2. Tendo o ato declaratório da inexigibilidade sido publicado, não se vislumbra violação ao princípio da publicidade. 3. Remessa oficial e apelação improvidas.”

(TRF1, AC 199901001045954, Rel. Juiz Julier Sebastião Da Silva (conv.), 09.07.2001)

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO POPULAR - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO - REQUISITOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DA DEMANDA *PRO POPULO* - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE AUTOCONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO CONGRESSO NACIONAL - ATOS INTERNA CORPORIS DO PODER LEGISLATIVO INFENSO, A PRINCÍPIO E DE REGRA, A CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR POPULAR - LESIVIDADE E ILEGALIDADE E/OU ILEGITIMIDADE SEQUER MINIMAMENTE EVIDENCIADAS E COMPROVADAS. I - O art. 19 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) é expresso ao estatuir o reexame necessário de sentença que concluir pela carência da ação popular ou pela improcedência desta, à vista do interesse público que se tenciona proteger por esta *actio*. II - Para o manejo da ação popular, compete ao cidadão atender requisitos de ordem subjetiva, por meio de comprovação de sua regular condição de eleitor, e de ordem objetiva, demonstrando, de modo minimamente certo e determinado, o nexo de causalidade entre a ocorrência de lesão ao patrimônio público ou equiparado e o ato que se tenciona invalidar porque ilícito ou ilegítimo. III - Escapa ao controle jurisdicional questionamento acerca de deliberação de juízo privativo e *interna corporis* do Congresso Nacional, ressaltando-se, pois, no caso, a impossibilidade jurídica do pedido de anulação das deliberações congressionais por meio das quais se promoveu a autoconvocação extraordinária do Congresso Nacional. IV - Ademais, em que pese a parte autora, em sua irresignação cívica, alegar a ocorrência de prejuízos ao patrimônio público resultantes da supostamente indevida convocação extraordinária do Congresso Nacional para deliberar sobre temas que não caracterizam relevante urgência já que ‘(...)

há mais de doze anos estão sendo EXAUSTIVAMENTE DISCUTIDOS por toda a sociedade' (fl. 12), fato objetivo é que não logrou demonstrar de modo minimamente efetivo ditos prejuízos e, ainda, sequer, o nexo de causalidade advindo da conduta adotada pelas pessoas apontadas como réus populares com os fatos genericamente sustentados como supostamente lesivos ao patrimônio público. V - Apelação da parte autora e remessa necessária improvidas.”

(TRF2, AC 200451010008904, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, 26.05.2009)

“AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE VALIDADE DO PROCESSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE LESÃO EM POTENCIAL OU EFETIVA.

1. A Ação Popular constitui importante instrumento, à disposição do cidadão, para a fiscalização dos atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, LXXIII).

2. Todavia, não é o que ocorre no caso vertente, em que o apelante vem se utilizando da ação popular de forma abusiva e com propósitos não definidos. Causa espécie o número elevado de ações populares por ele propostas indevidamente.

3. O pedido de declaração de condenação dos réus a reconfigurar a energia nuclear empregada em fins não pacíficos para fins pacíficos é vago e incerto, o que impede que a atividade jurisdicional seja prestada de modo adequado.

4. Correta a extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão da ausência de pressupostos de validade do processo e do interesse de agir, no escopo do art. 295, parágrafo único, I, do CPC.

5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.”

(TRF3, AC 2000.61.00.0008322, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, 20.04.2007)

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO POPULAR. SUSPENSÃO DE CAMPANHA PUBLICITÁRIA COMEMORATIVA DO PLANO REAL. RESSARCIMENTO. INICIAL INEPTA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO ATO ILÍCITO E DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM A ILEGALIDADE E LESIVIDADE DO ATO.

- Inicial contendo descrição precária do ato ilícito; ausente individualização da conduta de cada co-réu e ausente indicação do nexo de causalidade entre as condutas dos réus e o ato imputado ilegal.

- Na ação popular cumpre ao autor efetuar a descrição correta do ato que pretende anular, como também de que forma os réus participaram e se beneficiaram.

- Apesar do juiz não estar adstrito ao fundamento jurídico descrito na inicial, deve o autor trazer elementos que comprovem a ilegalidade e a lesividade do ato.

- Além da inicial não conter os requisitos necessários para o processamento do feito, a mera reprodução de notícias de jornal não tem respaldo comprobatório.

- Apelação a que se nega provimento.”

(TRF3, AC nº 97.03.0841937, Rel. Des. Fed. Souza Pires, 18.11.2002)

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial apenas para incluir Walter Caveanha no polo passivo da lide.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005576-70.2009.4.03.6100
(2009.61.00.005576-5)

Apelante: FILIP ASZALOS

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Interessados: ORGANIZAÇÃO SANTAMARENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA - OSEC E OUTRO

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CLAUDIO SANTOS

Classe do Processo: AC 1567628

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/03/2012

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. RESSARCIMENTO. IRREGULARIDADES APURADAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. SUBVENÇÕES FEDERAIS RECEBIDAS.

1. Embargos à execução de título extrajudicial consubstanciado em Acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU, que julgou irregulares as contas relativas a subvenções do extinto Ministério do Bem Estar Social.
2. Não procede o argumento de nulidade da sentença. Primeiro, porque o fundamento, qual, o de “equívoco” quanto à “definitividade” das decisões do TCU, não levaria a nulidade (*error in procedendo*), mas a reforma (*error in judicando*), uma vez que se trata de matéria de mérito. Segundo, porque o que o julgado declarou, acertadamente, foi que tais decisões condenatórias são dotadas de eficácia executiva.
3. A alegação de cerceamento de defesa em virtude do julgamento antecipado da lide foi analisada nos autos de Agravo de Instrumento julgado anteriormente pela Turma, pelo que prejudicada neste julgamento.
4. Afastada a alegação de ocorrência da prescrição, uma vez que consolidada a jurisprudência no sentido de que são imprescritíveis as ações em que se busca o ressarcimento de dano causado ao erário.
5. Não se justifica a alegação de nulidade do título executivo por duplicidade de cobrança, uma vez que a Ação Civil Pública busca a formação de título judicial condenatório para devolução de valores, ressarcimento de prejuízos patrimoniais e morais e sanções não-patrimoniais, enquanto que estes embargos discutem a validade de título executivo extrajudicial, consubstanciado em acórdão do TCU. Se existente, a duplicidade deve vir a prejuízo da formação de um novo título, não do já existente, daí o acerto da r. sentença em declarar válida a decisão ora em execução e que haverá de ser feita a devida compensação naquela ação.
6. Para desconstituir título executivo judicial ou extrajudicial incumbe ao Embargante o ônus da prova; *in casu*, deve demonstrar a ilegalidade ou irregularidade do processo administrativo ou do acórdão do Tribunal de Contas da União que decidiu pelo dever ressarcimento dos valores recebidos a título de subvenção social. Todavia, não trouxe o Embargante a estes autos qualquer elemento capaz de demonstrar que o acórdão do TCU tenha incorrido em vício competente a desconstituí-lo, restando preservada a presunção de liquidez e certeza desse título executivo.

7. Sequer foi carreada aos autos cópia do procedimento de Tomadas de Contas Especial e pouco se fala a respeito das irregularidades propriamente ditas encontradas pelo Tribunal, de modo que não haveria como analisar o mérito da decisão da Corte de Contas se não se dá conhecimento amplo das provas e elementos que a levaram a condenar o Apelante ao ressarcimento.

8. Não bastam alegações genéricas e sem a mínima demonstração. Cabia ao Apelante ter apresentado com a exordial documentos comprobatórios das operações que tivesse consigo, ou, ao menos promovido sua juntada no curso do processo para que, aí sim, restasse afastada qualquer dúvida sobre a premissa fática.

9. O Embargante alegou que Circular da Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional possibilitava o uso da verba para o custeio de outras despesas. Contudo, deixou de juntar aos autos quaisquer documentos relativos à própria concessão da subvenção, a fim de que se pudesse verificar em que termos ela foi deferida.

10. A mencionada Circular não embasaria o desvio dos recursos. Primeiro, porque um simples ato dessa natureza não poderia alterar a destinação legal de recursos públicos; segundo, porque nela estão previstas as hipóteses de destinação de subvenções, mas não se vê em nenhum ponto autorização para que verbas destinadas a uma determinada rubrica pudessem ser aplicadas em outra, mesmo que também passível de subvenção.

11. Mesmo que tivesse o Apelante provado o uso integral, de cada centavo, para fins sociais e filantrópicos, isto não lhe retiraria o dever de ressarcir os cofres públicos dos valores destinados a outros fins que não aqueles aos quais estavam destinados.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de fevereiro de 2012.

Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de apelação em face de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução de título extrajudicial (acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União nº 584/2006), ajuizada pela Fazenda Nacional em face do Embargante (FILIP ASZALOS), presidente à época da diretoria administrativa da OSEC - Organização Santamarense de Educação e Cultura, para ressarcimento aos cofres públicos de verbas de subvenções sociais recebidas pela instituição de ensino, em razão de terem sido julgadas irregulares as contas prestadas (desvio de recursos públicos), a que foi condenado em solidariedade com a OSEC e ANTÔNIO JOSÉ MAYHE RAUNHEITTI, no montante de R\$ 318.869,83 (trezentos e dezoito mil, oitocentos e sessenta e nove reais e oitenta e três centavos), válido para

setembro/2008. Houve condenação em verba honorária, fixada em 5% sobre o valor da causa.

Apelou o Embargante (fl. 738/768), alegando, em suma: (1) a nulidade da sentença, por equívoco em declarar a “definitividade” das decisões do TCU e afastar a possibilidade de reapreciação pelo Poder Judiciário, desrespeitando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da CF); também por deixar de apreciar argumentos deduzidos, “sob a alegação de que o art. 24, da Lei 8.443/1992, vedaria apreciação nesse sentido, em decorrência da presunção de liquidez e certeza do título executivo - acórdão do TCU - e da sua definitividade”, uma vez que tal presunção não é absoluta (*iuris et de iure*), admitindo prova em contrário (*iuris tantum*); e, ainda, por julgar antecipadamente a lide, cerceando sua defesa, “visto que não pôde produzir as provas que poderia apresentar, para corroborar suas alegações e robustecer as provas documentais apresentadas com a inicial dos seus Embargos”; (2) a ocorrência da prescrição/decadência, “relativamente à decisão do TCU de reabrir a apreciação de contas já aprovadas”, acarretando a nulidade do acórdão; (3) a nulidade do título executivo, em face de duplicidade de sua cobrança, já que o mesmo valor também está sendo exigido em Ação Civil Pública, que precedeu a ação executiva; e (4) que, por cautela, considerando o princípio da eventualidade, deve se “remeter aos fundamentos expostos nos seus embargos para sustentar as preliminares que argüiu”.

No mérito sustenta a improcedência da execução, alegando, em síntese, que demonstrou que “as verbas recebidas foram utilizadas, em sua integralidade, no atendimento dos objetivos previstos no art. 16 da Lei nº 4.320/64 e nos artigos 58 a 60, § 1º, do Decreto nº 93.872/86: custearam despesas essenciais ao exercício das atividades educacionais, assistenciais e beneficentes por ela desenvolvidas, o que permitiu que a entidade subvencionada subsidiasse as mensalidades escolares e concedesse bolsas de estudo aos seus alunos”, sendo ilegal o entendimento adotado pelo TCU de que o valor integral da subvenção deve ser empregado, exclusivamente, com bolsas de estudos a alunos carentes, e, inclusive, diverge de outras decisões suas, em casos similares, e de que o dinheiro da subvenção não atendeu aos fins legais.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, emitindo o Ministério Público Federal parecer, nos termos do artigo 75, da Lei nº 10.741/03, no sentido da manutenção da sentença.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS (Relator): Senhores Desembargadores, trata-se de embargos a execução de título extrajudicial ajuizada para a satisfação de crédito da União Federal, consubstanciado em Acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU (Acórdão nº 584/2006 no Processo de Tomadas de Contas Especial nº TC- 700.370/1996-0), que decidiu “julgar [...] as contas irregulares e condenar, solidariamente, a Organização Santamarense de Educação e Cultura - OSEC, na pessoa de seu representante legal, o Sr. Filip Aszalos e o Sr. Antônio José Mayhé Raunheitti ao pagamento da importância de NCz\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzados novos)”, que passo a analisar nos termos que se seguem.

Ausência de nulidade da sentença - decisão do TCU - título executivo idôneo

Não procede o argumento lançado pelo Apelante de que a sentença é nula por ter declarado a “definitividade” das decisões do TCU, afastando a possibilidade de reapreciação pelo Poder Judiciário.

Primeiro, porque o fundamento, qual, o de “equivoco” quanto a essa “definitividade”, não levaria a nulidade (*error in procedendo*), mas a reforma (*error in judicando*), uma vez que se trata de matéria de mérito. Segundo, porque nessa oportunidade estava em causa a liquidez e certeza do título; na verdade o que o julgado declarou, acertadamente, foi que a decisão do TCU, ao julgar a irregularidade das contas apresentadas, no termos do artigo 10 da Lei nº 8.443/92, § 2º, é definitiva, e que tais decisões condenatórias são dotadas de eficácia executiva, constituindo-se em título executivo, no que não merece reforma.

O julgamento antecipado da lide

Alegou o Apelante cerceamento de defesa em virtude do julgamento da lide no estado em que se encontrava.

A matéria relativa à dilação probatória foi analisada nos autos do Agravo de Instrumento nº 0033411-97.2009.4.03.0000, julgado por esta e. Turma na sessão de 15.9.2011, relator o em. Desembargador Federal CARLOS MUTA, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. LEGALIDADE. EFICÁCIA SUSPENSIVA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR. NORMA PROIBITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Ainda que a execução tenha sido ajuizada perante Vara Cível e não com fundamento na Lei 6.830/80, o fato é que prevalecem as razões deduzidas na decisão agravada no sentido da inexistência de ilegalidade no indeferimento das provas requeridas, assim porque toda a alegação exposta pelo agravante é própria de comprovação através de documentos, cuja juntada deveria ter acompanhado a inicial dos embargos do devedor. Houve juntada do que se reputou necessário, o feito foi contestado, seguindo-se manifestação pela produção de prova testemunhal, pericial e inspeção judicial, o que foi indeferido, gerando o agravo de instrumento.
2. Todavia, na própria petição, que gerou a decisão de 1º grau, disse o agravante que havia sido produzida prova testemunhal e pericial em outro feito, porém simplesmente deixou de efetuar a juntada da documentação respectiva na oportunidade, buscando, assim, com o requerimento formulado e indeferido, tão-somente renovar a produção probatória existente na ação civil pública, a que se referiu. Também a inspeção judicial revelou-se de todo impertinente em face do teor da defesa deduzida, conforme registrado na decisão ora agravada.
3. Não acarreta ilegalidade ou nulidade o indeferimento de prova, que já foi produzida em outra ação e cuja documentação deveria ter sido juntada aos autos a

tempo e modo, ou de prova impertinente e sem utilidade para o exame da causa. Se não juntou, quando deveria tê-lo feito, o prosseguimento da ação com o julgamento do mérito não é ilegal, porque assim, inclusive, determina o artigo 740 do Código de Processo Civil. A audiência de instrução somente é necessária para o caso de produção de prova pertinente e útil à solução da causa, não para juntada de prova documental que deveria ter sido produzida oportunamente ou para mera renovação de provas produzidas em outro feito, cuja comprovação nos autos era encargo processual do agravante.

4. Quanto ao efeito suspensivo aos embargos opostos, é vedado, de forma expressa, pelo artigo 739-A do Código de Processo Civil, daí inexistente ilegalidade a ser sanada.

5. Caso em que, ademais, os embargos já foram sentenciados, com interposição de apelação, recebida no efeito devolutivo, cabendo à Turma o exame do que tiver sido ali devolvido por ocasião do julgamento daquele recurso.

6. Agravo inominado desprovido.”

Nestes termos, resta prejudicada a análise nesta oportunidade.

A questão da prescrição

Afasto, outrossim, a alegação de ocorrência da prescrição, “relativamente à decisão do TCU de reabrir a apreciação de contas já aprovadas”, uma vez que deixou o Apelante de juntar aos autos qualquer informação acerca de quando tais contas foram anteriormente aprovadas, para efeito de verificação do termo inicial do prazo prescricional.

Ademais, assim reza a Constituição:

“§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Ora, se, tratando de prescrição, determina a fixação por lei para os ilícitos e ressalva o ressarcimento, resta claro que a punição pelo ato (demissão, perda de mandato, cargo etc.) está sujeita ao prazo prescricional, mas não o dever de ressarcir dele também decorrente. Por outras, trata-se de ação imprescritível por força da Carta Magna.

Assim é que está consolidada a jurisprudência no sentido de que são imprescritíveis as ações em que se busca o ressarcimento de dano causado ao erário. Neste sentido decidiu o Pleno da Suprema Corte:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGACÃO DA SEGURANÇA.

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau.

III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição.

IV - Segurança denegada.”

(MS nº 26.210, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE de 10.10.08)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO.

Incidência, no caso, do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição do Brasil, no que respeita à alegada prescrição. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AGREGRE nº 608.831, Rel. Min. EROS GRAU, DJe-116 de 24.06.10)

No mesmo sentido, entre outros, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CORRÉUS - PRESCRIÇÃO - CONTAGEM INDIVIDUAL - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - IMPRESCRITIBILIDADE.

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei nº 8.429/92), contado o prazo individualmente, de acordo com as condições de cada réu. Precedente do STJ.

2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

(RESP nº 1.185.461, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 17.06.10)

“ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal. 3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.”

(REsp nº 894.539, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 27.08.09)

A alegação de duplicidade de cobrança do título executivo

Quanto à possibilidade de pagamento em duplicidade, cumpre ressaltar que a Ação Civil Pública busca a formação de título judicial condenatório para devolução de valores, ressarcimento de prejuízos patrimoniais e morais e sanções não-patrimoniais, enquanto estes embargos discutem a validade de título executivo extrajudicial, consubstanciado em acórdão do TCU, sendo certo que os valores eventualmente pagos nesta execução, na hipótese de duplicidade da cobrança, serão abatidos da cobrança da Ação Civil Pública mencionada.

Aqui temos um título executivo, ao passo que aquela ação está em fase de conhecimento, ou seja, de formação de um título. Ainda que possam os valores eventualmente envolvidos se referir à mesma dívida, evidentemente que a pendência daquela ação não torna nulo um título já constituído; se existente, a duplicidade deve vir a prejuízo da formação de um novo título, não do já existente, daí o acerto da r. sentença em declarar válida a decisão ora em execução e que haverá de ser feita a devida compensação naquela ação.

A alegação de improcedência da execução

No mérito, alegou o Embargante que demonstrou que “as verbas recebidas foram utilizadas, em sua integralidade, no atendimento dos objetivos previstos no art. 16 da Lei nº 4.320/64 e nos artigos 58 a 60, § 1º, do Decreto nº 93.872/86: custearam despesas essenciais ao exercício das atividades educacionais, assistenciais e beneficentes por ela desenvolvidas, o que permitiu que a entidade subvencionada subsidiasse as mensalidades escolares e concedesse bolsas de estudo aos seus alunos”.

Afirmou, ainda, ser ilegal, além de divergir de outras decisões em casos similares, o entendimento adotado pelo TCU de que o valor integral da subvenção deve ser empregado, exclusivamente, com bolsas de estudos a alunos carentes.

Tenho reservas à tese de que ao Judiciário não é dado analisar o mérito das decisões do Tribunal de Contas da União, porquanto é a própria Lei nº 8.443/92 que ressalva a incidência do art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo o qual “nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário”, não se encontrando no art. 71 regra que, além de dar a atribuição do julgamento das contas públicas àquele Tribunal, retire do Judiciário a análise de suas conclusões.

Observe-se que também a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), reafirmando o monopólio da jurisdição, dispõe:

“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

...

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.”

Evidentemente, à vista do princípio constitucional da separação de poderes, não

cabe ao Poder Judiciário intervir na competência constitucional do TCU, como órgão de auxílio do Poder Legislativo, de julgar as contas daqueles que administrem recursos públicos. A esse Poder cabe o controle externo de todos os órgãos da administração, pelo que o julgamento não deixa de ser político. Mas não se retira do Judiciário a revisão das decisões do TCU quando lese ou ameace direitos, inclusive da própria União, sobretudo quando eivadas por ilegalidade, porquanto estas não têm caráter político, devendo estar devidamente fundamentadas. Não se trata de considerar aprovadas as contas eventualmente tidas por não aprovadas ou vice-versa, mas, no caso, de analisar a subsistência da dívida cobrada, desconstituindo-se apenas um dos efeitos da não-aprovação, que é o dever de ressarcimento.

Nem se olvide o art. 745 do CPC, segundo o qual:

“Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:

I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado;

...

V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.”

Não obstante isso, é certo que para desconstituir título executivo judicial ou extrajudicial incumbe ao Embargante o ônus da prova; *in casu*, deve demonstrar a ilegalidade ou irregularidade do processo administrativo ou do acórdão do Tribunal de Contas da União que decidiu pelo dever de ressarcimento dos valores recebidos a título de subvenção social.

Todavia, não trouxe o Embargante a estes autos qualquer elemento capaz de demonstrar que o acórdão do TCU tenha incorrido em vício competente a desconstituí-lo, restando, pois, preservada a presunção de liquidez e certeza desse título executivo.

A começar pelo procedimento de Tomadas de Contas Especial, do qual alegou nulidade por cerceamento de defesa, mas cuja cópia sequer foi carreada aos autos, e pouco se fala a respeito das irregularidades propriamente ditas encontradas pelo Tribunal, de modo que não haveria como analisar o mérito da decisão da Corte de Contas se não se dá conhecimento amplo das provas e elementos que a levaram a condenar o Apelante ao ressarcimento.

Portanto, não bastam alegações genéricas e sem a mínima demonstração. Cabia ao Apelante ter apresentado com a exordial documentos comprobatórios das operações que tivesse consigo, ou, ao menos promovido sua juntada no curso do processo para que, aí sim, restasse afastada qualquer dúvida sobre a premissa fática. Ou então cópia integral do procedimento de Tomada de Contas, onde, presumivelmente, já teria apresentado essas provas.

Preferiu o Embargante se apegar à tese de necessidade de perícia, mas nem mesmo apresentou os fundamentos de sua irresignação. Ora prova se faz sobre fatos alegados, não sendo pertinente a realização de perícia como que para levantar se algum fato socorre a parte. Ao que consta pretendia verificar a própria aplicação dos recursos com a perícia, como se a própria prova houvesse de esclarecer o fato a ser provado, o que não se admite. Ainda assim, tendo sido realizada nos autos de Ação Civil Pública, cabia ao Embargante juntar cópia do laudo lá apresentado para o desiderato, o que também não providenciou, como já assentado no Agravo de Instrumento antes mencionado.

Ademais, a correta aplicação dos valores recebidos em princípio se prova pela via documental, cabendo a produção de prova pericial apenas na hipótese de ser absolutamente necessária em vista de não se mostrar hábil somente a apresentação de documentos.

É verdade que a própria Embargada, ora Apelada, poderia ter trazido, por exemplo, cópia do procedimento de Tomada de Contas, mas a ausência vem a prejuízo do Embargante, dada presunção de certeza e liquidez do título, pelo que a prova dos fatos constitutivos do crédito não precisa ser efetivada pela credora. O ônus da prova, portanto, cabia ao Embargante, do qual não se desincumbiu.

Além disso, o Embargante alegou que Circular da Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional possibilitava o uso da verba para o custeio de outras despesas. Contudo, ainda como corolário do antes exposto, deixou de juntar aos autos quaisquer documentos relativos à própria concessão da subvenção, a fim de que se pudesse verificar em que termos ela foi deferida.

Não obstante, mesmo que tivesse o Apelante provado o uso integral, de cada centavo, para fins sociais e filantrópicos, isto não lhe retiraria o dever de ressarcir os cofres públicos dos valores destinados a outros fins que não aqueles aos quais estavam destinados.

Nesse sentido, nem a mencionada Circular, transcrita no apelo, embasaria o desvio dos recursos. Primeiro, porque um simples ato dessa natureza não poderia alterar a destinação legal de recursos públicos; segundo, porque nela estão previstas as hipóteses de destinação de subvenções, mas não se vê em nenhum ponto autorização para que verbas destinadas a uma determinada rubrica pudessem ser aplicadas em outra, mesmo que também passível de subvenção.

Assim, diante da ausência de prova inequívoca capaz de afastar os atributos de certeza e liquidez decorrentes do título executivo extrajudicial proveniente de acórdão do TCU, cabe julgar improcedentes os embargos à execução opostos, conforme vêm decidindo os Tribunais, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - ACÓRDÃO DO TCU - AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS E CÁLCULOS - PERÍCIA.

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes os embargos opostos em face da execução de título extrajudicial relativa a irregularidades apuradas pelo TCU na aplicação de recursos repassados pelo extinto Ministério da Ação Social.
2. A análise dos embargos deve restringir-se ao pedido formulado, sendo certo que a petição inicial é que o contém. *In casu*, a produção de prova pericial contábil foi requerida para que fosse esclarecida a aplicação dos encargos, multas e juros de mora que acresceram o valor principal e a inicial dos embargos não veio instruída com qualquer documento ou cálculo que justificasse realização de perícia para se apurar se houve ou não aplicação indevida da subvenção recebida pelos Embargantes.
3. Caberia aos Embargantes demonstrar, nos autos dos embargos, a correta aplicação das subvenções que lhes foram destinados, bem como as alegadas irregularidades nos procedimentos do TCU. Entretanto, sequer o ato que concedeu a subvenção foi anexado aos autos, sendo certo que a finalidade das verbas, indicada neste instrumento, seria imprescindível para a comprovação de que houve a aplicação regular alegada.

4. Os embargos à execução constituem-se de ação autônoma de conhecimento e têm por finalidade a desconstituição parcial ou total do título executivo, judicial ou extrajudicial que embasa a execução. Dessa forma, como ação autônoma de conhecimento, compete ao autor Embargante o ônus da prova de suas alegações sob pena de constituir-se definitivamente o título executivo em questão.

5. Apelação improvida.”

(AC 2003.51.01.020698-9, Rel. Des. Fed. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, E-DJF2R de 27.07.10, p. 171)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - SUBVENÇÃO SOCIAL - ANULAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA - ÔNUS DA PROVA - ART. 333, I, DO CPC - SENTENÇA CONFIRMADA.

1 - Deixando a autora de apresentar provas essenciais à demonstração de sua linha de defesa, quais sejam, provas da apresentação regular dos documentos necessários na prestação de contas enviada ao TCU, não procede a alegação de regular prestação de contas.

2 - Constatando a perícia que a documentação apresentada nos autos não é apta a comprovar a aplicação da verba recebida a título de subvenção social em assistência social e bolsas de estudo, como se destinavam, é de se ver que comprova a está a irregularidade.

3 - Tendo o procedimento administrativo do TCU se pautado pela legalidade e legitimidade, não há vícios que maculem a decisão final.

4 - Como destinatária de recursos públicos federais repassados por intermédio das subvenções sociais, a sociedade autora ficou obrigada a prestar contas às autoridades da Administração Pública incumbidas de fiscalizar o gasto de dinheiro público, principalmente pelo controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (art. 70 e parágrafo único e art. 71 da Constituição Federal), cabendo àquela demonstrar exatamente em que foram gastos os valores repassados e se foram satisfeitas as finalidades anteriormente mencionadas. Pois, caberia a Autora a comprovação, através de documentos necessários que corroboram a aplicação das verbas recebidas em bolsas de estudo e obras educacionais. conforme disposto no art. 333, I, do CPC.

5 - Se a Autora, não trouxe, prova da eventual prestação de contas, é de se presumir, que, peremptoriamente que esta não houve, razão pela qual foi legítima, correta e constitucional a atuação dos órgãos incumbidos de fiscalização, apreciação e julgamento da correta (ou não) aplicação dos recursos públicos, conforme fartamente demonstrado nos autos, diante do minucioso trabalho realizado pelo Tribunal de Contas da União.

6 - Os documentos anexados aos autos não comprovam a regularidade da aplicação das verbas públicas recebidas pela Apelante. Aliás, não comprovam e nem poderiam, porque a Autora, segundo análise do TCU não aplicou corretamente as subvenções recebidas do poder público.

7 - Apelação improvida. Sentença confirmada.”

(AC nº 1997.51.01.071176-1, Rel. Des. Fed. FREDERICO GUEIROS, DJU de 21.07.09, p. 89)

“ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU - SESNI. SUBVENÇÃO SOCIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

I - A prestação de contas, nos termos do parágrafo único do artigo 70 da CFRB, é dever imposto a todas as pessoas que manejam, a qualquer título e de qualquer forma, recursos oriundos dos Cofres Públicos.

II - Não restou comprovado, pelos documentos trazidos aos autos, a regularidade da aplicação da subvenção em análise, pois ausentes os documentos que dão suporte a prestação de contas, restou prejudicada a análise não só do critério adotado pela entidade para destinação dos recursos recebidos; mas da aplicação das verbas, ou seja, se foram empregadas conforme determina a lei ou regulamento e, ainda, se as contas prestadas junto ao TCU foram regulares ou não.

III - Nos termos do § 2º do art. 66 do Decreto nº 93.872/86, o autores tinham o ônus de guardar toda a documentação pertinente à aplicação dos recursos públicos que lhe foram repassados.

IV - O fato dos autores terem sido contemplados com outras subvenções sociais, não sana as irregularidades supostamente detectadas nas contas apresentadas relativamente à subvenção em análise. O art. 60, parágrafo 3º, alínea ‘g’, do Decreto nº 93.782/86 constitui um pressuposto para a concessão de subvenção social, mas não produz o efeito de sanar irregularidades de outras subvenções.

V - Descabe a alegação de cerceamento de defesa no processo administrativo que tramitou no Tribunal de Contas, pois os autores foram devidamente intimados a apresentar alegações de defesa e/ou devolver a subvenção corrigida.

VI - Apelação improvida.”

(AC nº 2002.02.01.022400-6, Rel. Des. Fed. SALETE MACCALOZ, DJU de 30.06.09, p. 107)

“ADMINISTRATIVO. DECISÃO. TOMADA DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES. ASPECTOS FORMAIS. LEGALIDADE.

I - O cerne da controvérsia cinge-se à verificação de eventual ilegalidade no processo administrativo e decisão proferida pelo TCU na tomada de contas especial, em que restou decidido pela irregular prestação de contas do crédito recebido a título de subvenção social.

II - Não há no caso em tela qualquer violação ao contraditório e à ampla defesa no trâmite do procedimento administrativo de Tomada de Contas no TCU. De acordo com o ofício nº 1649/99 (fls. 28 e 131) foram os autores citados para alegações de defesa e/ou recolher aos cofres do Tesouro Nacional a quantia objeto da subvenção, permanecendo, no entanto, inertes.

III - Noutro giro, não comprovam os Autores que as exigências contidas no art. 66 do Decreto 93.872/86 tenham sido atendidas. Nesse aspecto, oportuno destacar que o juízo *a quo* concedeu ampla oportunidade aos Autores para demonstrar a aplicação legal das verbas recebidas em bolsas de estudo, obras educacionais e equipamento escolar, por intermédio de prova pericial (fls. 395/414). No entanto, de acordo com o próprio laudo pericial não restaram comprovadas nos autos as

despesas efetuadas com os recursos recebidos a título de subvenção social.

IV - Inexistem nos autos elementos que demonstrem de forma inequívoca qualquer ilegalidade da decisão condenatória proferida pelo Tribunal de Contas da União, no processo nº TC 599.023/1995-3, por vício em sua motivação. Ônus da prova que é de incumbência dos Autores (art. 333, inciso I do CPC).

V - Demais, o controle judicial dos atos do TCU deve-se limitar aos aspectos técnico-formais do processo administrativo, e à razoabilidade e adequação do decisório prolatado pelo Tribunal de Contas, ante a instrução efetivada, sendo descabida a revisão do mérito em si das decisões proferidas pelo aludido órgão.

VI - Apelo dos Autores desprovido.”

(AC nº 2002.02.01.012597-1, Rel. Des. Fed. THEOPHILO MIGUEL, DJU de 08.09.08, p. 337)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SUBVENÇÃO SOCIAL - ART. 66, DECRETO Nº 93.872/86.

1 - De rigor a rejeição da preliminar atinente à impossibilidade jurídica do pedido, eis que as atribuições constitucionalmente acometidas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, CF/88) não excluem a apreciação do Poder Judiciário, seja porque nenhuma lesão de direito pode a este ser subtraída - conforme se infere do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88) -, seja porque a própria Lei Orgânica daquela instituição assim o prevê, em seu art. 6º (Lei nº 8.443.92).

2 - A cobrança direcionada por ofício ao responsável pela instituição subvencionada, como condicionante da instauração da Tomada de Contas Especial, não possui natureza coercitiva, não identifica qualquer ato abusivo da Administração Pública, e, sobretudo, não consubstancia título executivo.

3 - O pedido se interpreta restritivamente (art. 293, CPC); pelo que, descabe a discussão no entorno do julgamento das contas da parte autora, junto ao Tribunal de Contas da União, interessando, *in casu*, apenas a aferição do ato administrativo que oportunizou a devolução do valor referente à Subvenção Social, outrora concedida, opção que, como visto, não consubstancia a cobrança agitada, o que deságua no desacolhimento do pleito.

4 - Subvenções sociais, destinadas à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional (art. 60, § 1º, Decreto nº 93.872/86), não podem ser empregadas no incremento patrimonial da entidade subvencionada, dentro do que se insere a realização de obras em suas unidades.

5 - Apelação desprovida.”

(AC nº 1998.51.01.005092-0, Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND, DU de 15.07.05, p. 253)

Em suma, o título extrajudicial em questão encontra-se revestido de objetiva liquidez e certeza, amparando validamente a execução proposta, tal como assinalado neste voto, pelo que devem ser rejeitados, na extensão firmada, os embargos que se viram opostos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS - Relator

DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL
0009769-36.2006.4.03.6100
(2006.61.00.009769-2)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: VERONA PARTICIPAÇÕES LTDA. E VALSA PARTICIPAÇÕES LTDA.
Excluído: VALTER MACHADO LUZ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: AC 1661321
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2012

EMENTA

CIVIL. LOCAÇÃO. REVISIONAL. CONTRATO ATÍPICO. “BUILT TO SUIT”. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. OITIVA DE ASSISTENTE TÉCNICO QUE APRESENTOU LAUDO PERICIAL DIVERGENTE. DESPICIENDA. MATÉRIA DE DIREITO. ADEQUAÇÃO DO VALOR MENSAL DA LOCAÇÃO À REALIDADE DE MERCADO. INVIABILIDADE. CONTRATO PARITÁRIO. ATUALIZAÇÃO PELO IGP-M. VALIDADE E EFICÁCIA DO AJUSTE. RECURSO DESPROVIDO.

1 - O juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele, dentro do seu livre convencimento, dispensar a produção de provas que julgar desnecessárias. Na hipótese, a manifestação do assistente técnico da autora consta dos autos (laudo divergente de fls. 551/573), sendo efetivamente despicienda sua oitiva.

2 - As operações imobiliárias denominadas “built to suit” podem ser traduzidas como uma construção sob medida. Consistem em um negócio jurídico similar, em alguns pontos, ao contrato de locação, no qual, todavia, uma parte se encarrega de construir um imóvel customizado para as necessidades do contratante e este se obriga a locar o bem por prazo determinado, por um valor mensal correspondente não somente à contraprestação pelo uso e gozo do imóvel, mas também para remunerar os custos de aquisição do terreno e da construção do imóvel pelo locatário, bem como o capital investido.

3 - Tipo de negócio jurídico que não se submete preferencial ou exclusivamente à Lei do Inquilinato.

4 - Contrato paritário, ou seja, as partes se encontram em situação de igualdade e as cláusulas foram livremente pactuadas, não havendo falar na imposição unilateral de condição, típica dos contratos de massa (por adesão), os quais se submetem a regramento específico e admitem certa relativização, razão pela qual descabe discussão acerca da validade ou eficácia do negócio jurídico entabulado entre as partes.

5 - Não se pode admitir a pretensão da autora de promover revisão do contrato firmado entre as partes com escopo de adequar o aluguel mensal pactuado à realidade de mercado, como se de contrato típico de locação se tratasse.

6 - A única razão da alteração dos valores pactuados foi a correção pelo índice IGP-M, divulgado pela FGV, o qual, nos termos da cláusulas 5.1 e 5.2 foi eleito livremente entre as partes como fator de reajuste anual. Ora, se o *quantum* originalmente pactuado afigurava-se razoável para a autora, não há que se falar em onerosidade excessiva, na medida em que o reajuste decorreu apenas da aplicação

do fator de correção escolhido pelas partes, importando entendimento diverso em violação ao princípio do *pacta sunt servanda*.

7 - Preliminar rejeitada.

8 - Apelação desprovida.

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, rejeitar a matéria preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de novembro de 2011.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Cuida-se de ação revisional ajuizada em 03/05/2006 pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF em face de VERONA PARTICIPAÇÕES LTDA. e WALTER MACHADO LUZ, objetivando a adequação do valor da locação comercial firmada entre as partes à realidade do mercado imobiliário.

Sustenta que, desde março de 2000, é locatária do imóvel situado à Avenida Engenheiro Heitor Eiras Garcia, nº 616, São Paulo/SP, de propriedade da requerida.

Aduz, ainda, que o aluguel inicial foi fixado em R\$ 24.000,00, a ser corrigido anualmente pelo índice IGP-M.

Alega que, em 2006, tal valor atingiu o patamar de R\$ 50.476,98, discrepando dos valores praticados no mercado, consoante laudo pericial elaborado por profissional contratado pela autora, que aponta um valor de mercado da ordem de R\$ 31.650,00.

Regularmente citados, os requeridos ofertaram contestação às fls. 93/103, aduzindo a impossibilidade da ação revisional, ao fundamento de que as partes pactuaram instrumento de locação *sui generis*, denominado “built to suit”, de natureza *intuitu personae*, no qual o locador oferece imóvel construído “sob medida, desde o estudo da localização, da aquisição do terreno, projeto e construção”. Assim, os pagamentos mensais nestes contratos não se subsumem a contraprestação pela utilização do bem, mas comportam também a amortização do capital empregado pelo locador na customização de um imóvel especificamente para as necessidades do locatário, razão pela qual não há vinculação ao valor de mercado, sendo, inclusive, inaplicável a legislação do inquilinato neste particular.

Às fls. 406/410 foi fixado aluguel provisório no valor de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais), determinando à CEF o depósito em juízo da diferença entre o valor arbitrado e o contratualmente ajustado.

Desta decisão foram tirados agravos de instrumento por ambas as partes, autuados nesta Corte sob os nºs 2008.03.00.014166-2 (autor) e 2008.03.00.017869-7 (requeridos).

Laudo pericial às fls. 506/536 (quesitos suplementares respondidos às fls. 576/578), com conclusão do *expert* do juízo no sentido de que o valor de mercado para locação do imóvel comercial objeto do negócio jurídico realizado entre as partes seria de R\$ 60.963,09 (sessenta mil novecentos e sessenta e três reais e nove centavos).

As partes se manifestaram sobre o laudo, tendo a CEF apresentado laudo pericial divergente às fls. 551/573.

Foi deferida a substituição, no pólo passivo da lide, de VALTER MACHADO LUZ pela empresa VALSA PARTICIPAÇÕES LTDA. (fl. 660/664).

Sobreveio a r. sentença de fls. 697/710 que julgou improcedente o pedido de revisão e condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada, a Caixa Econômica Federal - CEF apela às fls. 714/721, aduzindo, em síntese, que a revisão do contrato é perfeitamente possível, com base nos artigos 19 e 68, da Lei nº 8245/91. Sustenta, ainda, a nulidade da r. sentença de primeiro grau, ao fundamento de que o julgamento antecipado da lide teria importado em cerceamento de seu direito de ampla defesa.

Com contrarrazões às fls. 729/738, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Dispensa revisão, nos termos do Regimento Interno.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Inicialmente, não conheço da alegação de cerceamento de defesa ventilada pela apelante em suas razões de recurso.

Da decisão interlocutória que indeferiu a oitiva do assistente técnico da CEF (fl. 589) foi tirado o agravo de instrumento autuado nesta Corte sob o nº 20090300034139-4.

Ao apreciar o referido recurso, o E. Juiz Federal Convocado Ricardo China negou-lhe seguimento, nos termos do art. 557, *caput*, do código de Processo Civil, ao fundamento de que o juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele, dentro do seu livre convencimento, dispensar a produção de provas que julgar desnecessárias.

Ressaltou, ainda, que a oitiva do assistente foi indeferida mediante decisão devidamente fundamentada, razão pela qual deveria ser mantida.

Inviável, portanto, submeter novamente tal questão à apreciação deste Tribunal.

Ademais, como bem salientou o i. magistrado *a quo*, a manifestação do assistente técnico da autora consta dos autos (laudo divergente de fls. 551/573), sendo efetivamente despcienda sua oitiva.

No mérito, a r. sentença de primeiro grau não merece reforma.

As operações imobiliárias denominadas “built to suit” podem ser traduzidas como uma construção sob medida.

Consistem em um negócio jurídico similar, em alguns pontos, ao contrato de locação, no qual, todavia, uma parte se encarrega de construir um imóvel customizado para as necessidades do contratante e este se obriga a locar o bem por prazo determinado (ordinariamente entre dez e vinte anos), por um valor mensal correspondente não somente à contraprestação pelo uso e gozo do imóvel, mas também para remunerar os custos de aquisição do terreno e da construção do imóvel pelo locatário, bem como o capital investido.

Tais negócios visam tanto a atender empresas ou indústrias que não encontram, no mercado, instalações adequadas às suas necessidades específicas, quanto a evitar o

engessamento de grande capital em atividade diversa do foco de negócio da empresa, vale dizer, com a aquisição e construção de imóvel.

Confira-se, por oportuno, o seguinte trecho do voto da lavra do e. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido nos autos da Apelação Cível nº 9156991-70.2008.8.26.0000:

“O negócio jurídico firmado entre as partes não se submete exclusiva ou preferencialmente ao regime jurídico das locações de imóveis urbanos para fins residenciais ou comerciais (Lei nº 8.245/91). A avença contempla em seu bojo amplo feixe de direitos e obrigações às partes que extrapolam os limites da pura locação de imóvel, o que põe a legislação especial da locação em segundo plano quanto ao negócio jurídico sob exame, que deve ser regido pela autonomia da vontade privada, em atenção ao princípio da liberdade de contratar.”

Ressalte-se, ademais, que o contrato em tela é paritário, ou seja, as partes se encontram em situação de igualdade e as cláusulas foram livremente pactuadas, não havendo falar na imposição unilateral de condição, típica dos contratos de massa (por adesão), os quais se submetem a regramento específico e admitem certa relativização, razão pela qual descabe discussão acerca da validade ou eficácia do negócio jurídico entabulado entre as partes.

Assim, não se pode admitir a pretensão da autora de promover revisão do contrato firmado entre as partes com escopo de adequar o aluguel mensal pactuado à realidade de mercado, como se de contrato típico de locação se tratasse.

Por outro lado, verifico que a única razão da alteração dos valores pactuados foi a correção pelo índice IGP-M, divulgado pela FGV, o qual, nos termos da cláusulas 5.1 e 5.2 foi eleito livremente entre as partes como fator de reajuste do valor mensal da locação.

Ora, se o valor originalmente pactuado (R\$ 24.000,00) afigurava-se razoável para a autora, não há que se falar em onerosidade excessiva, na medida em que o reajuste decorreu apenas da aplicação do fator de correção escolhido pelas partes, importando entendimento diverso em violação ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR E NEGÓ PROVIMENTO à apelação, na forma acima fundamentada.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006915-72.2007.4.03.6120
(2007.61.20.006915-5)

Apelante: VALDIR VIEIRA FRANÇA
Apelados: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO
Classe do Processo: AC 1497906
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/12/2011

EMENTA

“AÇÃO DE ASSENTAMENTO E DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS” (POSSESSÓRIA ÀS AVESSAS) - PARTICULAR A OCUPAR IMÓVEL DE OUTRO ASSENTADO, DO QUAL “ADQUIRIU” O BEM DIRETAMENTE, SEM INTERVENIÊNCIA DO INCRA - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA AUSENTE À DESEJADA PROTEÇÃO - IMPROCEDÊNCIA ACERTADA - IMPROVIDO O APELO PRIVADO.

1. Irrepreensível a r. sentença, por todos os seus termos, uma vez que sem sucesso a ambicionada “tutela preventiva”, tal como lançada, como que a desejar “transformar” o ilícito em lícito.

2. Ao arrepio de elementar intervenção do INCRA, sobre o imóvel em questão, “resolveu” a parte apelante “adquirir” dito bem (como se assim o pudesse), então como consequência almejando “regularizar” aquilo que sabe atentatório ao sistema, a direta ocupação de coisa submetida aos objetivos critérios positivados também ao Poder Público, o qual evidentemente único e incontornável titular do dever de, diante da lei e da Constituição Brasileira, autorizar ocupação/posse lícita a quem reúna os critérios todos elementares a tanto, o que, nem de longe, vênias todas, a corresponder ao cenários dos autos, no qual “às avessas” intenta o particular “legitimar-se” por si, sempre sob a manifesta consciência de sua ilícita ocupação “ab ovo”, por veemente.

3. Nem mesmo portanto havendo de se falar em “decurso do tempo”, que favorecesse ao particular em tela, exatamente por sua congênita ocupação irregular, do imóvel em prisma - imperativa a improcedência ao pedido, improvido o demandante apelo, exatamente por não se amoldar o conceito do fato, trazido a lume, à proteção jurídica em prefacial intentada.

4. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de novembro de 2011.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator): Cuida-se de apelação, em ação de assentamento c/c pedido de preservação de direito, por afirmado adquirente de boa-fé, esta ajuizada por Valdir Vieira França em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, aduzindo que, desde 1.987, encontra-se na lista de espera como pretendente a obter seu assentamento: ante a oportunidade, adquiriu, em 21/08/2.004, de José Rodrigues de Almeida, já devidamente assentado, o lote nº 47, conforme Compromisso de Compra e Venda, onde passou a cultivá-lo nos termos de economia familiar. Com efeito, é um adquirente de boa-fé. Todavia, vendo ações de reintegração de posse movidas pelo INCRA, não vê outra alternativa, senão vir a Juízo salvaguardar a seus direitos, evitando futuros prejuízos, logo requer seja julgada procedente a transferência, pois o requerente faz jus como assentado, para que possa produzir e sobreviver em sua propriedade.

A r. sentença de fls. 104/109 vº, julgou improcedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, CPC. Em face da sucumbência, condenou o autor ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), porém, suspenso o pagamento nos termos da Lei nº 1.060/50, sem custas, pontuou a improcedência do pedido por absoluta falta de amparo legal a transação particular efetuada com o antigo parceleiro/beneficiário, pois o aludido contrato se deu sem a anuência e participação do INCRA, constando inclusive, na cláusula 2.1, “a transferência do lote sem a prévia anuência do INCRA”, ainda, que até a concessão do título definitivo de propriedade, o imóvel pertence ao INCRA, inconteste a impossibilidade de titulares da posse direta dos lotes, a eles concedidos, aliená-los a terceiros.

Apelou a parte autora, fls. 116/126, aduzindo que o lapso temporal, da cessão dos lotes até a data da alienação a terceiros, ultrapassa mais de vinte anos, ou seja, o dobro do prazo legalmente estabelecido, portanto requer a reforma da r. sentença.

Apresentadas as contrarrazões, ausente preliminar, fls. 132/136, sem preliminares, subiram os autos a esta E. Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII de seu artigo 33).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator): Irrepreensível a r. sentença, por todos os seus termos, uma vez que sem sucesso a ambicionada “tutela preventiva”, tal como lançada, como que a desejar “transformar” o ilícito em lícito.

Efetivamente, ao arrepio de elementar intervenção do INCRA, sobre o imóvel em questão, “resolveu” a parte apelante “adquirir” dito bem (como se assim o pudesse), então como consequência almejando “regularizar” aquilo que sabe atentatório ao sistema, a direta ocupação de coisa submetida aos objetivos critérios positivados também ao Poder Público, o qual evidentemente único e incontornável titular do dever de, diante da lei e da Constituição Brasileira, autorizar ocupação/posse lícita a quem reúna os critérios todos elementares a tanto, o que, nem de longe, vênias todas, a corresponder ao cenários dos autos, no qual “às avessas” intenta o particular “legitimar-se” por si, sempre sob a

manifesta consciência de sua ilícita ocupação “ab ovo”, por veemente.

Deste modo - nem mesmo portanto havendo de se falar em “decorso do tempo”, que favorecesse ao particular em tela, exatamente por sua congênita ocupação irregular, do imóvel em prisma - imperativa a improcedência ao pedido, improvido o demandante apelo, exatamente por não se amoldar o conceito do fato, trazido a lume, à proteção jurídica em prefacial intentada.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como o artigo 72, Decreto nº 59.428/66, art. 10, Lei nº 9.636/98, arts. 18, 21 e 22, Lei nº 8.629/93, arts. 1º e 2º, Estatuto da Terra, que objetivamente a não socorrer, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, *pelo improvimento à apelação*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

DIREITO CONSTITUCIONAL

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0010607-23.1999.4.03.6100
(1999.61.00.010607-8)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: ApelReex 559455
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REPRODUÇÃO POR CÓPIA, DA CONTESTAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IRPF. DEDUÇÃO. AQUISIÇÃO DE LENTES CORRETIVAS E APARELHOS DE AUDIÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEI Nº 9.250/95, ART. 8º, II, “A”, *IN FINE*. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 97, DA CR/88 E ART. 481 E SEQUINTE DO CPC.

I - Não se conhece de apelação cujas razões constituem cópias reprográficas da contestação, porquanto denotada a ausência de impugnação específica dos fundamentos da sentença.

II - O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais de origem homogênea envolvendo o direito fundamental à saúde, embaraçado em razão de legislação tributária.

III - O art. 8º, inciso II, alínea *a*, da Lei nº 9.250/95, secundado por atos normativos infralegais, afigura-se inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia e vulneração ao exercício do direito fundamental à saúde, porquanto admite a dedução para efeito de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, de despesas efetuadas com a aquisição de aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias, não permitindo, sem fundamento lógico para diferenciação, a dedução de despesas efetuadas com a aquisição de lentes corretivas e aparelhos auditivos.

IV - Incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado, nos termos dos arts. 97, da Constituição Federal de 1988, 481 e seguintes do Código de Processo Civil, e 172 e seguintes do RITRF-3ª Região.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da apelação e suscitar incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Cuida-se

de ação civil pública, proposta pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, contra a *UNIÃO FEDERAL*, com pedido de antecipação de tutela, objetivando a declaração “do alcance das deduções previstas no art. 8º, II, ‘a’, da Lei 9.250/95, com a conseqüente invalidação, por ilegalidade, do item 3 do Parecer Normativo 36/77, da Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, determinando-se à Secretaria da Receita Federal que admita as despesas com aquisição de lentes corretivas e aparelhos de audição, do próprio contribuinte e de seus dependentes, mediante comprovação através de receituário médico e nota fiscal em nome do beneficiário, fixando-se multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento, valor esse destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, tudo com fulcro nos arts. 11 e 13 da Lei 7.347/85” (fls. 02/33).

Alega, em síntese, que, diante da previsão de dedução, pelas pessoas físicas, das despesas relativas a despesas médicas (art. 8º, II, “a”, da Lei nº 9.250/95), para apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda, o disposto no item 3, do Parecer Normativo 36/77, que veda a dedução de despesas com a compra de óculos, lentes de contato, aparelhos de surdez e similares, revela-se ilegal.

Aduz que diversas situações semelhantes ensejam autorização para tal dedução, como é o caso de aparelhos ortodônticos, bem como até mesmo situações menos graves, como a necessidade do uso de palmilhas ortopédicas.

No caso de aparelhos auditivos, salienta que a vedação da dedução das despesas com a sua aquisição também está estabelecida no art. 8º, da Instrução Normativa SRF nº 65, de 1996.

Em decisão constante às fls. 34/39, foi concedida a antecipação de tutela, nos termos requeridos, a qual foi objeto de agravo de instrumento julgado prejudicado (Proc. nº 1999.03.00.010636-1).

A União Federal apresentou contestação, alegando, preliminarmente, a incompetência absoluta do Juízo, a inépcia da inicial por falta de causa de pedir, a falta de representação processual, bem como a ausência das três condições da ação, sustentando, no mérito, a improcedência do pedido (fls. 47/79).

O Ministério Público Federal ofereceu réplica (fls. 82/85).

Instadas a dizer acerca da produção de outras provas, as partes requereram o julgamento antecipado da lide (fls. 88vº/89).

O pedido foi julgado procedente, ante o reconhecimento de que a discriminação efetuada pela lei ofende o princípio da isonomia, constando da sentença, submetida ao reexame necessário, a anotação de que a eficácia da decisão restringe-se aos limites do território do Estado de São Paulo (fls. 90/101).

A Ré ofereceu apelação, reproduzindo a argumentação deduzida na contestação (fls. 104/142).

O Ministério Público Federal contrarrazoou às fls. 144/175.

Os autos foram distribuídos a mim por sucessão, mediante o Ato nº 7.626, de 08.06.2005 (fls. 205/207).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Inicialmente, não conheço da apelação, por cuidar-se de mera reprodução da contestação oferecida. Com efeito, observa-se que as razões de recurso - fls. 106 a 135 - constituem cópias reprográficas das fls. 48 a 80 da contestação, o que denota que a apelação não impugnou especificamente os fundamentos da sentença.

Assim, aprecio o reexame necessário.

Verifico a presença dos pressupostos processuais, bem como das condições da ação. A respeito, faço as considerações que seguem.

Em primeiro lugar, analiso a competência do Juiz “a quo” para o conhecimento e julgamento desta ação. Cabe lembrar que a declaração de inconstitucionalidade efetuada pelo Juízo de 1º grau e a declaração de inconstitucionalidade proclamada pelo Supremo Tribunal Federal são completamente diferentes, porquanto na ação civil pública, ela é incidental, traduzindo a arguição de inconstitucionalidade o fundamento do pedido; já na Ação Direta de Inconstitucionalidade, diversamente, a declaração de inconstitucionalidade é o próprio pedido, não a causa de pedir, uma vez que se discute a inconstitucionalidade em tese.

Outrossim, a eficácia *erga omnes* também é diferente nessas hipóteses: na ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade, porquanto analisada incidentalmente, poderá ser apreciada, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Desse modo, não há que se falar em usurpação de competência deste.

Registre-se ser essa a orientação que foi adotada pelo próprio Excelso Pretório (v. g. Rcl 1897 AgR/AC - Acre, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.08.2010).

No que tange à legitimidade ativa, o Ministério Público a detém para defesa de *interesses individuais de origem homogênea*, a teor dos arts. 129, III e § 1º, da Constituição da República, 5º, da Lei nº 7.347/85 e 81, da Lei nº 8.078/90.

Os direitos individuais de origem homogênea são aqueles decorrentes de origem comum, constituindo espécies de direitos coletivos *lato sensu* (art. 91, parágrafo único, III, CDC). Traduzem direitos supra-individuais, mas essa supra-individualidade não é intrínseca a esses direitos.

Conforme já tive oportunidade de assinalar, analisando tais direitos de perto, observa-se constituírem direitos individuais e disponíveis, mas, mesmo disponíveis, são direitos tuteláveis mediante ação civil pública:

“Com efeito, o tratamento coletivo é indicado por razões de segurança jurídica - previsibilidade das consequências de uma dada conduta e impedimento de proliferação de decisões conflitantes. Em outras palavras, o tratamento coletivo a direitos individuais e disponíveis, desde que tenham origem homogênea, é questão de interesse público. É por isso que esses direitos, não obstante individuais e disponíveis, são passíveis de tutela mediante ação civil pública e, portanto, o Ministério Público tem legitimidade para defendê-los.” (cf. meu “Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional”, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 435-436).

No caso em tela, a par de tratar-se da tutela de direitos individuais de origem homogênea, tem-se situação que envolve *o embaraço ao exercício do direito fundamental à saúde, por meio de normas da legislação pertinente ao Imposto sobre a Renda*, o que evidencia que os interesses ora defendidos *não se resumem à matéria tributária*, não

cabendo invocar-se o disposto no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 7347/85, que veda o cabimento de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos.

Cabe assinalar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, firmou orientação no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais fundamentais, como o direito à saúde, como o demonstra o acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. ‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127 da CF).

2. ‘São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; 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’ (art. 129 da CF).

3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo - aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade - para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais.

4. *O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada.*

5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de ‘propiciar sua adequada e efetiva tutela’ (art. 83 do CDC).

6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.”

(REsp 695396/RS, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 12.04.2011, destaque meu).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v. g. AI 656174-RS, 1ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04.10.2011).

Desse modo, não remanesce dúvida quanto ao cabimento da ação civil pública para veicular a pretensão deduzida, bem como no que tange à legitimidade do Ministério Público Federal para a sua propositura.

Passo ao exame do mérito.

O exame da pretensão deduzida está emoldurado, inicialmente, pela disciplina constitucional conferida ao direito à saúde, da qual destaco os seguintes dispositivos:

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

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

Por outro lado, vale lembrar que, além de assegurar múltiplos direitos, a Constituição da República regra minudentemente a atividade tributante, sendo de salientar-se que a compreensão do Direito Tributário, cada vez mais, está voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício de direitos fundamentais. De fato, universalmente vem se afirmando uma visão humanista da tributação, a destacar que essa atividade estatal não busca apenas gerar recursos para o custeio dos serviços públicos mas, igualmente, o asseguramento do exercício de direitos públicos subjetivos. Ademais, não se pode, pois, pensar em tributo dissociando-se essa prestação do contexto constitucional em que ela se insere e do seu relacionamento com os direitos fundamentais.

Desse modo, em meu entender encontra-se implícito no texto constitucional o princípio da não-obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação, o qual é extraído das normas que afirmam que os diversos direitos e liberdades nele contemplados devem conviver harmonicamente com a atividade tributante do Estado.

Assim, se a Lei Maior assegura o exercício de determinados direitos, que qualifica como fundamentais, não pode tolerar que a tributação, também constitucionalmente disciplinada, seja desempenhada em desprezo a esses mesmos direitos.

E uma das maneiras pelas quais, indesejavelmente, pode o exercício de direitos vir a ser amesquinçado é por intermédio da tributação, porquanto o tributo, necessariamente, interfere com o direito de liberdade e o direito de propriedade dos cidadãos.

O princípio da não-obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação projeta seus efeitos, inicialmente, no próprio Texto fundamental. Todas as normas constitucionais vedatórias da tributação em determinadas situações ou em relação a determinadas pessoas, bem como aquelas garantidoras do exercício de direitos, representam sua aplicação, tais como as imunidades e os princípios.

Em consequência, o direito à saúde, direito de todos e dever do Estado, assegurado pelo art. 196 CR, deve ser tutelado pela tributação, não cabendo, por exemplo, que os valores referentes às despesas médicas e ao seguro-saúde sejam considerados renda tributável para efeito de Imposto sobre a Renda.

Posto isto, impende examinar a legislação referente às deduções das despesas com saúde para efeito de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda.

A Lei nº 9.250/95, que altera a legislação do Imposto de Renda das Pessoas Físicas e dá outras providências, preceitua, em seu art. 8º, inciso II, alínea a, o que segue:

“Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:

I - de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;

II - das deduções relativas:

a) aos pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias;

(...)” (destaquei).

Reproduzindo tais disposições, o art. 80, *caput*, do Regulamento do Imposto sobre a Renda (Decreto nº 3000, de 1999), que revogou o Regulamento anterior (Decreto nº 1.041, de 1994), que, em seu art. 85, sequer mencionava os aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias.

A Instrução Normativa SRF nº 65, de 1996, da Secretaria da Receita Federal, vigente à época da propositura da ação, por sua vez, arrolava os aparelhos ortopédicos e próteses cuja aquisição ensejava a dedução do valor correspondente para efeito de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda, como segue:

“Art. 8º Na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de ajuste anual das pessoas físicas poderão ser deduzidos, como despesas médicas, os gastos efetuados com o próprio contribuinte e seus dependentes com a aquisição de aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas, assim considerados:

I - pernas e braços mecânicos;

II - cadeiras de rodas;

III - andadores ortopédicos;

IV - palmilhas ou calçados ortopédicos;

V - qualquer outro aparelho ortopédico destinado à correção de desvio de coluna ou defeitos dos membros ou das articulações.

§ 1º A dedução é condicionada à comprovação, mediante receituário médico e nota fiscal em nome do beneficiário.” (destaques meus).

Tal ato normativo foi revogado pela Instrução Normativa SRF nº 15, de 2001, ora em vigor, a qual, em seu art. 43, § 7º, reproduz, nesse particular, o texto do ato normativo revogado.

Ainda, o Parecer Normativo nº 36, de 30 de maio de 1977, da Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, ainda em vigor, preceitua que as despesas com a compra de óculos não se enquadram no conceito de pagamentos a médicos, não podendo ser abatidas da renda bruta da pessoa física (item 3).

Diante desse quadro normativo, observa-se que o rol de aparelhos e próteses cujo valor pago em sua aquisição é dedutível para efeito de Imposto sobre a Renda, apontado

pela lei e detalhado por atos infralegais, por revestir caráter taxativo, não autoriza a dedução do valor pago na aquisição de outros bens, essenciais ao exercício do direito fundamental à saúde, como as lentes corretivas (óculos, inclusive armação, e lentes de contato) e os aparelhos auditivos.

Convém destacar, ainda, que o termo *prótese*, em Medicina, significa “qualquer aparelho que auxilie ou aumente uma função natural (como, p. ex., a da audição e da visão)” (cf. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, versão eletrônica 6.0.6, 2009, destaque meu), o que não enseja dúvida quanto à abrangência das lentes corretivas e dos aparelhos de audição nesse conceito.

Destarte, entendo que o art. 8º, inciso II, alínea *a*, da Lei nº 9.250/95, secundado pelos atos administrativos normativos apontados, ao admitir a dedução de despesas efetuadas com a aquisição de aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias, tão somente, não o fazendo para aparelhos e próteses de outra natureza, cuja utilização é essencial ao exercício do direito à saúde, constitucionalmente assegurado, encerra discriminação não lastreada em fundamento lógico que justifique o tratamento desigual.

Assim, por exemplo, não se justifica sejam tratados desigualmente aqueles que necessitam de *aparelho ortodôntico* - cuja despesa é dedutível - daqueles que necessitam de *aparelho de audição* - cujo valor de aquisição não consubstancia dedução para efeito de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda e, portanto, é considerado acréscimo patrimonial submetido à tributação pelo mesmo imposto.

De todo o exposto, conclui-se que a discriminação efetuada, no sentido de excluir, das deduções admissíveis para efeito de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, os pagamentos efetuados com a aquisição de lentes corretivas (óculos, inclusive armação, e lentes de contato) e aparelhos auditivos, é inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia, vulnerando, ademais, o pleno exercício do direito fundamental à saúde.

Isto posto, **NÃO CONHEÇO DA APELAÇÃO E SUSCITO O INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** do art. 8º, inciso II, alínea *a*, *in fine*, da Lei nº 9.250/95, na parte em que restringe as deduções relativas a despesas com aparelhos e próteses àquelas de natureza ortopédica e dentária, tão somente, bem como dos preceitos correspondentes dos atos administrativos apontados, a teor do art. 97, da Constituição Federal, art. 481 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como do arts. 172 e seguintes do RITRF-3ª Região.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0013427-59.2011.4.03.0000
(2011.03.00.013427-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: SANTA CRUZ DO RIO PARDO PREFEITURA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO
Classe do Processo: AI 439289
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2012

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62 - PRECATÓRIO - COMPENSAÇÃO: NOVA SISTEMÁTICA - RESTRIÇÃO TEMPORAL: “MOMENTO DA EXPEDIÇÃO DOS PRECATÓRIOS” (§ 9º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

1. A EC nº 62/09 fez previsão de nova modalidade de compensação.
2. Nada impede a lei - e menos ainda uma Emenda Constitucional - de autorizar o encontro de contas a qualquer momento. Mas a EC 62 restringiu a operação jurídica ao “momento da expedição dos precatórios” (§ 9º do artigo 100 da Constituição Federal).
3. A limitação opera contra o Poder Público.
4. No caso concreto, a expedição do precatório ocorreu em momento posterior à vigência da Emenda Constitucional nº 62.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de fevereiro de 2012.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator): Trata-se da discussão sobre a incidência do artigo 100, parágrafo 9º, da Constituição Federal, no modelo da *Emenda Constitucional nº 62/09*.

A controvérsia diz respeito à regularidade, ou não, da compensação prevista na citada Emenda Constitucional, entre valores derivados da satisfação de precatório e débitos da agravante inscritos em dívida ativa.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido.

A resposta não foi apresentada.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator): Ao analisar o pedido de efeito suspensivo, o Desembargador Federal Relator Fábio Prieto de Souza proferiu a seguinte decisão:

“A apropriação dos argumentos utilizados na confrontação da Emenda Constitucional nº 30 não favorece a solução da lide atual.

A EC 30 cuidou do *parcelamento de precatórios* e a polêmica ganhou corpo, não apenas, mas ademais, porque a citada norma é dotada com pretensão de incidência sobre *títulos de execução pendentes*.

A medida liminar proferida, em data recente, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, fulminou, tão-só, este último ponto, sob intensa divisão na formação do resultado do julgamento.

A EC 62 trata de algo distinto. Não se concedeu ao Fisco a prerrogativa de nova moratória. Mas de alcançar quem, agora em face do Fisco, goza do regime jurídico da moratória. Trata-se, portanto, de *nova modalidade de compensação*, entre sujeitos que se confundem nas posições de credores e devedores.

Os contribuintes, sobretudo os inconformados com pretensões de compensação em face de prestações vincendas de seus parcelamentos, apontam, na redação do novo parágrafo 9º, do artigo 100, da Constituição Federal, alegada cláusula de contenção de eficácia. É o que representaria a locução ‘*No momento da expedição dos precatórios*’.

O inteiro teor dos dispositivos questionados:

‘§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.’

As normas jurídicas parecem válidas. Duas questões centrais foram disciplinadas. A compensação e o seu procedimento.

Por primeiro, é necessário considerar que a simples existência de débito titularizado pelo Poder Público nunca tornou - e não deve tornar - intangível o valor por ele representado, ainda quando constituído por força de decisão judicial.

De há muito, no ‘rosto dos autos’ - no velhíssimo jargão forense -, tais créditos podem ser - e são - objeto de penhora. E pouco importa se expedido o precatório. A constrição recai sobre o crédito, não sobre o título que o torna sujeito à execução forçada.

Por outro lado, o sistema normativo tem a antiga previsão do artigo 34, ‘caput’, da Lei da Desapropriação, o Decreto-lei nº 3.365, de 1.941, a dizer que ‘o levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de

dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado’.

Nesta última hipótese, é oportuno considerar que o precatório não apenas foi expedido, mas liquidado. Portanto, nem a conversão do crédito em dinheiro torna o valor correspondente inatingível.

No caso da EC 62, fez-se a previsão de nova modalidade de compensação, com *séria restrição para o Poder Público*, não para o devedor dele.

Nada impede a lei - e menos ainda uma Emenda Constitucional - de autorizar o encontro de contas a qualquer momento. Mas a EC 62 restringiu a operação jurídica ao *‘momento da expedição dos precatórios’*. *A limitação opera contra o Poder Público, tão-só.*

Se, *após* a expedição do precatório, mas antes de sua liquidação, o Poder Público firmar parcelamento com o devedor tributário, não poderá realizar o abatimento. No caso concreto, a expedição do precatório ocorreu em momento posterior à vigência da Emenda Constitucional nº 62.

Por estes fundamentos, defiro o pedido de efeito suspensivo.”

A r. decisão monocrática traduz o entendimento deste relator. Por outro lado, a argumentação deduzida após a concessão do efeito suspensivo não alterou tal convicção.

Mantenho a decisão acima transcrita e, por isto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

DIREITO PENAL

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0004028-45.2007.4.03.6111
(2007.61.11.004028-0)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, JOÃO SIMÃO NETO E JAIRO ANTÔNIO ZAMBON

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR

Classe do Processo: RSE 5664

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2012

EMENTA

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. OPERAÇÃO OESTE. ARTIGO 317, “CAPUT”, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR AFASTADA. SENTENÇA NULA. RECURSO PROVIDO.

1. Rejeitada a preliminar de nulidade da sentença. “In casu”, o magistrado, em que pese ter se excedido ao externar sua indignação com as investigações deflagradas por delação apócrifa, não se descurou do seu mister constitucional de prestar a jurisdição com imparcialidade, uma vez que proferiu sentença motivando pontualmente todas as questões postas a deslinde.

2. Nulidade da sentença consistente na impossibilidade do magistrado “rever” sua decisão que recebeu a denúncia. Na hipótese dos autos, consoante se observa da decisão que recebeu a denúncia o Juízo 3ª Vara Federal de Marília examinou e constatou a presença de todos os pressupostos para a admissibilidade da denúncia, portanto, tais questões restaram preclusas, ou seja, não sendo admissível, após todo o processamento, ser proferida sentença desconstituindo o recebimento. Assim, a anulação é de rigor.

3. Preliminar rejeitada. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento.

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, rejeitar a preliminar de nulidade deduzida no parecer da Procuradoria Regional da República e, no mérito, dar provimento ao recurso em sentido estrito, para anular a r. sentença, determinando a remessa dos autos à primeira instância para que seja proferida outra decisão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de dezembro de 2011.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra a r. decisão de fls. 3484/3533, proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Marília, Dr. Luiz Antonio Ribeiro Marins, que declarou “nulo o presente processo criminal ajuizado contra

WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, JOÃO SIMÃO NETO e JAIRO ANTÔNIO ZAMBON, desde o recebimento da denúncia”.

Cumprе destacar, por oportuno, que o acusado *Washington da Cunha Menezes* foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 317, § 1º, do Código Penal e os réus *João Simão Neto* e *Jairo Antônio Zambon* como incursos no artigo 333, parágrafo único, do mesmo *Codex*.

O recorrente pleiteia a reforma da decisão alegando, em síntese, que (fls. 3543/3574) a r. sentença é nula, na medida em que “recebida a denúncia, transcorrida toda a instrução probatória e apresentadas as alegações finais, o MM. Juiz Federal *a quo* não poderia ‘reconsiderar’ a decisão que recebeu mesmo com a rotulagem de ‘anulação do processo’, já que tal medida constitui supressão do grau de jurisdição desse Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região”.

Subsidiariamente, sustenta que o *decisum* deve ser reformado, haja vista a ausência de ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia apócrifa, bem como em decorrência de inexistência de nulidade na fixação da competência e nas autorizações de interceptações telefônicas.

Contrarrazões acostadas às fls. 3890/3910, 3950/3958 e 3985/4001.

À fl. 4003, o magistrado de primeiro grau manteve a decisão recorrida e determinou a remessa dos autos a esta E. Corte.

A Procuradoria Regional da República, por seu ilustre representante, Dr. Márcio Domene Cabrini, opinou, *preliminarmente*, pela *declaração da nulidade da r. sentença*, “pois os sentimentos do magistrado pelo feito são incompatíveis com a imparcialidade exigida nos provimentos jurisdicionais”, no *mérito*, pelo *provimento do recurso* (fls. 4007/4014 verso).

É o relatório.

Dispensada a revisão, a teor do disposto no artigo 236 do Regimento Interno desta Corte.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): *Washington da Cunha Menezes* foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 317, § 1º, do Código Penal e os corréus *João Simão Neto* e *Jairo Antônio Zambon* como incursos nas penas do artigo 333, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Consta da denúncia que:

“(…) II - Dos diversos delitos e desvios funcionais do Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES.

(…)

Dentre estes diversos desvirtuamentos funcionais e criminais, destaca-se nesta exordial acusatória a corrupção praticada pelo Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, juntamente com JOÃO SIMÃO NETO E JAIRO ANTÔNIO ZAMBON, objetivando a concessão de ‘favores ilegais’ para o citado empresário no curso do Inquérito Policial nº 2002.61.11.000761-8 (1ª Vara Federal em Marília/SP), que apurava os crimes de ‘sonegação fiscal’ e ‘lavagem

de dinheiro', os quais teriam sido praticados por JAIRO ANTONIO ZAMBON através de interposta pessoa ('laranja') de nome MARIA GENI DE AGUIAR.

III - Dos Fatos - CASO 'JAIRO ANTONIO ZAMBON'

Conforme narrado no relatório policial (fls. 566/581), no dia 21 de julho de 2005, SILVIO CÉSAR MADUREIRA compareceu na Procuradoria Regional da República, onde prestou declarações à Procuradora Ana Lúcia Amaral. Ao ler suas declarações, SILVIO pediu para retirar um trecho onde tinha citado o pagamento de uma propina de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) feita pelos advogados JOÃO SIMÃO NETO e JOSÉ CLÁUDIO BRAVOS ao delegado de polícia federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES. Segundo SILVIO, o advogado teria oferecido tal dinheiro ao delegado para que este aceitasse o atestado médico de seu cliente JAIRO ANTÔNIO ZAMBON, com o intuito de prorrogar uma intimação que teria recebido do delegado, tudo objetivando a prescrição do fato (fl. 567).

(...)

Mesmo sem conhecer quaisquer elementos dos Autos nº 2002.61.11.000761-8 (infratores, delitos investigados, advogados envolvidos etc.), os quais nunca teve acesso (!), SILVIO CÉSAR MADUREIRA citou os advogados JOÃO SIMÃO NETO, ANTÔNIO CARDOSO e JOSÉ CLÁUDIO BRAVOS, que, propositadamente, atuaram como causídicos do então investigado JAIRO ANTÔNIO ZAMBON e seus familiares no citado persecutório. Além disso, descreve com riqueza de detalhes (atípico de quem pudesse estar mentindo) os locais onde foi, os escritórios advocatícios onde esteve, as reuniões e encontros das quais participou, as tarefas as quais ficou incumbido de realizar etc.

(...)

Em suma, SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, além de descrever minuciosamente as tratativas realizadas entre WASHINGTON DA CUNHA MENEZES e JOÃO SIMÃO NETO este último, agindo em nome e nos resguardos dos interesses do até então investigado JAIRO ANTONIO ZAMBON, citou circunstâncias jurídicas e acontecimentos procedimentais efetivamente ocorridos na condução do Processo nº 2002.61.11.000761-8 (na época, o inquérito policial presidido pelo Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES), que jamais poderiam ter chegado ao seu conhecimento, senão pelos próprios denunciados na forma por ele mesmo descrita.

Na data de 05.07.2007, ao ser ouvido na sede da Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA não só ratificou o teor do depoimento prestado em 18.06.2007, onde imputou ao DPF WASHINGTON o recebimento de 'propina' enquanto presidia o inquérito de JAIRO ANTÔNIO ZAMBON, como também notificou que foi ameaçado pelo advogado JOÃO SIMÃO NETO nas dependências do Fórum da Justiça Federal desta cidade, enquanto aguardava o início de sua audiência, (...)

O ato criminoso praticado por JOÃO SIMÃO NETO apenas evidencia seu próprio temor de que SÍLVIO viesse a ratificar, em juízo, o episódio envolvendo o pagamento de 'propina' ao delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES. Tal acontecimento aliado a tantas outras circunstâncias narradas por SILVIO CÉSAR MADUREIRA e confirmadas outras circunstâncias narradas por SILVIO CÉSAR MADUREIRA e durante esta investigação, mais uma vez demonstra a veracidade dos fatos narrados por SÍLVIO.

Ao ser ouvido na Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, JOSÉ CLÁUDIO BRAVOS confirmou que o Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES recebeu indevidamente dinheiro no curso do inquérito que presidia em face de JAIRO ANTÔNIO ZAMBON (Autos nº 2002.61.11.000761-8). Todavia, alegou que tal quantia foi entregue à referida autoridade policial por intermédio de JOÃO SIMÃO NETO (...)

Em seu interrogatório na Polícia Federal, JOSÉ CLÁUDIO BRAVOS demonstrou que JOÃO SIMÃO NETO mentiu a respeito de seu relacionamento com SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, uma vez que patrocinou interesses da empresa deste em Juízo, portanto, o conhecia muito bem, possuindo intimidade suficiente com SÍLVIO para, por intermédio deste, oferecer ao Delegado de Polícia Federal WASHINGTON os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ‘necessários’ para que a referida autoridade policial ‘auxiliasse’ JAIRO ANTONIO ZAMBON no inquérito policial que presidia. Deixou claro também que ele, em conjunto com JOÃO SIMÃO NETO e ANTÔNIO CARDOSO, na verdade não deferiam clientes diversos (o próprio Jairo Antônio Zambon e seus familiares, além da ‘testa-de-ferro’ Maria Geni de Aguiar e também seus respectivos familiares), mas unicamente buscavam afastar a responsabilidade criminal decorrente da sonegação fiscal perpetrada por meio da empresa ‘POMPÉIA S/A INDÚSTRIA’ (CNPJ nº 59.775.478/0001-36), cujo sócio-proprietário era o próprio JAIRO ANTÔNIO ZAMBON. Tais circunstâncias são facilmente reveladas através dos expedientes forenses, documentos e respectivos e respectivos despacho/termos policiais acostados às fls. (...)

A conjugação dos depoimentos prestados por SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA e pelo advogado JOSÉ CLÁUDIO BRAVOS, por si só, comprovam que WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, no exercício do cargo de Delegado de Polícia Federal, recebeu vantagem pecuniária indevida para retardar e deixar de praticar ato de ofício, infringindo dever funcional, uma vez que, objetivando dar ensejo à prescrição do fato delitivo, ‘aceitou’ o atestado médico ofertado por JAIRO ANTONIO ZAMBON (...)

À FL. 276 dos autos, consta mandado de intimação da lavra do Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, onde JAIRO ANTÔNIO ZAMBON é intimado a comparecer perante a sede da Polícia Federal em Marília/SP, na data de 09/06/2003, para prestar esclarecimentos.

À fl. 291 dos autos, há uma petição do advogado JOSÉ CLAUDIO BRAVOS, datada de 09/06/2003, onde é ‘justificada’ a ausência de seu cliente JAIRO ANTONIO ZAMBON na audiência marcada para o dia 09/06/2003, por se encontrar o mesmo acometido de sérios e temporariamente intransponíveis problema de saúde e assim, por recomendação médica deverá ficar sob tratamento intensivo e controlado pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, tudo conforme documentos passados em anexo. O atestado médico foi juntado na sequência (fls. 292/294).

Na data de 16/06/2003, o médico Merry Nicolas Martinez Ramos, aparentemente sem ser intimado formalmente, comparecer à Delegacia de Polícia Federal no intuito de esclarecer os motivos que o levaram a emitir atestado médico em relação a JAIRO ANTÔNIO ZAMBON (fls. 318/319). Este, por sua vez, só em 15/07/2003 comparece à delegacia para depor, conforme termo de depoimento acostado às fls. 162/164.

Aliás, bastante reveladora da trama então existente entre os denunciados foi a conduta do Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, que, ao ouvir o principal investigado JAIRO ANTÔNIO ZAMBON (o sócio-proprietário da empresa investigada), não o fez por interrogatório, mas ‘termo de declarações’, peça corriqueiramente utilizada para testemunhas compromissadas. No que tange à investigação realizada na esfera policial, o inquérito policial se encerrou com um simples ‘despacho’ do Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, no qual, estranhamente, pede ao juízo a complementação das diligências por parte da Receita Federal para a comprovação da materialidade e da autoria do delito em tela (fls. 346/347), quando já havia nos autos prova suficiente para o término das investigações.

O processo em questão só teve a fase policial encerrada com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Federal, em 16.02.2004 (fl. 194), mas sem que fosse produzida qualquer prova diversa da já existente nos autos. Essa exordial acusatória, por sua vez, foi recebida pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal em Marília/SP na data de 17.02.2004 (fl. 363).

JAIRO ANTÔNIO ZAMBON e MARIA GENI DE AGUIAR somente foram formalmente indiciados pela Polícia Federal em Marília/SP porque o Juízo Federal assim requisitou ao Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES (fls. 363, 370 e 404/417).

Não é preciso maiores explicações para visualizar que o SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA jamais teria como artificialmente reproduzir, com tamanha riqueza de detalhes, todo o quadro criminal de articulações delitivas ocorridas entre os denunciados. Isto é, por não possuir conhecimento jurídico e jamais ter manuseado os Autos nº 2002.61.11.000761-8, SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, ex-policia militar e empresário do setor de segurança privada, jamais teria condições artificialmente vislumbrar o complexo plano arquitetado pelo causídico em questão para levar a investigação criminal movida contra JAIRO ANTONIO ZAMBON à extinção da punibilidade pela prescrição.

Assim agindo, o denunciado WASHINGTON DA CUNHA MENEZES praticou o crime descrito no art. 317, § 1º, do Código Penal (corrupção passiva com infração do dever funcional). De outro lado, os co-réus JOÃO SIMÃO NETO e seu cliente JAIRO ANTONIO ZAMBON praticaram o crime descrito no art. 333, parágrafo único, do Código Penal (corrupção ativa com infração do dever funcional). (...)”

Após regular processamento do feito, sobreveio sentença proferida pelo Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Marília, Dr. Luiz Antonio Ribeiro Marins, que declarou “nulo o presente processo criminal ajuizado contra WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, JOÃO SIMÃO NETO e JAIRO ANTÔNIO ZAMBON, desde o recebimento da denúncia”.

Da sentença foi interposto o presente recurso em sentido estrito pelo Ministério Público Federal, o qual passo a examinar.

A - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA

Por primeiro, analiso a preliminar de nulidade da sentença, suscitada pela Procuradoria Regional da República em seu parecer de fls. 4007/4014 verso, com fundamento

na incompatibilidade do magistrado sentenciante. Sustenta o órgão ministerial que “a autoridade judiciária que a proferiu estava claramente com o estado de ânimo afetado, comprometendo sensivelmente sua imparcialidade”.

Pois bem.

Como é cediço, o juiz é sujeito imparcial do processo, colocando-se eqüidistante em relação às partes, ditas parciais, que, no âmbito penal, são: órgão acusatório e o denunciado.

Preceitua Eugênio Pacelli de Oliveira que a “necessidade de superação de um modelo processual de feição inquisitiva trouxe, como consequência mais importante o advento do sistema acusatório (como o nosso) e do sistema *adversary* (sistema de partes, do Direito anglo-americano), a preocupação com a imparcialidade do juiz”.

A regra da imparcialidade, segundo Pacelli, “ocupa-se diretamente com as circunstâncias, de fato e de direito, e com as condições pessoais do próprio julgador, que, segundo juízo prévio do legislador, poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão”.

A incompatibilidade, ao lado do impedimento e da suspeição, são os nortes para se aferir a parcialidade ou não do sentenciante. Na hipótese vertente, não há falar em incompatibilidade do magistrado, senão vejamos.

In casu, o magistrado, em que pese ter se excedido ao externar sua indignação com as investigações deflagradas por delação apócrifa, não se descurou do seu mister constitucional de prestar a jurisdição com imparcialidade, uma vez que proferiu sentença motivando, pontualmente, todas as questões postas a deslinde, razão pela qual rejeito a alegação de incompatibilidade do julgador.

B - MÉRITO RECURSAL

O MM. Juiz *a quo* anulou o processo, no todo, nos seguintes termos:

“(...) o presente feito é originário da denominada ‘Operação Oeste’, inquérito policial nº 2005.61.16.001555-7 (fls. 3373).

Por tal razão, compulsei as 4.034 folhas encartadas em 15 volumes do citado inquérito policial e constatei que o mesmo teve início em razão de uma ‘carta anônima’ encaminhada a várias autoridades dando conta de crimes cometidos por autoridades de Marília (SP). O feito foi distribuído para a 1ª Vara Federal de Assis (SP) e durante quase 2 (dois) anos, de 11/2005 a 05/2007, várias interceptações telefônicas foram autorizadas judicialmente.

DA ILEGALIDADE DA ‘CARTA ANÔNIMA’

(...)

Sempre repudiei a delação anônima, tanto como cidadão e agora como Juiz, pois não há nada de mais torpe, ignóbil e vil do que uma carta apócrifa, veiculatória de fatos desabonadores contra quem quer que seja; quem quiser apontar quaisquer práticas ilícitas deve guardar a coragem de subscrever aquilo que assevera. Com efeito, de acordo com o artigo 5º, inciso IV, da Constituição, ‘é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato’.

Assim sendo, a carta anônima não pode movimentar polícia e justiça sem afrontar a aludida norma constitucional, configurando flagrante ilegalidade dar início

a qualquer investigação criminal com supedâneo em carta anônima, desacompanhada de qualquer elemento verossímil das acusações nela contida, notadamente em face do que dispõe no citado inciso IV, do artigo 5º, da Constituição Federal, cujo alcance deve ser buscado também em consonância com outro direito individual assegurado na Carta Magna, no inciso X, do mesmo artigo 5º, ao estabelecer que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além do mais, o direito à ampla defesa que a Constituição Federal também alberga, inicia-se em possibilitar ao ofendido que possa, pelo menos, saber quem seja o seu delator. Ninguém pode esgrimir defesa contra um inimigo invisível.

O anonimato é atitude dos covardes, que não pode ser nem minimamente estimulado. Por isso, é evidente que o Poder Judiciário não deve abrir espaço para acolher instauração de inquérito com base em cartas anônimas, pois se assim agirmos estaremos criando um precedente profundamente perigoso.

(...)

Anoto, ainda, que o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP - não toma conhecimento de ‘denúncias anônimas’ contra membros do Ministério Público, pois exige a exata identificação do denunciante.

(...)

Disso resulta a impossibilidade de o Estado, tendo por único fundamento causal a existência de tais peças apócrifas, dar início, somente com apoio nelas, à *persecutio criminis*.

Mas não é só.

Na hipótese dos autos e, seguramente, de toda a denominada ‘Operação Oeste’, a *delatio* encaminhada ao Presidente da República é apócrifa e não evidencia, sequer indiciariamente, a consumação dos fatos típicos.

Assim sendo, além da dar início à investigação criminal em decorrência de uma ‘carta anônima’, os fatos nela narrados não permitiriam, de forma alguma, que as investigações se estendessem, em face da inexistência da prática de qualquer crime por parte dos investigados.

Com efeito, do que consta dos autos, a autoridade policial deu início à investigação da prática de fatos criminosos e sua autoria, noticiado por meio de correspondência anônimo, o fez sem supedâneo em qualquer elemento indiciário ou qualquer prova consistente que estivesse a demonstrar a viabilidade de se deflagrar persecução de tal repercussão na esfera da intimidade e da vida privada dos indivíduos, principalmente do Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, ou mesmo na vida funcional deste, mormente tratando-se de agente público e se as acusações decorrerem do exercício de suas funções, a revelar maior cautela ainda para a instauração de qualquer investigação criminal tendente a apurar o cometimento de crimes.

Nesse contexto é que as informações trazidas com a denúncia anônima tiveram o efeito de determinar a abertura do inquérito policial, ao que tudo indica, não simplesmente a propósito de investigar a prática do delito manifestado através da carta anônima, mas sobretudo para investigar o Delegado de Polícia e o cometimento de delitos no exercício de suas funções, sem fundamento em qualquer elemento

ou prova verossímil do quanto relatado na missiva, vale dizer, inexistiam nos autos quais indícios mínimos da prática de ilícita penal pelas autoridades citadas na ‘carta anônima’, a justificar que fosse deflagrada investigação criminal contra eles, razão porque não se encontrava provido de justa causa o inquérito policial instaurado. (...)

DA ILEGALIDADE DA COMPETÊNCIA

(...)

Com efeito, na hipótese dos autos, a despeito da suposta gravidade dos fatos relatados na ‘carta anônima’, na qual o covarde missivista não cuidou sequer de apontar, objetiva e minimamente, qualquer documento ou outro elemento que evidenciasse a plausibilidade de suas acusações, nem mesmo apontou testemunhas, é possível afirmar que a autoridade policial acreditou em todo as palavras do texto apócrifo, principalmente no tocante à informação de que as autoridades de Marília (generalizando) são criminosas e, por isso, deliberada e fraudulentamente, para dar aparência de legalidade às investigações, do nada, encartou aos autos cópia da denúncia do processo nº 2003.61.16.001493-3 e, com base nela, distribuiu o inquérito policial perante a 1ª Vara Federal de Assis (SP) e, para justificar essa aberração jurídica, a autoridade policial sustentou o seguinte (fls. 155/222 do IPL): (...)

Não tenho dúvidas de que a razão de carrear aos autos do inquérito policial cópia da peça acusatória foi no intuito de tirar, camuflar, esconder a investigação da Justiça Federal de Marília, pois, afinal, todos aqui eram bandidos e não haveria, na desqualificada interpretação da autoridade policial, a necessária isenção e imparcialidade dos juízes aqui lotados para conduzir o inquérito.

Ora, os fatos descritos na denúncia, ao que tudo indica, já tinham sido objeto de investigação por dois anos, pois ocorreram em 15/07/2003 e a denúncia protocolada em 26/08/2005, circunstância que não justificaria novas investigações, até porque os autores do delito objeto da denúncia já estavam sendo processados criminalmente.

Mas a fraude não durou muito, pois depois de pouco mais de um ano a Justiça Federal de Assis reconheceu a incompetência para processar e julgar o feito e remeteu os autos para esta Subseção Judiciária.

(...)

Confesso que, ao tomar conhecimento do inquérito policial e da aberração jurídica ali produzida, como Juiz Federal titular da 2ª Vara de Marília desde maio de 2002, me senti humilhado, mas, agora, redigindo esta sentença, percebo que o sentimento é outro: uma irritante indignação.

Portanto, se verifica, *in casu*, manipulação da investigação para que a ação penal fosse distribuída à Subseção Judiciária de Assis, que determinou a fixação da competência jurisdicional naquele juízo e onde, por quase dois anos, foram realizadas interceptações telefônicas de diversas pessoas, quase todas desta cidade de Marília.

Assim sendo, pode-se afirmar com absoluta certeza que todas as provas carreadas aos autos foram produzidas por juízo incompetente, dentre as quais destaco as interceptações telefônicas.

DA ILEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Em 18/11/2005, a Justiça Federal de Assis autorizou a interceptação telefônica e telemática de, inicialmente, 15 (quinze) pessoas. Em 06/2007, quase 2 (dois) anos depois, o número de pessoas que tiveram o sigilo telefônico quebrado eram 37 (trinta e sete) (...)

(...)

De fato, existe um limite temporal para a interceptação telefônica. Todavia, como vimos, a orientação prevalente é a de que o prazo legal de 15 (quinze) dias pode ser renovado por igual período, sem restrição quanto à quantidade de prorrogações que podem se efetivar, desde que comprovada a necessidade de tais diligências para as investigações.

Isto porque o mencionado dispositivo de lei se manteve silente quanto ao número de renovações, sobressaindo, apenas, a exigência da prolação de nova decisão judicial limitadora do direito à intimidade, a cada novo pedido de quebra do sigilo.

(...)

No entanto, na hipótese dos autos, a incompetência da Subseção Judiciária de Assis para proceder às investigações era evidente, pois foi fixada de forma sub-reptícia pela autoridade policial, que manipulou a investigação para, como afirmei acima, tirar o processo de Marília.

E se o Supremo Tribunal Federal admite as prorrogações, justificadas, por prazo maior do que os 30 dias, de acordo com as circunstâncias do caso, não me parece, porém, justificável a prorrogação por mais de um ano, sem específica indicação da necessidade e indispensabilidade dessa prova.

Com efeito, findo o prazo inicial de quinze dias, vários foram os pedidos da autoridade policial para prorrogá-lo, além de incluir novas linhas.

(...)

Induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica autorizada por juízo incompetente, já que desde o início estava clara a competência da Justiça Federal de Marília para processar e julgar o feito pelas razões já expostas.

(...)

Se se cuida de obtê-la no curso do processo penal já instaurado, a aplicação da regra legal não suscita dúvida: só ao juiz da ação penal condenatória - e que dirige toda a instrução -, caberá decidir da medida cautelar incidente.

Se, no entanto, se cuida de cautelar preventiva, como é o caso dos autos, estendo que a norma de competência aventada há de ser entendida e aplicada com a máxima cautela, para não resultar em absurdidades patentes.

Para mim, ao fim de uma análise mais detida, a circunstância da incompetência da Justiça Federal de Assis ser detectável *ab initio*, a invalidez da autorização judicial de interceptação telefônica e a pertinência dela se me afiguram manifestas.

(...)

A primeira delas é que, nas circunstâncias, concluir pela invalidade da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, em razão de a sequência das investigações haver corroborado a prática de crimes na cidade de Marília - a sinalizar que a competência para processar e julgar o feito era desta Subseção Judiciária.

Ora, o regime jurídico das interceptações telefônicas evidencia, conforme se extrai do citado artigo 1º, que a validade dos elementos da prova dela conseqüentes se subordinam à competência do juiz da futura ação penal, e, por isso, numa

situação em que a incompetência é *ab initio*, não há dúvida de que essa prova, decorrente de uma autorização provinda de um juízo incompetente, não pode ser aproveitada, é ineficaz.

Portanto, para concluir, numa situação como essa, temos que distinguir: a autorização para escuta telefônica há de resultar de Juiz competente para a ação principal (Lei nº 9296/96, artigo 1º). Agora, se a incompetência para essa futura ação era *ab initio*, não há dúvidas de que a autorização é indevida e há de ser declarada nula. (...)

DA ILEGALIDADE NA NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 514 DO CPP

O réu WASHINGTON DA CUNHA MENEZES é Delegado de Polícia Federal, sendo necessária a apresentação de defesa preliminar, nos termos do artigo 514 do Código de Processo Penal, mesmo existindo inquérito policial.

Com efeito, o E. Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC nº 85.779/RJ, passou a entender que é indispensável a defesa preliminar nas hipóteses do artigo 514 do Código de Processo Penal, mesmo quando a denúncia é lastreado em inquérito policial. (...)

DA NULIDADE DO PROCESSO

(...)

Entendo que a realização da justiça não pode se dar em detrimento da violação de bens jurídicos que o próprio Estado responsável pela pretensão punitiva apregoa. Por isso, filio-me ao entendimento de que vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde se preconiza a defesa do indivíduo diante do arbítrio do Estado. Razão pela qual o direito probatório encontra limitações e proibições relativamente ao processo penal.

(...)

Ora, vimos que toda a investigação policial teve início com uma ‘carta anônima’, que por si só já é suficiente para anular todo o processo. Verificou-se ainda que o Delegado de Polícia Federal que presidiu as investigações carregou aos autos documentos visando única e exclusivamente manipular a fixação da competência longe desta Subseção Judiciária, acabando por distribuir o inquérito perante à Justiça Federal de Assis, que por quase dois anos autorizou a interceptação telefônica de dezenas de pessoas.

Mostra-se irrefutável o fato de que a Polícia Federal e o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL obtiveram provas mediante transgressões dos princípios constitucionais. Assim, não há falar em outras provas que estariam a corroborar o oferecimento da denúncia, como as confissões dos acusados entre outras.

Os vícios contidos nas provas que embasaram a denúncia maculam as demais derivadas destas.

Pois, muito embora lícitas em si mesmas, são tidas como ilícitas por derivação, uma vez que somente se chegou a elas mediante o acolhimento da prova ilícitamente produzida.

(...)

Por derradeiro, quero deixar registrado que enquanto for Juiz Federal desta 2ª Vara nenhum procedimento (representação, inquérito policial, ação penal ou procedimento disciplinar) será instaurado ou processado sem que o autor das denúncias seja identificado.

ISSO POSTO, declaro nulo o presente processo criminal ajuizado contra WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, JOÃO SIMÃO NETO e JAIRO ANTÔNIO ZAMBON, desde o recebimento da denúncia, sem prejuízo da renovação da persecução penal, desde que não embasada em provas ilícitas.”

Depreende-se, assim, que o magistrado sentenciante fundamentou a anulação do processo, pela prática dos crimes de corrupção passiva e ativa, nos seguintes pontos: 1) da nulidade do processo, por ter sido iniciado por carta anônima; 2) na incompetência do Juízo de Assis/SP para determinar as interceptações telefônicas; e, 3) na ilegalidade das prorrogações das interceptações.

Passo, inicialmente, ao exame da alegação de nulidade sustentada pelo Ministério Público Federal, consistente na impossibilidade do magistrado “rever” sua decisão que recebeu a denúncia.

Assiste razão ao *parquet*, senão vejamos.

Como é cediço, a decisão que recebe a denúncia deve analisar a presença dos pressupostos processuais, das condições da ação e da justa causa (prova da materialidade e indícios da autoria).

“In casu”, consoante se observa da decisão que recebeu a denúncia (fls. 607/612) o Juízo 3ª Vara Federal de Marília examinou e constatou a presença de todos os pressupostos para a admissibilidade da denúncia, portanto, tais questões restaram preclusas, ou seja, não sendo admissível, após todo o processamento, ser proferida sentença desconstituindo o recebimento.

Nesse sentido, são os precedentes desta Egrégia Primeira Turma:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE RECONSIDERA OUTRA ANTERIOR DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso em sentido estrito contra decisão que anulou o processo desde o recebimento da denúncia, rejeitou a denúncia e extinguiu o feito, com fulcro no art. 43, III, do CPP.
2. Recurso conhecido com fundamento no art. 581, I, do CPP, por aplicação analógica, na medida que a decisão que reconsidera aquela que recebeu a denúncia, na verdade importa em rejeição da mesma.
3. Com o recebimento da denúncia, opera-se a preclusão consumativa, cabendo ao Juízo, em respeito ao princípio do impulso oficial, movimentar o processo instaurado até a decisão final.
4. No caso dos autos, a denúncia descreve fato que, em tese, configura crime. Portanto, há interesse do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, em ver resolvido o conflito de interesses que se instaurou com a conduta do recorrido que supostamente violou a norma penal, muito embora outro membro do *parquet* tenha pugnado pela solução dada pelo Juiz *a quo* nas alegações finais.
5. Somente a sentença definitiva de mérito colocará fim à lide e este direito não pode ser suprimido da acusação sem o devido processo legal e fundamentação em lei, como aconteceria na hipótese de ocorrência de uma causa extintiva da punibilidade.
6. Recurso que se dá provimento para declarar a nulidade da decisão recorrida e

determinar o retorno dos autos à Vara de origem para normal prosseguimento da ação penal.”

(RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 5019. Processo: 2006.61.11.005412-2 UF: SP, Doc.: TRF300239070. Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO. PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 23/06/2009)

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSUAL PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECONSIDERAÇÃO. DESCABIMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO.

1 - O recebimento da denúncia consiste em juízo positivo de admissibilidade da acusação, momento em que o magistrado realiza exame perfunctório sobre as condições da ação.

2 - Recebida a peça acusatória, exaure-se o poder decisório do magistrado quanto à sua admissibilidade.

3 - Inexistindo norma autorizadora da medida, revela-se ilegal a revogação, anulação ou reconsideração da decisão que recebeu a denúncia, sob pena de subverter o curso procedimental regular.

4 - O fato descrito na denúncia não se insere nos tipos descritos nos artigos 40 e 48, da Lei 9.605/98. Verificada a atipicidade da conduta, é de rigor reconhecer a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

5 - Recurso parcialmente conhecido e provido para anular a decisão de fls. 83/86. Concedido, de ofício, ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal.”

(RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 3716 N° Documento: 8/21. Processo: 2002.61.24.001122-1 UF: SP, Doc.: TRF300307860. Relator JUIZ CONVOCADO LUCIANO GODOY. Primeira Turma)

Por outro lado, cumpre destacar que se o magistrado, após a instrução do feito, tivesse vislumbrado algum vício insanável contaminando processo, poderia ter exarado sentença anulando-o a partir do recebimento, ou seja, mantendo hígido o juízo de admissibilidade, o que não se verificou na espécie, haja vista que, repita-se, anulou todo o feito.

Ademais, há que ressaltar, “*in opter dictum*”, que as questões que embasaram a sentença anulatória estão imbricadas com o mérito, na medida em que estão atreladas às provas produzidas durante toda a instrução ou apresentadas juntamente com a peça inaugural. Dessa forma, reconhecendo a ilicitude das provas, o magistrado poderia ter proferido sentença de absolvição por insuficiência de elementos probantes e não anulado o feito. Assim, a anulação da sentença é de rigor.

Por esses fundamentos, *rejeito a preliminar* de nulidade deduzida no parecer da Procuradoria Regional da República e, no mérito, *dou provimento* ao recurso em sentido estrito, para anular a r. sentença, determinando a remessa dos autos à primeira instância para que seja proferida outra decisão.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

“HABEAS CORPUS”
0034749-72.2010.4.03.0000
(2010.03.00.034749-0)

Impetrantes: PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTROS
Paciente: ANDRÉ LUIS CINTRA ALVES
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Corréus: JORGE KHABBAZ E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: HC 43376
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2012

EMENTA

PENAL - NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - DESCUMPRIMENTO À LEI Nº 9.296/96 - AFASTAMENTO - ORDEM DENEGADA.

1. Não é possível vislumbrar, ao menos na sede do presente *writ*, a ocorrência de vício insanável, apto a gerar a nulidade de toda a investigação realizada.
2. O pedido de interceptação telefônica realizado pelo “Parquet” Federal nos autos incidentais de nº 2007.61.02.014560-0 foi deferido pela autoridade, à época, competente (MMº Juízo da 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP - fls. 823/826), com lastro em toda a documentação carreada aos autos do inquérito policial nº 2005.61.02.004584-0 (em cujo bojo já se investigavam as inúmeras infrações ambientais e contra o patrimônio da União por usurpação de matéria-prima do subsolo a ela pertencente, além de sonegação fiscal), tendo o pedido, inclusive, sido apensado a este inquérito para análise conjunta pelo magistrado, conforme verifica-se à fl. 33 e também pela certidão de fl. 96.
3. Assim, a alegação de que o MMº Juízo “a quo” teria deferido quebra de sigilo telefônico sem qualquer embasamento fático em indícios de autoria e materialidade delitiva é especulativa e de manifesta má-fé, pois, conforme se verifica, a r. decisão “a quo” (fls. 823/826) lastreou-se no pedido ministerial de fls. 769/822, em que descritos todos os detalhes da empreitada criminosa, bem como nas aprofundadas investigações da Polícia Federal entabulada nos autos do Inquérito Policial nº 2005.61.02.004584-0, que, apesar de não ter sido apensado ao Pedido de Quebra de Sigilo Telefônico nº 2007.61.02.014560-0, foi a este distribuído por dependência perante a mesma 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, e foi analisado por este r. Juízo para o integral conhecimento dos fatos e conclusão pela necessidade da decretação da medida extrema.
4. Não há falar-se, ademais, na nulidade das r. decisões que deferiram a prorrogação das interceptações telefônicas, tão somente, pelo fato de o MMº Juízo “a quo” ter acolhido os fundamentos das razões ministeriais para deferir a prorrogação, pois tal expediente não se reveste de qualquer vício, sendo pacífico na jurisprudência que a decisão remissiva a outras decisões ou manifestações constantes dos autos não equivale a ausência de fundamentação.
5. Não há nulidade, ainda, quanto ao fato de os diálogos interceptados não terem sido integralmente transcritos para o inquérito policial, pois a própria Lei 9.296/96, em seu artigo 9º, deixa claro que somente os diálogos que interessarem à prova dos delitos apurados é que deverão ser transcritos, enquanto as demais, imprestáveis

àquele mister, devem ser inutilizadas por decisão judicial, com assistência do Ministério Público.

6. No tocante a alegação de as escutas terem sido realizadas fora do prazo de quinze dias, deferido pelo MMº Juízo “a quo”, também improcedem os argumentos defensivos. Isso porque também é pacífico na jurisprudência formada em nosso país que as sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, desde que respeitada a imprescindibilidade da renovação e o prazo de quinze dias, são plenamente possíveis, mesmo porque a própria Lei 9.296/96 não faz qualquer restrição à impossibilidade de sucessivas renovações.

7. Não há nulidade nas decisões de decretação das interceptações telefônicas, por incompetência superveniente dos Juízos da 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto e da 2ª Vara Federal de Franca, porquanto efetivamente competentes à época de suas respectivas decisões, somente tendo sido constatada a competência da E. 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo após o resultado final das investigações, quando se pode apurar a existência da eventual prática de crimes de evasão de divisas e de lavagem de bens e valores.

8. 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 maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo voto da DES. FED. RAMZA TARTUCE. Vencido o DES. FED. ANTONIO CEDENHO que concedia em parte a ordem para deferir a juntada aos autos dos documentos que autorizaram a escuta telefônica, ficando suspensas as realizações dos interrogatórios até o cumprimento da decisão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2011.

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 *André Luis Cintra Alves*, em face da r. decisão de fls. 367/378, proferida pelo MMº Juiz Federal da 6ª Vara Criminal Federal desta Capital, que recebeu a denúncia em desfavor do paciente, pela prática, em tese, dos crimes tipificados nos artigos 180, § 1º, 334, *caput* e § 3º, 304 e 288, todos do Código Penal, bem como nos artigos 22 da Lei 7.492/86 e art. 1º, inciso IV e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.613/98.

Os impetrantes argumentam, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois a investigação seria nula *ab initio*, já que teria sido deferida interceptação telefônica embasada em fatos e investigações prévias não juntadas aos autos, e que as decisões posteriores de prorrogação das escutas são todas nulas, por carência de fundamentação, inobservância dos prazos legais da Lei nº 9.296/96 e ante a ausência de transcrição nos autos dos áudios das interceptações telefônicas, circunstância que impede o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório.

Requer, outrossim, a concessão da liminar, a fim de que seja suspenso o feito originário até final julgamento do presente *writ*.

Ao final, pleiteia a concessão definitiva da ordem, em especial para que:

a) a extinção da ação principal em decorrência da nulidade da decisão proferida nos autos incidentais de interceptação telefônica nº 2007.61.02.014560-0, que deferiu a interceptação sem embasamento em indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, carecendo a decisão, pois, de suficiente fundamentação;

b) seja reconhecida a nulidade das decisões de fls. 53, 129, 209, 328, 557 e 900, todas proferidas no feito principal (Ação Penal nº 2009.61.02.003695-8), diante da falta de fundamentação adequada no deferimento da prorrogação das interceptações telefônicas, com o consequente desentranhamento de todos os atos probatórios derivados de tais decisões;

c) sejam anuladas as escutas realizadas fora do prazo deferido pelo MMº Juízo “a quo”, com o consequente desentranhamento de todos os documentos e atos probatórios derivados de tais decisões;

d) seja reconhecida a nulidade das decisões de prorrogação das escutas telefônicas diante da ausência de juntada aos autos dos áudios e da transcrição integral dos diálogos para fundamentar as decisões de renovação dos prazos de interceptação, com o consequente desentranhamento de todos os atos probatórios derivados de tais decisões.

Com a inicial vieram documentos.

Informações prestadas às fls. 467/470, com documentos.

A liminar foi por mim indeferida por decisão de fls. 833/835.

Informações complementares foram prestadas às fls. 840/842.

Em parecer de fls. 907/914, 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.

Extraí-se dos autos que nos idos do ano de 2005 a Polícia Federal vinha realizando centenas de investigações com o fim de apurar crimes ambientais e contra o patrimônio da União, de extração ilegal de diamantes realizada no Rio Grande, nas proximidades do lago da Usina Hidrelétrica de Marimbondo, que divide os estados de São Paulo e Minas Gerais, na altura dos municípios de Guaraci, Colômbia e Barretos (no lado paulista) e de Frutal (no lado mineiro).

Com o intuito de ampliar o foco das investigações e alcançar, principalmente, os grandes beneficiários das extrações ilícitas, foi entabulada operação conjunta entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, centralizando os atos investigativos em apenas três inquéritos policiais, de números 2005.61.02.004584-0, 2005.61.02.004586-3 e 2005.61.02.004585-1, sendo que cada um deles destinava-se à apuração da conduta de pessoa diversa e que, pelas investigações anteriores, seriam os principais destinatários das pedras preciosas extraídas irregularmente, com sua posterior colocação no mercado interno e também no exterior.

Com base, portanto, nas inúmeras investigações desconcentradas em diversos inquéritos e procedimentos criminais, até então realizadas (cf. autos de IP referidos às fls. 44/53), *cujas peças principais foram carregadas e concentradas nos três inquéritos supramencionados (cf. noticiado pelo MPF à fl. 37, 2º parágrafo)*, o Ministério Público Federal requereu a quebra do sigilo telefônico das três pessoas até aquele momento investigadas, com o intuito de apurar crimes de sonegação fiscal, quadrilha ou bando (pois havia indícios de envolvimento dos três com inúmeras outras pessoas participantes da cadeia delitiva), crime de lavra mineral não licenciada (art. 55 da Lei 9.605/98) e usurpação de matéria prima da União (art. 2º da Lei 8.176/91), sendo certo que foram carregadas àqueles três inquéritos vasta documentação dando conta de que tais investigados mantinham intensa movimentação financeira de milhares de reais, manifestamente incompatível com as declarações de imposto de renda apresentadas ao Fisco Federal (cf. fls. 62/63), sendo necessária a interceptação, portanto, para dar continuidade às investigações também por delitos fiscais e de provável evasão de divisas, bem como tornar possível a obtenção de informações acerca dos demais integrantes da cadeia criminosa.

Nesse sentido, e, para melhor compreensão dos fatos, entendo imprescindível a transcrição da parte introdutória da denúncia ofertada pelo “Parquet” Federal, nos autos da Ação Penal nº 2009.61.02.003695-8 (fls. 508 e seguintes), em que denunciadas vinte e cinco pessoas, *verbis*:

“[...] Em dezenas de inquéritos policiais e procedimentos criminais, deflagrados em razão da remessa aos órgãos persecutórios de autuações realizadas pela Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo, ficou comprovada a extração sistemática e ilegal de diamantes nos arredores do lago da Usina Hidrelétrica de Marimondo, no Rio Grande, que divide os estados de São Paulo e Minas Gerais. Analisando aqueles feitos o Ministério Público Federal, em Ribeirão Preto/SP, constatou que os principais responsáveis pela lavra ilegal, até então identificados, eram *Antônio Marques da Silva*, vulgo ‘Marquinhos’, *João de Deus Braga*, e *Vicente Paulo do Couto*.

Tal mineração clandestina era contínua e praticada com feições empresariais. Mergulhadores passavam dias embarcados em balsas rudimentares, praticando a extração das pedras preciosas, mediante a sucção do cascalho do leito do rio e seu posterior peneiramento. Os donos das balsas, denominados ‘balseiros’, contratavam ou admitiam a presença de mergulhadores em suas embarcações. As pedras preciosas extraídas eram entregues aos captadores, que remuneravam os ‘balseiros’ ou mergulhadores, de acordo com percentuais estabelecidos em parcerias e, em seguida, vendiam as pedras a atravessadores, que, por sua vez, as revendiam, clandestinamente, no mercado interno e internacional.

[...]

Para a cabal apuração dos fatos foi, então, determinada a instauração de uma ampla e intensa investigação, comandada pela Polícia Federal de Ribeirão Preto/SP e apelada de ‘Operação Quilate’, a qual se iniciou com a interceptação dos terminais telefônicos dos envolvidos. A partir daí revelou-se, detalhadamente, a participação efetiva de cada um deles na empreitada criminosa. Após longo acompanhamento de seus diálogos, foram realizadas buscas e apreensões em suas residências e locais de trabalho, que culminaram na localização de diversos

materiais relacionados ao cometimento de várias infrações penais.

[...]

Sem a emissão de nenhum documento, os minerais extraídos de modo ilegal eram vendidos aos investigados, os quais, os adquiriam, recebiam, ocultavam, transportavam, vendiam, expunham à venda e utilizavam em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, ainda que clandestina, devendo saber que eram produtos de crime. Na grande maioria das vezes, as pedras eram também remetidas ao exterior sem o pagamento de qualquer tributo.

Além do comércio ilegal de pedras, observou-se que alguns dos investigados praticavam, sem autorização legal, operações de câmbio manual e de dólar-cabo, inclusive com a remessa de divisas para outros países, dissimulando a origem ilícita dos valores obtidos com as práticas criminosas. As importâncias auferidas com as vendas dos artigos, muitas vezes quitados em moeda estrangeira, eram, posteriormente, utilizadas para viabilizar transações cambiais concretizadas mediante aplicação de cotações combinadas entre os interessados. A atividade realizava-se sem qualquer supervisão das autoridades competentes ou fiscalização do Banco Central. É cediço que essa espécie de operação está sujeita a rígidos controles, conforme a Circular nº 3.462/2009, do BACEN, caracterizando-se, o ingresso não autorizado no mercado de câmbio, uma infração à Lei 7.492/86” - grifo nosso.

Tenho que importante trazer à lume, ainda, as ocorrências processuais verificadas desde o início e ao longo das investigações objeto dos fatos em questão, a fim de serem sanadas eventuais dúvidas levantadas pela defesa acerca da competência para o decreto de interceptação telefônica e suas prorrogações.

Com efeito, de acordo com as informações iniciais prestadas pelo MMº Juízo “a quo” (fls. 467/470), o feito originário objeto deste *writ* cuida-se do Pedido de Quebra do Sigi-lo Telefônico - autos nº 2007.61.02.014560-0, relacionado à matéria contida na denúncia, parcialmente supra transcrita, ofertada nos autos da Ação Penal nº 2009.61.02.003695-8.

Registrou sua Excelência que os autos nº 2007.61.02.014560-0 tiveram origem na cidade de Ribeirão Preto/SP, sendo certo que o Juízo da 6ª Vara Federal daquela Subseção Judiciária declinou de sua competência para o da 2ª Vara Federal de Franca/SP por considerar que a suposta atividade criminosa investigada se concentraria, sobretudo, na cidade de Franca/SP, onde os principais investigados, em tese, promoveriam o comércio ilícito de diamantes.

A denúncia foi oferecida em 29.09.2009 pelo MPF de Franca/SP, nos autos da Ação Penal nº 2009.61.02.003695-8, sendo que o MMº Juízo da 2ª Vara Federal daquela Subseção Judiciária, ao vislumbrar a imputação na denúncia, entre outros, de delitos contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro, declinou da competência, remetendo os autos à livre distribuição para uma das duas Varas Federais Especializadas desta Capital, sendo então o feito distribuído à E. 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP.

A denúncia foi recebida em 29.10.2009, tendo o paciente e demais corréus apresentado respostas escritas à acusação, apreciadas por aquele r. Juízo em decisão datada de 21.09.2010, oportunidade em que todas as matérias colacionadas no presente *writ* foram integralmente rechaçadas pelo MMº Juízo “a quo”, em decisão devidamente fundamentada, conforme se observa da cópia daquele *decisum*, juntado a estes autos às fls. 728/767.

Destaco, ainda, que o pedido do “Parquet” Federal de quebra do sigilo e interceptação telefônica dos primeiros investigados - Antônio Marques da Silva, João de Deus Braga e Vicente Paulo do Couto -, está juntado a estes autos às fls. 769/822, expondo de forma detalhada e devidamente fundamentada todos os fatos objeto da investigação bem como a imprescindibilidade de se proceder à interceptação telefônica, como forma de aprofundamento das investigações.

Por fim, a decisão que deferiu a interceptação telefônica inicial, nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo Telefônico nº 2007.61.02.014560-0, pelo MMº Juízo da E. 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, encontra-se juntada às fls. 823/826, vislumbrando-se de sua análise fundamentação suficiente a embasar a medida extrema deferida por aquele r. Juízo, posto que lastreada nas diversas investigações que já vinham sendo realizadas no bojo do inquérito policial nº 2005.61.02.004584-0.

Pois bem, descritos sinteticamente os fatos relacionados à interceptação telefônica inicial, tenho que não é possível vislumbrar, ao menos na sede do presente *writ*, a ocorrência de vício insanável, apto a gerar a nulidade de toda a investigação realizada.

Com efeito, pelo que se deduz da análise dos fatos trazidos com a inicial e também nas informações prestadas, o pedido de interceptação telefônica realizado pelo “Parquet” Federal nos autos incidentais de nº 2007.61.02.014560-0 foi deferido pela autoridade, à época, competente (MMº Juízo da 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP - fls. 823/826), com lastro em toda a documentação carreada aos autos do inquérito policial nº 2005.61.02.004584-0 (em cujo bojo já se investigavam as inúmeras infrações ambientais e contra o patrimônio da União por usurpação de matéria-prima do subsolo a ela pertencente, além de sonegação fiscal), tendo o pedido, inclusive, sido apensado a este inquérito para análise conjunta pelo magistrado, conforme verifica-se à fl. 33 e também pela certidão de fl. 96.

Assim, a alegação de que o MMº Juízo “a quo” teria deferido quebra de sigilo telefônico sem qualquer embasamento fático em indícios de autoria e materialidade delitiva é especulativa e de manifesta má-fé, pois, conforme se verifica, a r. decisão “a quo” (fls. 823/826) lastreou-se no pedido ministerial de fls. 769/822, em que descritos todos os detalhes da empreitada criminosa, bem como nas aprofundadas investigações da Polícia Federal entabulada nos autos do Inquérito Policial nº 2005.61.02.004584-0, que, apesar de não ter sido apensado ao Pedido de Quebra de Sigilo Telefônico nº 2007.61.02.014560-0, foi a este distribuído por dependência perante a mesma 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, e foi analisado por este r. Juízo para o integral conhecimento dos fatos e conclusão pela necessidade da decretação da medida extrema.

Portanto, ainda que o inquérito policial nº 2005.61.02.004584-0 não esteja apensado ao feito principal, é certo que tal circunstância, por si só, ao contrário do aduzido pela defesa, não tem o condão de gerar nulidade à decisão que deferiu a interceptação telefônica inicial, pois, reitero, o magistrado somente assim agiu após analisar todos os elementos constantes daquela investigação, sendo certo, por fim, que cópia integral daqueles autos, se o caso for, poderá ser extraída a fim de instruir a ação principal, possibilitando-se ao paciente integral acesso a todas as investigações realizadas antes do deferimento da interceptação inicial, oportunidade em que poderá apresentar suas impugnações, cumprindo-se *in totum* o contraditório e a ampla defesa.

Nesse mesmo sentido, aliás, a Procuradoria Regional da República também ponderou, em seu parecer, *verbis* (fls. 910/911):

“Em primeiro lugar, não merece acolhida a alegação de nulidade da decisão que decretou a quebra do sigilo daqueles que, até então, seriam os três principais responsáveis pelo cometimento dos crimes investigados (fls. 88/91). Isso porque, além de a decisão referida estar devidamente fundamentada, inclusive com indicação de dispositivos legais e constitucionais que regem a matéria, é inegável que o magistrado, ao proferi-la, teve acesso aos autos do Inquérito Policial nº 2005.61.02.004584-0, pois a estes foram apensados os autos da representação ministerial de afastamento do sigilo telefônico (nº 2007.61.02.014560-0), *conforme se verifica das fls. 33 e 96*.

Além disso, o Juízo da 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, ao fundamentar sua decisão, mencionou que ‘o pedido de interceptação ora formulado é conexo às investigações realizadas no bojo do inquérito policial em apenso [...], o que denota que analisou aqueles autos antes de decidir pela quebra do sigilo dos investigados. Também é de ver que a decisão em exame foi proferida em face de requerimento ministerial que expôs detidamente, em nada menos que 53 folhas, como se dava a extração de pedras preciosas do Rio Grande, remetendo aos elementos até então coligidos por meio de investigações anteriores.

Não por outras razões o Excelentíssimo Juiz Federal Roberto Costenaro Cavali afastou essas mesmas alegações ao apreciar a resposta à acusação apresentada pelo ora paciente. Confira-se (fls. 398/400):

‘(...) faz-se mister destacar que o Ministério Público Federal, ao formular o pedido de interceptação telefônica, nos autos nº 2007.61.02.014560-0 (fls. 02/55), teve longas considerações a respeito de uma contínua e gigantesca atividade de extração e comércio ilegal de pedras preciosas no Rio Grande, que divide os Estados de São Paulo e Minas Gerais.

Discorreu, especificamente, sobre a necessidade da interceptação telefônica (fls. 43/47 e 50/55), esclarecendo que já havia ocorrido diversas autuações por parte do IBAMA contra os exploradores ilegais e que as provas até então colhidas não permitiam conhecer o âmago da organização criminosa. Demonstrando, portanto, a imprescindibilidade da medida.

Acolhendo tais equilibradas ponderações, o Juízo da 6ª Vara Federal em Ribeirão Preto/SP, deferiu a medida de interceptação telefônica, reconhecendo sua imprescindibilidade, em fundamentada decisão (...). *A manifestação ministerial deixou explícita a existência de investigações anteriores consubstanciadas em inquéritos policiais que visavam à apuração da prática de crimes ambientais e de lavra ilegal de diamantes nos arredores do lago da Usina Hidrelétrica de Marimbondo (...)* - grifo nosso.

Por todas essas razões, entendo inexistir qualquer nulidade na r. decisão “a quo”, pois todos os requisitos legais, previstos na Lei nº 9.296/96, para a decretação da interceptação telefônica foram efetivamente cumpridos.

De fato, dispõe o artigo 2º da referida lei que para ser decretada aquela medida é imprescindível a existência de indícios razoáveis de autoria em infração penal punida com pena de reclusão e a prova não puder ser realizada por outros meios.

Ora, conforme já amplamente destacado na narrativa dos fatos, o MMº Juízo, então

competente, da E. 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP deixou claro em sua decisão a existência de uma gigantesca atividade, com estabilidade e permanência, de extração e comércio ilegal de pedras preciosas no Rio Grande, esclarecendo que já havia ocorrido diversas autuações por parte do IBAMA contra os exploradores ilegais, mas que *as provas até então colhidas não permitiam conhecer o âmago da organização criminosa*, ou seja, necessário se fazia naquele momento ampliar o foco da investigação, porquanto diante da grandeza daquelas atividades ilegais, restavam sérios indícios de que o capital auferido ilegalmente pelos integrantes da organização criminosa, até então limitados a apenas três integrantes, conforme nomes já supra delineados, certamente não era declarado à Receita Federal e, além disso, desviado para paraísos fiscais no exterior com o fim de proceder à reciclagem de capitais através de sua ocultação ou dissimulação, havendo, pois, relevantes indícios de autoria e materialidade também quanto aos crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro, os quais somente poderiam ser devidamente apurados através da interceptação telefônica.

Outrossim, diante desses elementos, não há dúvidas acerca da imprescindibilidade da interceptação, a fim de apurar referidos delitos, todos punidos com reprimenda de reclusão, pois, do contrário, grande parte dos crimes em referência e dos demais integrantes da organização não teriam sido apurados e identificados, gerando impunidade, e o produto daqueles crimes devidamente recuperado aos cofres públicos.

Por todas essas razões, afastos a alegação defensiva de nulidade no decreto de interceptação telefônica.

Não há falar-se, ademais, na nulidade das r. decisões que deferiram a prorrogação das interceptações telefônicas, tão somente, pelo fato de o MMº Juízo “a quo” ter acolhido os fundamentos das razões ministeriais para deferir a prorrogação, pois tal expediente não se reveste de qualquer vício, sendo pacífico na jurisprudência que a decisão remissiva a outras decisões ou manifestações constantes dos autos não equivale a ausência de fundamentação.

Como deixou claro sua Excelência, *a acolhida, por aquele Juízo, das representações da autoridade policial, secundadas pelos requerimentos ministeriais, deu-se por sua conformação e adequação, elementos suficientes a propiciar às partes o entendimento acerca das razões determinantes das medidas judiciais que se efetivaram a partir do primeiro pedido formulado pelo Ministério Público Federal.*

Trata-se da chamada “motivação *per relationem*”, ou seja, aquela em que o juiz ou o Tribunal adota como suas as razões de decidir ou de argumentar de outra decisão judicial ou de alguma manifestação da parte ou do Ministério Público, não implicando nulidade.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

“[...] A decisão administrativa do Corregedor-Geral de Justiça empregou a chamada motivação *per relationem* - isto é, valeu-se integralmente das razões lançadas no parecer da Juíza-Corregedora para não conhecer do recurso -, técnica essa que não é vedada, tampouco importa ausência de fundamentação desde que o *decisum* se reporte a manifestações ou peças processuais que contenham os motivos, de fato e de direito, a amparar a conclusão judicial esposada, como na espécie.” (ROMS 200601698350 ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 22439 - Relator(a) CASTRO MEIRA - Sigla do órgão STJ - Órgão julgador SEGUNDA TURMA - Fonte DJE - DATA: 10/02/2011).

“‘HABEAS CORPUS’ - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NEGATIVA DE AUTORIA - INDAGAÇÃO PROBATÓRIA EM TORNO DOS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO ‘HABEAS CORPUS’ - ACÓRDÃO QUE SE REPORTA À SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, ÀS CONTRA-RAZÕES DO PROMOTOR DE JUSTIÇA E AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDA INSTÂNCIA - MOTIVAÇÃO ‘PER RELATIONEM’ - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA - PEDIDO INDEFERIDO. - O ‘habeas corpus’ não constitui meio juridicamente idôneo à análise e reexame de provas produzidas no processo penal condenatório, especialmente quando se busca sustentar, na via sumaríssima desse ‘writ’ constitucional, a ausência de autoria do fato delituoso. *O acórdão, ao fazer remissão aos fundamentos de ordem fático-jurídica mencionados na sentença de primeira instância, nas contra-razões do Promotor de Justiça e no parecer do Ministério Público de segunda instância (motivação ‘per relationem’)* - e ao invocá-los como expressa razão de decidir - revela-se fiel à exigência jurídico-constitucional de motivação que se impõe, ao Poder Judiciário, na formulação de seus atos decisórios. *Precedentes.*” (HC 69425 HC - HABEAS CORPUS - Relator(a) CELSO DE MELLO - Sigla do órgão STF - Decisão Unânime. 1ª Turma, 22.09.1992) - grifo nosso.

Não vislumbro nulidade, ainda, quanto ao fato de os diálogos interceptados não terem sido integralmente transcritos para o inquérito policial, pois a própria Lei 9.296/96, em seu artigo 9º, deixa claro que somente os diálogos que interessarem à prova dos delitos apurados é que deverão ser transcritos, enquanto as demais, imprestáveis àquele mister, devem ser inutilizadas por decisão judicial, com assistência do Ministério Público.

Sobre o tema, é pacífico o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica das ementas seguintes:

“PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. *Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo. Cerceamento de defesa não ocorrente. Preliminar repelida. Interpretação do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes. Votos vencidos. O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub iudice.*”

(Inq 2424 Inq - INQUÉRITO Relator(a) - CEZAR PELUSO - Sigla do órgão STF) - grifo nosso.

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. OFENSA REFLEXA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS JUDICIALMENTE AUTORIZADAS. DEGRAVAÇÃO

INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Este Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo *a quo*, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. II - *No julgamento do HC 91.207-MC/RJ, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida.* III - Impossibilidade de reexame do conjunto fático probatório. Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido.”

(AI-AgR 685878 AI-AgR - AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator(a) RICARDO LEWANDOWSKI - Sigla do órgão STF) - grifo nosso.

No tocante a alegação de as escutas terem sido realizadas fora do prazo de quinze dias, deferido pelo MMº Juízo “a quo”, também improcedem os argumentos defensivos.

Isso porque também é pacífico na jurisprudência formada em nosso país que as sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, desde que respeitada a imprescindibilidade da renovação e o prazo de quinze dias, são plenamente possíveis, mesmo porque a própria Lei 9.296/96 não faz qualquer restrição à impossibilidade de sucessivas renovações.

E, *in casu*, como bem fundamentado pelo Juízo “a quo”, *houve e há uma grande complexidade dos fatos, justificando-se àquela época, a imprescindibilidade da continuidade das investigações, porquanto aquele juízo, ao analisar os relatórios circunstanciados da Polícia Federal, entendeu pela perduração das investigações.*

Ademais, em parecer o “Parquet” Federal bem ressaltou que *conforme o Relatório de Investigação Policial copiado às fls. 189/195, as interceptações foram realizadas entre 09 e 22 de dezembro daquele ano, ou seja, por quatorze dias, o que demonstra haver sido respeitado o prazo de duração da medida previsto na decisão que a deferiu.*

E acrescentou ainda, em relação a renovação da interceptação, que:

“De toda sorte, os ofícios copiados às fls. 200 e 201, expedidos pela Polícia Federal, encaminhando o auto circunstanciado daquelas interceptações, indicam expressamente que as interceptações se deram entre 22 de julho e 05 de agosto de 2009, ou seja, por exatos quinze dias, o que demonstra haver sido respeitado o prazo de duração da medida previsto na decisão que a deferiu, bem assim que a diligência se iniciou somente dois dias após a expedição dos ofícios solicitando a concessão de senhas para a autoridade policial.

Por fim, o Juízo Federal da 2ª Vara de Franca/SP deferiu a renovação das interceptações em 05 de agosto de 2009 (fls. 125/129). Embora não haja cópia dos ofícios expedidos pelo Juízo às operadoras telefônicas, é certo que o ofício copiado à fl. 201, expedido pela Polícia Federal encaminhando o auto circunstanciado daquelas interceptações, faz referência ao período de 06 de agosto a 20 de agosto de 2009, no total de quatorze dias. Note-se que esse período se inicia logo após o deferimento da medida e respeita o prazo estipulado de quinze dias para sua realização. *Portanto, não está evidenciado as interceptações de 13 de dezembro a 22 de dezembro de 2007 e de 04 de agosto a 05 de agosto de 2009 tenham sido realizadas fora do prazo estipulado judicialmente*” - grifei.

Outrossim, diante todas essas circunstâncias, tenho que não houve demonstração cabal pela defesa, ao menos neste momento, das irregularidades apontadas pelos imputados, inexistindo, pois, direito líquido e certo à decretação da nulidade da decisão “a quo”, fato que eventualmente pode vir ainda a ser demonstrado em sede de cognição exauriente, no bojo do feito principal.

Por derradeiro, apenas como remate, rechaço qualquer cogitação de nulidade nas decisões de decretação das interceptações telefônicas, por incompetência superveniente dos Juízos da 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto e da 2ª Vara Federal de Franca, porquanto efetivamente competentes à época de suas respectivas decisões, somente tendo sido constatada a competência da E. 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo após o resultado final das investigações, quando se pode apurar a existência da eventual prática de crimes de evasão de divisas e de lavagem de bens e valores.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

“*HABEAS CORPUS*. NULIDADE DO PROCESSO POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ALI PRODUZIDAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DETERMINADAS POR OUTRO JUIZ EVENTUALMENTE COMPETENTE. ELEMENTOS COLHIDOS QUE NÃO SE ENQUADRAM NA CONSIDERAÇÃO DE PROVA DERIVADA. A prova produzida a partir de medida cautelar de interceptação telefônica deferida no bojo de investigação policial tida ocasionalmente como legal, porquanto competente, àquela altura, o Juízo da Comarca que a compreendia, não deve ser desconsiderada pela vertente da teoria dos frutos da árvore envenenada, porquanto se apresenta para o processo como diligência independente e autônoma. [...]”

(HC 200802206898 HC - *HABEAS CORPUS* - 117678 Relator(a) MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - Sigla do órgão STJ - Órgão julgador SEXTA TURMA - Fonte DJE - DATA: 26/10/2009) - grifei.

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PELO JUÍZO FEDERAL. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O JUÍZO ESTADUAL. NÃO-INVALIDAÇÃO DA PROVA COLHIDA. 1. Não se mostra ilícita a prova colhida mediante interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Federal, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra os Pacientes, sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Federal para o Juízo Estadual não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida. Precedentes do STF e do STJ. 2. Ordem denegada.”

(HC 56.222/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1).

Ante todo o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

“HABEAS CORPUS”
0026592-76.2011.4.03.0000
(2011.03.00.026592-1)

Impetrante: CÍCERO JOÃO DE OLIVEIRA
Paciente: CÍCERO JOÃO DE OLIVEIRA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Corréus: YOICHIRO WATANABE E OUTROS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: HC 47094
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/2/2012

EMENTA

PENAL: HABEAS CORPUS. ARTIGO 299 E ARTIGO 171 CAPUT C. C. ARTIGO 14 INCISO II TODOS DO CP. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO MEIO. SÚMULA 17 DO STJ. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - Emerge dos autos que o paciente e demais denunciados teriam falsificado ideologicamente documento público (processo) para criar, de forma fraudulenta, um crédito privilegiado em prejuízo dos credores hipotecários e pignoratícios, tentando induzir em erro a Justiça do Trabalho.

II - Haure-se, assim, que o crime previsto no art. 299 do Código Penal foi cometido para a prática do estelionato, nada havendo nos autos que sugira ter sido o documento utilizado para fins diversos.

III - A jurisprudência é uníssona no sentido de admitir a aplicabilidade do princípio da consunção em sede de HC, nos casos em que resta evidenciado que a prática do delito a ser absorvido se deu tão-somente como meio necessário para a consumação do delito fim, *in casu*, o estelionato tentado.

IV - O crime-meio deve ser absorvido pelo crime-fim, nos termos da Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça.

V - A inviolabilidade do advogado, garantia constitucional prevista no artigo 133 da CF, destinada a assegurar o pleno exercício da função, não é estendida aos casos de práticas delituosas, já que não se trata de uma garantia absoluta, pois é exercida nos limites da lei, de forma que não se compreende como uma garantia para a impunidade decorrente da prática de atos ilícitos, limitando-se às hipóteses previstas no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 e art. 142, I, do CP, o que não é o caso dos presentes autos.

VI - É prerrogativa do exercício da profissão respeitados os limites da lei, não se conferindo ao advogado, no exercício do seu mister, imunidade na eventual prática de delitos.

VII - As alegações do impetrante/paciente dizem respeito à prova do crime de estelionato, assim como a boa-fé, hipóteses estas que demandam a análise aprofundada da conduta de cada acusado, o que é inviável nesta via eleita, já que implica em necessária dilação probatória, devendo ser dirimidas no âmbito da ação penal, seara pertinente à necessária dilação probatória.

VIII - No âmbito de cognição para o recebimento da denúncia, basta o juízo sobre

a demonstração de indícios de autoria, o que foi atendido pela autoridade impetrada. IX - O recebimento da denúncia em relação ao delito tipificado no artigo 171 do CP amparado nos requisitos legais previstos na legislação processual penal não configura, em princípio, constrangimento ilegal, sendo certo que o trancamento de ação penal por via de *habeas corpus* somente é possível se houver ilegalidade patente e evidenciada por fatos e documentos que venham a demonstrar a ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação.

X - Ordem parcialmente concedida tão-somente para excluir da denúncia a *capitulação* do crime previsto no art. 299 do CP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, tão-somente para excluir da denúncia a *capitulação* do crime previsto no art. 299 do CP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Cícero João de Oliveira, em seu próprio favor, contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Ponta Porã/MS, praticado nos autos do processo nº 2002.60.02.001334-2.

Consta da impetração que o impetrante/paciente, no ano de 2002, na condição de advogado, exerceu defesa em reclamação trabalhista, negando fatos e pedindo a improcedência daquela ação, a qual resultou em acordo celebrado entre as partes.

Por ocasião da homologação do acordo, baseado em suposições, o magistrado entendeu que houve conluio entre as partes, com o objetivo de ludibriar as autoridades do Poder Judiciário para criar crédito privilegiado, tendo o paciente sido denunciado por falsidade ideológica e tentativa de estelionato.

FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO

a) a petição de advogado e o documento sujeito à verificação judicial não são idôneos à prática de delito;

b) violação à garantia prevista no artigo 133 da CF;

c) em 28/02/2002 o MPF oficiou nos autos opinando sobre o novo acordo celebrado entre o reclamante/credor e o reclamado/devedor, no valor de R\$ 30.000,00, sendo certo que, em 31/10/2001, o próprio *parquet* informou que o Banco já havia desistido das execuções sob cuja fraude cogitou o juiz;

d) não obstante os fatos narrados, a denúncia foi oferecida em 07/06/2005, protocolada em 13/06/2005 e recebida em 24/06/2005, quase quatro anos depois;

e) o impetrante/paciente não recebeu nenhuma das comunicações determinadas na

fase posterior ao acordo homologado, quer pessoalmente, quer através do Diário Oficial;

f) somente em 2006 o impetrante/paciente foi citado, tomando conhecimento de que, em virtude da petição formulada e o seu comparecimento na audiência, fora denunciado como incurso nas sanções do artigo 171 c. c. o artigo 14 e artigo 299, todos do CP.

Os réus, dentre eles o impetrante/paciente, foram denunciados, em síntese, acusados de terem simulado lide com o objetivo de ludibriar as autoridades do Poder Judiciário, a fim de criar crédito privilegiado, na Justiça do Trabalho de Ponta Porã/MS, em prejuízo de credores hipotecários e pignoratícios, tentando induzir a erro a Justiça do Trabalho.

Diante das razões aduzidas, sustenta o impetrante/paciente, ainda, o seguinte:

- a) inépcia da denúncia;
- b) inidoneidade do objeto;
- c) o fato descrito na denúncia não constitui crime;
- d) a suposição da prática de delito está direcionada a fatos inerentes ao exercício do trabalho do advogado;
- e) a inviolabilidade constitucional do advogado constitui garantia destinada a assegurar-lhe o pleno exercício de seu mister;
- f) não houve simulação ou tentativa de ludibriar, pois, desde o início, o juiz estava ciente da observação do reclamante sobre a existência de dívidas em execução, sendo que o próprio MPF oficiou nos autos informando que o Banco já havia desistido das execuções sobre as quais se funda a denúncia;
- g) diante da dúvida, caberia ao magistrado converter o feito em diligência, realizando perícia para verificar a solvência do reclamado;
- h) a realização de perícia seria suficiente para sanar eventual dúvida quanto à solvência do reclamado, o que não ocorreu;
- i) da boa fé do impetrante/paciente;
- j) as irregularidades foram praticadas pelo Banco do Brasil, a partir do início das operações no ano de 1996, não tendo o impetrante nenhuma participação nos fatos.

Com lentes no expendido, o impetrante/paciente requer, liminarmente, a suspensão da ação penal até o julgamento do presente *writ* e, ao final, pugna pela concessão da ordem com o trancamento da ação penal, estendendo-se os efeitos aos demais corréus e advogados Cleuir Freitas Ramos e Márcio Watanabe.

A impetração veio instruída com os documentos de fls. 38/175.

As informações foram prestadas às fls. 180/181vº e vieram acompanhadas dos documentos de fls. 182/268vº.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 270/271.

A douta Procuradora Regional da República, Dra. Janice Agostinho Barreto Ascari, em seu parecer de fls. 274 /278, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): A ordem deve ser parcialmente concedida.

A denúncia oferecida está assim vazada:

“Aos 04 dias de outubro de 2000, JOSÉ HONÓRIO BARBOSA SOBRINHO ajuizou, por meio de seu Advogado CLEUIR FREITAS RAMOS (f. 17/IPL), perante a Vara do Trabalho em Ponta Porã/MS, a ação trabalhista de nº 259/2000 (fls. 08-16/IPL) em face de YOICHIRO WATANABE, visando à cobrança de créditos laborais estimados em R\$ 550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais).

Para sua defesa YOICHIRO WATANABE constituiu os Advogados CÍCERO JOÃO DE OLIVEIRA e MÁRCIO WATANABE (f. 30/IPL).

Na audiência inicial o então reclamante JOSÉ HONÓRIO BARBOSA SOBRINHO e o então reclamado YOICHIRO WATANABE, representados por seus patronos CLEUIR FREITAS RAMOS e CÍCERO JOÃO DE OLIVEIRA {respectivamente}, conciliaram-se nos seguintes termos:

‘(...) O réu pagará ao autor a importância de R\$ 720.000,00, divididas em 04 parcelas iguais de R\$ 30.000,00, com vencimento em 30/11/2000, 30/05/2001, 30/11/2001 e 30/05/2002. (...) As parcelas serão corrigidas pelo IGPM e convertidas na data do efetivo pagamento. (...) As partes optam pela aplicação do parágrafo 2º do artigo 846 da CLT, ou seja, em caso de inadimplemento, o reclamado satisfará integralmente o pedido de remanesce, nos exatos valores constantes do pedido inicial (...)’ (f. 37/IPL) (grifou-se).

Posteriormente, o reclamado JOSÉ HONÓRIO BARBOSA SOBRINHO, representado por CLEUIR FREITAS RAMOS, comunicou ao Juízo Trabalhista o não-pagamento da primeira parcela do referido acordo. Requereu, ato contínuo, a execução da sentença homologatória da transação para que o reclamado YOICHIRO WATANABE, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, efetuassem o pagamento de R\$ 363.976,46 (trezentos e sessenta e três mil, novecentos e setenta e seis reais e quarenta e seis centavos) ou oferecesse bens à penhora (fls. 39-40/IPL). A época, YOICHIRO WATANABE era requerido em várias ações na comarca de Dourados - MS, compreendidas em execuções, pedido de insolvência, ação monitória e contra-notificação (f. 53/IPL).

Ao ser interrogado, em sede policial, o denunciado YOICHIRO WATANABE, acompanhado por seu filho e Advogado MÁRCIO WATANABE (fls. 801-803/IPL), asseverou que:

‘(...) QUE, a partir de 1996 ou 97, as dívidas começaram a aumentar e não puderam ser honradas juntas aos bancos que financiavam o plantio; (...) o advogado do declarante na oportunidade - CÍCERO JOÃO OLIVEIRA, sendo que o filho do declarante MÁRCIO WATANABE também acompanhava o processo; QUE não existia na Fazenda nenhum controle de pagamento, motivo pelo qual o Declarante decidiu fazer um acordo com os reclamantes, seus ex-funcionários (...)’ (f. 802/IPL) (grifou-se).

A seu tempo, ao prestar declarações o denunciado JOSÉ HONÓRIO BARBOSA SOBRINHO confessou a prática criminosa:

‘(...) QUE não sabe porque o valor da causa foi tão alto, afirma que seu advogado estabeleceu o valor da causa, dizendo ao interrogado que este era o montante a que tinha direito; (...) simulou processo trabalhista contra YOICHIRO WATANABE para lesar credores deste (...)’; (fls. 903-904/IPL) (grifou-se).

Os Advogados CÍCERO JOÃO DE OLIVEIRA e MÁRCIO WATANABE, contratados por YOICHIRO WATANABE, tinham conhecimento sobre as ações cíveis propostas em face de YOICHIRO WATANABE e sobre a simulação do crédito trabalhista.

O Advogado CLEUIR FREITAS RAMOS ajuizou 02 (duas) ações trabalhistas no mesmo dia, em 04/10/2000, em face de YOICHIRO WATANABE, sendo uma perante a Justiça do Trabalho em Dourados/MS, ação trabalhista de nº 755/2000 (fato este investigado nos autos de nº 2001.60.02.000683-7 - cópias anexas à cota de oferecimento da denúncia) e a outra na Justiça do Trabalho de Ponta Porã/MS (fato relatado nestes autos).

Com feito, constata-se a intenção de simular lide inexistente para lubrificar as Autoridades do Poder Judiciário. Como asseverou o MM. Juiz da Vara do Trabalho de Ponta Porã/MS:

‘(...) o Judiciário não pode se manifestar havendo tantos indícios de irregularidades, haja vista a natureza pública e instrumental do processo, cuja única finalidade deve ser servir a Jurisdição com eficácia, justiça e, sobretudo, lisura (..)’ (f. 961/IPL) (grifou-se).

Assim, os denunciados tentaram, pois a consumação foi interrompida por circunstâncias alheias à vontade, obter para YOICHIRO WATANABE a criação de um crédito privilegiado, em prejuízo dos credores hipotecários e pignoratícios, tentando induzir em erro a Justiça do Trabalho mediante simulação de uma lide, configurando, assim, o delito previsto no artigo 171, *caput*, combinado com artigo 14, II, ambos do Código Penal.

Além disso, cada denunciado inseriu nos autos de processo judicial declaração falsa sobre lide inexistente, com o fim de prejudicar direito, praticando a conduta descrita no artigo 299, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia YOICHIRO WATANABE, CLEUIR FREITAS RAMOS, CÍCERO JOÃO DE OLIVEIRA, MÁRCIO WATANABE e JOSÉ HONÓRIO BARBOSA SOBRINHO com incursos no artigo 171, *caput*, combinado com artigo 14, II, e no artigo 299, *caput*, c/c o artigo 29, em concurso material, todos do Código Penal.

Requer, outrossim, recebida e autuada esta, seja instaurado o devido processo penal, citando-se e interrogando-se os denunciados, ouvindo-se a testemunha a seguir arrolada, observando-se o procedimento previsto no artigo 394 e seguintes do Código de Processo Penal, para ao final serem julgados.”

Consta da denúncia que Cícero João de Oliveira, ora paciente, juntamente com Márcio Watanabe, Cleuir Freitas Ramos, José Honório Barbosa Sobrinho e Yoichiro Watanabe, tentou obter, para este último, a criação de crédito privilegiado, em prejuízo dos credores hipotecários e pignoratícios, induzindo em erro a Justiça Trabalhista mediante simulação de uma lide.

Narra a exordial, ainda, que as partes da ação trabalhista, assim como seus advogados, tendo ciência da existência de outras execuções em face do reclamado, ajuizaram a reclamação trabalhista de nº 259/2000, perante a Vara do Trabalho de Ponta Porã/MS, com unidade de desígnios, objetivando a constituição de crédito trabalhista falso, em detrimento dos demais credores. Entre outras evidências, consta ainda que já havia sido interposta a reclamação de nº 755/2000, perante a Vara Trabalhista de Dourados/MS no intuito de constituir outro crédito privilegiado (Cleuir Freitas Ramos ajuizou duas ações trabalhistas, no mesmo dia, em face de Yoichiro Watanabe, uma perante a Justiça do Trabalho em Dourados/MS e outra perante a Justiça do Trabalho de Ponta Porã/MS - fls. 38/43).

Pois bem. Postos os fatos, emerge dos autos que o paciente e demais denunciados teriam falsificado ideologicamente documento público (processo) para criar, de forma fraudulenta, um crédito privilegiado em prejuízo dos credores hipotecários e pignoratícios, tentando induzir em erro a Justiça do Trabalho.

Haure-se, assim, que o crime previsto no art. 299 do Código Penal foi cometido para a prática do estelionato, nada havendo nos autos que sugira ter sido o documento utilizado para fins diversos.

Dentro desse contexto, a jurisprudência é uníssona no sentido de admitir a aplicabilidade do princípio da consunção em sede de HC, nos casos em que resta evidenciado que a prática do delito a ser absorvido se deu tão-somente como meio necessário para a consumação do delito fim, *in casu*, o estelionato tentado.

Cuida-se, portanto, de crime-meio, o qual deve ser absorvido pelo crime-fim, nos termos da Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

Nesse sentido, recente julgado do Col. STF:

“EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. REPÚBLICA DA POLÔNIA. PROMESSA DE RECIPROCIDADE DE TRATAMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA, ESTELIONATO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR E FALSIDADE IDEOLÓGICA. DUPLA TIPICIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO QUANTO AOS CRIMES DE APROPRIAÇÃO, FALSIFICAÇÃO E DE FALSIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A TODOS OS FATOS DELITUOSOS, SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. EXTRADIÇÃO INDEFERIDA. I - A existência de promessa de reciprocidade formulada pelo Estado requerente ao governo brasileiro legitima o processamento da ação de extradição instrutória, especialmente pelo compromisso assumido nos documentos acostados aos autos. II - No Brasil, os fatos mencionados correspondem, em tese, aos delitos de apropriação indébita (art. 168, § 1º, III do CP), estelionato (art. 171 do CP), falsificação de documento particular (art. 298 do CP) e falsidade ideológica (art. 299 do CP). III - Quanto aos crimes de falso, devido ao fato de sua potencialidade lesiva ter se exaurido quando da prática das fraudes, são absorvidos pelos delitos de estelionato. O mesmo ocorre em relação à infração de apropriação indébita, que também foi utilizada como crime meio para a consumação de uma das fraudes. Incide, na espécie, o princípio da consunção. IV - Os delitos de estelionato supostamente praticados pelo extraditando foram alcançado pela prescrição da pretensão punitiva, sob a ótica da legislação brasileira. V - Não há, nos autos, comprovação de que o prazo prescricional de doze anos, previsto para esse delito na legislação brasileira (art. 171, *caput*, combinado com o art. 109, III, ambos do Código Penal), tenha sido interrompido por um dos marcos previstos no referido diploma legal. Isso porque não se sabe se a acusação formulada contra o extraditando foi recebida pelo Poder Judiciário polonês, o que, no Brasil, representaria uma causa de interrupção do prazo prescricional, não podendo essa dúvida ser interpretada em desfavor do

estrangeiro. VI - Extradicação indeferida. VII - Estando o nacional polonês solto por decisão proferida neste processo, torna-se desnecessária a expedição de novo alvará de soltura, revogando-se, tão somente, as condições impostas por ocasião da concessão de sua liberdade provisória.”

(Ext 1206, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/06/2011, DJe-209, DIVULG 28-10-2011, PUBLIC 03-11-2011, EMENT VOL-02618-01, PP-00001)

Nessa esteira são os julgados do STJ e desta Corte Regional que transcrevo:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO. ABSORÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA.

I - Tendo o delito de uso de documento falso sido meio necessário para a prática do crime de estelionato, deve ser reconhecida a absorção daquele por este, por força do princípio da consunção.

II - Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea ‘d’, do CP. *Writ* concedido.”

(HC 73.889/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ 03/09/2007)

“RHC. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FATO APARENTEMENTE TÍPICO. EXAME DE PROVA. ESTELIONATO E FALSIDADE. PERCEBIMENTO INDEVIDO DE APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. SÚMULA 17 DESTE TRIBUNAL.

Estando a denúncia a descrever um fato aparentemente típico em todas as suas circunstâncias, conforme previsão do art. 41 do CPP, não há que se obstaculizar o andamento da instrução criminal, trancando-se a ação ajuizada em desfavor do recorrente.

O procedimento heróico, por suas peculiaridades de via sumaríssima, não comporta o exame de prova ou mesmo a contestação das que foram produzidas no bojo da investigação ou do processo penal.

Consoante reiterado entendimento desta Corte, esculpido na Súmula 17, a falsidade quando se presta a fomentar única e exclusivamente o estelionato, há de ser por este absorvido.

No caso, a própria denúncia deixa claro que o *falsum* prendia-se especificamente ao ganho específico da aposentadoria, não servindo a outros objetivos que lhe pudessem conferir objetivo autônomo e independente.

Recurso parcialmente provido para apenas excluir da imputação os crimes dos arts. 299 e 304 do CP.”

(RHC 22.913/SP, 6ª Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 26/05/2008.)

“PROCESSUAL PENAL E PENAL: *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. PEPAR.

ARTIGO 9º DA LEI 10.684/03. EXTENSÃO AO CO-RÉU. IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. ARTIGO 580 DO CPP.

I - Os crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso, em princípio, apresentam existência autônoma. Todavia, no caso *sub examem*, sua prática teria se dado tão-somente como meio necessário para a consumação da sonegação fiscal, é dizer, tais crimes seriam meio (crimes-meio) para a prática do delito contra a ordem tributária (crime-fim) sendo, portanto, por ele absorvidos.

II - Os recibos inquinados de falso foram apresentados pela paciente em cumprimento à ordem da autoridade administrativa, o que afasta a imputação dos delitos de falsidade ideológica e de uso de documento falso.

III - Comprovado que o parcelamento do débito, objeto da denúncia nos termos do disposto no artigo 9º da Lei 10.684/03, impõe-se suspender a prescrição da pretensão punitiva estatal e o curso da ação penal.

IV - Embora não se trate de débito inserido no PAES, aplica-se a regra inserta no art. 9º da Lei nº 10.684/03, não por analogia, mas sim por expressa disposição legal, consoante artigo 2º daquele diploma legal.

V - Ordem concedida. Extensão dos efeitos da decisão ao co-réu Paulo Cesar Arruda Dornelas dada a identidade de situações (artigo 580 do CPP)."

(HC nº 2007.03.00.098531-8, Rel: Des. Fed. Cecilia Mello, julgado em 22/01/2008)

Cumpra salientar, outrossim, que a inviolabilidade do advogado, garantia constitucional prevista no artigo 133 da CF, destinada a assegurar o pleno exercício da função, não é estendida aos casos de práticas delituosas, já que não se trata de uma garantia absoluta, pois é exercida nos limites da lei, de forma que não se compreende como uma garantia para a impunidade decorrente da prática de atos ilícitos, limitando-se às hipóteses previstas no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 e art. 142, I, do CP, o que não é o caso dos presentes autos.

Cuida-se, pois, de prerrogativa do exercício da profissão respeitados os limites da lei, não se conferindo ao advogado, no exercício do seu mister, imunidade na eventual prática de delitos.

Confira-se:

"A alegação de afronta ao sigilo profissional, tendo em vista que o paciente é advogado e teriam sido interceptadas ligações travadas com seus clientes, (...) não merece acolhida, já que os delitos que lhe foram imputados teriam sido cometidos justamente no exercício da advocacia. O simples fato de o paciente ser advogado não pode lhe conferir imunidade na eventual prática de delitos no exercício de sua profissão."

(HC 96.909, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-11-2009, Segunda Turma, DJE de 11-12-2009.)

Por fim, as demais questões aduzidas na impetração são relevantes, devendo ser dirimidas no âmbito da ação penal, seara pertinente à necessária dilação probatória.

Com efeito, as alegações do impetrante/paciente dizem respeito à prova do crime de estelionato, assim como a boa-fé, hipóteses estas que demandam a análise aprofundada da conduta de cada acusado, o que é inviável nesta via eleita, já que implica em necessária dilação probatória.

Ademais, no âmbito de cognição para o recebimento da denúncia, basta o juízo sobre a demonstração de indícios de autoria, o que foi atendido pela autoridade impetrada.

O recebimento da denúncia em relação ao delito tipificado no artigo 171 do CP amparado nos requisitos legais previstos na legislação processual penal não configura, em princípio, constrangimento ilegal, sendo certo que o trancamento de ação penal por via de *habeas corpus* somente é possível se houver ilegalidade patente e evidenciada por fatos e documentos que venham a demonstrar a ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM, tão-somente para excluir da denúncia a *capitulação* do crime previsto no art. 299 do CP.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL
0033164-15.1997.4.03.9999
(97.03.033164-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA JOSÉ GONÇALVES DE ALMEIDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE AMERICANA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 373734
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - PENSÃO ESPECIAL - PORTADORES DA SÍNDROME DA TALIDOMIDA - LEIS NºS 7.070/82 e 8.686/93 - APELAÇÃO PROVIDA.

1. A pensão especial de portadores da Síndrome da Talidomida foi instituída pela Lei nº 7.070/82, cujo § 1º do artigo 1º determinava que os reajustes deveriam ocorrer anualmente, de acordo com a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN). Posteriormente, a Lei nº 8.686/93, além da determinação de revisão do benefício de acordo com o número total de pontos indicadores da natureza e grau de dependência resultante da deformidade física do incapaz, estabeleceu que, a partir de junho de 1993, o reajustamento da pensão dar-se-ia na mesma época e pelos mesmos índices dos benefícios de prestação continuada mantidos pela Previdência Social.
2. Se não houve qualificação das sequelas da Talidomida diferentemente da realizada na via administrativa, não se acolhe a pretensão da parte autora nesse aspecto, pois os reajustamentos dessa pensão são efetuados conforme determinação legal, de que não pode a Autarquia se afastar.
3. Observados os critérios legais, não cabe cogitar de diferenças a serem pagas.
4. Sem condenação em custas, despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos da Lei nº 1.060/50.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, decidiu não acolher a questão de ordem de incompetência da 3ª Seção, apresentada pela Desembargadora Federal Marisa Santos e, no mérito, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso.

São Paulo, 05 de dezembro de 2011.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo INSS para obter a reforma da sentença que

julgou parcialmente procedente o pedido e determinou a revisão do valor do benefício da parte autora.

Sustenta, em síntese, a legalidade do procedimento adotado e a obediência à legislação aplicável à hipótese, reportando-se à doutrina e à jurisprudência, de modo que o r. julgado deve ser integralmente reformado. Senão, requer a diminuição do percentual fixado a título de honorários advocatícios.

Sentença proferida em 3/12/96, portanto não submetida ao duplo grau de jurisdição, por ter sido anterior à edição da Medida Provisória nº 1.561-1, de 17/1/97, convertida na Lei nº 9.469, de 10/07/97.

As contrarrazões foram apresentadas.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

A parte autora, beneficiária de pensão especial concedida aos portadores da Síndrome da Talidomida (DIB 22/07/1985), propôs esta demanda para obter provimento jurisdicional que determine a revisão do valor inicial do benefício, de modo que atinja o valor máximo de 4 (quatro) salários mínimos, “reajustável, periodicamente, sempre que houver reajuste do salário mínimo e na mesma proporção deste, a fim de seja mantido o poder aquisitivo (...)”.

Às fls. 112 e 143 a autora noticiou que a autarquia havia procedido administrativamente à revisão objeto desta demanda, a partir de agosto de 1993. Assim, entendendo restar prejudicado o seu pedido, desistiu da revisão do valor inicial da pensão, requerendo o prosseguimento do feito apenas quanto às diferenças relativas ao período não atingido pela prescrição quinquenal (julho de 1987 a julho de 1993), o que foi acolhido pela sentença recorrida.

Com efeito, a pensão percebida pela autora foi instituída pela Lei nº 7.070/82, cujo § 1º do artigo 1º determinava que os reajustes deveriam ocorrer anualmente, de acordo com a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN). Posteriormente, a Lei nº 8.686/93, além da determinação de revisão do benefício de acordo com o número total de pontos indicadores da natureza e grau de dependência resultante da deformidade física do incapaz, estabeleceu que, a partir de junho de 1993, o reajustamento da pensão dar-se-ia na mesma época e pelos mesmos índices dos benefícios de prestação continuada mantidos pela Previdência Social.

É o que textualmente dispõe o art. 1º (g. n.):

“Art. 1º A partir de 1º de maio de 1993, o valor da pensão especial instituída pela Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, será revisto, mediante a multiplicação do número total de pontos indicadores da natureza e do grau de dependência resultante da deformidade física, constante do processo de concessão, pelo valor de Cr\$ 3.320.000,00 (três milhões, trezentos e vinte mil cruzeiros).”

Assim, conforme consta do documento trazido à colação pelo INSS à fl. 151, o aumento da renda mensal concedido a partir de agosto de 1993 decorreu do comando da retrocitada lei.

Sublinhe-se o fato de que o laudo pericial de fl. 95, completado às fls. 103/104, aferiu o grau de incapacitação da autora em 6 (seis) pontos, corroborando aquele realizado no âmbito administrativo, por ocasião da concessão do benefício (fl. 12). Se não houve qualificação das sequelas da Talidomida diferentemente da realizada na via administrativa, não se acolhe a pretensão da parte autora nesse aspecto, pois os reajustamentos dessa pensão são efetuados conforme determinação legal, de que não pode a Autarquia se afastar, inexistindo, portanto, diferenças a serem pagas, relativamente ao período anterior.

Por conseguinte, concluo pela improcedência dos pedidos, impondo-se a reforma da decisão de Primeira Instância.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação* interposta pelo INSS, *para julgar improcedente o pedido*. Sem condenação nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS: Trata-se de pedido que tem por objeto a revisão da pensão especial instituída pela Lei 7.070/82, devida às vítimas da Síndrome da Talidomida.

A pensão especial tem natureza indenizatória, podendo, inclusive, ser recebida cumulativamente com benefício previdenciário, nos termos da Lei 7.070/82, modificada pela Lei 10.877/2004.

Não se tratando de benefício previdenciário, esta Terceira Seção não é competente para o julgamento.

Por isso, voto pela devolução dos autos à Primeira Seção.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS

APELAÇÃO CÍVEL
0009378-16.1999.4.03.6104
(1999.61.04.009378-2)

Apelante: SINDICATO DOS ESTIVADORES DE SANTOS, SÃO VICENTE, GUARUJÁ E CUBATÃO
- SP

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Classe do Processo: AC 896519

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2012

EMENTA

AÇÃO COLETIVA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CONDIÇÃO PERIGOSA, PENOSA E INSALUBRE APENAS COM LAUDO PERICIAL ELABORADO PELA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - É de se reputar como inexistente as contrarrazões trazidas de forma intempestiva.

2 - Para o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida e a conversão desse intervalo especial em comum, cabe ao segurado demonstrar o trabalho em exposição a agentes agressivos, uma vez que as atividades constantes em regulamentos são meramente exemplificativas.

3 - Cumpre salientar que, em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído, sendo tratada originalmente no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

4 - A Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu § 4º, passando a exigir *a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos*. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

5 - O rol dos agentes nocivos contidos no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, vigoraram até o advento do Decreto Regulamentar nº 2.172/97, de 5 de março de 1997, do Plano de Benefícios, o qual foi substituído pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

6 - A alteração trazida pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 e reedições posteriores, que modificou substancialmente o *caput* do art. 58 da Lei de Benefícios, incluindo novos parágrafos, exigindo, em síntese, a comprovação das atividades especiais efetuadas por meio de formulário preenchido pela empresa

contratante, *com base em laudo técnico*, observando-se os ditames da redação dada aos parágrafos pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

7 - Há direito ao reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional até o advento da Lei nº 9.032/95, ou pela exposição a qualquer dos agentes nocivos descritos nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, devidamente comprovada por meio da apresentação de SB 40, documento declaratório que descreve, detalhadamente, todas as atividades consideradas perigosas, penosas e insalubres do empregado, ressalvado o laudo técnico no caso de atividade com exposição a ruídos, fornecido pelo Instituto Autárquico e preenchido pela empresa.

8 - Com relação a período posterior à edição da referida Lei, a comprovação da atividade especial deverá ser feita mediante formulário DSS-8030 (antigo SB 40), o qual goza da presunção de que as circunstâncias de trabalho ali descritas se deram em condições especiais, *não sendo, portanto, imposto que tal documento se baseie em laudo pericial*, com exceção ao limite de tolerância para nível de pressão sonora (ruído) já mencionado. Os referidos Decretos mantiveram a sua eficácia até a edição do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória nº 1523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, a qual passou a exigir a apresentação de laudo técnico.

9 - Haja vista que a função primordial do OGMO é regular a gestão da mão-de-obra portuária e suas condições de trabalho, cabe ao referido órgão, com base em laudo técnico, a elaboração de formulários com a descrição das atividades realizadas pelos estivadores, e as informações referentes ao setor em que as desenvolve, bem assim os agentes agressivos suportados durante a jornada de trabalho.

10 - *Ad argumentandum tantum*, é condição para se reconhecer o serviço laborado em condição especial a efetiva notícia acerca do período em que os trabalhadores estiveram sujeitos os riscos descritos no documento.

11 - Pela natureza da perícia realizada, não se vislumbra a possibilidade de admitir a sua validade para o exercício de labor em momento futuro a sua elaboração.

12 - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de dezembro de 2011.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de apelação interposta em ação coletiva ajuizada pelo SINDICATO DOS ESTIVADORES DE SANTOS, SÃO VICENTE, GUARUJÁ E CUBATÃO/SP contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o reconhecimento do

tempo de serviço trabalhado por estivador como atividade especial, utilizando-se, exclusivamente, o laudo pericial elaborado pela Delegacia Regional do Trabalho de São Paulo, para fins de concessão da aposentadoria especial.

A r. sentença de fls. 120/126 rejeitou as preliminares suscitadas e julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que é requisito *sine qua non* para se reconhecer as condições insalubres, penosas ou perigosas a expedição de formulário competente pelo órgão gestor de mão-de-obra para o trabalhador avulso, nos termos do art. 58, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, e art. 18 da Lei nº 8.630/93, além da entrega de laudo individualizado a cada segurado.

Em suas razões recursais de fls. 131/139, a parte autora aduz, em síntese, ser desnecessária a individualização do laudo que constata as condições de trabalho, e a possibilidade do documento elaborado pela Delegacia Regional do Trabalho comprovar a realização de atividade especial.

Contrarrazões às fls. 142/152.

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 170/175, manifestou-se pela conversão do julgamento em diligência, considerando a expedição dos Perfis Profissiográficos Previdenciários (PPP) pelo órgão gestor de mão-de-obra, no interregno de fevereiro a agosto de 2010.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão. Dispensa de revisão na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Inicialmente, não conheço das contrarrazões, uma vez que a mesma é intempestiva e deve ser tida por inexistente, senão vejamos.

O art. 508 do CPC define que o prazo para apresentar contrarrazões de apelação é de 15 (quinze) dias.

O Instituto Autárquico foi intimado da decisão que recebeu a apelação em 1º de abril de 2003, conforme certidão de fl. 140. Portanto, o prazo para responder o recurso em questão venceu em 22 de abril de 2003, primeiro dia útil subsequente ao termo *a quo* (16.04.2003).

Por outro lado, o réu apresentou contrarrazões recursais apenas em 23 de abril de 2003, o que revela a sua intempestividade.

Muito embora o Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 170/175, tenha suscitado a conversão do julgamento em diligência, haja vista a expedição dos Perfis Profissiográficos Previdenciários pelo órgão gestor de mão-de-obra, no interregno de fevereiro a agosto de 2010, verifica-se que o referido período diz respeito a relações jurídicas posteriores à propositura desta demanda, sendo tal fato irrelevante para a solução da presente lide.

No mais, destaco que, para o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida e a conversão desse intervalo especial em comum, cabe ao segurado demonstrar o trabalho em exposição a agentes agressivos, uma vez que as atividades constantes em regulamentos são meramente exemplificativas.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, inclusive, após reiteradas decisões sobre a questão, editou a Súmula nº 198, com o seguinte teor:

“Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.”

Nesse sentido, julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 395988, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 630; 5ª Turma, REsp nº 651516, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 291.

Cumpra salientar que, em período anterior à da edição da Lei nº 9.032/95, a aposentadoria especial e a conversão do tempo trabalhado em atividades especiais eram concedidas em virtude da categoria profissional, conforme a classificação inserta no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, ratificados pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, o qual regulamentou, inicialmente, a Lei de Benefícios, preconizando a desnecessidade de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos, exceto para ruído, sendo tratada originalmente no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

“Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

(...)

§ 3º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.”

Sobre o tema, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 440955, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18.11.2004, DJ 01.02.2005, p. 624; 6ª Turma, AgRg no REsp nº 508865, Rel. Min. Paulo Medina, j. 07.08.2003, DJ 08.09.2003, p. 374.

A Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, deu nova redação ao art. 57 da Lei de Benefícios, alterando substancialmente o seu § 4º, passando a exigir *a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos*. A partir de então, retirou-se do ordenamento jurídico a possibilidade do mero enquadramento da atividade do segurado em categoria profissional considerada especial, mantendo, contudo, a possibilidade de conversão do tempo de trabalho comum em especial.

Saliente-se que o rol dos agentes nocivos contidos no Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, vigoraram até o advento do Decreto Regulamentar nº 2.172/97, de 5 de março de 1997, do Plano de Benefícios, o qual foi substituído pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

Destaco, ainda, a alteração trazida pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 e

reedições posteriores, que modificou substancialmente o *caput* do art. 58 da Lei de Benefícios, incluindo novos parágrafos, exigindo, em síntese, a comprovação das atividades especiais efetuadas por meio de formulário preenchido pela empresa contratante, *com base em laudo técnico*, observando-se os ditames da redação dada aos parágrafos pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

Conforme já exposto neste voto, mediante o brocardo *tempus regit actum*, aplicar-se-á a lei vigente à época da prestação do trabalho. Pondero, contudo, que a exigência do laudo técnico pericial tão-somente poderá ser observada após a publicação da Lei nº 9.528/97. Neste sentido, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 5ª Turma, REsp nº 602639, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 25.05.2004, DJ 02.08.2004, p. 538; 5ª Turma, AgRg no REsp nº 641291, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.09.2004, DJ 03.11.2004, p. 238.

Por oportuno, destaco, ainda, que o Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, atenuou o conceito de trabalho permanente, passando o art. 65, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, a vigorar com o seguinte teor:

“Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.”

Resta claro, portanto, o direito ao reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional até o advento da Lei nº 9.032/95, ou pela exposição a qualquer dos agentes nocivos descritos nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, devidamente comprovada por meio da apresentação de SB 40, documento declaratório que descreve, detalhadamente, todas as atividades consideradas perigosas, penosas e insalubres do empregado, ressalvado o laudo técnico no caso de atividade com exposição a ruídos, fornecido pelo Instituto Autárquico e preenchido pela empresa.

Com relação a período posterior à edição da referida Lei, a comprovação da atividade especial deverá ser feita mediante formulário DSS-8030 (antigo SB 40), o qual goza da presunção de que as circunstâncias de trabalho ali descritas se deram em condições especiais, *não sendo, portanto, imposto que tal documento se baseie em laudo pericial*, com exceção ao limite de tolerância para nível de pressão sonora (ruído) já mencionado. Os referidos Decretos mantiveram a sua eficácia até a edição do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória nº 1523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, a qual passou a exigir a apresentação de laudo técnico.

A questão controversa nos presentes autos cinge-se à possibilidade de reconhecimento do período laborado por estivador em atividade especial, utilizando-se exclusivamente o laudo pericial elaborado pela Delegacia Regional do Trabalho de São Paulo.

O estivador é uma espécie de trabalhador portuário avulso, que destina sua força de trabalho a vários operadores portuários, sem vínculo empregatício, mediante a intermediação do órgão gestor de mão-de-obra.

O órgão gestor de mão-de-obra, criado pela Lei nº 8.630/93, fornece mão-de-obra aos operadores portuários para a realização das atividades anteriormente executadas pelos respectivos sindicatos.

A Lei nº 8.630/93 definiu as seguintes atribuições ao OGMO:

“Art. 18. Os operadores portuários, devem constituir, em cada porto organizado, um órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário, tendo como finalidade: (Vide Lei nº 9.719, de 1998)

I - administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário-avulso;

II - manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;

III - promover o treinamento e a habilitação profissional do trabalhador portuário, inscrevendo-o no cadastro;

IV - selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;

V - estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso;

VI - expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário;

VII - arrecadar e repassar, aos respectivos beneficiários, os valores devidos pelos operadores portuários, relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários.”

Por sua vez, a inscrição do trabalhador avulso no Regime Geral da Previdência Social é efetuada, de acordo com o art. 18, I, do Decreto nº 3.048/99, diretamente no OGMO mediante cadastramento e registro.

Dessa forma, haja vista que a função primordial do OGMO é regular a gestão da mão-de-obra portuária e suas condições de trabalho, cabe ao referido órgão, com base em laudo técnico, a elaboração de formulários com a descrição das atividades realizadas pelos estivadores, e as informações referentes ao setor em que as desenvolve, bem assim os agentes agressivos suportados durante a jornada de trabalho.

Portanto, revela-se insuficiente a perícia trazida nestes autos para o fim colimado.

Ad argumentandum tantum, ainda que se pudesse considerar apenas o trabalho do *expert* para o reconhecimento do tempo de serviço necessário à concessão da aposentadoria especial, o laudo apresentado (fls. 40/47) é omissivo quanto ao período em que os riscos nele descritos afetaram os trabalhadores de estiva, não se prestando a tanto no interregno entre a vigência da Lei nº 9.032/95 e a data de sua elaboração (27/01/1999).

Por óbvio, também não se admite a comprovação de atividade insalubre, perigosa ou penosa em período posterior à data do laudo, pois o mesmo tem natureza de constatação de situação passada e presente, não alcançando labor desempenhado em momento futuro.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação*.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0014990-40.2006.4.03.9999
(2006.03.99.014990-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: NEUSA CASALI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE VOTUPORANGA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RUBENS CALIXTO
Classe do Processo: AC 1106441
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/02/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. SENTENÇA QUE DETERMINA A IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO A PARTIR DA CITAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OUTROS DEPENDENTES DE MESMA CLASSE. LITISCONSORTES NECESSÁRIOS (ART. 47 DO CPC). AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE. “QUERELA NULLITATIS INSANABILIS”. INEFICÁCIA DA COISA JULGADA. NULIDADE QUE SE PODE RECONHECER DE OFÍCIO. PREJUÍZO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO E DA APELAÇÃO NELES INTERPOSTA.

- Consta dos autos que, a embargada pediu pensão por morte de Sebastião Alves Pereira (falecido em 15/07/2000), alegando que era companheira do mesmo, vindo a lograr a procedência da ação, com a concessão da pensão a partir da citação (30/10/2001).
- Quando do falecimento do segurado, este deixou dois filhos da primeira esposa de nomes Danithiele Ortiz Pereira e Danilo Donizete O. Pereira, que se habilitaram ao recebimento da pensão, recebendo cada 50% do valor da pensão. Quando Danithiele completou 21 anos em 05/09/2002, o valor passou a ser pago integralmente ao outro beneficiário Donizete, até 20/12/2003.
- Ocorrência de “querela nullitatis insanabilis”, diante da ausência de citação, na ação de conhecimento, de Danithiele e Danielo, que eram menores-pensionistas ao tempo em que foi ajuizada a ação.
- A procedência da ação conduziria, fatalmente, à redução dos valores recebidos pelos menores, de forma que haveria afetação direta da sua situação jurídica, ensejando o litisconsórcio passivo necessário, na forma do art. 47 do CPC.
- Entretanto, eles não foram citados para a ação e mesmo assim poderão sofrer ação regressiva do INSS, com fundamento no art. 77 da Lei 8.213/91, para reaver os valores recebidos a partir da citação, uma vez que a sentença exequenda reconheceu o direito da autora a participar da pensão a partir do ato citatório.
- Nestes termos, penso que a ação de conhecimento é absolutamente nula, a partir da citação, em face da não inclusão dos menores no pólo passivo como litisconsortes necessários, o que afasta, inclusive, os efeitos da coisa julgada, conforme a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier (*In Nulidades do processo e da sentença*).
- *Prejudicada a apelação do INSS e os respectivos embargos à execução.*

- *De ofício, declarar a nulidade a partir da citação na ação ordinária 2002.03.99.019259-9, para reconhecer a nulidade da sentença e a ineficácia da coisa julgada, devendo prosseguir aqueles autos com a citação dos litisconsortes passivos necessários, nos termos da fundamentação supra.*

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, julgar prejudicada a apelação e os respectivos embargos à execução e, de ofício, declarar a nulidade a partir da citação na ação ordinária 2002.03.99.019259-9, para que haja a citação dos litisconsortes passivos necessários, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2012.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução interpostos pelo INSS e, em razão da sucumbência, condenou o embargante ao pagamento de honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor da execução.

Apela o INSS. Alega, em síntese, que o único direito da apelada é de ser incluída como dependente habilitada na pensão por morte já existente, passando a partir da inclusão a receber o valor do benefício, em partes iguais com os beneficiários já habilitados à pensão por morte ou, somente, depois da maioridade do segurado habilitado perante a Previdência Social. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório. Decido.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): Conforme consta nos autos em apenso, a embargada ajuizou ação de concessão de benefício.

Foi proferida sentença a qual julgou o pedido procedente, para condenar o INSS, em apertada síntese, a pagar a requerente o benefício da pensão por morte do segurado Sebastião Alves Pereira, nos termos do art. 77 da Lei nº 8.213/91, desde a citação, com atualização.

Esta Corte, ao apreciar a apelação do INSS, deu-lhe parcial provimento para delimitar a incidência da verba honorária e fixar a aplicação dos juros de mora.

A segurada elaborou o cálculo de liquidação, requerendo o pagamento do montante de R\$ 27.683,69.

O INSS opôs embargos à execução, alegando excesso de execução, sendo o valor incontestado de R\$ 2.601,16.

Consta dos autos que, a embargada pediu pensão por morte de Sebastião Alves

Pereira (falecido em 15/07/2000), alegando que era companheira do mesmo, vindo a lograr a procedência da ação, com a concessão da pensão a partir da citação (30/10/2001).

Quando do falecimento do segurado, este deixou dois filhos da primeira esposa de nomes Danithiele Ortiz Pereira e Danilo Donizete O. Pereira, que se habilitaram ao recebimento da pensão, recebendo cada 50% do valor da pensão. Quando Danithiele completou 21 anos em 05/09/2002, o valor passou a ser pago integralmente ao outro beneficiário Donizete, até 20/12/2003.

A autora-companheira trouxe junto a exordial de revisão a certidão de óbito em que consta que o mesmo “foi casado civilmente com Izaura Alves Pereira, em Parisi/SP. Deixou os filhos: Danithiele, 18 anos e Danilo Donizete, com 17 anos de idade”.

Contudo, verifica-se na hipótese a ocorrência de “querela nullitatis insanabilis”, diante da ausência de citação, na ação de conhecimento, de Danithiele e Danielo, que eram menores-pensionistas ao tempo em que foi ajuizada a ação.

De fato, a procedência da ação conduziria, fatalmente, à redução dos valores recebidos pelos menores, de forma que haveria afetação direta da sua situação jurídica, ensejando o litisconsórcio passivo necessário, na forma do art. 47 do CPC.

Entretanto, eles não foram citados para a ação e mesmo assim poderão sofrer ação regressiva do INSS, com fundamento no art. 77 da Lei 8.213/91, para reaver os valores recebidos a partir da citação, uma vez que a sentença exequenda reconheceu o direito da autora a participar da pensão a partir do ato citatório.

Nestes termos, penso que a ação de conhecimento é absolutamente nula, a partir da citação, em face da não inclusão dos menores no pólo passivo como litisconsortes necessários, o que afasta, inclusive, os efeitos da coisa julgada.

A propósito do tema, mostra-se bastante oportuna a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier (*In Nulidades do processo e da sentença*. Editora RT, 6. ed., p. 204 e 205):

“Segundo o que temos sustentado, a ‘sentença inexistente’, visto que ‘não é, não passa em julgado’. Assim, parece que o sentido do termo ‘ineficácia’, de que se serve o legislador no art. 47, diz com o sentido em que se emprega a palavra no art. 467, que define o que seja a ‘coisa julgada’. Esta ‘eficácia’ a sentença proferida com infração à regra contida no art. 47 ‘não tem’. E, de acordo com o que pensamos, a única categoria de sentença que não faz coisa julgada são as sentenças inexistentes.”

“No caso da sentença proferida sem observância da regra contida no art. 47, não se poderia falar em ineficácia relativa - isto é, de sentença ‘eficaz’ em relação aos litisconsortes citados, e ‘ineficaz’ em relação àquele que deveria ter figurado como litisconsorte no processo, mas não foi citado. Mas nem mesmo esta concepção de ineficácia é capaz de explicar o fenômeno que ocorre, no caso. É que, na hipótese do art. 47, o vício que atinge a sentença opera tanto em relação aos réus citados quanto àqueles que deveriam ter sido citados, mas não o foram.”

Mais à frente, na mesma obra, prossegue a eminente autora, acima referida, inclusive para reconhecer que a nulidade pode ser reconhecida de ofício, amparada na lição de Sálvio Figueiredo Teixeira (p. 362 e 490):

“Observamos acima que, não havendo a citação de litisconsorte necessário, estar-se-á

diante de inexistência jurídica. Há decisões no sentido de que, se não forem citados todos aqueles que, necessariamente, devem integrar o feito, a sentença é ‘inutiliter datur’, não podendo produzir efeitos, quer quanto ‘àqueles que participaram do processo, quer quanto aos que não participaram’.”

“Sálvio Figueiredo Teixeira, a seu turno, também sustenta que, embora a ação rescisória não seja o meio adequado para a declaração de nulidade, não enquadrável na previsão legal, ou de inexistência, ‘é admissível o seu manejo para que o Judiciário se pronuncie sobre o vício apreciável a qualquer momento e grau, *mesmo de ofício*’.” (nosso grifo)

Neste sentido, também, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. REJEIÇÃO. CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES. AUSÊNCIA. HIPÓTESE DE *QUERELLA NULLITATIS*. ARGÜIÇÃO POR SIMPLES PETIÇÃO. POSSIBILIDADE.

(...)

3. Apreciando questão análoga, atinente ao cabimento ou não de ação rescisória por violação literal a dispositivo de lei no caso de ausência de citação válida, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que o vício apontado como ensejador da rescisória é, em verdade, autorizador da *querela nullitatis insanabilis*. Precedentes: do STF - RE 96.374/GO, rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 30.8.83; do STJ - RESP nº 62.853/GO, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 01.08.2005; AR 771/PA, Segunda Seção, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior DJ 26/02/2007.

4. *No caso específico dos autos, em que a ação tramitou sem que houvesse citação válida do litisconsórcio passivo necessário, não se formou a relação processual em ângulo. Há, assim, vício que atinge a eficácia do processo em relação ao réu e a validade dos atos processuais subsequentes, por afrontar o princípio do contraditório. Em virtude disto, aquela decisão que transitou em julgado não atinge aquele réu que não integrou o polo passivo da ação. Por tal razão, a nulidade por falta de citação poderá ser suscitada por meio de ação declaratória de inexistência por falta de citação, denominada querela nullitatis, ou, ainda, por simples petição nos autos, como no caso dos autos.*

5. *Recurso especial provido.*”

(STJ - Segunda Turma - RESP 1.105.944/SC - Relator Ministro Mauro Campbell Marque - j. 14.12.2010)

Diante do exposto, *julgo prejudicada a apelação do INSS e os respectivos embargos à execução e, de ofício, declaro a nulidade a partir da citação na ação ordinária 2002.03.99.019259-9, para reconhecer a nulidade da sentença e a ineficácia da coisa julgada, devendo prosseguir aqueles autos com a citação dos litisconsortes passivos necessários, nos termos da fundamentação supra.*

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0005129-15.2010.4.03.0000
(2010.03.00.005129-1)

Autora: BEATRIZ ELIAS NUNES
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AR 7309
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. DOCUMENTO NOVO PREEXISTENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO SUBJACENTE. DECISÃO TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. APTIDÃO PARA ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL. ATIVIDADE RURAL COMPROVADA. ART. 143 DA LEI Nº 8.213/91. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Malgrado as anotações em CTPS referentes aos contratos de trabalho de natureza rural tenham sido lançadas somente em 01.04.2009, ou seja, em data posterior à prolação da decisão rescindenda (19.11.2008), estas derivaram de decisão proferida na Justiça Trabalhista, cujo trânsito em julgado se deu em 20.01.2003, em data anterior à própria propositura da ação subjacente.

II - A jurisprudência do colendo STJ é pacífica no sentido de que em razão da condição desigual experimentada pelo rurícola, é de se adotar a solução *pro misero* para reconhecer o documento como novo, ainda que preexistente à propositura da ação originária.

III - O reconhecimento dos períodos de labor rural pela Justiça Trabalhista não resultou de mero acordo entre as partes envolvidas, que poderia suscitar dúvidas quanto à possibilidade de conluio, mas de valoração do conjunto probatório realizada pelo órgão judicial trabalhista, com emprego das regras de experiência comum em face da realidade de uma comunidade cuja base econômica é agrícola, bem como da análise dos depoimentos testemunhais.

IV - Os documentos apresentados como novos pelo demandante (anotações em CTPS da ora autora de vínculos empregatícios de natureza rural nos períodos de 15.10.1997 a 15.04.1998, de 15.10.1998 a 15.04.1999 e de 15.10.1999 a 15.04.2000, bem como acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que houvera reconhecido os vínculos empregatícios mencionados anteriormente) são capazes, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, na forma exigida pelo disposto no art. 485, VII, do CPC. De fato, eles podem ser reputados como início de prova material posteriormente ao desquite ocorrido em 19.01.1978 e ao vínculo empregatício de natureza urbana no período de 03.03.1997 a 09.02.1998, abrangendo, assim, o período correspondente à carência do benefício.

V - A atividade rurícola resulta comprovada, se a parte autora apresentar razoável início de prova material respaldada por prova testemunhal idônea.

V - O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação da presente rescisória (11.10.2010), pois foi somente a partir deste momento que o

rêu tomou ciência dos fatos constitutivos do direito da autora.

VI - A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c. o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

VII - Os juros moratórios incidem a partir da citação e devem ser calculados com base na Lei nº 11.960/09, com aplicação dos índices vinculados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

VIII - Honorários advocatícios fixados em R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais).

IX - Preliminar rejeitada. Pedido em ação rescisória que se julga procedente. Pedido em ação subjacente que se julga procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, julgar procedente o pedido formulado na ação rescisória e, em novo julgamento, julgar procedente o pedido formulado na ação subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Cuida-se de ação rescisória, sem pedido de tutela antecipada, intentada com fulcro no art. 485, inciso VII (documento novo), do CPC, por BEATRIZ ELIAS NUNES em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, visando desconstituir a r. decisão proferida com base no art. 557 do CPC, da lavra do Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira (autos da Apelação Cível nº 2007.03.99.021957-8), que negou seguimento à apelação da parte autora, mantendo a r. sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria rural por idade. A r. decisão rescindenda transitou em julgado em 23.01.2009 (fl. 83vº) e o presente feito foi ajuizado em 24.02.2010 (fl. 02).

Sustenta a autora, em síntese, que ajuizou ação de aposentadoria rural por idade cujo pedido foi julgado improcedente pelo juízo *a quo*, tendo aludida sentença sido confirmada por este Tribunal (fl. 81/82); que possui documento novo que indica a sua condição de trabalhadora rural, consistente em cópia reprográfica de sua CTPS, na qual há vínculos empregatícios de natureza rural nos períodos de 15.10.1997 a 15.04.1998, de 15.10.1998 a 15.04.1999 e de 15.10.1999 a 15.04.2000 (fl. 09/10); que instrui os presentes autos com cópia do v. acórdão extraído dos autos do processo TRT/15ª Região - nº 05286/2002 ROS-5, onde se constata o trabalho rural exercido na empresa Cargil Agrícola

S/A. Requer, assim, a rescisão da r. decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 2007.03.99.021957-8 e, em novo julgamento da causa, nos termos do artigo 488, inciso I, do CPC, seja-lhe concedido o benefício de aposentadoria rural por idade.

Com a inicial, apresentou os documentos de fls. 07/86.

Justiça gratuita concedida à fl. 89.

Devidamente citado (fl. 111), o ente autárquico ofertou contestação (fl. 113/117), argüindo, preliminarmente, a carência de ação, ante a ausência de interesse de agir, em face da inadequação da via eleita. No mérito, sustenta que os documentos reputados como novos já existiam e não foram apresentados aos autos pela parte por negligência, não propiciando, assim, fundamento válido para o ajuizamento da ação rescisória; que não há prova nos autos das datas em que produzidos os documentos apresentados, impossibilitando de se verificar se produzidos após a data de trânsito em julgado da decisão rescindenda; que não houve apresentação de razoável início de prova material a demonstrar o exercício de atividade rural por parte da autora no bojo do procedimento trabalhista; que a autora exerceu atividade laborativa de caráter urbano nos períodos de 03.03.97 a 09.02.98 e de 30.11.98 a 19.02.99, na condição de faxineira, consoante informações contidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, em concomitância aos contratos de trabalho de natureza rural; que a demandante não mais integra o grupo familiar de Lázaro João desde 19.01.78, razão pela qual não pode se valer de documentos emitidos em seu nome, com o fim de demonstrar sua condição de segurada especial; que em momento imediatamente anterior ao implemento do quesito etário e ao ajuizamento da lide subjacente, a demandante e seu ex-marido exerciam atividade laborativa de cunho urbano, descaracterizando-os como segurados especiais; que a documentação acostada pela autora na presente ação não se mostra suficiente para comprovar o exercício de atividade rural pelo período necessário ao deferimento do benefício vindicado, porquanto somente demonstraria o exercício de atividade rural no período compreendido entre os anos de 1997 e 2000; que a parte autora busca apenas o reexame do quadro fático-probatório produzido nos autos originais. Requer, por fim, seja extinto o processo sem resolução do mérito, em face da ausência de interesse processual ou, se superada essa preliminar, seja julgado improcedente o pedido. Subsidiariamente, protesta pela fixação do termo inicial do benefício e da fluência dos juros de mora na data da citação realizada na presente rescisória.

A seguir, foi a autora instada a se manifestar acerca da contestação apresentada (fl. 132), tendo esta deixado transcorrer *in albis* o prazo para se pronunciar (fl. 134).

Na seqüência, intimadas as partes para que apresentassem as provas que pretendiam produzir (fl. 135), o réu se manifestou no sentido de que não tinha provas a produzir (fl. 138), quedando-se inerte a autora (fl. 137).

Razões finais do réu às fls. 143/145.

Não houve apresentação de razões finais da parte autora (fl. 142).

Às fls. 149/152, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência do pedido rescisório com a conseqüente manutenção da decisão rescindenda.

Convertido o julgamento em diligência (fl. 154), foi a parte autora instada a trazer aos autos cópia da sentença proferida na Justiça do Trabalho (autos nº 00799-2000-047-15-004 RO da Vara do Trabalho de Itapeva/SP), bem como de eventual certidão de trânsito em julgado do v. acórdão extraído dos autos do processo TRT/15ª Região - nº 05286/2002 ROS-5, tendo sido carreados ao presente feito os documentos de fls. 163/170.

Manifestação do INSS às fls. 174/176.

Em novo pronunciamento, o Ministério Público Federal reiterou o parecer de fls. 149/152 (fl. 179).

É o relatório.

Ao Revisor.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): A preliminar argüida pelo réu confunde-se com o mérito e, com este, será apreciada. Não havendo dúvidas quanto à tempestividade do ajuizamento da presente ação rescisória, passo ao juízo *rescindens*.

DO JUÍZO RESCINDENS

A autora ajuizou ação de aposentadoria rural por idade cuja petição inicial veio instruída com a certidão de casamento celebrado em 21.05.1966 (fl. 24), com averbação de desquite datada de 19.01.1978, na qual seu ex-marido fora qualificado como lavrador.

Os documentos ora apresentados como novos são os seguintes: anotações em CTPS da ora autora de vínculos empregatícios de natureza rural nos períodos de 15.10.1997 a 15.04.1998, de 15.10.1998 a 15.04.1999 e de 15.10.1999 a 15.04.2000 (fls. 09/10), bem como acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (fls. 11/15), que houvera reconhecido os vínculos empregatícios mencionados anteriormente.

Malgrado as aludidas anotações em CTPS tenham sido lançadas somente em 01.04.2009, ou seja, em data posterior à prolação da decisão rescindenda (19.11.2008; fl. 82), estas derivaram de decisão proferida na Justiça Trabalhista, cujo trânsito em julgado se deu em 20.01.2003 (fl. 170), data anterior à própria propositura da ação subjacente.

Assim sendo, no tocante aos referidos contratos de trabalho, cabe ponderar que como a autora objetiva comprovar o exercício de atividade rural, tais documentos poderiam ser admitidos como novos, conforme pacífica jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se constata do julgado que a seguir transcrevo:

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA . RURÍCOLA. PROVA MATERIAL. DOCUMENTO NOVO PREEXISTENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 485, VII, DO CPC. ADOÇÃO DA SOLUÇÃO *PRO MISERO*.

1. Está consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, considerada a condição desigual experimentada pelo trabalhador volante ou bóia-fria nas atividades rurais, é de se adotar a solução *pro misero* para reconhecer como razoável prova material o documento novo, ainda que preexistente à propositura da ação originária. Precedentes. Inteligência do art. 485, VII, do CPC.

2. Título Eleitoral do qual conste como profissão do autor a de lavrador, preexistente ao tempo da ação originária, é documento novo e constitui razoável prova material da atividade rurícola.

3. Ação rescisória procedente.”

(AR 551/SP, DJ 02.02.2004, P. 266, Rel. Min. Paulo Gallotti)

Outrossim, ditos documentos constituem início de prova material atinente à referida atividade laborativa, conforme já decidiu o E. STJ em v. arestos assim ementados:

“PROCESSUAL CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - (...) - RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO - INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL - SENTENÇA TRABALHISTA - DOCUMENTO DE FÉ PÚBLICA - DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO.

(...)

3 - O reconhecimento do tempo de serviço no exercício de atividade laborativa urbana, comprovado através de sentença judicial proferida em Juízo trabalhista e transitada em julgado, constitui documento de fé pública, hábil como início razoável de prova documental destinada à averbação do tempo de serviço.

(...)”

(Resp nº 360992/RN; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 25.05.2004; DJ 02.08.2004 - pág. 476).

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR RURAL. SENTENÇA TRABALHISTA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL.

1. A sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material para o reconhecimento de tempo de serviço, principalmente quando a prova testemunhal carreada aos autos corrobora o tempo de serviço anotado na CTPS.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AGA nº 564117/RJ; 6ª Turma; Rel. Min. Paulo Medina; julg. 23.03.2004; DJ 03.05.2004 - pág. 224).

Insta esclarecer que no caso vertente o reconhecimento dos períodos de labor rural não resultou de mero acordo entre as partes envolvidas, que poderia suscitar dúvidas quanto à possibilidade de conluio, mas de valoração do conjunto probatório realizada pelo órgão judicial trabalhista, com emprego das regras de experiência comum em face da realidade de uma comunidade cuja base econômica é agrícola, bem como da análise dos depoimentos testemunhais.

De outra parte, os documentos apresentados como novos pelo demandante são capazes, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, na forma exigida pelo disposto no art. 485, VII, do CPC. De fato, eles podem ser reputados como início de prova material posteriormente ao desquite ocorrido em 19.01.1978 e ao vínculo empregatício de natureza urbana no período de 03.03.1997 a 09.02.1998 (fl. 120), abrangendo, assim, o período correspondente à carência do benefício. Aliás, este seria o entendimento do v. acórdão rescindendo se tais documentos tivessem sido acostados aos autos, consoante se verifica do trecho que abaixo transcrevo:

“... Mesmo se entendendo constituir início de prova material a certidão de casamento, na qual o marido está identificado como lavrador (fl. 08), isto é, mesmo considerando extensível à esposa a qualificação de trabalhador rural de seu marido, verifica-se que da referida certidão consta a averbação do ‘desquite’ do casal, decretado por sentença transitado em julgado em 19/01/1978. O rompimento da

união matrimonial afasta a presunção de que a autora tenha continuado a exercer atividade rurícola após a separação. Portanto, ainda que tenha a autora com ele laborado na lavoura em período anterior, a partir da data da separação não é mais possível estender a ela a qualificação de lavrador de seu ex-marido.

Portanto, não existindo outro documento que indique o exercício de atividade rural em período mais recente, posterior ao trabalho urbano ou contemporâneo ao período de carência, desnecessária a incursão sobre a credibilidade ou não da prova testemunhal, uma vez que esta, isoladamente, não se presta à declaração de existência de tempo de serviço rural ...”.

Importante assinalar que o exercício de atividade de natureza urbana no período de 30.11.1998 a 19.02.1999 (fl. 120) não tem o condão de infirmar a condição de rurícola sustentada em outras provas constantes dos autos, uma vez que é cediço que o trabalhador rural exerce sua atividade de forma descontínua, ocupando-se de outros afazeres nos períodos de entressafra.

A estribar tal interpretação, confira-se a jurisprudência:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. RESTABELECIMENTO. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PODER-DEVER. REQUISITOS PARA PERCEBIMENTO DO BENEFÍCIO. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DOCUMENTOS EM NOME DE TERCEIROS. BÓIA-FRIA. DECLARAÇÃO FIRMADA POR STR E HOMOLOGADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENTREVISTA ADMINISTRATIVA E DEPOIMENTO PESSOAL. ATIVIDADE URBANA. PERÍODO DE ENTRESSAFRA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS.

(...)

7. A prestação de serviço como doméstica ou faxineira, em raras oportunidades, nos períodos de entressafra, ainda que durante o intervalo de carência, não descaracteriza, necessariamente, a qualidade de segurada especial da autora, desde que se constate que o trabalho agrícola era indispensável à sua sobrevivência com mínimo de dignidade.

(...)”

(TRF 4ª Região; AC 2000.04.01.047409-2; 5ª Turma; Rel. Juiz Federal Convocado Loraci Flores de Lima; j. 23.10.2007; D. E. 07.11.2007)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. ATIVIDADE URBANA.

(...)

2. Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício.

3. O vínculo de labor urbano do segurado, por pequenos períodos intercalados, não descaracteriza a sua condição de rurícola, em face das demais provas dos autos.

4. Agravo interno desprovido.”

(TRF 2ª Região; AC 2008.02.01016670-7; 2ª Turma Especializada; Rel. Desembargadora Federal Liliane Roriz; j. 27.05.2009; DJU 19.06.2009)

Em síntese, penso restar autorizada a abertura da via rescisória com base no art. 485, inciso VII (documento novo), do CPC.

DO JUÍZO RESCISORIUM

A parte autora completou 55 anos de idade em 09.02.2005, devendo, assim, comprovar doze anos de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.”

No caso em tela, verifica-se que a demandante acostou aos autos os documentos que podem ser reputados como início de prova material do alegado labor rural, quais sejam: certidão de casamento celebrado em 21.05.1966 (fl. 24), com averbação de desquite datada de 19.01.1978, na qual seu ex-marido fora qualificado como lavrador, bem como anotações em CTPS de vínculos empregatícios de natureza rural nos períodos de 15.10.1997 a 15.04.1998, de 15.10.1998 a 15.04.1999 e de 15.10.1999 a 15.04.2000 (fl. 09/10).

Insta esclarecer que os aludidos contratos de trabalho de natureza rural constantes da CTPS constituem prova plena do labor campesino no período a que se refere e início razoável de prova material quanto ao período que pretende comprovar.

Por outro lado, as testemunhas ouvidas às fl. 53/54 asseguraram conhecer a autora desde 1996, e que nesse período a demandante trabalhou na lavoura em imóveis de terceiros, tais como sítio do Laércio, localizado na Palmeirinha, sítio do Toninho e no Cargil. Asseveraram, ainda, que a ora demandante trabalhou na última safra, pois presenciaram esta pegando o ônibus para trabalhar. Por derradeiro, a testemunha Mariosan Pinto de Oliveira (fl. 55) consignou que conhece a demandante há aproximadamente 15 (quinze) anos, vale dizer, desde 1991, e que esta trabalhou na empresa Cargil e também na lavoura por dia.

Ressalto que a atividade rural resulta comprovada se a parte autora apresentar início razoável de prova material, corroborada por prova testemunhal idônea. A referida questão está pacificada no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme aresto assim ementado, que a seguir transcrevo:

“PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. RECURSO ESPECIAL.

1. A valoração dos depoimentos testemunhais sobre o período de atividade rural exercida pela recorrente é válida, se apoiada em início razoável de prova material, ainda que esta somente comprove tal exercício durante uma fração do tempo exigido em lei.
2. Considera-se a Certidão de Casamento, na qual expressamente assentada a profissão de ruralista do requerente, início razoável de prova documental, a ensejar a concessão do benefício previdenciário.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.” (STJ - 5ª Turma; REsp. 266852 - MS, 2000/0069761-3; Rel. Ministro Edson Vidigal; v.u., j. em 21.09.2000; DJ. 16.10.2000, pág. 347).

Importante salientar que os vínculos empregatícios de natureza urbana ostentados pela autora (de 03.03.1997 a 09.02.1998 e de 30.11.1998 a 19.02.1999), consoante extrato do CNIS à fl. 120, podem ser considerados ínfimos frente a toda vida dedicada à faina rural.

Dessa forma, havendo prova plena do período registrado em CTPS, bem como início de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rurícola no período legalmente exigido, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.213/91.

Em síntese, preenchidos os requisitos etário e de período de atividade rural, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação da presente rescisória (11.10.2010; fl. 111), pois foi somente a partir deste momento que o réu tomou ciência dos fatos constitutivos do direito da autora.

A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

Os juros moratórios incidem a partir da citação e devem ser calculados com base na Lei nº 11.960/09, com aplicação dos índices vinculados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

III - DO DISPOSITIVO DA RESCISÓRIA

Diante do exposto, *rejeito a matéria preliminar e, no mérito, julgo procedente o pedido deduzido na presente ação rescisória* para rescindir a r. decisão prolatada nos autos da AC. 2007.03.99.021957-8, com base no art. 485, inciso VII, do Código de Processo Civil e, no *juízo rescisorium*, *julgo procedente o pedido da autora na ação subjacente*, para condenar o INSS a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo, a contar da data da citação na ação rescisória (11.10.2010). As verbas acessórias serão calculadas na forma retro explicitada. Honorários advocatícios fixados em R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais).

Determino que independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora *BEATRIZ ELIAS NUNES*, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja o benefício de *APOSENTADORIA RURAL POR IDADE* implantado de imediato, com data de início - DIB em *11.10.2010*, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o “caput” do artigo 461 do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0001080-67.2011.4.03.9999
(2011.03.99.001080-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 71/73
Interessada: LUIZA FONTANINI RODRIGUES (= ou > de 60 anos)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1583762
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2012

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL - ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO - PERDA DA CONDIÇÃO DE RURÍCOLA. TUTELA ANTECIPADA CASSADA.

I. Os requisitos para concessão da aposentadoria por idade de trabalhador(a) rural estão fixados nos arts. 142 e 143 da Lei 8.213/1991, e, quando segurado(a) especial em regime de economia familiar, nos arts. 39, I, e 142 da mesma lei.

II. A autora completou 55 anos em 07.04.2001, portanto, fará jus ao benefício se comprovar sua condição de diarista/segurado especial pelo período de 120 meses, ou seja, 10 anos.

III. A perda da condição de segurado que não impede a concessão do benefício àquele que cumpriu a carência também se aplica aos trabalhadores rurais. Entretanto, essa norma, como todas as demais, não comporta leitura e interpretação isoladas. Deve ser analisada dentro do sistema que a alberga e, no caso, com vistas à proteção previdenciária dada aos trabalhadores rurais.

IV. A “mens legis” foi proteger aquele trabalhador rural que antes do novo regime previdenciário não tivera proteção previdenciária, ou seja, que fizera das lides rurais o seu meio de vida. É verdade que a lei tolera que a atividade rural tenha sido exercida de forma descontínua. Entretanto, não admite que tenha aquele trabalhador perdido a sua natureza rurícola. A análise só pode ser feita no caso concreto. É a história laboral do interessado que pode levar à conclusão de que permaneceu, ou não, essencialmente, trabalhador rural.

V. Se das provas surgir a comprovação de que o trabalho rural não foi determinante para a sobrevivência do interessado, não se tratará de trabalhador rural com direito à proteção previdenciária prevista no art. 143 da Lei 8.213/91.

VI. Agravo legal provido. Tutela antecipada cassada.

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 legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2012.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo INSS contra decisão monocrática (fls. 71/73) que deu parcial provimento à apelação, julgando procedente o pedido de aposentadoria por idade rural.

Alega que a autora exerceu atividade urbana de 1990 até 2001, ocasião em que completou 55 anos, bem como sustenta a inaplicabilidade da Lei 10.666/03. Requer a re-tratação na forma do art. 557, § 1º, do CPC, ou, em caso negativo, o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Transcrevo a decisão agravada:

“Trata-se de sentença que indeferiu pedido de aposentadoria por idade de trabalhador(a) rural.

Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Apelou a autora, sustentando ter comprovado os requisitos necessários ao deferimento do benefício, requerendo a reforma da sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Passo ao julgamento da causa aplicando o art. 557 do CPC, por se tratar de matéria pacificada na jurisprudência do STJ e dos demais Tribunais.

Os requisitos para concessão da aposentadoria por idade de trabalhador(a) rural estão fixados nos arts. 142 e 143 da Lei 8.213/91, e, quando segurado(a) especial em regime de economia familiar, nos arts. 39, I, e 142 da mesma lei.

A carência estatuída no art. 25, II, não tem aplicação integral imediata, devendo ser escalonada e progressiva, na forma estabelecida no art. 142, levando-se em conta o ano em que o(a) segurado(a) implementou as condições necessárias à obtenção do benefício. Trata-se de regra de transição destinada àqueles que já estavam no sistema antes da modificação legislativa.

A inicial sustentou que o(a) autor(a) era lavrador(a), tendo exercido sua atividade como diarista/segurado especial.

Entendo que não é juridicamente legítima a exigência posta no art. 143 da Lei 8.213/91, no que tange à comprovação do exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento, posto que a sua aplicação, de acordo com sua literalidade, causaria tratamento injusto a segurados que por algum motivo deixaram de trabalhar após o labor por períodos superiores aos exigidos no art. 142 da referida lei.

Comprovado o exercício da atividade rural, não há que se falar em perda da qualidade de segurado, uma vez o trabalhador rural deve apenas comprovar os requisitos idade e tempo de atividade.

O conceito de carência, para o diarista e para o segurado especial, tem sentido

peculiar, que se satisfaz com o exercício da atividade, dispensando o pagamento das contribuições previdenciárias.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

‘PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO, RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. RURÍCOLA. APOSENTADORIA. VALOR MÍNIMO. CARÊNCIA. INEXIGIBILIDADE .

...

2. Até 1995, quando do advento da Lei nº 9.032, além do fator idade (60 anos para os homens e 55 anos para as mulheres) a fruição do benefício da aposentadoria de valor mínimo pelo rurícola condiciona-se apenas ao trabalho rural por um tempo de cinco anos, ainda que em forma descontínua, não se reclamando período de carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais (Lei nº 8.213/91 - arts. 26, III, 39, I, 48, § 1º e 143, II, redação anterior à alteração introduzida pela Lei nº 9.063, de 14 de junho de 1995).

3. *In casu*, há início razoável de prova material a comprovar a condição de rurícola do beneficiário.

4. Recurso especial conhecido em parte (letra “a”), e, nesta extensão, provido.’ (RESP 189521 - Proc. 199800707751/SP - 6ª Turma - Rel. Fernando Gonçalves - DJ 24/05/1999 - p. 210).

O(a) diarista/segurado especial deve comprovar que efetivamente trabalhou nas lides rurais pelo período previsto no art. 142 da Lei 8.213/91, uma vez que aplicável, no caso, a norma de transição.

O(A) autor(a) completou 55 anos em 07.04.2001, portanto, fará jus ao benefício se comprovar sua condição de diarista/segurado especial pelo período de 120 meses. O art. 106 da Lei 8.213/91 enumera os documentos aptos à comprovação da atividade, rol que não é taxativo, admitindo-se outras provas, na forma do entendimento jurisprudencial dominante.

O(A) autor(a) juntou os documentos de fls. 09/32.

Documentos expedidos por órgãos públicos, nos quais consta a qualificação do marido como lavrador, podem ser utilizados pela esposa como início de prova material, como exige a Lei 8.213/91 (art. 55, § 3º), para comprovar a sua condição de rurícola, se confirmada por prova testemunhal.

É como vem sendo, reiteradamente, decidido pelo STJ:

‘RECURSO ESPECIAL. RURÍCOLA. APOSENTADORIA. PROVA. PROFISSÃO DE LAVRADOR NO REGISTRO DE CASAMENTO. EXTENSÃO À ESPOSA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA.

I - O entendimento pacificado pelo Tribunal é no sentido de que a qualificação profissional do marido, como rurícola, se estende à esposa, quando alicerçada em atos do registro civil, para efeitos de início de prova documental.

II - Nas causas previdenciárias, os juros moratórios devem incidir no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida e não desde quando devidas as prestações.

III - Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido.’

(RESP 284386 - Proc.: 200001092251/CE - 5ª Turma - Rel. Gilson Dipp - DJ 04/02/2002 - p. 470)

Os documentos apresentados configuram início de prova material do exercício de

atividade rural, na forma do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91.

Os depoimentos das testemunhas confirmaram o exercício da atividade rural.

Assim, considerando a certidão de casamento, celebrado em 01.05.1965, na qual o marido se declarou lavrador, e o fato de que a autora é beneficiária, desde 31.12.1988, de pensão por morte dele, qualificado como trabalhador rural, viável o reconhecimento do tempo de serviço rural de 01.01.1965 a 31.12.1988.

Ressalvo que o fato da autora ter vínculos urbanos a partir de 03.12.1990 até 24.08.2001 não descaracteriza sua condição de trabalhadora rural, pois trabalhou pelo período exigido em lei.

Comprovado o implemento da idade e o exercício do labor rural por período superior ao exigido em lei, não há óbice à concessão do benefício.

Restou comprovado que o(a) autor(a) trabalhou como rurícola por período superior ao exigido pelo art. 142 da Lei 8.213/91, tendo direito à aposentadoria por idade. Nesse sentido a jurisprudência:

‘(...) 1. “(...) 3. ‘1. “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 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.” (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). 2. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.’ (REsp 280.402/SP, da minha Relatoria, *in* DJ 10/9/2001). 4. Os documentos em nome do pai do recorrido, que exercia atividade rural em regime familiar, contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material.” (Resp 542.422/PR, da minha Relatoria, *in* DJ 9/12/2003) (...)’.

(STJ RESP 505429, Proc. 20030029906-6/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 17/12/2004, p. 602).

O abono anual decorre da Constituição Federal e da Lei 8.213/91, sendo devido independentemente de requerimento.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas nº 08, deste Tribunal, e 148, do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente. Quanto aos juros moratórios, esta Turma já firmou posicionamento de que devem ser fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, por força dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11.01.2003), quando tal percentual é elevado para 1% ao mês, nos termos dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos a partir de então e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos. Os honorários advocatícios são fixados em 10% do valor da condenação, entendida esta como as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as vincendas, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Isto posto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento da aposentadoria por idade de trabalhadora rural, desde a citação (27.05.2009), com correção monetária na forma das Súmulas nº 08, deste Tribunal, e 148, do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, e juros moratórios de 0,5% ao mês, contados da citação, por força dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11.01.2003), quando tal percentual é elevado para 1% ao mês, nos termos dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos a partir de então e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos. Os honorários advocatícios são fixados em 10% das parcelas vencidas até a sentença.

Antecipo a tutela jurisdicional para que o INSS proceda à imediata implantação do benefício. Oficie-se à autoridade administrativa para cumprir a ordem judicial no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada em caso de descumprimento.

Caso o segurado, nessa condição, tenha recebido ou esteja recebendo benefício inacumulável com o ora concedido, as parcelas recebidas deverão ser compensadas a partir da DIB fixada nestes autos, nos termos do art. 462 do CPC. Deve, ainda, ser observado o direito da parte autora à opção pelo benefício que considerar mais vantajoso, cujo valor será apurado em execução de sentença.

Segurado: LUIZA FONTANINI RODRIGUES

CPF: 150.486.978-80

DIB: 27.05.2009

RMI: a ser calculada pelo INSS

Intimem-se.”

Há início de prova material em nome da autora, conforme já esclarecido na decisão recorrida.

Entendo que a perda da condição de segurado que não impede a concessão do benefício àquele que cumpriu a carência também se aplica aos trabalhadores rurais.

Entretanto, essa norma, como todas as demais, não comporta leitura e interpretação isoladas. Deve ser analisada dentro do sistema que a alberga e, no caso, com vistas à proteção previdenciária dada aos trabalhadores rurais.

Daí que cabe investigar o real significado da exigência contida no art. 143 da Lei 8.213/91, o quê realmente deve ser exigido do trabalhador rural para que tenha direito à sua aposentadoria por idade. Deve estar trabalhando no dia imediatamente anterior ao requerimento? Um ano antes? Dois anos antes? Qual o período de interrupção do trabalho rural que pode ser considerado imediatamente anterior ao requerimento do benefício?

Penso que a resposta está no próprio art. 143, cuja infeliz redação, ensejadora de tantas discussões, tem em vista a proteção do trabalhador rural.

No regime anterior à Constituição de 1.988, os trabalhadores rurais estavam expressamente excluídos do Regime Geral de Previdência Social, e tinham algum amparo apenas dentro dos limites do Prorural.

A Constituição de 1.988 estabelece que, para fins de seguridade social, trabalhadores urbanos e rurais devem ter tratamento uniforme e equivalente, o que impõe que os trabalhadores rurais tenham a mesma proteção previdenciária dada aos urbanos.

O novo Regime Geral de Previdência Social, conforme previsto na Constituição, foi implementado com as Leis 8.212 e 8.213/91.

Instituído o novo RGPS, era necessário dar proteção àqueles trabalhadores rurais que, antes da nova legislação, estavam expressamente excluídos da cobertura previdenciária, e essa proteção veio, justamente, na forma prevista no art. 143 da Lei 8.213/91: aposentadoria por idade, desde que comprovado o efetivo exercício da atividade rural pelo período correspondente à carência prevista no art. 143, e no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício.

A “mens legis” foi, sem dúvida, proteger aquele trabalhador rural que antes do novo regime previdenciário não tivera proteção previdenciária, ou seja, que fizera das lides rurais o seu meio de vida. É verdade que a lei tolera que a atividade rural tenha sido exercida de forma descontínua. Entretanto, não admite que tenha aquele trabalhador perdido a sua natureza rurícola.

A análise só pode ser feita no caso concreto. É a história laboral do interessado que pode levar à conclusão de que permaneceu, ou não, essencialmente, trabalhador rural.

Se das provas surgir a comprovação de que o trabalho rural não foi determinante para a sobrevivência do interessado, não se tratará de trabalhador rural com direito à proteção previdenciária prevista no art. 143 da Lei 8.213/91.

No caso dos autos, a autora completou a idade mínima em 2001, mas desde 1990 até aquele ano tem vínculo de trabalho urbano. Por certo, não foi a lide rural que lhe permitiu sobreviver até os dias de hoje. Não tem, por isso, direito ao benefício.

Isto posto, dou provimento ao agravo legal para negar provimento à apelação, cassando expressamente a tutela antecipada deferida. Sem condenação em honorários advocatícios e custas processuais, por ser o(a) autor(a) beneficiário(a) da justiça gratuita.

Oficie-se ao INSS para o imediato cumprimento desta decisão.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL
0904624-22.1998.4.03.6110
(2001.03.99.016206-2)

Embargante: JOSÉ ANTONIO CALDINI CRESPO
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.172/174
Apelante: JOSÉ ANTONIO CALDINI CRESPO
Apelada: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA
Litisconsorte Passivo: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES
Classe do Processo: AC 683013
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2012

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. FERIADO LOCAL. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PROVA NOS AUTOS. ART. 337 CPC. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DETERMINAÇÃO DA PROVA. APELAÇÃO CONHECIDA. MANDATO ELETIVO. SUSPENSÃO CONTRATO DE TRABALHO. SEM SALÁRIO. SEM BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PELA RFFSA INCABÍVEL.

1. Os embargos de declaração têm cabimento nas hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil (obscuridade, contradição ou omissão) e, por construção pretoriana, no caso de erro material na decisão judicial impugnada.

2. Embargos acolhidos para amoldar o julgado aos precedentes do STJ submetidos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia (CPC, arts. 543-C, introduzido pela Lei 11.672/08). Conquanto os embargos de declaração não sejam a via formalmente adequada para a reapreciação destas matérias, os princípios informadores do moderno processo civil, dentre eles o da celeridade na prestação jurisdicional, ao qual se conferiu *status* equivalente ao de garantia fundamental de primeira geração a partir da EC 45/04, convergem para uma nova roupagem no que tange à interpretação do processo civil, privilegiando-se a força normativa da Constituição. Sob o enfoque da economia processual e da efetividade do processo, fim último buscado pela terceira onda processual (a culminar com a introdução, no art. 5º da CF, do inciso LXXVIII), o STJ já teve oportunidade de afastar a interpretação formal e estanque do art. 535 para enquadrá-lo em uma ordem jurídico-processual dotada de mecanismos voltados à celeridade da prestação jurisdicional.

3. Quanto ao conhecimento da apelação, não há falar em intempestividade do recurso cuja peça foi protocolizada em 16.08.2000, primeiro dia útil seguinte ao vencimento ocorrido em 15.08.2000, feriado municipal. Nos termos do § 1º do artigo 184, do CPC, considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado. A disciplina do artigo 337 do CPC estabelece que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz. O C. STJ já apreciou a questão entendendo que a expressão, “se assim o determinar o juiz”, constante do artigo 337 do CPC, é válida para as instâncias ordinárias, assim, de primeiro e de segundo grau.

4. Demonstrada a tempestividade do recurso, há de ser reconhecido o equívoco no acórdão embargado que decidiu por não conhecer da apelação e, à vista dos precedentes, há que se acolher os embargos de declaração, dotando-os, excepcionalmente de efeitos modificativos, para que, reconhecida tempestividade, seja conhecido o recurso de apelação.
5. Acolhidos os Embargos de Declaração, em razão de economia processual, passa-se, de imediato, ao julgamento do recurso de apelação, adotando, para tanto, o relatório elaborado às fls. 172 frente e verso.
6. A questão a decidir, cinge em saber se devido ou não o recolhimento das contribuições previdenciárias pela RFFSA, referentes ao período em que servidor de seu quadro manteve-se afastado das atividades em razão de ter sido eleito para ocupar cargo de deputado estadual.
7. Quanto à situação do titular de mandato eletivo municipal, estadual ou federal frente à Previdência Social, tem-se que a Lei nº 3.807/60, antiga Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, tanto em sua redação original quanto nas posteriores alterações, bem como, a redação original da Lei 8.213/91(LBPS), não o previa como segurado obrigatório. Apenas com a edição da Lei nº 9.506/97, que acrescentou a alínea *h* ao inciso I do art. 11 da Lei nº 8.213/91, o titular de mandato eletivo passou a ser considerado segurado obrigatório. Importa, ainda, salientar que, dispositivo idêntico contido na Lei nº 8.212/91 foi julgado incidentalmente inconstitucional pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 351.717/PR, Tribunal Pleno, DJ 21/11/2003, Rel. Min. Carlos Velloso, de forma que esse entendimento foi estendido para a Lei de Benefícios. Por fim, adveio a Lei nº 10.887/04, adequada à Emenda Constitucional nº 20/98, que voltou a inserir uma alínea no inciso I do art. 11 da atual Lei de Benefícios - alínea *j* -, determinando que os detentores de mandato eletivo de todas as esferas sejam considerados segurados obrigatórios.
8. O período de exercício de mandato eletivo configura hipótese de suspensão do contrato de trabalho, e em se tratando de empregado público, tem incidência o art. 472 da CLT. Suspenso o contrato de trabalho, não havia pagamento de salário (base de cálculo da contribuição previdenciária), de modo que, não subsistia a obrigação do empregador de recolher a contribuição, pois nem mesmo base de cálculo havia (art. 28 da Lei 8.212). Impossível exigir que a reclamada efetue recolhimento previdenciário de período em que o trabalhador encontrava-se com o contrato de trabalho suspenso, nos termos do artigo 472 da CLT. Não assiste razão ao reclamante, ora apelante, em sua pretensão de ver recolhidas pela reclamada as contribuições previdenciárias referentes ao período em que ficou afastado, exercendo mandato eletivo como deputado estadual.
9. Excessiva se mostra a fixação dos honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Necessária se faz a redução. Condenação em honorários reduzida para R\$ 500,00 (quinhentos reais), de conformidade com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC.
10. Embargos de Declaração acolhidos para reconhecer a tempestividade da interposição. Apelação parcialmente provida apenas para reduzir a condenação em honorários, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

TURMA E do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração para reconhecer a tempestividade da interposição e dar parcial provimento ao recurso de apelação, apenas para reduzir a condenação em honorários, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2012.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): Trata-se de Embargos de Declaração opostos por José Antonio Caldini Crespo contra acórdão desta Turma que, por unanimidade, decidiu não conhecer do recurso de apelação interposto contra sentença que, em sede de reclamação trabalhista, julgou improcedente pedido de condenação da ré - Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA - ao recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período compreendido entre 15.03.1995 até a expiração de seu mandato eletivo.

Alega o embargante a existência de erro no acórdão embargado. Sustenta a tempestividade do recurso de apelação, aduzindo que por força da lei municipal nº 1.453/1967 o dia 15 de agosto é feriado municipal em Sorocaba, data dedicada à Nossa Senhora da Ponte, Padroeira da Cidade. Aduz, ainda, que as Portarias Administrativas do próprio TRF3 (91/2010-DF e 01/2010-DF) reconhecem o referido feriado municipal. Sustenta que, nos termos do § 1º do artigo 184 do CPC, vencido o prazo em dia de feriado, prorrogase para o dia útil subsequente.

Requer sejam julgados procedentes os embargos, de modo a corrigir o erro mencionado, determinando o regular julgamento do recurso de apelação.

A União oferta contrarrazões aos embargos de declaração opostos, alegando a inexistência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material a ser sanado, pelo que sustenta devam ser rejeitados os embargos de declaração face à ausência dos requisitos exigidos pelo artigo 535 do CPC.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): Os embargos de declaração têm cabimento nas hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil (obscuridade, contradição ou omissão) e, por construção pretoriana, no caso de erro material na decisão judicial impugnada.

No caso dos autos, os embargos merecem acolhida.

É que se mostra necessário amoldar o julgado aos precedentes do STJ submetidos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia (CPC, arts. 543-C, introduzido pela Lei 11.672/08)

Conquanto os embargos de declaração não sejam a via formalmente adequada para a reapreciação destas matérias, os princípios informadores do moderno processo civil, dentre eles o da celeridade na prestação jurisdicional, ao qual se conferiu *status* equivalente ao de garantia fundamental de primeira geração a partir da EC 45/04, convergem

para uma nova roupagem no que tange à interpretação do processo civil, privilegiando-se a força normativa da Constituição tal como cunhada Konrad Hesse.

Somando-se a esses dados, merece destaque a Constituição da forma como projetada por Kelsen (norma hipotética fundamental), conferindo-lhe fundamento de validade para os demais atos normativos.

Nessa perspectiva eminentemente constitucional, impõe-se uma visão voltada à entrega da prestação jurisdicional revestida de efetividade, sem se descuidar, por óbvio, dos demais princípios relativos ao processo, notadamente o contraditório e ampla defesa.

Partindo desse norte interpretativo, ou seja, dos princípios maiores do sistema em direção aos específicos, alcançando a norma com vistas a atender tais axiomas, necessário, excepcionalmente, ampliar a matéria cognoscível em sede de embargos de declaração, sobretudo em relação às questões pacificadas através dos recursos representativos da controvérsia e submetidos à repercussão geral, a afim de que, desnecessariamente, os autos não retornem a esta E. Turma para reapreciar matéria cuja discepção já se encontra dirimida nos Tribunais de Superposição (CPC, arts. 543-B, § 3º e 543-C, § 7º, II) aos quais é dada a precípua função de interpretar o direito e trilhar o caminho percorrido pela prestação jurisdicional nas vias ordinárias.

Sob o enfoque da economia processual e da efetividade do processo, fim último buscado pela terceira onda processual (a culminar com a introdução, no art. 5º da CF, do inciso LXXVIII), o STJ já teve oportunidade de afastar a interpretação formal e estanque do art. 535 para enquadrá-lo em uma ordem jurídico-processual dotada de mecanismos voltados à celeridade da prestação jurisdicional, consoante julgado a seguir transcrito:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO FUNDAMENTADO NA MODIFICAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO RELATOR QUANTO À MATÉRIA QUE FORA JULGADA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC, JÁ QUE EFEITOS INFRINGENTES SOMENTE PODEM SER CONFERIDOS A UM JULGADO COMO CONSEQÜÊNCIA DA CONSTATAÇÃO DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NOS EMBARGOS. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

- Ao exarar o acórdão, o Tribunal esgota sua função jurisdicional, podendo modificá-lo apenas para corrigir erro material ou para sanar omissão, contradição ou obscuridade, mediante a interposição de embargos de declaração.

- A modificação de posicionamento do relator quanto ao mérito do julgamento não é, em princípio, passível de correção pela via dos embargos de declaração, ainda que a eles se conceda efeito infringente. Se tal modificação, porém, presta-se a conformar o julgado à pacífica jurisprudência do STJ quanto à matéria, não se justifica sua anulação por ofensa ao art. 535 do CPC.

- Seria excessivo rigor processual restabelecer um acórdão incorreto, meramente para privilegiar a aplicação pura do art. 535 do CPC. Tal medida obrigaria a parte, que atualmente sagrou-se vitoriosa no processo, a interpor um novo recurso especial, movimentando toda a máquina judiciária, para atingir exatamente o mesmo resultado prático que já obteve. Isso implicaria um desperdício de tempo e de recursos públicos incompatível com a atual tendência em prol de um processo efetivo.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp 970190/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 15/08/2008)

Necessário, para tanto, aplicar a jurisprudência do E. STJ, evitando-se, com isso, a reapreciação da matéria no âmbito desta E. Corte acarretando dispêndio de tempo e recursos em direção ao mesmo resultado obtido nesta via processual, embora de maneira excepcional.

Quanto ao conhecimento da apelação, não há falar em intempestividade do recurso cuja peça foi protocolizada em 16.08.2000, primeiro dia útil seguinte ao vencimento ocorrido em 15.08.2000, feriado municipal.

Nos termos do § 1º do artigo 184, do CPC, considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado.

Realizada a admissibilidade do recurso pelo juízo *a quo*, foi recebida a apelação, em ambos os efeitos, entendendo pela sua tempestividade.

A disciplina do artigo 337 do CPC estabelece que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

O MM. juiz de primeiro grau, quando do juízo de admissibilidade do recurso, não determinou a prova da legislação municipal que instituiu feriado local em 15 de agosto, certamente por não ter tido qualquer dúvida acerca da tempestividade da interposição.

O C. STJ já apreciou a questão entendendo que a expressão, “se assim o determinar o juiz”, constante do artigo 337 do CPC, é válida para as instâncias ordinárias, assim, de primeiro e de segundo grau.

Neste sentido, julgado cuja ementa foi assim redigida:

“PROCESSUAL CIVIL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento.

II - O acórdão embargado enfrentou o tema posto em debate, concluindo que, em respeito aos princípios da consumação, da eventualidade e da segurança jurídica, os recursos devem estar completos, perfeitos e acabados no momento de sua interposição, razão pela qual não se permite a juntada posterior de documento que comprove a ocorrência de feriado local, com vistas a afastar a pecha da intempestividade.

III - Não se presume ser de conhecimento do STJ feriado local previsto em norma estadual ou municipal, designado para comemorar o ‘Dia do Funcionário Público’.

IV - A expressão ‘se assim o determinar o juiz’, constante do artigo 337 do CPC, invocado pelos embargantes, é válida para a instância ordinária, não para a extraordinária, em que não há momento para dilação probatória, devendo as provas

ser pré-constituídas à ascensão dos autos às instâncias superiores.

V - Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl nos REsp 727.721/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 02/10/2006, p. 229)

Desta forma, demonstrada a tempestividade do recurso, há de ser reconhecido o equívoco no acórdão embargado que decidiu por não conhecer da apelação e, à vista dos precedentes, há que se acolher os embargos de declaração, dotando-os, excepcionalmente de efeitos modificativos, para que, reconhecida tempestividade, seja conhecido o recurso de apelação.

Assim, *acolho os embargos de declaração* e, em razão de economia processual, passo, de imediato, ao *conhecimento do recurso de apelação*, adotando, para tanto, o relatório elaborado às fls. 172 frente e verso.

A questão a decidir, cinge em saber se devido ou não o recolhimento das contribuições previdenciárias pela RFFSA, referentes ao período em que servidor de seu quadro manteve-se afastado das atividades em razão de ter sido eleito para ocupar cargo de deputado estadual.

Quanto à situação do titular de mandato eletivo municipal, estadual ou federal frente à Previdência Social, tem-se que a Lei nº 3.807/60, antiga Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, tanto em sua redação original quanto nas posteriores alterações, bem como, a redação original da Lei 8.213/91 (LBPS), não o previa como segurado obrigatório.

Apenas com a edição da Lei nº 9.506/97, que acrescentou a alínea *h* ao inciso I do art. 11 da Lei nº 8.213/91, o titular de mandato eletivo passou a ser considerado segurado obrigatório.

Importa, ainda, salientar que, dispositivo idêntico contido na Lei nº 8.212/91 foi julgado incidentalmente inconstitucional pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 351.717/PR, Tribunal Pleno, DJ 21/11/2003, Rel. Min. Carlos Velloso, de forma que esse entendimento foi estendido para a Lei de Benefícios.

Por fim, adveio a Lei nº 10.887/04, adequada à Emenda Constitucional nº 20/98, que voltou a inserir uma alínea no inciso I do art. 11 da atual Lei de Benefícios - alínea *j* -, determinando que os detentores de mandato eletivo de todas as esferas sejam considerados segurados obrigatórios.

Esse é o quadro geral da situação do ocupante de mandato eletivo frente à Previdência.

Por outro lado, o período de exercício de mandato eletivo configura hipótese de suspensão do contrato de trabalho, e em se tratando de empregado público, tem incidência o art. 472 da CLT.

Suspenso o contrato de trabalho, não havia pagamento de salário (base de cálculo da contribuição previdenciária), de modo que, não subsistia a obrigação do empregador de recolher a contribuição, pois nem mesmo base de cálculo havia (art. 28 da Lei 8.212).

Impossível exigir que a reclamada efetue recolhimento previdenciário de período em que o trabalhador encontrava-se com o contrato de trabalho suspenso, nos termos do artigo 472 da CLT.

Desta forma, não assiste razão ao reclamante, ora apelante, em sua pretensão de ver recolhidas pela reclamada as contribuições previdenciárias referentes ao período em que ficou afastado, exercendo mandato eletivo como deputado estadual.

Neste sentido, precedente do Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RECOLHIMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SUSPENSÃO DO CONTRATO. MANDATO ELETIVO. Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no § 6º do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido.”

(AIRR - 542-14.2010.5.12.0000 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 17/08/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 26/08/2011)

Embora a sentença tenha delineado a questão referente ao cômputo do tempo de serviço do parlamentar, dizendo que antes do advento da Lei 9.506/97 o mesmo se dava independentemente de contribuição. Importa esclarecer que esse não é objeto da demanda vez que a pretensão adjudicada não diz respeito à obrigatoriedade ou não de o órgão da entidade pública - Assembléia Legislativa - recolher ou não as contribuições previdenciárias relativamente ao período de exercício de mandato eletivo. O objeto da demanda refere-se à pretensão de que a RFFSA recolha a contribuição previdenciária do empregado público no período em que esteve afastado de suas atividades, com contrato de emprego suspenso, exercendo mandato eletivo, o que, conforme demonstrado é de todo incabível.

Excessiva se mostra a fixação dos honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Assim, necessária se faz a redução.

Desta forma, reduzo a condenação em honorários advocatícios, fixando-os em R\$ 500,00 (quinhentos reais), de conformidade com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

Ante o exposto, por meu voto, *acolho os embargos de declaração* para reconhecer e tempestividade da interposição *e dou parcial provimento ao recurso de apelação*, apenas para reduzir a condenação em honorários, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0009677-98.2001.4.03.0000
(2001.03.00.009677-7)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: PAULO ALVES
Sucedida: MARIA FERREIRA ALVES (falecida)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO MANUEL - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIA
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AR 1508
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/02/2012

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. QUESTÃO DE ORDEM. NULIDADE DE CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO VÁLIDA E DE RAZÕES FINAIS. PRELIMINARES ARGUIDAS EM CONTESTAÇÃO. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DECADÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. PROVA FALSA. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NÃO PREENCHIDOS.

1. Não se conhece do agravo retido interposto em face decisão interlocutória proferida pelo Relator em sede de ação rescisória, uma vez que o recurso cabível é o agravo regimental. Inaplicável o princípio da fungibilidade, diante da inobservância do prazo recursal.
2. Resta válida a citação, se não comprovada de maneira efetiva a incapacidade da parte ré à época da realização do ato citatório.
3. Irregularidade decorrente da ausência de instrumento de mandato sanada pela outorga de procuração ao mesmo causídico pelo sucessor processual da parte ré, devidamente habilitado.
4. As alegações finais são facultativas, não constituindo fase processual, de forma que sua ausência não configura nulidade.
5. Não há falar em inépcia da petição inicial se esta contém a suficiente exposição dos fatos para o regular compreensão da demanda, bem como preenche todos os requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil.
6. O prequestionamento não constitui requisito para a propositura da ação rescisória, por ausência de previsão legal. Precedente desta Corte.
7. Ajuizada a ação rescisória no biênio legal (art. 495 do CPC), não é de se reconhecer a decadência ou a prescrição se a demora na citação do réu se deu por motivos alheios à vontade do autor, inerentes ao mecanismo da Justiça. Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.
8. Comprovado pela prova dos autos que as anotações lançadas na CTPS da parte ré eram falsas e que tais anotações constituíram prova de substancial importância para a prolação do *decisum* rescindendo, a rescisão do julgado é de rigor, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, sendo desnecessária a conclusão da ação penal instaurada com a finalidade de apuração do falso para que se opere a rescisão do julgado.

9. Excluída a prova falsa, é indevida a concessão do benefício de aposentadoria por idade à parte ré, uma vez que não comprovado o exercício do labor rural pelo período equivalente à carência mínima, nos termos do artigo 143 da Lei nº 8.213/91.
6. Questão de ordem e matérias preliminares rejeitadas. Ação rescisória julgada procedente para desconstituir o acórdão rescindendo, e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade.
7. Sem condenação da parte ré em verbas de sucumbência, por ser 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 maioria, rejeitar a questão preliminar de nulidade em razão de falta de procuração válida para contestar e ausência de razões finais da parte ré e, por unanimidade, rejeitar a questão preliminar de nulidade da citação em razão da incapacidade da parte ré e as preliminares argüidas em contestação, bem como julgar procedente o pedido formulado na ação rescisória para, desconstituindo o julgado, julgar improcedente o pedido formulado na ação subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de dezembro de 2011.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de Maria Ferreira Alves, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil (falsidade da prova), visando à desconstituição de acórdão proferido pela 5ª Turma desta Corte que negou provimento ao recurso da autarquia e deu parcial provimento ao reexame necessário, apenas para alterar o termo inicial do benefício, mantendo a procedência do pedido de concessão de aposentadoria por idade.

Sustenta o INSS que o acórdão que se pretende rescindir baseou-se em anotação contida na CTPS da ré, a qual posteriormente se apurou ser falsa. A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 15/73.

Regularmente citada (fl. 98, verso), a então ré apresentou contestação, alegando, preliminarmente, inépcia da petição inicial, por não exprimir com clareza o suporte fático e jurídico do pedido formulado, ausência de prequestionamento da matéria no feito subjacente e “carência da ação” por ter se operado a decadência, uma vez que a citação da parte ré ocorreu após o biênio legal. No mérito, pugna pela total improcedência do pedido rescisório (fls. 78/89). Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Instadas as partes a especificarem provas (fl. 93), a autarquia requereu o depoimento pessoal da ré, exibição da CTPS original que instruiu o feito subjacente, bem como a expedição de ofício à Polícia Federal (fl. 101).

O INSS apresentou, ainda, petição reiterando o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a qual veio acompanhada de cópias referentes ao inquérito policial instaurado

para apuração da responsabilidade criminal pela prática da fraude em questão (fls. 106/112).

Saneamento do feito à fl. 114, deferindo a realização das diligências requeridas, bem como concedendo a antecipação dos efeitos da tutela. Tal decisão restou impugnada pelo agravo retido de fls. 125/128.

Expedida Carta de Ordem para depoimento pessoal da então ré, esta foi devolvida sem cumprimento (fl. 170), por não ter a ré comparecido à audiência designada por motivos de saúde (fls. 157/158), bem como por ter sido postulada a dispensa de referida prova, diante da imputação de fatos criminosos (fls. 162/163 e 166/167).

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 174/177), opinou pela rejeição da matéria preliminar e procedência da presente rescisória.

Petição requerendo a anulação da citação da então ré, argüindo ser ela pessoa incapaz para os atos da vida civil e necessidade de promoção de sua interdição (fls. 182/183).

Às fls. 186/187, foi noticiado o óbito de Maria Ferreira Alves (fl. 191), sendo requerida a habilitação de seu marido como herdeiro.

Regularizada a representação processual (fl. 213), foi deferida a habilitação do herdeiro para figurar no pólo passivo da presente demanda (fl. 224).

Nova vista ao Ministério Público Federal, que reiterou o parecer já lançado nos autos (fl. 226 vº).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO PRELIMINAR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Observo que, em razão da personalidade jurídica de direito público da autarquia, com os mesmos privilégios e prerrogativas do ente estatal que o instituiu, o INSS encontra-se desobrigado ao depósito de que trata o inciso II do artigo 488 do Código de Processo Civil, a teor do parágrafo único do mesmo dispositivo legal. Sobre a questão, aplica-se o enunciado da Súmula 175 do Superior Tribunal de Justiça: “Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS”.

Ademais, defiro à parte ré o benefício da assistência judiciária gratuita requerido às fls. 186/187.

O agravo retido interposto às fls. 125/128 não deve ser conhecido, uma vez que, contra decisão interlocutória proferida pelo relator, em sede de ação rescisória, o recurso cabível é o agravo regimental. Nesse sentido, já decidiu esta Terceira Seção, no julgamento da Ação Rescisória nº 2383, de relatoria da Desembargadora Federal Eva Regina, julgado em 23/11/2005, DJU 09/01/2006.

Outrossim, no caso em questão não há como se aplicar o princípio da fungibilidade, uma vez que o agravo retido foi interposto intempestivamente, pois protocolizado onze dias após a data da publicação da decisão impugnada (fl. 116), desrespeitando o prazo regimental de 5 (cinco) dias.

Não merece prosperar a alegação de nulidade da citação nesta demanda, uma vez que não restou comprovada a incapacidade da então ré Maria Ferreira Alves quando da

realização do ato citatório. Salienta-se que o documento de fl. 184, no qual se funda a alegação, não foi assinado por profissional da área médica, retratando tão somente as impressões de servidora do cartório local quando da realização de diligência. Ademais, não há notícia de que tenha sido, efetivamente, promovida a interdição da parte, de maneira que não há elementos nos presentes autos suficientes a demonstrar a nulidade do mencionado ato processual.

Some-se a isso o fato de que a citação, ocorrida em 20 de abril de 2001, foi regularmente efetuada por oficial de justiça, que tem fé pública e certificou que leu o mandado para a então ré Maria Ferreira, “ficando bem ciente e aceitando a contrafé” (fl. 98, verso). Maria Ferreira, ainda, foi ouvida junto ao Departamento da Polícia Federal de Bauru no dia 26 de junho de 2001, tendo prestado suas declarações de maneira totalmente coerente, sem qualquer registro por parte da autoridade policial acerca de sua incapacidade civil. Note-se que tal depoimento ocorreu cerca de três meses após o registro da afirmação da cartorária (fl. 184), o que a torna, no mínimo, temerária.

Por outro lado, em que pese a contestação apresentada às fls. 78/89 ter vindo aos autos desacompanhada de instrumento de mandato, penso que tal irregularidade processual restou sanada à medida que, após o óbito de Maria Ferreira, então ré, seu sucessor habilitou-se e outorgou procuração ao mesmo causídico subscritor da peça em questão. Assim, considerando que o sucessor recebe o processo no estado em que se encontra, estariam ratificados todos os atos até então praticados, sendo irrelevante que posteriormente tal advogado tenha renunciado aos poderes a ele outorgados e um novo patrono esteja atuando no feito.

Por fim, tampouco constitui óbice ao julgamento da presente demanda rescisória a ausência de alegações finais das partes. O INSS, em 2001, quando especificou as provas que pretendia produzir, pugnou por posterior oferecimento de razões finais, como é de praxe. Atendidos os pleitos e produzidas as provas, a autarquia teve, por duas vezes, oportunidade para se manifestar após a juntada de tais elementos aos autos, ocasiões em que não reiterou o pedido de alegações finais. Assim, sendo tais alegações facultativas, que não constituem uma fase processual, não resta configurada qualquer nulidade pela sua ausência.

Ante o exposto, não conheço do agravo retido de fls. 125/128 e rejeito as questões preliminares de nulidade de citação, de ausência de procuração para apresentação de contestação e da ausência de razões finais, para que se prossiga no julgamento da presente demanda rescisória quanto ao mérito.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Prosseguindo no julgamento do feito, passo à análise da alegação de inépcia da inicial, concluindo que esta contém a suficiente exposição dos fatos para a regular compreensão da demanda, bem como preenche todos os requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, não se podendo falar em sua inépcia.

Da mesma forma, com relação à alegada necessidade de prequestionamento como requisito para a propositura da ação rescisória, a interpretação reiterada deste Tribunal é

de que “o prequestionamento não é pressuposto para o manejo de ação rescisória, ante a inexistência de previsão legal nesse sentido, providência prevista apenas para a interposição de recursos especial e extraordinário” (AR 1493, TRF/3ª Região, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v. u., DJU 22/10/2003, p. 226).

Outrossim, tampouco merece prosperar a arguição de carência de ação por ter se operado a decadência, uma vez que obedecido o prazo de dois anos estabelecido pelo artigo 495 do Código de Processo Civil, considerando que a presente ação foi ajuizada em 02/04/2001 e o acórdão rescindendo transitou em julgado em 06/04/1999 (fl. 50). É cediço que, proposta a ação no biênio legal, não é de se reconhecer a decadência ou a prescrição se a demora na citação do réu se deu por motivos alheios à vontade do autor, inerentes ao mecanismo da Justiça, nos termos da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

Superadas tais questões prévias, passo ao exame e julgamento do mérito da demanda.

A presente ação rescisória tem por base a falsidade da prova em que se funda a decisão rescindenda, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Em que pese haja notícia nos autos de inquérito policial para a apuração da falsidade alegada, é de se ressaltar não ser necessária a conclusão deste para que se opere a rescisão do julgado. Neste sentido, oportuna é a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

“Por outro lado, não se precisa aguardar que seja proferida sentença penal, nem sequer que seja instaurado processo-crime, para pedir a rescisão: a prova da falsidade é possível no próprio processo da rescisória.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª Edição, Volume V, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 135).

No caso dos autos, realizadas diligências por Auditores Fiscais da Previdência Social (fls. 64 e 69/70) para a apuração dos vínculos empregatícios constantes da CTPS nº 68.470 - série 168 - SP, pertencente à autora da ação subjacente, foi constatado que, no tocante ao período de 22/12/1963 a 02/12/1972, supostamente laborado no “Sítio Santo Antônio dos Machados”, realizada entrevista com o proprietário do imóvel, este afirmou nunca ter tido empregados naquela propriedade, bem como não reconheceu como sua a assinatura aposta no referido contrato de trabalho. No tocante ao período de 04/08/1956 a 20/12/1963, que se afirma haver laborado na “Fazenda Salto”, apurou-se que a propriedade em questão se tratava de uma única gleba, que sofrera vários desmembramentos ao longo do tempo, sendo impossível detectar em qual propriedade originou-se a prestação dos serviços em questão. Note-se, ainda, que ambos os contratos foram lançados com data retroativa, uma vez que a carteira de trabalho em questão fora expedida em 07/04/1997 (fl. 65).

Não bastasse, ouvida a sra. Maria Ferreira Alves em declarações junto à Polícia Federal de Bauru (fls. 121/122), esta afirmou que “nunca trabalhou com carteira assinada, haja vista que sempre lidou com os afazeres domésticos; QUE, em 1997, acreditando que tivesse direito ao benefício da aposentadoria, foi levada por seu marido ao escritório do advogado ‘Chico Moura’, devido ao comentário na cidade, de que o mesmo estava providenciando aposentadorias; (...) QUE, nunca trabalhou na FAZENDA SALTO, nem no SÍTIO SANTO ANTONIO DOS MACHADOS, cuja existência desconhece; QUE, quando a carteira de trabalho foi entregue ao advogado ‘Chico Moura’, não havia qualquer registro”.

A evidenciar a falsidade das anotações na CTPS da segurada falecida há o fato de que referido documento foi apreendido com vários outros do mesmo tipo no escritório do advogado Francisco Alberto de Moura Silva, mantido em sociedade com Ezio Rahal Mellilo, cuja apreensão se deu em virtude de diligência policial para apuração de fraudes na obtenção de benefícios previdenciários (fls. 53/59).

Desta forma, é certo que no caso vertente o conjunto probatório carreado aos autos autoriza concluir acerca da inexistência dos contratos de trabalho lançados na CTPS de Maria Ferreira Alves que instruíram a ação de conhecimento subjacente.

As anotações de trabalho que se reconhecem como falsas constituíram prova de substancial importância para a prolação do *decisum* rescindendo, conforme se extrai do seguinte trecho do voto proferido pela Relatora:

“Por outro lado, provou que cumpriu a carência exigida pela lei (artigo 142 da Lei nº 8213/91), através do documento de fls. 07/12/, não tendo o Instituto-réu conseguido infirmar a validade das provas que constam dos autos. Ademais, ficou provado nos autos, pela prova material, o implemento de todas as condições necessárias à obtenção do benefício na época do término do seu último contrato laboral” (fl. 44).

Desta forma, rescinde-se o julgado questionado, considerando que este se fundou em prova falsa, restando caracterizada a hipótese legal do inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Realizado o juízo rescindente, passo ao juízo rescisório.

Excluída a prova falsa (anotação em CTPS de contrato de trabalho rural), remanesce nos autos da ação subjacente, como documento que constituiria início de prova material de labor rural (artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e Súmula 149 do STJ), apenas cópia da certidão de casamento da então autora (fl. 21), na qual seu marido foi qualificado profissionalmente como lavrador.

Contudo, tal início de prova documental deveria ser complementado por prova testemunhal, a qual sequer foi requerida no caso em tela (fl. 165).

Assim, não restou comprovado que a requerente do benefício tenha exercido trabalho rural, pelo período equivalente à carência, de forma que ela não faz jus ao benefício de aposentadoria rural por idade, sendo improcedente o pedido formulado na ação subjacente.

Diante do exposto, *REJEITO AS QUESTÕES PRELIMINARES ARGUIDAS NA CONTESTAÇÃO E JULGO PROCEDENTE O PEDIDO* para, em juízo rescindente, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, desconstituir o v. acórdão da 5ª Turma desta Corte, proferido na Apelação Cível e Remessa Oficial nº 98.03.069531-2, e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade, restando confirmada a antecipação dos efeitos da tutela deferida anteriormente.

Oficie-se ao Departamento de Polícia Federal de Bauru, comunicando-se o inteiro teor deste julgado, para que integre os autos do Inquérito Policial nº 70487/2000 - DPF.B/BU/SP.

Por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, a parte ré não arcará com o pagamento de verbas de sucumbência, na esteira de entendimento firmado pela 3ª Seção deste Tribunal. A exclusão do pagamento de verbas de sucumbência também se ampara em precedente do Supremo Tribunal Federal (Ag. Reg. no Rec. Ext. nº 313.348/RS, Relator

Ministro Sepúlveda Pertence, j. 15/04/2003, DJU 16/05/2003, p. 616).

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN: Senhor Presidente e demais pares, pedi vista para melhor analisar a questão preliminar de nulidade suscitada pelo eminente Desembargador Federal Nelson Bernardes em razão tanto da falta de procuração válida para contestar quanto da ausência de razões finais.

O acesso aos autos possibilitou a constatação de que, de fato, das provas solicitadas pelo INSS e deferidas pelo Senhor Relator - “a) o depoimento pessoal da ré, para que se pronuncie a respeito dos fatos trazidos a lume na exordial; b) a exibição do original da Carteira de Trabalho - CTPS; c) a expedição de ofício à Polícia Federal, para que informe sobre o andamento do Inquérito Policial nº 70487/2000, instaurado para a apuração de falsidade documental acerca da CTPS nº 68.470, série 00168-SP” (fl. 101) -, as duas primeiras providências não foram realizadas e a última delas serviu tão-somente ao envio de termo de declarações prestados pela ré em sede policial, que o próprio Instituto desincumbira-se de apresentar ao “requerer nos termos do artigo 397 do CPC, a juntada de documento novo - cópia do Termo de Declarações da ré -, anexado ao Inquérito Policial nº 70.487/2000” (fl. 106, doc. às fls. 109/110), circunstância que, por si só, torna dispensável a abertura de vista às partes para razões finais, já que presentes os elementos necessários ao exame da demanda rescisória.

Consoante a anotação na obra de Theotonio Negrão (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 655), ilustrando a jurisprudência sobre a questão, “Na ação rescisória, como nas demais demandas, inexistindo produção de prova no curso da demanda, sendo o processo julgado de forma antecipada, não há necessidade de abrir-se prazo para que as partes apresentem razões finais ou memoriais, conforme decidiu a Seção” (STJ, 1ª Seção, AR 729 - pb, rel. Ministra Eliana Calmon, DJU de 12.11.01).

Por sua vez, no tocante à ausência de procuração para apresentação de contestação, com a transcrição do julgamento em mãos e pedindo licença para utilizar os registros daquela sessão, como anotados pela Taquigrafia (sujeitos, por óbvio, à revisão, antes da publicação do acórdão), a fim de delimitar o tema em discussão, retomo o que a Excelentíssima Desembargadora Federal Vera Jucovsky asseverou, em meio aos debates, de que “a procuração que foi apresentada pelo sucessor como dando poderes, inclusive, para fins de ratificação de todos os atos procedimentais anteriormente praticados”, e, ainda que assim não o fosse, inexistiria nulidade alguma ou mesmo qualquer prejuízo porque, conforme assinalado pela eminente Desembargadora Federal Marianina Galante, “a partir do momento em que a citação é válida, a ausência de contestação ou a existência de uma contestação sem advogado pouco importa”, pois, afinal, não se verifica, na rescisória, o efeito mencionado no artigo 319 do Código de Processo Civil - “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” -, na medida em que se ataca a imutabilidade da coisa julgada, garantidora do interesse público.

Com a devida licença, com os acréscimos devidos, estou acompanhando, na mesma linha da conclusão, o voto da Senhora Relatora.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**0028243-94.2002.4.03.6100****(2002.61.00.028243-0)**

Apelantes: LUIZ CARLOS MEIRA DE VASCONCELLOS E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Apelado: GEPCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Parte Autora: ASSOCIAÇÃO NACIONAL PARA DIFUSÃO TECNOLÓGICA E NORMATIZAÇÃO DE PROTEÇÃO BALÍSTICA - ANDB

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: ApelReex 1548409

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PARECER TÉCNICO APRESENTADO APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO. DESENTRANHAMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PATENTE. BLINDAGEM BALÍSTICA INTERCAMBIÁVEL. PARTE DAS REIVINDICAÇÕES COMPREENDIDAS NO ESTADO DA TÉCNICA E PARTE RECONHECIDAMENTE INVENTIVA. MANUTENÇÃO DA PATENTE COM APOSTILAMENTO.

I - Inadmissível a juntada de parecer técnico elaborado com o escopo de refutar as conclusões do laudo pericial acolhidas pelo juízo de primeiro grau, uma vez que não se trata de documento novo (artigo 397 do Código de Processo Civil) e por se tratar de matéria preclusa. Determinação de desentranhamento.

II - O parágrafo único do artigo 55 da Lei nº 5.772, antigo Código de Propriedade Industrial, vigente à época dos fatos, permitia que a nulidade pudesse incidir sobre apenas algumas reivindicações, o que autoriza a solução ora proposta no sentido de dar parcial procedência ao pedido para manter a patente com as devidas anotações, uma vez que as duas primeiras reivindicações possuem construção diversa das compreendidas pelo estado da técnica e a terceira reivindicação não apresenta estrutura de construção de blindagem interna da carroceria semelhante.

III - A patente questionada na presente demanda possui em suas reivindicações elementos que se encontravam no estado da técnica e partes inventivas, que devem ser tuteladas pelo Direito de Propriedade Industrial, de modo que deve ser mantida a patente, procedendo-se, contudo, ao apostilamento sugerido pelo INPI.

IV - Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos e ao reexame necessário para julgar parcialmente procedente o pedido formulado pela autora, determinando a realização de apostilamento da expressão “caracterizada por” antes das partes compreendidas pelo estado da técnica, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de dezembro de 2011.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *apelações* interpostas por Luiz Carlos Meira de Vasconcellos e pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, bem como *reexame necessário*, em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado por Gepco Indústria e Comércio Ltda. nos autos de ação declaratória de nulidade de patente (fls. 1158/1162).

Em suas razões, o apelante *Luiz Carlos Meira de Vasconcellos* pugna pela reforma da sentença pelos seguintes motivos: *a)* que os sistemas de montagem de vidros balísticos até então existentes possuíam uma série de inconvenientes, tais como: espessura, necessidade de realização de funilaria, perda de originalidade do veículo e aumento do seu peso, sendo que a sua invenção facilitou a instalação da blindagem e o retorno do vidro original sem alteração da funilaria do veículo; *b)* que o perito judicial limitou-se a afirmar que a principal discussão residiria no fato de uma das lâminas ter dimensão diferente das demais, melhorando a sua fixação, o que estaria compreendido no estado da técnica, desconsiderando, contudo, que as blindagens ocorridas até 1992 eram caras e complexas, utilizando-se de grandes modificações na carroceria do veículo e na simples sobreposição de vidros; *c)* que foram feitas três reivindicações (vidros fixos, vidros elevatórios e blindagem da carroceria) que demonstram a melhoria do procedimento de blindagem e a presença de conceitos inventivos, sobretudo pela considerável redução de peso e desempenho do veículo blindado próximo ao do veículo convencional; *d)* que não prosperam as alegações no sentido de não ser economicamente viável o retorno dos vidros originais, uma vez que o perito judicial consultou empresa que atende clientela privilegiada e por não ser requisito para a concessão da patente; *e)* que estão presentes os requisitos da novidade, atividade inventiva, suficiência descritiva, aplicação industrial e a unidade do conceito inventivo necessários à concessão da patente; *f)* que o conceito inventivo da patente não se tratava apenas de vidros e sim de uma “BLINDAGEM BALÍSTICA INTERCAMBIÁVEL PARA AUTOMÓVEIS”, ou seja, a substituição de elementos originais de um veículo por outros blindados e o retorno à originalidade se necessário de desejado; *g)* que o INPI, ao confrontar a Patente PI 9204323-2 (objeto da presente demanda) com a Patente GB 1221285, reconheceu as diferenças de construção entre as reivindicações 1 e 2 e, em relação à 3ª reivindicação, disse não haver qualquer semelhança de estrutura de blindagem interna da carroceria utilizada, uma vez que é inserida uma placa de material sintético entre a placa original de revestimento interno e a carroceria propriamente dita, placa esta obtida a partir da moldagem do verso da placa original do revestimento interno do veículo, hipótese que não se assemelha à invenção confrontada, sugerindo que a patente seja mantida com o apostilamento da expressão “caracterizada por”; *h)* que é equivocada a premissa adotada na sentença, no sentido de que toda blindagem é intercambiável, já que sempre seria possível a recomposição de peças originais, uma vez que a relevância está na estrutura da montagem do produto e do resultado obtido; *i)* que o mesmo perito, em caso de fechadura na lateral inferior de uma porta de enrolar (autos de nº 2001.61.00.019646-5), reconheceu como válida a patente de uma solução construtivamente simples (fls. 1167/1197).

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI também ofertou apelação às fls. 1228/1242 aduzindo que o exame técnico realizado por sua Diretoria de Marcas concluiu que parte do objeto da patente constitui matéria nova, de modo que deve ser

mantido o ato administrativo, fazendo-se apenas as anotações necessárias.

Foram ofertadas contrarrazões às fls. 1209/1226 e 1248/1265.

A apelante promoveu a juntada de pareceres de professores da Universidade Federal de São Carlos (fls. 1268/ 1298).

Intimada, a apelada pugnou pelo desentranhamento dos pareceres, uma vez que não se trata de documento novo, ou pela concessão de prazo para produzir laudo técnico divergente.

É o breve relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Observo, de início, que devem ser desentranhados os pareceres de fls. 1273/1298, uma vez que não podem ser considerados documentos novos, mas prova técnica que deveria ter sido produzida quando da realização da perícia, de modo que se trata de matéria preclusa.

Enfrentada a questão processual, anoto que a presente demanda foi proposta por *Gepco Indústria e Comércio Ltda.* em face de Luiz Carlos Meira de Vasconcellos e do INPI, tendo como escopo anular a patente PI 9204323-2, denominada “Blindagem Balística Intercambiável para Automóveis”.

O *pedido* foi *julgado procedente* pelo Juízo Federal da 14ª Vara da Subseção Judiciária de São Paulo - SP, com base na perícia judicial, subindo os autos a este Tribunal Regional Federal por força do reexame necessário e das apelações interpostas pelas rés.

Para a melhor compreensão do tema a ser decidido, entendo fundamental descrever, ainda que de forma sucinta, o *objeto da patente*.

Com efeito, o pedido de patente possui 3 (três) reivindicações, sendo que todas formavam a denominada Blindagem Balística Intercambiável, nos seguintes termos:

1ª) caracterizada por *vidros fixos* multi-laminados, em vidro ou policarbonato, com espessura de 3 a 6 mm cada lâmina, sendo a lâmina externa de dimensão 10 a 15 mm maior que as demais, estas últimas dimensões idênticas às dos vidros originais - de forma a se encaixar no rebaixo da carroceria do veículo;

2ª) caracterizada por *vidros elevatórios* multi-laminados, em vidro ou policarbonato, tendo cada lâmina espessura de 3 a 6 mm, sendo a lâmina do meio de igual dimensão à do vidro original do veículo para possibilitar sua montagem nas guias da janela, e as demais lâminas, 10 a 15 mm menores;

3ª) caracterizada pela *blindagem da carroceria*, por meio de uma placa de material sintético não metálico instalada entre a placa original de revestimento interno e a carroceria propriamente dita, placa esta obtida a partir da moldagem do verso da placa original de revestimento interno do veículo.

Segundo a proprietária da patente, este procedimento permitiria a retirada e reutilização da blindagem em veículos semelhantes, não alteraria a apresentação e as características originais internas e externas do veículo e dispensaria o uso de solda, cortes, ou qualquer outro meio de fixação permanente, o que possibilitaria a sua apresentação sob a forma de “kit” (fls. 39/40).

Feitas as observações necessárias, entendo que a melhor solução para o presente caso é a proposta pelo INPI, no sentido de manter a patente com os apostilamentos

necessários, motivo pelo qual passo a cotejar a sua manifestação com o laudo pericial adotado pelo juízo.

O INPI fez as seguintes ponderações:

“GB 1221285, é o estado da técnica mais próximo da patente de invenção PI 9204323-2, mas a GB 1221285 não apresenta a mesma construção ou disposição da blindagem balística intercambiável. As descrições respectivamente da figura 1, página 5, coluna 1, linha 55 a 65 à coluna 2, linha 66 a 71, que afirma que o lado de fora consiste de uma folha de vidro 1, cujo o uso é suportado em toda a parte periférica pela moldura 2. No lado interno do pára-brisa, existe uma folha menor 3 que é agarrada pela porção 4 de borracha moldada que forma parte da moldura 2. Essa pequena folha 3 é feita de material plástico (construção 1, figura 1). A seguir, a figura 2, página 5, coluna 2, linhas 111 à página 6, coluna 1, linha 2, exhibe uma outra forma de construção do pára-brisa, com a extensão da parte 10,11, sendo a borracha moldada 12 alargada nessa região pelo lábio 13 que suporta a folha 3. Finalmente a figura 3, página 6, coluna 1, linha 3 a 19, mostra a última forma da montagem, onde é decidido não usar uma borracha moldada, na moldura, friso do pára-brisa sobre a borda do veículo. Neste caso, a chapa de metal de borda, moldura 20, é dobrada duas vezes. Tal explanação esclarece as diferenças de construção do GB 1221285 para PI 9204323-2, no que tange as reivindicações 1 e 2. Já com relação a reivindicação 3 nenhum dos documentos se assemelha a estrutura da construção da blindagem interna da carroceria utilizada, sem tirar nem por, o que está caracterizado na reivindicação 3 da patente de invenção PI 9204323-2, onde uma placa de material sintético não metálico é inserido entre a placa original de revestimento interno e a carroceria propriamente dita, placa esta obtida a partir da moldagem do verso da placa original de revestimento interno do veículo. A invenção confrontada, PI 9404323-2 não se trata de justaposição de materiais conhecidos, que não são passíveis de patenteamento, vidros ou materiais plásticos multilaminados que se juntam por meio de substância adesiva ou estruturas de montagens já conhecidas do estado da técnica. Deste modo não foi necessário explicitar a substância de aderência de tais multilaminados usados nas várias combinações de vidros blindados. Para tanto, as expressões situadas depois da *caracterizada por da reivindicação 1* do PI 9204323-2, na linha 3, ‘vidros fixos multilaminados, em vidro ou policarbonato’ e *da reivindicação 2* do PI 9204323-2, na linha 6 e 7, ‘vidros elevatórios multilaminados, em vidros ou policarbonato’, devem ser *apostiladas* para antes da expressão caracterizada por, *já que ambas são reveladas pelo estado da técnica representados pelos vários documentos expostos nesta ação, a saber GB1221285*. Os demais documentos citados US 3622, EP 0157646, US 4316404, US 2401552 se referem a vidros multilaminados em vidros ou policarbonato e materiais similares. De fato, cabe tal restrição nas reivindicações 1 e 2, em que a expressão *caracterizada por* seja deslocada de forma a separar o estado da técnica da matéria nova e possuidora de atividade inventiva.

Deste modo sugerimos que a patente de invenção seja mantida, com os devidos apostilamentos para antes da expressão ‘caracterizada por’, das partes conhecidas, já revelada pelo estado da técnica” (fls. 501/502).

O perito, por sua vez, quando tratou da 3ª reivindicação, limitou-se a afirmar a existência de dois conceitos inventivos (vidros e carroceria), o que estaria em desacordo com o artigo 22 da Lei nº 9.279/96.

Contudo, o parágrafo único do artigo 55 da Lei nº 5.772, antigo Código de Propriedade Industrial, vigente à época dos fatos, permitia que a nulidade pudesse incidir sobre apenas algumas reivindicações, o que autoriza a solução ora proposta no sentido de dar parcial procedência ao pedido para manter a patente com as devidas anotações, uma vez que as duas primeiras reivindicações possuem construção diversa das compreendidas pelo estado da técnica e a terceira reivindicação não apresenta estrutura de construção de blindagem interna da carroceria semelhante.

Ressalto, por oportuno, que o pedido de patente atende aos requisitos da aplicação industrial, da novidade e da atividade inventiva. Com efeito, a própria autarquia federal reconhece, embora com adaptações, que a forma de montagem não se encontra no estado da técnica e que, em relação à 3ª reivindicação, não existia nada que se assemelhasse à patente postulada.

Anoto, enfim, que é possível concluir pela existência de unidade de invenção, uma vez que o conceito proposto foi no sentido da substituição das peças originais por outras blindadas de forma a permitir o retorno das peças originais.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* aos recursos e ao reexame necessário para julgar parcialmente procedente o pedido formulado pela autora, determinando a realização de apostilamento da expressão “caracterizada por” antes das partes compreendidas pelo estado da técnica.

Tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca, as partes arcarão com os honorários de seus advogados e as custas serão repartidas.

Oficie-se ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquecetuba - SP, encaminhando certidão de objeto e pé destes autos.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0020479-53.2004.4.03.0000
(2004.03.00.020479-4)

Agravante: INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO DE MINAS GERAIS - IEPHA/MG

Agravado: RENATO DE ALMEIDA WHITAKER

Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AI 205331

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. POSSE DE OBRA DE ARTE SACRA NA CONDIÇÃO DE FIEL DEPOSITÁRIO. ESCULTURA DE “NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO” DE AUTORIA ATRIBUÍDA AO MESTRE “ALEIJADINHO”. CONTROVÉRSIA SOBRE O SEU TOMBAMENTO PELO DECRETO ESTADUAL Nº 17.729, DE 21 DE JANEIRO DE 1976, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL E DO INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN. LEGITIMIDADE DO INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO DE MINAS GERAIS - IEPHA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- O Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG aponta a existência de veementes indícios no sentido de que a escultura de Nossa Senhora do Rosário, de posse do agravado, integra o patrimônio cultural mineiro, tombada pelo Decreto Estadual nº 17.729, de 21 de janeiro de 1976, pertencente ao acervo da Capela de Nossa Senhora do Rosário do Sumidouro, situada no Distrito de Fidalgo, município de Pedro Leopoldo, Minas Gerais, de onde foi furtada após arrombamento ocorrido no ano de 1981.

- O IPHAN, órgão ligado ao Ministério da Cultura, com a missão de preservar o patrimônio cultural brasileiro, ente federal, afirmou não ter qualquer interesse jurídico conforme informações prestadas por seu Superintendente Regional.

- Se os entes federais textualmente afirmam não ter qualquer interesse jurídico em integrar a lide, quer na condição de autora, ré, assistente ou oponente, descaracterizada está a competência da Justiça Federal, cuja norma matriz é constitucional, de caráter absoluto e “intuito personae”. Ao assegurar o IPHAN que a estátua de Nossa Senhora do Rosário não está tombada pela administração federal mas, é objeto de registro de tombamento pelo governo de Minas Gerais, latente a competência da Justiça Estadual em discutir quanto à autoria da obra por Aleijadinho e, em consequência apurar se é a mesma escultura furtada, pertencente ao acervo cultural de Minas Gerais, procedendo a todas as providências e diligências necessárias para tal.

- A provável coincidência, em tese, da imagem de Nossa Senhora do Rosário que se encontra na posse do autor com aquela tombada pelo IEPHA/MG e reivindicada

pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Ação Civil Pública aforada, reafirmam a legitimidade do IEPHA/MG no pólo passivo das ações cautelar e ordinária aforadas pelo agravado.

- Agravo de instrumento provido, revogando-se expressamente a liminar concedida na Medida Cautelar nº 2004.61.00.000602-1 e, ante a incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento da Medida Cautelar nº 2004.61.00.000602-1, e bem assim da Ação Ordinária nº 2004.61.00.013429-1, ambas em curso perante o Juízo da 20ª Vara Federal de São Paulo e, sejam intimadas as partes pessoalmente e seus advogados para em dia e hora designados pelo magistrado “a quo” seja devolvida a escultura ao representante do IEPHA/MG, após se redistribuam os autos ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte - MG, na qual tem curso a Ação Civil Pública aforada pelo *Parquet* Mineiro, proc. nº 024.04.301.053-7.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG, fundação pública estadual, contra decisão que concedeu a liminar nos autos da Medida Cautelar nº 2004.61.00.000602-1, requerida por Renato de Almeida Whitaker em face da União Federal, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN e Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA, autorizando o requerente, na condição de fiel-depositário, a permanecer na posse da escultura de Nossa Senhora do Rosário, de autoria atribuída a Antônio Francisco Lisboa, o “Aleijadinho”, e supostamente pertencente ao acervo da Capela de Nossa Senhora do Rosário, tombado pelo Decreto Estadual nº 17.729, de 21 de janeiro de 1976, situada no distrito de Fidalgo, município de Pedro Leopoldo, Minas Gerais, de onde foi furtada após arrombamento ocorrido no ano de 1981.

Sustenta o agravante a incompetência da Justiça Federal para o julgamento do feito, sob o entendimento de se tratar de obra de arte integrante do patrimônio cultural do Estado de Minas Gerais, direito fundamental de natureza difusa, daí competir à Justiça daquele Estado o julgamento das causas visando a sua conservação e proteção. Entende incumbir ao IEPHA/MG a guarda da escultura até a decisão final a ser proferida na Ação Civil Pública proposta em 16.03.2004 pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte-MG, na qual se visa comprovar ser a imagem em poder do agravado a mesma tombada pelo IEPHA e, sua restituição ao Acervo da Capela de Nossa Senhora do Rosário. Esclarece ter

sido decretada a busca e apreensão da escultura, medida cujo cumprimento foi frustrado pelo agravado, pois a escultura não foi localizada nos seus endereços. *Esclarece que antes do aforamento da ação civil pública houve tentativa de solução extrajudicial da questão, tendo sido celebrado com o agravado termo de ajustamento de conduta perante o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a permitir vistorias à identificação da real procedência da escultura mas, restou por ele descumprido.*

A União Federal e o IPHFRAN se manifestaram pela sua ilegitimidade a integrar o pólo passivo.

O efeito suspensivo foi inicialmente indeferido, mantendo-se a liminar que atribuiu a condição de fiel depositário ao agravado, tendo sido relegada a resolução da questão da competência ao colegiado da Turma.

Com contraminuta às fls.

O IEPHA/MG às fls. 273 comunica o descumprimento do compromisso de fiel depositário pelo agravado-requerente, pois não se localizou a obra no seu endereço residencial conforme os termos do compromisso assumido, pugnando pela reconsideração da decisão de indeferimento da liminar.

A Procuradoria Regional da República igualmente pugnou pela reconsideração da decisão liminar, com o reconhecimento da incompetência desta Justiça Federal, reiterando a conexão entre a ação cautelar subjacente ao presente recurso e a Ação Civil Pública em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, mencionando a instauração de procedimento administrativo pelo Grupo Especial das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio cultural das Cidades Históricas de Minas Gerais, no qual se apurou, mediante produção de prova pericial, documental e oral, a existência de veementes indícios indicativos de que a imagem em poder do agravado é a que foi subtraída criminosamente da Capela de Nossa Senhora do Rosário.

Com a promoção Ministerial, reconsiderei a decisão liminar e deferi o efeito suspensivo ao recurso, decisão contra a qual o agravado interpôs agravo regimental.

Em seguida, o agravado trouxe aos autos a notícia de que foi realizada uma inspeção na obra de arte pela Exma. Juíza da 20ª Vara Federal, acompanhada de perito especializado e de representantes do IPHAN e da AGU, constatando total disparidade entre as metragens da imagem tombada pelo IEPHA/MG objeto da presente ação e a imagem inspecionada. Diante deste fato entendi de restabelecer o efeito suspensivo.

A seguir a agravante, IEPHA/MG, junta aos autos laudo pericial realizado na década de 70, na ocasião do tombamento, segundo a qual a imagem tem 88 cm de altura, muito próxima, portanto, da metragem constatada na diligência de inspeção, com 89 cm, além de um comparativo com as fotos tiradas da imagem no ano de 1975 e as fotos constantes do catálogo editado pelo agravado.

À fls. 463 e 468 constam cópias das decisões proferidas pelo Juízo da 20ª Vara Federal, respectivamente, nos autos da medida cautelar subjacente ao presente recurso e da ação principal, determinando a exclusão tanto da União Federal como do IPHAN da lide, declarando em seguida a incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento do feito, com a remessa dos autos à Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte/MG, decisões contra as quais o ora agravado interpôs recursos de agravo de instrumento, distribuídos por dependência a esta Relatora, nos quais deferi o efeito suspensivo para manter o IPHAN no pólo passivo da lide e o regular processamento do feito na 20ª Vara Federal de São Paulo.

Em nova promoção, o Ministério Público Federal, considerando a interposição de novos recursos de agravo de instrumento, sustenta não haver prejudicialidade do presente recurso, pois neste agravo remanesce o interesse no julgamento do pedido de revogação da decisão de nomeação do agravado como fiel depositário da imagem, enquanto que no novo recurso interposto pretende-se ver reconhecida a ilegitimidade passiva do IPHAN e conseqüente a incompetência da Justiça Federal, pugnando pelo julgamento em conjunto dos recursos.

No parecer, a Douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do agravo de instrumento, com o reconhecimento da ilegitimidade passiva da União e do IPHAN e a declaração de incompetência da Justiça Federal, considerando se tratar de obra de arte tombada apenas pelo IEPHA/MG, sendo que a custódia da obra por este órgão para a realização de perícia técnica não acarretará prejuízo para qualquer das partes.

É o Relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

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

O Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG pretende a revogação da liminar concedida pelo Juízo Federal da 20ª Vara de São Paulo/SP, nos autos de medida cautelar, na qual autorizou o requerente, ora agravado, a permanecer na posse da obra de arte sacra “Nossa Senhora do Rosário”, escultura do século XVIII de autoria atribuída a Antônio Francisco Lisboa, o “Aleijadinho”, na condição de fiel depositário, até decisão final da ação principal, em que este pretende obter declaração de titular do domínio da peça referida.

O agravado inicialmente incluiu no pólo passivo da medida cautelar tão somente a União Federal e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, tendo sido aditada a petição inicial e requerida a inclusão do IEPHA/MG no pólo passivo do feito (fls. 109) após manifestação da União Federal nesse sentido.

A justificativa do agravado para a presença dos entes federais no pólo passivo da lide se baseia no entendimento de que as normas do IPHAN, órgão federal, se sobreporiam às normas do IEPHA/MG, fundação pública estadual. Invoca o artigo 6º da Lei nº 4.845/65, Lei Federal de proteção ao patrimônio artístico e cultural, bem como o Decreto nº 5.040/2004 e o Decreto-Lei nº 25/37 para legitimar a permanência tanto da União Federal como do IPHAN no pólo passivo do processo, este último pelo seu dever institucional de proteger e fiscalizar o patrimônio histórico e artístico brasileiro.

O agravado sustenta ainda que a legitimidade passiva dos entes federais, em especial o IPHAN, se justificaria ainda no fato de não haver comprovação de ser a imagem objeto da lide a mesma tombada pelo Estado de Minas Gerais, mas outra imagem tombada pelo IPHAN, fato este que estaria demonstrado no laudo produzido por ocasião da inspeção judicial realizada pelo Juízo da 20ª Vara Federal, na qual teria sido constatado que a obra tombada pelo Estado de Minas Gerais teria dimensões diferentes da imagem na posse do agravado.

Em contraposição a tal entendimento, a União, o IPHAN, o IEPHA/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o Ministério Público Federal sustentam a legitimidade passiva tão somente o IEPHA/MG e a competência da Justiça Comum do Estado

de Minas Gerais para o julgamento do feito tanto, que posteriormente o próprio Juízo da 20ª Vara Federal de São Paulo veio a reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Federal.

Embora a matéria não tenha sido objeto de discussão, nem de apreciação pelo magistrado “a quo”, verifica-se dos documentos acostados aos autos ter o agravado celebrado Termo de Ajustamento de Conduta para permitir vistoria na imagem Nossa Senhora do Rosário, a qual é possuidor, antes do aforamento de Ação Civil Pública em Minas Gerais, tendo descumprido o ajuste.

Consigne-se que “o ordenamento jurídico brasileiro não confere ao Termo de Ajustamento de Conduta caráter obrigatório, a ponto de exigir que o MP o proponha antes do ajuizamento da ação civil pública” (STJ - 2ª T. REsp 895.433, Min. Eliana Calmon, em 20.11.08, DJ 17.12.08).

Há discussão na doutrina de que o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85, o qual concede eficácia de título executivo extrajudicial ao Termo de Ajustamento fora vetado quando do projeto de lei e erroneamente reproduzido mas, os Tribunais têm se pronunciado pela sua vigência de modo que o descumprimento autoriza a execução da multa nele prevista.

A aceitação do Termo de Conduta sujeita seu transgressor à sanção nele previsto mas, não obsta a interposição de ação individual, mesmo porque somente após o devido contraditório é possível se aferir a real situação de fato. Tanto assim que nenhum dos réus trouxe à discussão tal questão ao magistrado de primeiro grau ou nesta Corte.

Por outro lado, na ação principal interposta na 20ª Vara desta Capital o agravado inclui no pólo passivo a União Federal e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN ao argumento da presença de interesse processual destes entes federais e, evidentemente incumbe apenas ao juízo federal decidir sobre a matéria.

No caso, ambos se manifestaram *no sentido de sua ilegitimidade passiva*, por não constar tombamento federal mas se tratar de obra tombada somente no âmbito estadual, a deslocar a competência à Justiça Estadual de Belo Horizonte, consoante art. 2º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), por ser o foro do local do dano e, portanto de natureza absoluta. Afirma-se o risco de dano irreparável se eventual descaracterização da obra for aperfeiçoada pelo agravado e pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso, revogando-se a liminar, com o posterior encaminhamento dos autos à 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

O encaminhamento à Vara Estadual somente será possível com a exclusão dos entes federais.

A verdade, contudo, aponta a existência de veementes indícios no sentido de que a escultura de Nossa Senhora do Rosário, de posse do agravado, integra o patrimônio cultural mineiro, tombada pelo Decreto Estadual nº 17.729, de 21 de janeiro de 1976, pertencente ao acervo da Capela de Nossa Senhora do Rosário do Sumidouro, situada no Distrito de Fidalgo, município de Pedro Leopoldo, Minas Gerais, de onde foi furtada após arrombamento ocorrido no ano de 1981.

As suspeitas sobre a origem da escultura surgiram após as investigações do IEPHA/MG envolvendo uma das obras integrantes do acervo do agravado, conforme divulgada no livro “O Aleijadinho - uma síntese histórica”, do autor Márcio Jardim, edição de 1995 (fls. 68/71), cujas características são extremamente coincidentes com a imagem subtraída da Capela de Nossa Senhora do Rosário do Sumidouro, dando origem à instauração, em setembro de 2003, do Procedimento Administrativo nº 168/2003 pelo Grupo

Especial das Promotorias de Justiça da Defesa do Patrimônio Cultural das Cidades Históricas de Minas Gerais.

No aludido procedimento foram coligidos diversos indícios, através de provas documentais e técnicas, pareceres de historiadores do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público de Minas Gerais, restauradores e técnicos do IEPHA/MG, com a elaboração de laudo técnico que concluiu *in verbis*:

“a imagem de Nossa Senhora do Rosário que se encontra com o colecionador Renato Whitaker apresenta diversos pontos semelhantes à imagem subtraída da Capela de mesmo nome, situada no distrito de Fidalgo/Quintas do Sumidouro, opinando no sentido de que seja procedida à busca e apreensão da obra para análise e estudos mais detalhados, inclusive exames laboratoriais para a comprovação da hipótese.” (fls. 164).

O Ministério Público Estadual de Minas Gerais buscou a solução extrajudicial da questão, com a celebração, em 30.01.04, de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC com o ora agravado, por meio do qual este se comprometeu a apresentar a obra para que fosse submetida a perícia técnica pelo IPT - Instituto de Pesquisas Técnicas e pelo IPEN - Instituto de Pesquisas Nucleares, e assim permitir a elucidação das dúvidas envolvendo a origem da obra de arte que se encontra na posse do agravado.

No entanto, o agravado deixou de cumprir o compromisso assumido no TAC e, *dezoito dias antes de sua celebração, em 12 de janeiro de 2004*, já havia aforado, perante a Justiça Federal em São Paulo, a medida cautelar subjacente ao presente recurso, sem incluir o IEPHA/MG no pólo passivo e, omitindo na petição inicial qualquer informação acerca do referido procedimento em curso perante o Ministério Público Mineiro, do qual comprovadamente já tinha conhecimento desde dezembro de 2003 (Termo de Declarações - fls. 123), alegando risco de ofensa injusta a seu incontroverso e legítimo direito de propriedade sobre a obra de arte em questão e iminente possibilidade de se ver dela expropriado por iniciativa do IEPHA/MG. Este órgão divulgara na *internet* a obra como integrante da “lista de bens móveis desaparecidos” daquele instituto, alegando ainda a urgente necessidade de intervenção do IPHAN e da União, além de colocar a obra à disposição do juízo para os exames e perícias que se fizerem necessários.

A digressão fática apresentada se faz imperiosa com vistas tanto para que o juízo estadual aprecie eventual litigância de má-fé na interposição de ação na Justiça Federal, com inclusão dos órgãos federais, se presente ou não intuito protelatório, bem como fornece fundamentos para ser acolhida a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o julgamento do feito.

Primeiramente, as circunstâncias narradas não justificam se fixar na Justiça Federal a competência para o julgamento da medida cautelar e da ação ordinária, em total descon sideração com todos argumentos aduzidos pelo agravado em sentido contrário, aliado às provas trazidas. Ademais omitiu o agravado a questão da ação civil pública interposta em Belo Horizonte, acarretando protelação das querelas judiciais anteriores.

Segundamente é importante frisar que o IPHAN, órgão ligado ao Ministério da Cultura, com a missão de preservar o patrimônio cultural brasileiro, ente federal, afirmou não ter qualquer interesse jurídico conforme informações prestadas por seu Superintendente Regional, como se segue (fls. 101):

“(…)

No caso em tela, após uma ampla pesquisa nos arquivos desta Superintendência Regional em São Paulo e no Arquivo Central do IPHAN na cidade do Rio de Janeiro, *não foi encontrada nenhuma referência com relação a essa imagem ‘NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO’ de autoria atribuída ao ‘Aleijadinho’*, como é conhecido Antonio Francisco Lisboa, escultor barroco reconhecido internacionalmente pelo seu talento e genialidade.

Durante a pesquisa efetuada pela equipe da 9ª Superintendência Regional, foi também acessado o ‘site’ do IEPHA/MG - Bens Tombados - Pedro Leopoldo, onde fica constatado que uma ‘Nossa Senhora do Rosário’ do Século XVIII foi tombada pelo Decreto Estadual nº 17.729, em 21.01.1976, e um Conjunto Histórico compreendendo Capela de Nossa Senhora do Rosário, Casa e Sítio da Quinta do Sumidouro, tombada também pelo Decreto nº 17.729, de 27/01/1987, tudo conforme Listagem dos Bens Móveis Desaparecidos - Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG.

Desse modo fica claro que sendo o IPHAN um órgão federal, voltado para a proteção dos bens em nível federal e não estando listado o tombamento da imagem em questão em nossos livros de tombo, não compete a este Instituto de preservação nacional tecer qualquer consideração a respeito que se discute na Ação Cautelar nº 2004.61.00.000602-1 - 20ª Vara Federal/SP.

A nosso ver, a União e o IPHAN não podem integrar o pólo passivo de referida Ação Cautelar proposta pelo colecionador Renato de Almeida Whitaker, uma vez que o próprio autor discorre em sua petição que a imagem encontra-se na ‘LISTAGEM DOS BENS MÓVEIS DESAPARECIDOS DO IEPHA/MG’, (...), ‘menciona como tendo sido a fonte de informação acerca do aludido desaparecimento o “Jornal do Estado de Minas”, de 02 de dezembro de 1981, e que referida obra teria sido tombada pelo IEPHA pelo Decreto Estadual nº 17.729, em 21.01.1976’. Portanto, tombada a imagem somente na esfera estadual, não vemos qualquer justificativa legal para a propositura dessa Medida Cautelar em face da União e do IPHAN.”

Terceiramente, também a União Federal manifestou-se pelo total desinteresse de integrar o feito, pois o IPHAN, Autarquia Federal integrante da estrutura administrativa do Ministério da Cultura, é órgão de execução da Administração Indireta Federal, donde sua inclusão importaria um “bis in idem”.

Desta forma, se os entes federais textualmente afirmam não ter qualquer interesse jurídico em integrar a lide, quer na condição de autora, ré, assistente ou oponente, descharacterizada está a competência da Justiça Federal, cuja norma matriz é constitucional, de caráter absoluto e “ex ratione personae”. Ao assegurar o IPHAN que a estátua de Nossa Senhora do Rosário não está tombada pela administração federal, porém é objeto de registro de tombamento pelo governo de Minas Gerais, latente a competência da Justiça Estadual em discutir quanto à autoria da obra por Aleijadinho e, em consequência apurar se é a mesma escultura furtada, pertencente ao acervo cultural de Minas Gerais, procedendo a todas as providências e diligências necessárias para tal.

Não olvido, outrossim, que na 20ª Vara Federal de São Paulo nos autos da medida cautelar subjacente ao presente recurso, com o fim de elucidar as alegadas divergências,

em 25 de outubro de 2004 a Meritíssima Juíza da Vara Federal, Dra. Ritinha A. M. C. Stevenson, realizou o reconhecimento pessoal da imagem sacra, diligenciando na residência do ora agravado na companhia do perito nomeado pelo Juízo, Professor Titular do Departamento de História da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, Dr. Carlos Alberto Cerqueira Lemos, do Procurador do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, Dr. Reynaldo Francisco Mora, do Professor Jaelson Bitran Trindade, Historiador da Arte e funcionário do IPHAN, e da Procuradora da Advocacia Geral da União - AGU, Dra. Rosa Maria Pellegrini Baptista Dias, diligência certificada às fls. 347/348, vistoria que a convenceu se tratar *da mesma estátua reivindicada pelo Estado de Minas Gerais*.

Posteriormente a esta conclusão, a juíza determinou a exclusão dos réus União Federal e Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN do pólo passivo de referidas ações e, *declarou a incompetência absoluta* daquele Juízo para o julgamento dos feitos, com a remessa de ambos os feitos à Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte - MG, foro no qual está em curso a Ação Civil Pública nº 024.04.301.053-7, aforada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Indene de dúvida, portanto, ante a vistoria e diligências realizadas pela ilustre magistrada, somada às manifestações de ambos os entes federais pela ausência de interesse jurídico em integrar as ações judiciais que, a incompetência da Justiça Federal para apreciar e julgar o feito é absoluta.

Em assim sendo, as questões relativas ao mérito da identidade ou não da escultura, ora em posse do agravado, com aquela integrante do patrimônio cultural mineiro, pertencente ao acervo da Capela de Nossa Senhora do Rosário do Sumidouro, tombada pelo Decreto Estadual nº 17.729, de 21 de janeiro de 1976, refogem ao âmbito desta via recursal, quer por se cuidarem de questão de mérito como pela incompetência deste juízo. Nada obsta, no entanto, sejam as provas e vistorias aproveitadas pelo magistrado competente se assim o entender, pois aproveitáveis os atos que não comportem decisões na forma do § 2º art. 113 do CPC.

De todo o exposto, a provável coincidência, em tese, da imagem de Nossa Senhora do Rosário que se encontra na posse do autor com aquela tombada pelo IEPHA/MG e, reivindicada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Ação Civil Pública aforada, reafirmam a legitimidade do IEPHA/MG no pólo passivo das ações cautelar e ordinária aforadas pelo agravado.

Assim, remanescendo tão somente o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG no pólo passivo das lides, *declaro a incompetência absoluta da Justiça Federal* para o julgamento da Medida Cautelar nº 2004.61.00.000602-1, e bem assim da Ação Ordinária nº 2004.61.00.013429-1, em curso perante o Juízo da 20ª Vara Federal de São Paulo, determinando a conseqüente redistribuição e remessa, após a devida baixa, também desses autos ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte - MG, Vara na qual vem tendo curso a Ação Civil Pública aforada pelo *Parquet* Mineiro, proc. nº 024.04.301.053-7, cuja competência prevalece por ser definida pelo art. 2º § único da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), como o foro do local do dano e, REVOGO expressamente a liminar concedida na Medida Cautelar nº 2004.61.00.000602-1, desconstituindo o agravado do encargo de depositário da escultura, determinando seja este intimado pessoalmente pelo Oficial de Justiça para a devolução imediata da escultura, em dia e hora a ser designado pelo magistrado de primeiro

grau, de tudo intimando os respectivos advogados e o representante do IEPHA/MG, indicado pela autarquia, para a entrega da estátua da santinha, de tudo se lavrando TERMO CIRCUNSTANCIADO e, se constatada eventual resistência do agravado, proceda-se ao sequestro da escultura, com base no art. 822 inc. I do CPC, sem prejuízo das demais consequências penais decorrentes da desobediência e, multa diária, que fixo no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia.

Consigne-se ainda, ante o ocorrido na diligência de busca e apreensão determinada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte - MG, que o acervo do agravado possui DUAS imagens de “Nossa Senhora do Rosário” atribuídas a Aleijadinho.

Uma delas é a escultura tombada pelo IPHAN, com altura entre 87,5 e 90 centímetros, objeto da fotografia constante de fls. 101 do livro “O Aleijadinho - uma síntese histórica”, do autor Márcio Jardim, edição de 1995 (fls. 68/71), objeto do Processo de Tombamento nº 1423-T-98 e, conforme neste descrita, “*nela se observa uma etiqueta datilografada, parcialmente rasgada, com os seguintes dizeres: ‘Virgem do Rosário (...) da figura não cor (...) peanha - 90 cm (...) Plácido Gutierrez (...)’.* Segundo nos foi informado, a peça teria pertencido à coleção Plácido Gutierrez, justificando a etiqueta acima. (...)”. (grifo nosso)”. Esta obra NÃO é pertinente ao presente feito.

A imagem reivindicada pelo Ministério Público Mineiro e tombada pelo IEPHA/MG e que é objeto do presente recurso possui metragem distinta e integra o acervo do agravado conforme menção do mesmo livro, no qual é descrita como sendo a imagem constante a fls. 102 da referida obra, entalhada em cedro, com medida de 0,85 cm (oitenta e cinco centímetros) da sua cabeça à peanha e 89 (oitenta e nove) centímetros, incluindo a mesma, possuindo aproximadamente, 38(trinta e oito) centímetros de largura e 28(vinte e oito) centímetros de profundidade e procedente da coleção de “Francisco Galassi”, medidas confirmadas na inspeção realizada pelo Juízo da 20ª Vara Federal de São Paulo.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento e declaro a incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento da Medida Cautelar nº 2004.61.00.000602-1, e bem assim da Ação Ordinária nº 2004.61.00.013429-1, ambas em curso perante o Juízo da 20ª Vara Federal de São Paulo e, após o cumprimento das diligências acima descritas e final entrega da escultura de Nossa Senhora do Rosário objeto da lide ao representante do IEPHA/MG, sejam redistribuídos e encaminhados todos os autos ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte - MG, na qual tem curso a Ação Civil Pública aforada pelo *Parquet* Mineiro, proc. nº 024.04.301.053-7, com as cautelas e baixa dos autos.

É como VOTO.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA: Pedi vista destes autos para que melhor pudesse analisar a matéria trazida em voto pela e. relatora Desembargadora Federal Alda Basto.

Resumidamente, cuida-se de agravo de instrumento tirado de autos de Medida Cautelar ajuizada por RENATO ALMEIDA WHITAKER perante a Justiça Federal da Capital, objetivando a entrega e guarda, de uma escultura de Nossa Senhora do Rosário, que

teria sido subtraída da igreja do mesmo nome, situada no Distrito de Fidalgo, Município de Pedro Leopoldo/MG, a fim de que o objeto permanecesse em seu poder até o desfecho da ação principal.

Paralelamente o Ministério Público Estadual de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública com pedido de busca e apreensão, que deferido viu-se frustrado, pois não foi encontrada a imagem nos vários endereços fornecidos por Renato.

Na ação promovida por Renato, ouvida a União Federal e o IPHAN, manifestaram-se ambos no sentido de não terem interesse jurídico no feito. Mesmo assim a MM. Juíza concedeu liminar nos autos do processo nº 2004.61.00.000602-1, determinando que a escultura ficasse na guarda do autor até o julgamento final da lide.

A e. Relatora deu provimento ao agravo de instrumento, declarando a incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento, quer da Medida Cautelar, quer da Ação Ordinária, ambas em curso perante a 20ª Vara Federal da Capital. Determinou ainda a entrega da escultura de Nossa Senhora do Rosário ao representante do IEPHA/MG, determinando a remessa dos autos para redistribuição ao MM. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte - MG, na qual tem curso a Ação Civil Pública registrada sob nº 024.04.301.053-7.

Não tenho qualquer divergência ao bem lançado voto da e. Relatora.

S. Excelência examinou minuciosamente as circunstâncias que envolvem o recurso, e efetivamente não ressalta dos autos qualquer hipótese de interesse jurídico da União Federal ou mesmo do IPHAN no deslinde da controvérsia.

A questão é estritamente vinculada à jurisdição da Justiça Estadual, e não a de São Paulo, mas de Belo Horizonte, como aliás decidido pelo voto paradigma.

Com efeito, até mesmo um TAC foi firmado com o autor das ações, ora agravado, que restou não cumprido. Ou seja, é evidente seu desinteresse em apresentar a obra para que seja periciada.

Recepcionou, em tese, indevidamente patrimônio da comunidade. Para desfazer as dúvidas é evidente que se faz necessária a perícia, até mesmo porque a obra subtraída da comunidade religiosa estava tombada perante o Patrimônio Estadual de Minas Gerais.

Assim considerando, acompanho o bem lançado voto proferido, pela incompetência da Justiça Federal, com os acréscimos ditados pela e. Relatora.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0021229-88.2004.4.03.6100
(2004.61.00.021229-0)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 23ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Classe do Processo: ApelReex 1120732
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/02/2012

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ASSISTÊNCIA SOCIAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO Nº 1.744/95 COM EFEITOS “ERGA OMNES” - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 102, INC. I, “A”, DA CF - APELAÇÕES DA UNIÃO FEDERAL E DO INSS PROVIDAS.

Não há que se falar em ilegitimidade passiva da União Federal. O pleito trata de questão de repercussão nacional concernente à soberania do Estado na medida que propõe estabelecer vinculação jurídica do Estado Brasileiro por seu órgão previdenciário com estrangeiro que não ostenta a condição de naturalizado e também com refugiado, que apenas se encontram em situação regular e residentes no país. Evidente que a proposta desta Ação Civil Pública gera efeito econômico geral no Sistema da Seguridade Social do Estado e respectivas fontes de custeio, desperdando o interesse de agir da União, colocando-a na situação de parte passiva legítima ao lado do INSS.

A homogeneidade está presente no interesse de reconhecimento dos direitos da Assistência Social para estrangeiros ou refugiados não naturalizados, mas residentes no país que transpõe pela sua dimensão geral e abrangência numa simples relação de consumo. Sob esse aspecto, legítima a atuação do Ministério Público, que propicia o acesso à Justiça na forma coletiva de jurisdicionados não determinados individualmente, porém partícipes do genérico e universal contingente de estrangeiros (não naturalizados) aqui residentes.

No caso, utiliza-se esta Ação Civil Pública para obtenção de declaração de inconstitucionalidade com efeitos “erga omnes”, não sendo este simples fundamento da “causa de pedir”, mas o próprio objeto do pedido, visto que a supressão do art. 4º do Decreto nº 1.744/95 do direito positivo brasileiro, “in abstrato”, visa a possibilitar, sem definição entre partes, aos estrangeiros não naturalizados, apenas residentes no país ou refugiados, o pleito administrativo do benefício assistencial. Nestes termos, a r. sentença recorrida estabeleceu a proibição ao INSS (Agências) de aplicação do art. 4º do Decreto nº 1.744/95 em todo o território nacional, resultando em efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade “in abstrato” desse ato normativo. Nessa hipótese, do trânsito em julgado desse “decisum” nenhum outro juízo ou Tribunal poderia apreciar diversamente a questão da constitucionalidade declarada “erga omnes”, não obstante em revelada infringência ao art. 102, inc. I, “a”, da CF.

Controle de constitucionalidade em abstrato no direito brasileiro é da competência originária exclusiva do STF (art. 102, inc. I, “a”, da CF).

Juízo sentenciante incompetente para o processamento e julgamento desta ação civil pública.

Apelações da União Federal e do INSS providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento às apelações da União Federal e do INSS, para reconhecer e declarar a carência de ação por incompetência do r. juízo sentenciante para o processo e julgamento desta Ação Civil Pública*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

Trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em 30 de julho de 2004 pelo Ministério Público Federal em face da União Federal e do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a garantia do direito à concessão de amparo social, benefício instituído pelo inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, aos estrangeiros, residentes no Brasil ou refugiados, em situação regular, ainda que não naturalizados, se preenchidos os requisitos ordinários.

Consta, nos presentes autos, às fls. 36/99, como elemento de prova, cópia dos autos da representação junto ao Ministério Público Federal.

A r. sentença (fls. 266/271), proferida em 12 de agosto de 2005, afastou as preliminares de ilegitimidade passiva da União e ativa, do Ministério Público, bem como de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, ante a impossibilidade de se obter a declaração de inconstitucionalidade *erga omnes* por ação civil pública, argüidas em sede de contestação, tanto pela União, quanto pelo INSS. No mérito, julgou procedente o pedido da ação civil pública, reconhecendo, incidentalmente, por questão de ordem lógica, a inconstitucionalidade do artigo 4º do Decreto nº 1.744/95, para obrigar a União Federal e o INSS a concederem o benefício assistencial, garantido pelo artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, aos estrangeiros residentes no país ou refugiados, em situação regular, se preenchidos os requisitos ordinários à concessão do benefício, cujo efeito deverá se estender a todo o território nacional, afastada, portanto, a aplicação do artigo 16 a Lei nº 7.347/85. Por fim, antecipou os efeitos da tutela pretendida, determinando seja oficiado ao INSS para que proceda orientação interna, no prazo máximo de 20 (vinte) dias, a fim de dar publicidade e apoio operacional a todas as Agências do INSS no país, para que cumpram, adequadamente, os termos desta decisão, sob pena de cominação de multa, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser revertido em favor do Fundo Nacional de Direitos Difusos, cada vez que houver infração quanto ao decidido. No tocante à sucumbência, condenou os rés a arcarem proporcionalmente com os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa (R\$ 500.000,00). A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, interpôs a União Federal apelação (fls. 279/337), requerendo, preliminarmente, o seu recebimento no efeito suspensivo. Ainda, em sede de preliminar, alega a ilegitimidade passiva *ad causam* da União, uma vez ser somente o INSS o responsável pela operacionalização do benefício da prestação continuada; a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, por não se tratar a presente causa de direitos individuais homogêneos indisponíveis; a necessidade de limitação dos efeitos da sentença à circunscrição territorial de jurisdição do órgão judiciário prolator, nos termos das Leis nºs 7.247/85 e 9.494/97; a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois está se utilizando da ação civil pública com o fim de declarar a inconstitucionalidade de lei com efeito *erga omnes*; e a impossibilidade de concessão de tutela antecipada, quando esta esgotar o objeto da ação principal contra a Fazenda Pública. No mérito, sustenta ser o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal norma programática, com eficácia limitada, cabendo, portanto, ao legislador infraconstitucional regulamentá-lo, que o definiu, segundo critérios de oportunidade, no sentido de que deve ser concedido o referido benefício apenas aos brasileiros natos ou naturalizados. Ademais, aduz ainda ser o foro competente para o conhecimento e julgamento da presente ação o da Capital Federal. Por fim, pugnou pelo prequestionamento da matéria - Lei nº 8.742/92, Decreto nº 1.744/95 e artigos 5º, 37 e 203 da Constituição Federal, para fins de interposição recursal aos Tribunais Superiores.

Também não-resignado, o INSS interpôs apelação (fls. 341/378), pugnando, inicialmente, pelo seu recebimento no efeito suspensivo. Ainda, preliminarmente, argüi a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, uma vez que tem esse permissão de atuar na defesa dos direitos individuais apenas quando eles forem indisponíveis, o que não é o caso dos autos; a inadequação da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos sem relação de consumo; e a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, em vista da declaração de inconstitucionalidade *erga omnes* do artigo 4º do Decreto nº 1.744/95 pelo Juízo *a quo*. No mérito, argumenta que o inciso V do artigo 203 da Constituição Federal cuida de norma programática, cuja extensão de sua normatividade foi deixada a critério de avaliação do legislador infraconstitucional, que assegurou o benefício assistencial apenas aos cidadãos brasileiros natos ou naturalizados. Sustentou ainda que, se até aos portugueses, é indispensável a existência de reciprocidade, para lhes serem atribuídos os direitos inerentes aos brasileiros, mais exigências haverá quanto aos demais estrangeiros. No tocante à tutela antecipada, alega a sua impossibilidade quando ela esgotar o objeto da ação principal contra a Fazenda Pública, a existência de risco de irreversibilidade do provimento antecipado, e a falta dos requisitos necessários a sua concessão.

Contra a decisão de fls. 379, que recebeu a apelação apenas em seu efeito devolutivo, interpuseram o INSS e a União Federal agravo de instrumento, cujas cópias foram juntadas aos autos, respectivamente, às fls. 387/416 e 419/442.

Às fls. 447/449 e 452/454, foram acostadas aos autos cópias das decisões liminares dos agravos de instrumento que concederam o efeito suspensivo pleiteado.

Por sua vez, foi ainda juntada, às fls. 462/464, cópia da decisão de suspensão de segurança, requerida pelo INSS, na qual determinou a Ilustríssima Presidente desta E. Corte o sobrestamento do feito até que sobrevenha ulterior decisão nos agravos de instrumento interpostos.

Com as contrarrazões (fls. 466/494), subiram os autos a este Egrégio Tribunal

Regional Federal, ocasião em que foi concedida vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Em Parecer de fls. 501/550, a Procuradoria Regional da República opina pelo parcial provimento da remessa oficial, pelo provimento da apelação da União Federal, para reconhecer a sua ilegitimidade passiva, bem como pelo improvimento da apelação do INSS.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

O Ministério Público Federal, pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, ajuíza Ação Civil Pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o reconhecimento do direito ao benefício instituído pelo inciso V do artigo 203 da Constituição Federal para os estrangeiros não naturalizados, residentes no Brasil.

A r. sentença de fls. 266/271 julgou procedente a ação.

A União Federal interpôs recurso de apelação, arguindo preliminares de ilegitimidade passiva; de ilegitimidade ativa “ad causam” do Ministério Público Federal; de competência originária para a declaração de constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal; de incompetência do r. juízo para reconhecimento da inconstitucionalidade de lei em Ação Civil Pública, a qual atribuiu efeitos “erga omnes”, e de impossibilidade de tutela antecipada que finalize o objeto da ação.

O INSS interpôs recurso de apelação, com pedido de recebimento em ambos os efeitos, e arguiu preliminares de ilegitimidade ativa “ad causam” do Ministério Público Federal; usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade de lei; e limitação territorial do artigo 16 da Lei nº 7.347/85.

Análise das preliminares pela ordem de arguição

Da União Federal

De início observo que o recebimento dos recursos de apelação em ambos os efeitos restou definido nas liminares de fls. 447/449 e 452/454, que ora se confirma.

Rejeito a arguição de ilegitimidade passiva da União Federal. O pleito trata de questão de repercussão nacional concernente à soberania do Estado na medida que propõe estabelecer vinculação jurídica do Estado Brasileiro por seu órgão previdenciário com estrangeiro que não ostenta a condição de naturalizado e também com refugiado, que apenas se encontram em situação regular e residentes no país.

Evidente que a proposta desta Ação Civil Pública gera efeito econômico geral no Sistema da Seguridade Social do Estado e respectivas fontes de custeio, despertando o interesse de agir da União, colocando-a na situação de parte passiva legítima ao lado do INSS.

A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993) trata no Capítulo V do financiamento da Assistência Social e dispõe no artigo 29 que “os recursos de responsabilidade da União destinados à Assistência Social serão automaticamente

repassados ao Fundo Nacional de Assistência Social - FNAS, à medida que se forem realizadas as receitas”.

Evidente o interesse da União, responsável pelo provimento dos recursos que custeiam a Assistência Social, não obstante o Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995, que regulamentou a Lei nº 8.742, de 1993 (LOAS), atribua ao INSS a responsabilidade pela operacionalização do benefício de prestação continuada previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, conforme artigo 32, parágrafo único, do Regulamento.

Atente-se que o cerne do pedido nesta Ação Civil Pública não é o benefício assistencial em si mesmo, individualizado, mas a inclusão de pessoas estrangeiras não definidas que não foram incluídas na legislação da Assistência Social (artigo 4º do Decreto nº 1.744/95), inclusão que resultaria na alteração legislativa orçamentária, visto que o artigo 165, § 5º, inciso III, da Constituição Federal, dispõe sobre a lei orçamentária anual da seguridade social e os artigos 194 e 195, também desta Carta, estabelecem a seguridade social como “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”, a qual “será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da Lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e contribuições sociais”.

Por conseguinte, remanesce o interesse da União na lide como parte legítima passiva, que ora se mantém à vista da conjugação do artigo 165, § 5º, inciso III, com os artigos 194 e 195, todos da Constituição acima citada.

Preliminar de ilegitimidade “ad causam” do Ministério Público Federal

Na sequência, a União apresenta arguição de ilegitimidade ativa “ad causam” do Ministério Público Federal. De modo idêntico posiciona-se o INSS em seu recurso de apelação, sob argumento de que não cabe ao Ministério Público Federal proteger interesses individuais, divisíveis e de natureza disponível não inseridos nas relações de consumo.

Contudo, a meu ver, a postulação nesta Ação Civil Pública legítima “ad causam” o Ministério Público, sediada em dois dispositivos constitucionais, artigos 6º e 127, *in verbis*:

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

(...)

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A par das disposições constitucionais, a legislação infraconstitucional amplia a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública.

A Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985, anterior à Constituição Federal de 1988, mas por esta recepcionada, disciplina a Ação Civil Pública por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (artigo 1º,

incisos II e IV). A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispôs sobre a proteção ao consumidor e propicia a defesa coletiva em juízo pelo Ministério Público dos interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum (artigos 81 e 82).

O Professor Rodolfo de Camargo Mancuso, na conhecida obra “Da Ação Civil Pública”, citando Rui Gavião de Almeida, esclarece:

“O problema da identificação da natureza do interesse deflui da realidade social. Dela, ante o emergente conflito, nasce o direito de ação. Não pode, consequentemente, esse direito ficar condicionado não só ao critério do legislador processual em reconhecê-lo, quando confere legitimidade ao Ministério Público para agir, como que a autorizar o direito de ação. Se assim fosse, esse direito perderia a fonte constitucional e restaria reduzido ao critério do legislador”.

A Doutrina conceitua os interesses individuais homogêneos como aqueles da mesma natureza titulados por um certo número de indivíduos, caracterizando o interesse individual homogêneo a natureza comum a todos os titulares.

Nestes autos, a homogeneidade está presente no interesse de reconhecimento dos direitos da Assistência Social para estrangeiros ou refugiados não naturalizados, mas residentes no país que transpõe pela sua dimensão geral e abrangência numa simples relação de consumo.

Sob esse aspecto, legítima a atuação do Ministério Público, que propicia o acesso à Justiça na forma coletiva de jurisdicionados não determinados individualmente, porém partícipes do genérico e universal contingente de estrangeiros (não naturalizados) aqui residentes.

Ada Pelegrini Grinover ensina:

“A Lei nº 7.347/85 denominada Lei da Ação Civil Pública, cuidava somente da defesa do consumidor e do ambiente em sentido lato e no estrito âmbito dos interesses difusos e coletivos, ou seja, quando se tratasse de bens indivisíveis. Foi o Código de Defesa do Consumidor que ampliou a abrangência da referida Lei, determinando sua aplicabilidade a todos os interesses difusos e coletivos (artigo 110 do CDC) e ainda criando uma nova ação coletiva para a tutela do que denominou ‘interesses ou direitos individuais homogêneos’, ou seja, direitos subjetivos divisíveis, titularizados nas mãos de pessoas determinadas, tradicionalmente tratados apenas a título individual (ou, quando muito, pela figura do litisconsórcio) agora passíveis de reunião num único processo, em virtude de sua homogeneidade, decorrente de uma origem comum (artigo 81, III, CDC)”, in “As Novas Ações Coletivas nos Tribunais”.

Nestes termos, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, autor da presente Ação Civil Pública.

Da competência originária e da impropriedade da Ação Civil Pública para declaração de inconstitucionalidade

A União Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, réus nesta ação, em seus recursos de apelação, pedem a reforma da r. sentença de fls. 266/271, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 4º do Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995, e atribuiu efeito “erga omnes” a essa decisão para todo o território nacional, em contrariedade ao artigo 102, inciso I, letra “a”, da Constituição Federal.

A proposta desta Ação Civil Pública é expungir do ordenamento jurídico brasileiro o artigo 4º do Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995, *in verbis*:

“São também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiência estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem”.

Anote-se que o estrangeiro está abrangido pela legislação da Assistência Social, mas deve apresentar documento de naturalização e residência no Brasil, isto é, ter o “animus” de ser brasileiro e permanência no território nacional. E esse ato normativo com tais requisitos é o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade nesta Ação Civil Pública, a seguir analisado.

O modelo processual para tutela dos interesses difusos e coletivos instituído pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, suscita ainda dúvidas e controvérsias quanto aos efeitos “erga omnes” da sentença proferida na Ação Civil Pública que produz tutela genérica de interesse público e resvala para a competência restrita da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É o caso dos autos.

O controle de constitucionalidade em abstrato no direito brasileiro é da competência originária exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, letra “a”, da CF).

O controle incidental de constitucionalidade “incidenter tantum”, restrito a uma situação de litígio entre partes coloca-se como questão prejudicial à solução de mérito. O professor Alfredo Buzaid ensina que a declaração incidental de inconstitucionalidade “é sempre e necessariamente questão prejudicial, ou seja, não é questão principal debatida na causa; por isso o juiz não a decide ‘principaliter’, mas ‘incidentaliter tantum’, pois ela não figura nunca como objeto do processo e *dispositivo da sentença*” (...) “Essa situação é precisamente a situação que subsiste em nosso sistema positivo no caso de declaração incidental de inconstitucionalidade, ou seja, qualquer outro juízo poderá, sobre a questão da inconstitucionalidade, decidir diferentemente, o que é *virtualmente impossível* em face dos efeitos ‘erga omnes’ e respectiva coisa julgada com essa dimensão subjetiva tal como previsto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85”. (*In* “Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”. São Paulo, 1958, g/n)

O E. Ministro e Professor Gilmar Mendes de igual modo posiciona-se nestes termos:

“Em face das características especiais que ornaram a ação civil pública, seria lícito indagar sobre a sua adequação para o controle de constitucionalidade das leis na modalidade de controle incidental ou concreto. Em outros termos, seria possível que o juiz, ao apreciar pedido formulado em ação civil pública, afastasse topicamente a incidência ou a aplicação de uma dada norma federal ou estadual em face da Constituição Federal? Qual seria a eficácia dessa decisão?

É fácil ver, desde logo, que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de ‘processos subjetivos’.

A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesse próprio, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil senão impossível sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que ‘a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*’.

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria um afazer político de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitimasse não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

Deve-se acrescentar, ademais, que o julgamento desse tipo de questão pela jurisdição ordinária de primeiro grau suscita um outro problema, igualmente grave, no âmbito da sistemática de controle de constitucionalidade adotada no Brasil. Diferentemente da decisão *incidenter tantum* proferida nos casos concretos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia fica adstrita às partes do processo, a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pelo juiz de primeiro grau haveria de ser dotada de eficácia geral abstrata. Nem poderia ser diferente: como as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico específico, mas, propriamente, na proteção do interesse público, qualquer pretensão no sentido de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processos apenas às partes formais do processo redundaria na sua completa nulificação.

Em outros termos, admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso iure* a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão de atuação no Senado Federal.

É certo, ademais, que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de uma impugnação direta da lei.

Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais”. (MENDES, Gilmar, “Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade”, *in* MILARÉ, Edis (coord.). “A Ação Civil Pública Após 20 anos: efetividade e desafios”. Revista dos Tribunais. São Paulo, pp. 201-202)

Na sequência, destaco as lições do Professor Arruda Alvim:

“O que se percebe claramente é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência exclusivamente, contra um ou mais textos legais, e o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas vir a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esse sobreposto. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração ‘in abstrato’, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração ‘incidenter tantum’. Se declarada a inconstitucionalidade, dessa forma, e, somado a isto ou tendo-se em vista os efeitos ‘erga omnes’, que a Lei nº 7.347/85 agregou às decisões com base nela proferidas, à luz de seu artigo 16 (Lei da Ação Civil Pública), é evidente que, transitada em julgado uma tal decisão, com um tal conteúdo declaratório de inconstitucionalidade, isto levará à inaplicabilidade, para o futuro de tais normas, dentro das jurisdições onde tais decisões hajam sido proferidas. (...) Parece ser evidente que essa hipótese de ação coletiva, sem uma definição histórica real de fatos, e, em que se pleiteie a inconstitucionalidade de lei se insere na competência exclusiva do STF, pois que é ao Supremo Tribunal Federal que cabe a possibilidade de decretar em ação direta a inconstitucionalidade da lei em tese, e, isto ocorrendo esta lei não mais poderá ser aplicada”. (*In* Revista de Processo - Repositório de Jurisprudência autorizado pelo STJ e TRF 1ª Região, nº 81).

No caso, utiliza-se esta Ação Civil Pública para obtenção de declaração de inconstitucionalidade com efeitos “erga omnes”, não sendo este simples fundamento da “causa de pedir”, mas o próprio objeto do pedido, visto que a supressão do artigo 4º do Decreto nº 1.744/95 do direito positivo brasileiro, “in abstrato”, visa a possibilitar, sem definição entre partes, aos estrangeiros não naturalizados, apenas residentes no país ou refugiados, o pleito administrativo do benefício assistencial.

Nestes termos, a r. sentença recorrida estabeleceu a proibição ao INSS (Agências) de aplicação do artigo 4º do Decreto nº 1.744/95 em todo o território nacional, resultando em efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade “in abstracto” desse ato normativo.

Nessa hipótese, do trânsito em julgado desse “decisium” nenhum outro juízo ou Tribunal poderia apreciar diversamente a questão da constitucionalidade declarada “erga omnes”, não obstante em revelada infringência ao artigo 102, inciso I, letra “a”, da Constituição Federal.

Ante o exposto, dou provimento aos apelos da União Federal e do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS para reconhecer e declarar a carência de ação por incompetência do r. juízo sentenciante para o processo e julgamento desta Ação Civil Pública.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0004084-82.2005.4.03.6100
(2005.61.00.004084-7)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO/SP
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AMS 284366
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/03/2012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DE SÃO PAULO - DIREITO PROCESSUAL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO - PRELIMINARES REJEITADAS - LEGITIMIDADE ATIVA - MULTA DO ARTIGO 32 DA LEI Nº 4.357/1964, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.051/2004 - SUSCITADA A INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE - SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DA IMPETRAÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de intempestividade da apelação, pois o prazo da União Federal apelar (30 dias, conforme arts. 508 e 188 do Código de Processo Civil), considerando sua intimação pessoal aos 12/07/2006 (fl. 157), teria término no dia 11/08/2006 (sexta-feira), que é feriado na Justiça (Dia dos Cursos Jurídicos), por isso prorrogando-se o prazo para o primeiro dia útil seguinte que, no caso, foi 14/08/2006, data em que foi interposto o recurso (fl. 158).

II - Rejeitada a preliminar de descabimento do reexame necessário, pois a matéria controvertida nestes autos não é objeto de específica jurisprudência do plenário ou sumulada dos Eg. Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, tratando as súmulas nºs 70, 323 e 547 do C. STF de questões semelhantes, por isso sendo inaplicável a regra do art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil.

III - Rejeito as preliminares de inadequação da via eleita pela necessidade de dilação probatória e de ausência de direito líquido e certo, pois a questão controvertida nos autos é meramente de direito, sem necessidade de produção de qualquer prova para o julgamento da lide e, no mais, a existência ou não do direito líquido e certo alegado é pertinente ao mérito da demanda.

IV - A legitimidade da OAB, Seção de São Paulo, para impetrar mandado de segurança coletivo em favor dos interesses dos advogados e das sociedades de advogados sujeitas à sua jurisdição, é prevista no art. 5º, inciso LXX, alínea “b”, da Constituição Federal.

V - Impugnação da constitucionalidade da regra constante do art. 32 da Lei nº 4.357/64, modificado pela Lei nº 11.051/2004 (que vedou às pessoas jurídicas, sob pena de multa pecuniária, o pagamento de remuneração e a distribuição de lucros enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, no prazo legal).

VI - Relevância dos fundamentos de ofensa a princípios constitucionais (princípios do devido processo legal, seus consectários princípios do contraditório e da

ampla defesa, da razoabilidade e da proporcionalidade, além da restrição indevida à liberdade de atividades econômicas e profissionais), ao entendimento que fundamentou a edição das súmulas nº 70, 323 e 547 do C. STF, pois não se afigura apenas como uma providência acautelatória dos interesses públicos na arrecadação de tributos, mas sim como um meio coercitivo ao pagamento dos tributos, com uma inconcebível e implícita presunção de que haveria risco aos interesses fazendários pelo mero pagamento de remuneração ou pela distribuição de lucros aos sócios, com o que há clara dessemelhança com outras medidas assecuratórias já reconhecidas como legítimas em nosso ordenamento jurídico, como o arrolamento de bens do art. 64 da Lei nº 9.532/1997 ou a ação cautelar fiscal da Lei nº 8.397/1992.

VII - Suscitada a arguição de inconstitucionalidade perante o colendo Órgão Especial desta Corte para análise da matéria, nos termos dos arts. 97 da Constituição, 481 do CPC e 11, parágrafo único, alínea “g”, do RITRF-3ª Região, suspendendo-se o julgamento nos termos regimentais.

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, rejeitar as preliminares e suscitar arguição de inconstitucionalidade perante o colendo Órgão Especial desta Corte, suspendendo-se o julgamento nos termos regimentais, nos termos do relatório e votos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de outubro de 2011.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado aos 28/03/2005 pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO em face do Delegado da Receita Federal de Fiscalização (DEFIC) e do Delegado da Receita Federal de Administração Tributária (DERAT), cujo objetivo é afastar a aplicação, contra os interesses das sociedades de advogados, e dos advogados que as integram, vinculados à Secção do Estado de São Paulo, do disposto no artigo 17 da Lei nº 11.051/2004 (que vedou às pessoas jurídicas, sob pena de multa pecuniária, o pagamento de remuneração e a distribuição de lucros), sob fundamento de sua inconstitucionalidade, porque a regra pretendeu reviver antiga restrição do regime militar de exceção constante do art. 32 da Lei nº 4.537/64, em violação ao princípio constitucional da subsidiariedade, da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da existência digna do cidadão (art. 170, *caput*), bem como, os princípios constitucionais do devido processo legal formal (art. 5º, LIV) e do “in dubio pro reo” (art. 5º, LVII).

Concedida a medida liminar (fls. 66/70), a União Federal noticiou a interposição de agravo de instrumento (fls. 109/125), sendo indeferido nesta Corte, em decisão do eminente Desembargador Federal Carlos Muta, o pedido de efeito suspensivo (fls. 136/143), sendo o agravo depois julgado prejudicado pela prolação da sentença (fls. 180/181).

Processado o feito, a sentença (fls. 145/150) concedeu a segurança, submetida a reexame necessário.

A União Federal interpôs apelação (fls. 158/176), em síntese, argüindo preliminares de inadequação da via eleita pela necessidade de dilação probatória e de ausência de direito líquido e certo, no mérito postulando a reforma da sentença para denegação da segurança, sustentando que o dispositivo que veda a distribuição de lucros aos sócios tem a natureza de garantia dos débitos tributários da sociedade, quando esta não pagou e nem ofereceu garantias de seu recolhimento, sob pena de privilegiar os interesses privados nos lucros em face do interesse público de toda a sociedade no cumprimento da obrigação legal tributária.

A impetrante apresentou contrarrazões, com preliminares de intempestividade da apelação e de descabimento do reexame necessário nos termos do art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil (por estar a sentença em consonância com as súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nºs 70, 323 e 547) (fls. 187/214).

Subiram os autos, então, a esta Corte.

O Ministério Público Federal, pela i. Procuradora-Regional da República Marcela Moraes Peixoto, manifestou-se pelo desprovemento do recurso e manutenção da sentença (fls. 218/225).

A impetrante noticiou seu interesse em fazer sustentação oral quando do julgamento do feito perante esta Corte (fls. 245).

Dispensada a revisão, por tratar-se de matéria predominante de direito, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Passo ao exame das questões suscitadas.

I - Das preliminares

I-A - Suscitadas pela OAB/SP impetrante/apelada em suas contrarrazões

Rejeito a preliminar de intempestividade da apelação, pois o prazo da União Federal apelar (30 dias, conforme arts. 508 e 188 do Código de Processo Civil), considerando sua intimação pessoal aos 12/07/2006 (fl. 157), teria término no dia 11/08/2006 (sexta-feira), que é feriado na Justiça (Dia dos Cursos Jurídicos), por isso prorrogando-se o prazo para o primeiro dia útil seguinte que, no caso, foi 14/08/2006, data em que foi interposto o recurso (fl. 158).

Rejeito a preliminar de descabimento do reexame necessário, pois a matéria controvertida nestes autos não é objeto de específica jurisprudência do plenário ou sumulada dos Eg. Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, tratando as súmulas nºs 70, 323 e 547 do C. STF de questões semelhantes, por isso sendo inaplicável a regra do art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil.

“LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão

depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)”

Assim, devem ser conhecidos e julgados ambos os recursos: remessa oficial e apelação da União Federal.

I-B - Suscitadas pela União Federal/apelante

Rejeito as preliminares de inadequação da via eleita pela necessidade de dilação probatória e de ausência de direito líquido e certo, pois a questão controvertida nos autos é meramente de direito, sem necessidade de produção de qualquer prova para o julgamento da lide e, no mais, a existência ou não do direito líquido e certo alegado é pertinente ao mérito da demanda.

I-C - Analisada “ex officio”

Anoto, inicialmente, que a legitimidade da OAB, Secção de São Paulo, para impetrar mandado de segurança coletivo em favor dos interesses dos advogados e das sociedades de advogados sujeitas à sua jurisdição, é prevista no art. 5º, inciso LXX, alínea “b”, da Constituição Federal.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

II - Do mérito

A controvérsia diz respeito ao seguinte dispositivo legal:

“LEI Nº 11.051, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2004. Conversão da MPv nº 219, de 2004. Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências.

Art. 17. O art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 32.

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta: I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias.

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica.’ (NR)”

O citado art. 32 da antiga Lei nº 4.357/64, modificado pela Lei nº 11.051/2004, passou a ter, então, a seguinte redação completa:

“LEI Nº 4.357, DE 16 DE JULHO DE 1964. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do impôsto sôbre a renda, e dá outras providências.

Art 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de impôsto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão:

- a) distribuir ... (VETADO) ... quaisquer bonificações a seus acionistas;
- b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;
- c) (VETADO).

Parágrafo único. A desobediência ao disposto neste artigo importa em multa, reajustável na forma do art. 7º, que será imposta:

- a) às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem ... (VETADO) ... bonificações ou remunerações, em montante igual 50% a (cinquenta por cento) das quantias que houverem pago indevidamente;*
- b) aos diretores e demais membros da administração superior que houverem*

recebido as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) destas importâncias.

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)”

Trata-se, aliás, de regra da mesma essência daquela constante do artigo 52 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela MP nº 449, de 2008, e Lei nº 11.941, de 2009:

“LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

Art. 52. À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido:

I - distribuir bonificação ou dividendo a acionista;

II - dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio-cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento.

Parágrafo único. A infração do disposto neste artigo sujeita o responsável à multa de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento, atualizadas na forma prevista no art. 34. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

II - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).”

Questiona-se a constitucionalidade da referida regra legal sob argumentos de ofensa a diversas normas constitucionais, como os princípios do devido processo legal, seus consectários princípios do contraditório e da ampla defesa, da razoabilidade e da proporcionalidade, além da restrição indevida à liberdade de atividades econômicas e profissionais, que se fundam nos seguintes dispositivos:

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

TÍTULO VII - Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Todavia, trata-se apenas de uma providência acautelatória dos interesses públicos na arrecadação dos tributos destinados à União Federal e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, que devem prevalecer ante os interesses privados, sendo uma medida de natureza antievasiva, evitando que as sociedades que estejam em débito, não garantido (leia-se: que não tenham sua exigibilidade suspensa pelas causas do art. 151 do Código Tributário Nacional), procedam à distribuição de lucros aos acionistas, o que tornaria muito difícil a exigência tributária pelo Estado através dos meios legais e regulares de cobrança.

Não se vislumbra, nesta regra legal, ofensa a quaisquer dos princípios ou normas constitucionais, nem ao entendimento que fundamentou a edição das súmulas nº 70, 323 e 547 do C. STF, pois não há impedimento a que a sociedade ou seus acionistas tenham um livre e pleno exercício de suas atividades negociais/profissionais, inclusive com possibilidade de recebimento de remuneração pelo associado (que é o pró-labore - percebido periodicamente pelos sócios e destinado à sua manutenção, e não os lucros da sociedade, esta última verba que possui natureza diversa, nos termos da própria Constituição, art. 7º, XI), nem há, na espécie, um meio coercitivo ao pagamento dos tributos, mas apenas se exige a prestação de garantia de seu recolhimento quando a pessoa jurídica pretenda distribuir lucros ou bonificações aos sócios ou associados, medida, aliás, semelhante ao arrolamento de bens do art. 64 da Lei nº 9.532/1997 ou à ação cautelar fiscal da Lei nº 8.397/1992.

Supremo Tribunal Federal

“Súmula nº 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo;”

“Súmula nº 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

“Súmula nº 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

Nesse sentido os seguintes precedentes dos Tribunais Regionais Federais, inclusive um específico desta matéria desta C. 3ª Turma:

“TRIBUTÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DE BONIFICAÇÕES LUCROS. DÍVIDA NÃO GARANTIDA COM A UNIÃO E O INSS. VEDAÇÃO LEGAL. PREVALÊNCIA.

1. Ao contribuinte em débito com a União ou o INSS, cuja dívida não estiver devidamente garantida, é vedado a atribuição de participação nos lucros e a distribuição de bonificações, sob pena de incorrer na multa estipulada na Lei nº 4.357/64, com a redação introduzida pela Lei nº 11.051/04.

2. O intuito da legislação é apenas vedar a distribuição de lucros e bonificações em prejuízo do recolhimento de tributos devidos ao erário, não se evidenciando as supostas violações dos princípios invocados pelo contribuinte.

3. Apelação desprovida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, vu. AMS 200561000064906, AMS 284234. Rel. JUÍZA CECÍLIA MARCONDES. DJF3 CJ1 18/10/2010, p. 271. J. 30/09/2010)

“PROCESSUAL CIVIL. (...). TRIBUTÁRIO. INFRAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 52 DA LEI Nº 8.212/1991. REDAÇÃO DADA PELA MP Nº 449/2008. LIMITAÇÃO DA MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI QUE COMINA PENALIDADE MENOS SEVERA AO CONTRIBUINTE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. (...)

(...) 2. A Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, modificou o art. 52 da Lei nº 8.212/1991, determinando a aplicação do disposto no art. 32 da Lei nº 4.357/1964 às empresas devedoras de contribuições previdenciárias que atribuírem participação de lucros a seus sócios ou quotistas.

3. Para o efeito de incidência do suporte fático previsto no art. 32 da Lei nº 4.357/1964, bastam dois requisitos: o não pagamento de débito não garantido no prazo de vencimento (ou cuja exigibilidade não esteja suspensa nos termos do art. 151 do CTN) e a distribuição de lucros aos sócios.

4. Em se tratando de descumprimento de dever instrumental ou formal, a infração não é sanada pela satisfação da obrigação principal.

5. Qualquer obrigação, restrição ou sanção administrativa deve guardar razoabilidade, o que exige do administrador o questionamento sobre o que deseja alcançar com a medida e o que ela acarreta no caso particular. O novo regramento do art. 52 da Lei nº 8.212/1991 homenageia o princípio da razoabilidade, instituindo mecanismo limitador do valor da multa, conforme o parágrafo 2º do art. 32 da Lei nº 4.357/1964, correspondente a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica.”

(...) (TRF 4ª Região, 1ª Turma, vu. AC 200371070182212. Rel. JOEL ILAN PACIORNIK. D.E. 09/06/2009. J. 27/05/2009)

“ARTIGO 52 DA LEI Nº 8.212/91. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO HÁ. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. EMPRESA COM DÉBITOS FISCAIS. MULTA PUNITIVA.

1. À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido distribuir bonificação ou dividendo a acionista, bem como dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio-cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento, sujeitando-se à multa, em caso de descumprimento.

2. Não há ofensa ao princípio da livre iniciativa disposto na Constituição Federal, nem imposição de gravame superior à proibição de não contratação com o Poder Público, uma vez que se tratam de situações distintas. A um, porque a proibição de contratação com o Poder Público de que trata o artigo 195 da Constituição Federal objetiva evitar que devedor de tributo aufera lucro a partir de contrato com ente público, na prestação de serviço público. A dois, porque a multa aplicada *in casu* constitui penalidade decorrente não do não pagamento das contribuições previdenciárias devidas, mas do fato do não pagamento do tributo cumulado com a distribuição de lucro aos sócios nessa circunstância.

3. O escopo do dispositivo é punir, senão coibir, a sonegação de tributo - no caso, contribuição previdenciária - quando houver meios para o pagamento e o devedor optar por não fazê-lo, preferindo distribuir lucros, beneficiando seus sócios.

4. Não se pode interpretar a lei de forma a pactuar com o entendimento de que é lícito não pagar o tributo devido ao Estado, permitindo a distribuição de lucro aos sócios. Os valores assim confiados a particulares são subtraídos dos cofres públicos, cuja destinação é de interesse público e da coletividade.

5. Não há *bis in idem* na fixação da multa, tendo em vista que não é possível confundir multa de caráter indenizatório e de caráter punitivo/educativo. A primeira decorre de mora, do pagamento em destempo. A segunda diz respeito a infração administrativa - esse é o caso dos autos.

6. Infringida a regra legal, incide a multa. Seu percentual decorre de lei, tendo por escopo justamente coibir não apenas a sonegação fiscal, mas punir a sonegação agravada pelo fato de que se beneficiaram os sócios dos valores não pagos ao Estado, não podendo o juiz, por critério subjetivo, alterar seu valor.”

(...) TRF 4ª Região, 1ª Turma, vu. AC 200270000088145. Rel. MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA. DJ 14/01/2004 p. 186. J. 10/12/2003)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 258/2005. VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS DURANTE SUA VIGÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. ARTIGO 52 DA LEI 8.212/91 (REDAÇÃO ORIGINAL). INEXISTÊNCIA DE BEM IMÓVEL ONERADO QUE TORNE GARANTIDO O DÉBITO. MULTA FIXADA EM VALOR SUPERIOR AO TRIBUTO. ADEQUAÇÃO DA SANÇÃO PARA AFASTAR O CARÁTER DE CONFISCO.

1. Quando da lavratura do auto de infração impugnado, em setembro de 2005, estava plenamente vigente a MP 258, de 21.07.2005 e válidos os atos emanados pelo órgão por ela criado (Receita Federal do Brasil), não sendo cabível a alegada nulidade do auto de infração por incompetência da autoridade que o lavrou. Aceitar tal conclusão seria destituir de qualquer segurança jurídica atos respaldados em medidas provisórias ainda não apreciadas pelo Congresso Nacional, mas

aptas a produzir efeitos nos termos da Constituição Federal de 1988 (art. 62, parágrafos 3º e 11, da CF/88).

2. Ao restringir o direito individual de particulares de auferir lucros quando a empresa é devedora, o artigo 52 da Lei 8.212/91 em sua redação original privilegiava o pagamento dos tributos para preservar e zelar pela integridade da Seguridade Social, que traduz interesse coletivo. Constitucionalidade da norma. Precedente.

3. Independentemente da existência ou não de prova documental da propriedade de imóveis em valor superior ao débito, forçoso reconhecer que a mera previsão genérica de exigência de CNF para a alienação de bens imóveis (artigos 41 e 48 da Lei 8.212/91) não traduz garantia de dívida, pois não implica em oneração do bem.

4. Tendo sido a multa fixada em valor superior ao do tributo, clara está sua irrazoabilidade a clamar a limitação do montante. Assim, correta a sentença ao utilizar, como parâmetro, a previsão do artigo 17 da Lei 11.051/2004, que, ao alterar a Lei 4.357/64, limitou o valor da multa decorrente da distribuição de lucros a 50% do valor total do débito não garantido.

4. Apelações e remessa oficial desprovidas.”

(TRF 5ª Região, 3ª Turma, vu. APELREEX 200681000027015, APELREEX 3455. Rel. Desembargador Federal Leonardo Resende Martins. DJE 26/07/2010, p. 114. J. 15/07/2010)

“TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA POR DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS (AOS SÓCIOS), ESTANDO A EMPRESA EM DÉBITO COM A PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DE REGÊNCIA DO TEMA. MANUTENÇÃO DA AUTUAÇÃO. (...)

É constitucional a previsão de aplicação de multa por distribuição de lucros aos sócios, estando a empresa em débito com a Previdência Social (Lei nº 8.212/91, Art. 52, II); precedentes;

2. No caso, os débitos da empresa foram constituídos com autolancamento, e daí a desnecessidade de realização de processo administrativo fiscal impositivo para realizá-lo (inteligência da Súmula nº 446 do STJ); 3. Manutenção da autuação combatida; 4. Improvimento do apelo.”

(TRF 5ª Região, 3ª Turma, vu. AMS 200683000067297, AMS 95995. Rel. Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. DJE 16/06/2010, p. 222. J. 27/05/2010)

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS INFRINGENTES. MULTA PREVISTA NO ART. 52, DA LEI Nº 8.212/91. CARÁTER ANTIEVASIVO DA NORMA. DÉBITOS GARANTIDOS. CERTIDÕES POSITIVAS COM EFEITOS DE NEGATIVAS VÁLIDAS. SITUAÇÃO REGULAR DA EMPRESA.

1. A finalidade do art. 52, da Lei 8.212/91, é garantir que a distribuição de lucros pelas empresas não comprometa o pagamento de débitos previdenciários, caracterizando-se, assim, seu caráter antievasivo.

(...) A multa prevista no art. 52, da Lei nº 8.212/91, não tem caráter arrecadatário, mas sim protetivo dos interesses previdenciários. Se não houve prejuízo ou risco ao erário, não existem razões para que se a imponha à Embargante, pena de exacerbção do formalismo normativo, o que não é tolerado pelo ordenamento jurídico em vigor. (...)”

(TRF 5ª Região, 3ª Turma, vu. EDAC 20038100007965801, EDAC 348535/01. Rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano. DJ 13/03/2007 - p. 573 - Nº 49. J. 11/01/2007)

“EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. DÉBITOS PERANTE A SEGURIDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 52, DA LEI 8.212/91. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Impossibilidade de distribuição de lucros ou dividendos por empresa em débito com a Seguridade Social, conforme o art. 52, da Lei nº 8.212/91. Supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

2. Não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 52, da Lei nº 8.212/91, uma vez que não existe impedimento de discussão do débito, na via judicial, já que o contribuinte pode suspender sua exigibilidade por uma das formas previstas no art. 151, do CTN.

3. A garantia dos débitos, após o ajuizamento das execuções fiscais, não tem o condão de impedir a autuação da multa determinada no parágrafo único, do art. 52, da Lei 8.212/91, devendo, para tal, preceder ao ato de distribuição dos lucros. Apelação improvida.”

(TRF 5ª Região, 3ª Turma, maioria. AC 200381000079658, AC 348535. Rel. Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. DJ 21/08/2006 - p. 643 - Nº 160. J. 22/06/2006)

Não havendo demonstração de normas infralegais administrativas ou conduta reiterada no sentido de que o dispositivo legal deva ser aplicado de forma diversa da considerada neste julgamento, mostra-se incabível a concessão do presente *mandamus* coletivo, devendo as eventuais controvérsias surgidas em casos concretos serem dirimidas através de ações individuais propostas pelos interessados.

Assim sendo, deve ser reformada a r. sentença que concedeu a segurança.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação da União Federal e à remessa oficial, reformando a sentença para denegar a segurança, nos termos da fundamentação supra.

É o VOTO.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES: Cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 26ª Vara Cível /SP, que, em autos de mandado de segurança coletivo impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo contra atos do Delegado da Receita Federal de Fiscalização e do Delegado da Receita Federal de Administração Tributária, concedeu a ordem, para obstar a imposição aos membros da impetrante (sociedades de advogados e causídicos que as integram) das

penalidades previstas pela cumulação dos arts. 17 da Lei nº 11.051/2004 e 32 da Lei nº 4.357/1964.

Neste Tribunal, distribuídos os autos ao eminente Desembargador Federal Carlos Muta, houve sujeição do feito a julgamento na sessão de 29/9/2011, ocasião em que o MM. Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro, na condição de Relator, deu provimento à remessa oficial e à apelação fazendária.

Em síntese, pontificou, Sua Excelência, que:

1 - desmerecem guarida as preliminares de intempestividade de apelação; descabimento, na espécie, do reexame necessário; e inadequação da via eleita;

2 - a norma questionada cuida, apenas, de providência acautelatória do interesse público relativamente à arrecadação tributária, cujos efeitos hão de preponderar sobre os interesses privados, tendo por escopo natureza antievasiva, eis que a prévia distribuição de lucros a acionistas dificultaria sobremodo a reclamação da satisfação da exigência tributária pelo Estado, através dos meios regulares de cobrança;

3 - não se vislumbra ofensa a princípios constitucionais, à minguada de empeco ao regular exercício de atividades negociais/profissionais, bem assim de configuração de meio coercitivo ao pagamento de exações, tratando-se, tão-só, de se exigir a apresentação de garantia, antecedentemente à distribuição de lucros/bonificações, por parte da pessoa jurídica;

4 - inexistindo demonstração de aplicação desvirtuada das normas em referência, inadmissível a concessão da ordem rogada, devendo as controvérsias surgidas nos casos concretos serem dirimidas em ações individuais propostas pelos interessados.

Na oportunidade, pedi vista dos autos, por detectar estar imbricada matéria de índole constitucional, com possível necessidade de prévia palavra do Órgão Especial a respeito de sua higidez jurídica, e, agora, trago meu voto.

Antes do mais, acompanhamos a ilustrada Relatoria no que concerne à rejeição da matéria preambular pelos litigantes trazida.

Dizente à problemática de fundo, compulsando os autos, convencemo-nos da impressão que tivemos num primeiro lanço, tal seja a de imprescindibilidade do encaminhamento do feito ao Órgão Especial para deslinde de temática constitucional exsurgida, suspendendo-se o julgamento das medidas processuais existentes nos autos. Vejamos por que.

Nesta via mandamental, requer-se sejam obstaculizadas medidas concretizadas na esteira dos artigos arts. 17 da Lei nº 11.051/2004 e 32 da Lei nº 4.357/1964, mercê das quais, em substância, é vedada, sob pena de multa, a distribuição de bonificações/lucros a acionistas/sócios, em apresentando, a pessoa jurídica, débitos não garantidos em relação à União e autarquias de Previdência e Assistência Social.

Transcreva-se, num primeiro lanço, o art. 32 da Lei nº 4.357/1964, na dicção da Lei nº 11.051/2004:

“Art 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão:

- a) distribuir ... (VETADO) ... quaisquer bonificações a seus acionistas;
- b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;
- c) (VETADO).

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)”

A nosso modo de pensar, revela-se plausível tenha referido preceptivo incorrido em ofensa a diversos cânones constitucionais, dos quais citaremos alguns exemplificativamente.

Devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV):

A normatividade em questão aparenta consagrar forma de retaliação direcionada à pessoa jurídica faltosa em relação ao adimplemento da carga tributária. Melhor retratando, cuida-se de espécie de coação legal, vocacionada à satisfação forçada de exação tributária, o que transparece impróprio frente à constatação de assistir aos credores públicos meio judicial próprio, regular e conforme o devido processo legal, à quitação desses débitos, avultando de relevância a cobrança executiva, com regras e rito pré-definidos e de conhecimento dos devedores.

De se ver que nesse ambiente adequado à cobrança serão acudidas as necessidades intrínsecas ao contraditório e à ampla defesa, de maneira que os executados terão ensejo ao debate em torno da cobrança, nos moldes da legislação de regência, em lugar de serem, de chofre, surpreendidos com uma medida impulsiva ao recolhimento do tributo, tomada extra-autos.

O intuito do dispositivo legal, por conseguinte, é o de evitar ou dificultar o livre acesso à jurisdição por parte do contribuinte, o que encontra empecilho no texto da Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXV).

Sobreprincípio da razoabilidade:

Por outro lado, ao Fisco é conferido, pela ordem positiva, plexo de poderes no desiderato arrecadatório (penhoras, arrestos, cautelares fiscais, arrolamentos, prazos privilegiados etc.), e, preterirem-se os meios próprios e curiais à cobrança, em prol de mecanismo legal de coação para atingimento de mesmo escopo, parece não consultar, ademais, aos termos do sobreprincípio da proporcionalidade, que permeia todo o Texto Constitucional e incide, também, sobre as atividades administrativas de maneira frontal.

Agregue-se, por importante, que o ordenamento positivo já cuida em estatuir cominações à ocorrência de atraso no adimplemento de gravames tributários; é o caso do estabelecimento de multa moratória. Erigir punição indireta, como o é a vedação de distribuição de bonificação/lucros, sob pena de incidência de multa, acabaria por consagrar uma duplicidade de apenação, quiçá, “bis in idem”, com a previsão de duas sanções à mesma irregularidade.

Garantias do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (artigo 5º, inciso XIII), livre iniciativa (artigo 170, “caput”) e livre exercício de qualquer atividade econômica (artigo 170, § único):

Ao tencionar a instituição de mecanismo indireto para se alçar o pagamento do crédito tributário, o preceito em discussão acaba por se imiscuir, indevidamente, na consecução de atividade empresarial do contribuinte para forcejá-lo aos recolhimentos reputados devidos pelo Fisco, daí se avistando ofensa ao Texto Excelso, nomeadamente no que atina ao livre desempenho de atividade econômica lícita.

Ou por outra: o elemento volitivo respeitante à gerência da atividade negocial das pessoas jurídicas restaria turbado, a partir do momento em que se lhes tolheria a possibilidade de remunerar, da forma prevista, os respectivos sócios, obstando-se a atribuição dos lucros auferidos. Rememore-se, por importante, estar a impetrante, “in casu”, a atuar em nome das sociedades de advogados.

Ora bem, a distribuição de bonificações e de lucros é consequência direta da atividade empresarial do contribuinte e a ela ínsita, não padecendo, em linha de rigor, de qualquer eiva de ilegalidade, motivo pelo qual empecê-la à guisa de assunto alheio e a todas as luzes desatrelado - inadimplência tributária - tem, em tese, aptidão a consagrar vilipêndio ao Texto Excelso.

Como se colhe, sob diversos enfoques o preceito aparenta consagrar vilipêndios à Carta Maior, certo que os aspectos por nós recolhidos - diga-se uma vez mais - sucede a título meramente exemplificativo.

Não é embalde que o Alto Pretório, guardião da Constituição, vem condenando o emprego de meios coercitivos que obliquamente tendem ao atingimento de obrigações tributárias. Consultem-se, a contexto, os seguintes enunciados:

Verbete 70:

“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”

Verbete 323:

“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”

Verbete 547:

“Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

Tanto assim é que, presentemente, a questão vem sendo desfechada de modo monocrático naquele Sodalício, como se verifica dos termos de decisão recentemente prolatada:

“DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional da 3ª Região assim ementado (fl. 29): ‘ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA - CNPJ. INSCRIÇÃO. INDEFERIMENTO. ILEGALIDADE DAS IN/SRF NºS 27, 54/98 E 02/01. 1.

As instruções normativas apresentam dispositivos de manifesta ilegalidade, na medida em que constituem uma tentativa da Administração de cobrar seus créditos fiscais por via oblíqua não prevista em lei, além de imporem restrições ao livre exercício profissional assegurado pela Constituição (art. 5º, XIII). 2. A Administração dispõe de meios jurídicos, observado o devido processo legal e o princípio do contraditório, para efetuar a cobrança de eventual crédito tributário contra o contribuinte, tornando inviável a utilização de meios coercitivos indiretos para a realização de seus créditos. 3. Precedentes. Súmulas 70, 323 e 547 do STF. 4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento'. Os embargos declaratórios opostos não foram providos, ao fundamento de inexistência de omissão, contradição ou obscuridade (fl. 48). Inicialmente, o recurso extraordinário foi originariamente inadmitido pelo Tribunal *a quo* (fl. 125-126), ensejando a interposição de agravo de instrumento, que foi provido pelo Min. Cezar Peluso e então convertido no presente recurso. No apelo extremo, interposto com esteio na alínea a do permissivo constitucional, a União sustenta que o acórdão recorrido viola o art. 5º, XIII, e 170 da Constituição, por desconsiderar que o livre exercício de qualquer atividade profissional ou econômica não está isento da observância de preceitos legais. Assim, complementa suas razões com o argumento de que os arts. 16, IV, e 36, III, da Instrução Normativa da Receita Federal 002/2001 possuem fundamento de validade no art. 37, II, da Lei 9.250/1995; nos arts. 1º e 5º da Lei 5.614/1970 e nos arts. 96, 100 e 194 do Código Tributário Nacional. Às fls. 168-174 o Ministério Público Federal emite parecer, sintetizado nos seguintes termos: 'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE EMPRESA NO CNPJ. I - ART. 5º, XIII, CF/88. LIVRE EXERCÍCIO DE TRABALHO, OFÍCIO E PROFISSÃO. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. DESCABIMENTO DE LIMITAÇÕES ORIUNDAS DE INSTRUÇÕES NORMATIVAS. II - VEDAÇÃO DA COBRANÇA DE TRIBUTOS POR MEIOS INDIRETOS. EXEGESE DAS SÚMULAS Nº 70, 323 E 547, DO STF. PRECEDENTES. III - PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO'. É o relatório. O presente recurso extraordinário não deve ser processado, tendo em vista que a decisão recorrida amolda-se à jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que é defe-so à Administração impor restrições ao livre exercício profissional como forma de compelir o contribuinte a solver débitos fiscais. O Plenário desta Suprema Corte, por ocasião do julgamento do RE 413.782, DJ 17.3.2005, Rel. Min. Marco Aurélio, reafirmou o princípio subjacente às Súmulas 70, 363 e 547. Naquela oportunidade repudiou-se a utilização de penalidades que criam obstáculos ao exercício de atividade empresarial com o intuito de recolher tributos em atraso. A propósito colaciono a ementa do acórdão em comento: 'DÉBITO FISCAL - IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS - PROIBIÇÃO - INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa'. Em situação idêntica à dos autos - impedimento de inscrição de filial de empresa com débito fiscal no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - confira-se, ainda, o AI 737123, DJe 29.3.2011, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e o AI 677157, DJe 4.3.2011, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso

(arts. 21, §1º, do RISTF e 557, *caput*, do CPC). Publique-se.”

(RE 590055, Relator Min. GILMAR MENDES, j. 20/05/2011, DJe 25/05/2011, PUBLIC 26/05/2011)

Sem embargo do quanto expendido, não descuramos, à derradeira, de anteriores pronunciamentos desta colenda Terceira Turma em sentido oposto ao aqui esposado; “v. g.”:

“TRIBUTÁRIO. MULTA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS OU DIVIDENDOS POR PESSOA JURÍDICA EM DÉBITO COM A UNIÃO OU SUAS AUTARQUIAS PREVIDENCIÁRIAS. CONSTITUCIONALIDADE DAS PENALIDADES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO. LUCRO QUE DEVERIA SER APURADO DEPOIS DE PAGOS OS TRIBUTOS DEVIDOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Não conhecido agravo retido por falta de reiteração nas razões de apelação. Impetrante que insurge-se contra as penalidades dispostas no art. 32 e seus parágrafos da Lei 4.357/64, com a redação que lhes deu a Lei 11.051/2004, que estabelecem multas para as pessoas jurídicas que, estando em débito para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, distribuírem bonificações ou derem participação de lucros a seus acionistas, quotistas, diretores ou dirigentes. Não é despida de razoabilidade a lei que, procurando conciliar os interesses público e privado, veda a distribuição de lucros ou bonificações a sócios, quotistas, diretores ou dirigentes, no caso de existência de débito para com a União e suas autarquias previdenciárias. Estando definitivamente constituídos os débitos, deve prevalecer o interesse público no recebimento dos tributos, em detrimento do interesse particular dos sócios, diretores e dirigentes, pois, a rigor, o lucro somente deveria ser apurado depois de pagos os débitos tributários. Havendo inconformismo da pessoa jurídica com a exigência dos tributos, deve recorrer aos meios legais disponíveis para impedir, em cada caso concreto, que as cobranças se consumem. Todavia, não se pode acoimar de inconstitucional a imposição de penalidade à distribuição de lucros ou dividendos, nas hipóteses em comento, conforme já asseverou esta Corte em outros julgados. Apelação improvida”.

(TRF3, AMS nº 200761000071786, TERCEIRA TURMA, Relator JUIZ RUBENS CALIXTO, j. 30/06/2011, DJF3 22/07/2011, p. 492).

“TRIBUTÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DE BONIFICAÇÕES LUCROS. DÍVIDA NÃO GARANTIDA COM A UNIÃO E O INSS. VEDAÇÃO LEGAL. PREVALÊNCIA.

1. Ao contribuinte em débito com a União ou o INSS, cuja dívida não estiver devidamente garantida, é vedado a atribuição de participação nos lucros e a distribuição de bonificações, sob pena de incorrer na multa estipulada na Lei nº 4.357/64, com a redação introduzida pela Lei nº 11.051/04. 2. O intuito da legislação é apenas vedar a distribuição de lucros e bonificações em prejuízo do recolhimento de tributos devidos ao erário, não se evidenciando as supostas violações dos princípios invocados pelo contribuinte. 3. Apelação desprovida”.

(TRF3, AMS 200561000064906, TERCEIRA TURMA, Relator DES. CECÍLIA MARCONDES, j. 30/09/2010, DJF3 18/10/2010, p. 271).

Entrementes, sensibiliza-nos à arguição de inconstitucionalidade a plausibilidade de ofensa a diversos cânones da Carta Magna, como já asseverado, consorciada ao reconhecimento da existência de decisão monocrática exarada em agravo de instrumento distribuído neste mesmo Colegiado, especificamente à relatoria do e. Desembargador Federal Carlos Muta, na vereda aqui encampada, fato que robustece a imprescindibilidade da presente arguição, até mesmo no afã da uniformidade dos procedimentos.

Está-se, neste ponto, a aludir ao Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.019298-0, de relatoria de Sua Excelência, o qual não restou submetido à aquilatação do Colegiado, porque detectada prejudicialidade em seu objeto. Nada obstante, significativos os termos da decisão unipessoal naquela seara proferida, que, adversamente aos interesses da recorrente - União Federal - desacolheu a suspensividade pretendida, “in verbis”:

“Tal norma [reporta-se ao artigo 32 da Lei nº 4.357/1964, com as modificações do art. 17 da Lei nº 11.051/2004] ao prever a aplicação de multa por distribuição de bonificações e de participações no lucro, por pessoas jurídicas com pendências junto à Fazenda Pública, evidencia forma de coação indireta para a quitação de débitos fiscais e que, por isso mesmo, revela discrepância com princípios relativos ao devido processo legal, conforme reconhecido pela jurisprudência”.

Sói aludir-se, em apoio ao preceito a que se está a cuidar, da supremacia do interesse público relativamente ao particular. Convém, entretanto, tecer adequada distinção entre *interesse público* e *interesse da Fazenda Pública*, os quais, muita vez, não se confundem. Certamente consulta ao interesse do Fisco lançar mão das medidas as mais diversas no afã de perceber com brevidade tudo quanto reputa, unilateralmente, ser-lhe devido. cremos, contudo, que melhor atenderá ao interesse público perseguir o recebimento dos propalados créditos nas curiais vias que a ordem positiva concebe a tal mister, sob a segura bússola das garantias e princípios constitucionais, oportunizando ao apontado devedor ensejo para contrapor-se à pretensão fiscal, na forma da legislação de regência.

Ao demais, outros Tribunais, na esteira do e. STF, têm firme construção no sentido da vedação à instituição de meios de cobrança indiretos para obtenção da satisfação do crédito tributário. Confirmam-se, dentre outros, os seguintes arestos:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CANCELAMENTO DE CPF. ART. 24 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 190 DA SRF. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA E EXISTÊNCIA DE SUPOSTOS DÉBITOS FISCAIS EM NOME DA EMPRESA INDIVIDUAL DE TITULARIDADE DA AUTORA. MEIO INDIRETO DE COBRANÇA E CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 24 da Instrução Normativa nº 190/2002 prevê expressamente que a inscrição da pessoa física será cancelada de ofício na hipótese de ‘omissão na entrega de qualquer das declarações a que o contribuinte estiver sujeito por dois anos consecutivos’. 2. A simples alegação do Fisco da existência de débitos tributários de empresa individual de titularidade da parte autora e de indícios de descumprimento de obrigações acessórias, não tem o condão de lhe conferir o direito de cancelar o CPF desta, diante das graves consequências que podem decorrer do referido cancelamento. 3. Os 2 (dois) documentos juntados com

a apelação, além de terem sido trazidos aos autos extemporaneamente não são suficientes para demonstrar que a parte autora não entregou qualquer das declarações a que estava obrigada por dois anos consecutivos, condição prevista no inciso IV, do art. 24 da Instrução Normativa nº 190/2002. 4. A Fazenda Nacional não pode se utilizar de meios indiretos para compelir o contribuinte a providenciar o pagamento de créditos tributários e cumprir obrigações acessórias. 5. Apelação e remessa oficial improvidas. Sentença mantida”.

(TRF1, AC 200338010020339, OITAVA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, j. 05/05/2009, e-DJF1 26/06/2009, p. 575).

“TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. REGISTRO ESPECIAL PARA INDUSTRIALIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. EXIGÊNCIAS DO FISCO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FORMA INDIRETA DE COBRANÇA DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. - O Decreto-Lei 1.593/77 não confere ao Ministro da Fazenda poderes para fazer qualquer exigência para o deferimento do registro especial previsto naquela norma, notadamente a de condicioná-lo à quitação de tributos em atraso. - É uníssono o entendimento dos nossos tribunais de ser inadmissível a utilização, pela autoridade administrativa, de meios coercitivos indiretos para a satisfação de créditos de natureza fiscal, dispondo o fisco de meios legais para compelir o contribuinte ao adimplemento de suas obrigações tributárias, inclusive a inscrição dos débitos na Dívida Ativa e a execução pela via judiciária. - As sanções de cunho político já foram repelidas pelo STF, por meio das Súmulas 70, 323 e 547, que, em síntese, têm por ilícitos os procedimentos coercitivos, alheios ao processo legal, para obrigar ao pagamento de tributos. - *In casu*, não pode a autoridade fiscal negar-se a deferir pedido de registro especial para industrialização e comercialização de bebidas alcoólicas, indispensável ao exercício da atividade do sujeito passivo, por motivo da existência de débito tributário deste, sem que isso represente ofensa ao direito constitucional garantidor do livre exercício de qualquer atividade econômica (CF/88, art. 170, parágrafo único). - Precedentes do STJ e desta Corte. - Apelação e remessa obrigatória não providas”.

(TRF5, AMS 200083000023346, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, j. 29/05/2008, DJ 14/07/2008, p. 365).

“TRIBUTÁRIO. INSTRUÇÃO NORMATIVA 27/98. CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA. CNPJ. INSCRIÇÃO. INDEFERIMENTO. DÍVIDA DO CONTRIBUINTE. MEIO COERCITIVO DE COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ILEGALIDADE 1. Não é lícito à Administração criar restrições não previstas em lei, para inscrição no CNPJ como veiculadas pela IN 27/98 da SRF (STF, Súmulas 70, 547 e 323). 2. A Fazenda Nacional dispõe de meios legais para obrigar o contribuinte a efetuar o pagamento dos créditos tributários apurados, não sendo lícito a utilização de meios indiretos e não previstos em lei para receber o que lhe é devido. 3. Apelação e remessa oficial improvidas”.

(TRF1, AMS 199901000749840, SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR, Relator JUIZ FEDERAL MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES, j. 30/09/2003, DJ 23/10/2003, p. 109).

Pelo quanto se disse, reconhecida a plausibilidade da inconstitucionalidade da legislação particularizada, somos pela suscitação da arguição perante o colendo Órgão Especial do Tribunal, para análise da matéria, “ex vi” dos arts. 97 da Constituição; 481 do CPC; e 11, parágrafo único, alínea “g”, do RITRF-3ª Região, suspendendo-se o julgamento, nos termos regimentais.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Na sessão de 29/09/2011, apresentei voto no sentido de dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para denegar a segurança, impetrada para afastar a aplicação do disposto no artigo 17 da Lei nº 11.051/2004, que deu nova redação ao artigo 32 da Lei nº 4.357/1964 (fls. 249/256).

Todavia, na sessão de 17/10/2011, após o voto-vista do eminente Desembargador Federal MÁRCIO MORAES no sentido de reconhecer a plausibilidade da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal e, assim, pela suscitação da arguição perante o colendo Órgão Especial desta Corte para análise da matéria, nos termos dos arts. 97 da Constituição, 481 do CPC e 11, parágrafo único, alínea “g”, do RITRF-3ª Região, suspendendo-se o julgamento nos termos regimentais (fls. 258/264), reconsiderei meu posicionamento por verificar com maiores razões jurídicas o entendimento por ele manifestado em seu ilustrado voto, desta forma acompanhando o entendimento manifestado por Sua Excelência.

Considero de todo conveniente a suscitação da arguição de inconstitucionalidade, para que a legitimidade constitucional do referido preceito legal seja examinada pelo competente órgão colegiado deste Tribunal, pelos fundamentos já brilhantemente expostos em seu r. voto-vista, pois não se afigura apenas como uma providência acautelatória dos interesses públicos na arrecadação de tributos, mas sim como um meio coercitivo ao pagamento dos tributos, com uma inconcebível e implícita presunção de que haveria risco aos interesses fazendários pelo mero pagamento de remuneração ou pela distribuição de lucros aos sócios, com o que há clara dessemelhança com outras medidas assecuratórias já reconhecidas como legítimas em nosso ordenamento jurídico, como o arrolamento de bens do art. 64 da Lei nº 9.532/1997 ou a ação cautelar fiscal da Lei nº 8.397/1992.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA**0022827-97.2011.4.03.0000****(2011.03.00.022827-4)**

Suscitante: PRIMEIRA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Suscitada: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA - SEXTA TURMA
Parte Autora: DON NERY REPRESENTAÇÃO EMPRESARIAL LTDA.
Parte Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: CC 13126
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ADEQUAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS - ECT - EXIGÊNCIAS CONSTANTES DE PROCESSO LICITATÓRIO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA - DIREITO PÚBLICO - ANULABILIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE COMPÕEM A 2ª SEÇÃO. I - Eventuais exigências impostas pela ECT, para autorizar a inauguração da agência postal franqueada, emanam do edital de licitação (modalidade concorrência) e, assim, neste particular, incidem as normas de Direito Público. II - A matéria vertida no recurso originário - licitação, nulidade ou anulabilidade de ato administrativo - é afeta à competência das Turmas que compõem a E. 2ª Seção, conforme previsão contida no art. 10, parágrafo 2º, incisos II e III, do Regimento Interno desta Corte Regional. III - Conflito negativo de competência procedente para declarar a competência da E. Desembargadora Federal suscitada.

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, julgar procedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de janeiro de 2012.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Cuida-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pela E. Primeira Turma, decorrente de decisão proferida pela E. Desembargadora Federal Regina Costa, integrante da E. Sexta Turma, nos autos do agravo de instrumento originário, tirado de mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor Regional de São Paulo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.

Extraí-se do agravo de instrumento originário deste Conflito, a busca da reforma

da decisão que indeferiu pedido de liminar que tem por escopo garantir ao impetrante, empresa franqueada dos correios, “o direito à dilação de prazo para adequação técnica e física de sua agência, fixando-se seu término ao final de doze meses, contados a partir da data de publicação da Lei 12.400/2011, com fulcro na atual redação do art. 7º-A, da Lei 11.688/08”.

A E. Desembargadora Federal suscitada, ao receber o recurso, declinou de sua competência por entender que o objeto da ação - “discussão acerca das exigências de adequações e padronizações impostas à Autora no contrato de franquia postal firmado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos” - é afeto à competência das Turmas que compõem a E. 1ª Seção.

Os autos foram redistribuídos à E. Primeira Turma da 1ª Seção que, por seu turno, acolheu questão de ordem proposta pelo E. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, segundo o qual trata-se de típico contrato administrativo firmado com a ECT, “especialmente no tocante ao prazo para adequação das instalações onde será inaugurada agência franqueada dos Correios, empresa pública federal que desempenha *serviço público* ...” (o destaque está no original) para reconhecer a incompetência da 1ª Seção e suscitar o presente conflito negativo de competência.

Pela decisão de fl. 1183, designei o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as questões urgentes, bem como determinei o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 1195/1197 vº pela procedência deste conflito.

Este, o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): De acordo com o art. 10, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal, “a competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa”.

No caso vertente, tem-se que o cerne da questão gira em torno da natureza do contrato de franquia firmado entre o particular e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Depreende-se dos autos originários que a recorrente, visando se adequar aos termos da Lei nº 11.668/2008 e ao Decreto nº 6.639/2008, participou de procedimento licitatório, na modalidade concorrência, e sagrou-se vencedora, firmando o contrato respectivo. Assegura a recorrente que às antigas agências, como no seu caso, foi concedido prazo para adequação das exigências contidas no edital e, inobstante, teve sua agência reprovada em vistoria realizada pela ECT. Diz que o art. 2º da Lei nº 12.400/2011, acrescentou o art. 7º-A à Lei nº 11.668/2008 para prever prazo adicional de 12 (doze) meses para conclusão das adequações e padronizações definidas pela normas técnicas e manuais da ECT.

A Lei nº 11.668/2008, regulamentada pelo Decreto 6.639/98, passou a reger os contratos de franquia postal celebrados pela ECT e, subsidiariamente, conforme previsão contida em seu art. 3º, “pelas Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e 8.666, de 21 de junho de 1993, utilizando-se o critério

de julgamento previsto no inciso IV do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

Constata-se, pois, que sobre os contratos de franquia incidem, além das normas de Direito Privado, também as que regem o Direito Público.

No caso dos autos, observo que as supostas exigências impostas pela ECT para autorizar a inauguração da agência postal emanam do edital de licitação e, assim, neste particular, incidem as normas de Direito Público a ensejar a competência da E. 2ª Seção desta Corte.

Consigno que diverso seria o meu entendimento se acaso se tratasse de cobrança de valores relativos aos serviços postais franqueados, estes, sim, de natureza privada e, portanto, regido pelas normas de Direito Privado.

Acerca da natureza jurídica do contrato de franquia no caso em testilha, o seguinte julgado:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE FRANQUIA COM EMPRESA PÚBLICA. RESCISÃO. LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

1 - O contrato de franquia empresarial celebrado pela EBCT e a Impetrante sujeita-se à disciplina da Lei nº 8.666/93, razão pela qual, em caso de inexecução total ou parcial do contrato ou ocorrendo fatores que prejudiquem sua execução, bem como por razão de interesse público, a lei vincula o Poder Público a rescindi-lo.

2 - Em se tratando de contrato realizado pela Administração com particular, e em razão de seu poder exorbitante, reveste-se de licitude a cláusula regulamentar do contrato que assegura à franqueadora a rescisão contratual na hipótese de a franqueada deixar de conduzir seus negócios de maneira condizente com a ética comercial e consoante os padrões aceitos pela franqueadora.

3 - Além disso, em razão de comprovada notificação da Impetrada no processo administrativo que culminou na resolução contratual, não há discutir da legalidade do ato administrativo em questão.” (destaquei)

(AMS-1999.72.00.010696-5/SC, TRF 4 Região, Terceira Turma, rel. Juíza Luiza Dias Cassales, dec. 09.10.2001, publ. DJU 07.11.2001, pg. 764)

Nessa toada, tem-se que a matéria vertida no recurso originário - licitação, nulidade ou anulabilidade de ato administrativo - é afeta à competência das Turmas que compõem a E. 2ª Seção, conforme previsão contida no art. 10, parágrafo 2º, incisos II e III, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Aliás, as Turmas que compõem a E. 2ª Seção já apreciaram a matéria, conforme se depreende dos julgados assim ementados:

“DIREITO ADMINISTRATIVO - FRANQUIA POSTAL - FINALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO - MANUTENÇÃO DE PRESTADOR DE SERVIÇOS. 1. O digno Juízo de 1º grau de preservou a atuação do franqueado, até a escolha do novo operador, pois houve a extrapolação do prazo concedido para a finalização da licitação. 2. A circunstância é extraordinária, pois a situação administrativa de baixa eficiência, na ECT, é pública e notória. 3. Agravo de instrumento improvido.”

(AI nº 0033957-21.2010.4.03.0000 - Rel. Juiz Federal Convocado Paulo Sarno - Quarta Turma - DJ 17/11/2011)

“ADMINISTRATIVO. DESCREDENCIAMENTO DE FRANQUEADA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. POSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CONSERVAÇÃO DO CONTRATO. CONEXÃO COM AÇÃO ORDINÁRIA ONDE FOI RECONHECIDO O DIREITO DA ECT DE DESCREDENCIAR A IMPETRANTE.

1. Apelação contra sentença que denegou a segurança requerida para garantir a continuidade de contrato de franquia com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

2. Afastada a preliminar de ausência de representação judicial da autoridade impetrada, uma vez que esta deve promover as informações pessoalmente, assinando-as de próprio punho, como foi feito nestes autos, sem a necessidade de representação por advogado.

3. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos tem interesse no feito, uma vez que diz respeito à manutenção de contrato firmado com ela.

4. O apelo não comporta provimento, posto que inexistente o direito líquido e certo da impetrante à conservação do contrato, conforme decidido na ação ordinária 2003.61.00.025620-3, cujo julgamento se faz nesta mesma data, em razão da reunião de processos por conexão, nos termos do art. 105 do CPC.

5. As duas ações estão umbilicalmente ligadas, ficando decidido naquela outra que a ECT tem o direito de descredenciar a impetrante, uma vez que esta não conseguiu afastar as razões alegadas por aquela empresa pública para resilir o contrato de franquia, em face do descumprimento de obrigações contratuais pela franqueada.

6. Preliminar rejeitada.

7. Apelação improvida.”

(AMS nº 2003.61.00.025471-1 - Rel. Juiz Federal Conv. Rubens Calixto - 3ª Turma - DJ 25/02/2011).

Dessarte, *JULGO PROCEDENTE* o conflito para reconhecer a competência das turmas que compõem a E. Segunda Seção e, por conseguinte, da E. Desembargadora Federal suscitada, que está preventa para o processamento e julgamento do recurso.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

DIREITO PROCESSUAL PENAL

REVISÃO CRIMINAL
0011325-40.2006.4.03.0000
(2006.03.00.011325-6)

Requerente: BERNARD OKORIE (réu preso)
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Corré: NGOZI ROSEMARY IGBOH
Excluído: RICARDO DEODATO DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: RvCr 532
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/12/2011

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. EXIGÊNCIA DE AGENTES DA AUTORIDADE POLICIAL. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. DECLARAÇÃO FORNECIDA PELA EMBAIXADA DA NIGÉRIA NO SENTIDO DE QUE, NAQUELE PAÍS, SERIA COMUM O USO DE ATÉ CINCO NOMES PELOS NACIONAIS. DECLARAÇÃO JURAMENTADA DE QUE O REVISIONANDO TERIA NASCIDO EM FREETOWN. USO DE PROTOCOLO DE PEDIDO DE REFÚGIO POLÍTICO NO BRASIL NO QUAL CONSTA O REQUERENTE ORIGINÁRIO DE SERRA LEOA. PASSAPORTE NIGERIANO AUTÊNTICO. DIVERSIDADE DE CIDADES. INSUFICIÊNCIA PARA DESCONSTITUIR A CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FALSA IDENTIDADE. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DESTE. CONFIGURAÇÃO DOS ELEMENTOS DO TIPO DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. APLICAÇÃO DE LEI NOVA MAIS BENÉFICA. JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

1. A sentença e o acórdão encontram-se fundamentados em doutrina e jurisprudência segundo as quais se configura o delito de uso de documento falso quanto este é apresentado em virtude de solicitação de agentes da autoridade policial, não havendo fundamento jurídico para desconstituir a condenação em sede de revisão criminal.
2. O julgado considerou não demonstrada a alegação do réu no sentido de que, efetivamente, seria originário de Serra Leoa, conforme consta do protocolo de pedido de refúgio político. Na revisão, produziu prova documental consistente em declaração da Embaixada da Nigéria e de declaração juramentada perante o Superior Tribunal de Justiça do Estado de Lagos não são satisfatórios para elidir a eficácia probante do passaporte expedido pela Nigéria ao revisionando, dando conta de sua origem e nacionalidade nesse país, não Serra Leoa. A generalidade das declarações e sua inconsistência com outro de natureza oficial julgado autêntico em prova pericial conduzem à improcedência da revisão criminal.
3. O delito de falsa identidade é subsidiário em relação ao crime de uso de documento falso, cujas elementares restaram comprovadas.
4. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna (STF, Súmula nº 611).
5. Revisão criminal conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer em parte da revisão criminal e, na parte conhecida, julgar improcedente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2011.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de revisão criminal proposta inicialmente como *habeas corpus* por Ricardo Deodorato da Silva em favor de Bernard Okorie distribuída para a Eminente Desembargadora Federal Suzana Camargo em 15.02.06 (fl. 15) contra o venerando acórdão que, nos autos da Ação Penal nº 2002.61.81.001189-8, rejeitou a preliminar arguida e, no mérito, negou provimento à apelação interposta pela defesa, e manteve a sentença de fls. 25/36, que condenou Bernard Okorie a 9 (nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão, regime integralmente fechado, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática dos delitos previstos nos arts. 12 e 18, I, ambos da Lei nº 6.368/76, e art. 304 c. c. o art. 69, ambos do Código Penal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. RECURSO DA DEFESA. PEÇA EXORDIAL ACUSATÓRIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. PREENCHIMENTO. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ELEMENTOS INTEGRANTES DO TIPO PENAL, EXPRESSO NO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. COMPROVAÇÃO. ÉDITO CONDENATÓRIO. PROVA TESTEMUNHAL. DECLARAÇÕES PRESTADAS POR POLICIAIS. CONSONÂNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO COLHIDO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PROVA RELATIVA À ALEGAÇÃO DE NÃO PARTICIPAÇÃO DOS APELANTES NO DESIDERATO CRIMINOSO. ÔNUS DA DEFESA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CARACTERIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DO INTUITO DE TRANSFERÊNCIA DA DROGA ENVOLVENDO MAIS DE UM PAÍS. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO DE RIGOR. ALEGAÇÃO DE DUPLA NACIONALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. JURIDICAMENTE INVIÁVEL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO NIGERIANA. PERDIMENTO DE BENS. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 34, PAR. 13, DA LEI Nº 6368/76, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 9.804, DE 30 DE JUNHO DE 1999. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tendo a peça exordial acusatória narrado fatos que constituem o crime de tráfico internacional, nos moldes do artigo 12, combinado com o artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76, bem como de uso de documento falso, do artigo 304 do Código Penal, não há que se falar em inépcia da denúncia, haja vista estarem preenchidos os requisitos elencados no artigo 41 do Código de Processo Penal, além de possibilitar aos apelantes o amplo exercício de defesa.

2. A identificação pelos policiais dos apelantes como suspeitos de estarem envolvidos na traficância para o exterior, não constitui ‘flagrante preparado’ mas tão-somente ‘esperado’, o que não invalida o estado de flagrância.
3. O delito em apreço, em razão de seu caráter permanente, consumou-se antes mesmo da abordagem policial, pois que um dos núcleos do tipo refere-se à ‘manutenção em depósito’, de modo que a atividade da polícia não tornou impossível a consumação do delito.
4. Tipicidade da conduta imputada na denúncia.
5. Se os elementos integrantes do tipo penal, expresso no tráfico internacional de entorpecentes, restaram materialmente comprovados, inclusive no tocante à autoria delitiva, o édito condenatório é de rigor.
6. O fato da prova testemunhal estar consubstanciada em declarações prestadas por policiais, por si só, não descaracteriza a sua verossimilhança, tendo em vista que o seu exame não restou isolado, mas em consonância com o conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório e ampla defesa.
7. Constitui ônus da defesa a prova relativa à alegação de não envolvimento dos apelantes no desiderato criminoso, vez que, se verdadeira, poderia afastar a acusação.
8. Para a caracterização do tráfico internacional de entorpecentes basta a existência do intuito de transferência da droga envolvendo mais de um País, sendo prescindível a efetiva ocorrência do resultado, pelo que correta é a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 18, I, da Lei nº 6.368/763.
9. Se os elementos probatórios colhidos nos autos denotam que o comportamento condizente ao uso de documento falso, pelo apelante Bernard Okori, coaduna-se com o tipo penal expresso no artigo 304 do Código Penal, o decreto condenatório apresenta-se de rigor.
10. A alegação de que o apelante possuía dupla nacionalidade - nigeriana e de Serra Leoa - é matéria cujo ônus da prova compete ao réu, posto se tratar de argumento por si levantado.
11. Se a Constituição da Nigéria de 1999 dispõe ser impossível ao cidadão daquele País adquirir outra cidadania, além da originária, sob pena de renúncia obrigatória da cidadania nigeriana, inviável juridicamente a justificativa apresentada pela defesa com o intuito de escusar o apelante de responsabilidade penal.
12. Nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 243 da Constituição Federal, todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado, independentemente da ilicitude no porte, uso, posse ou fabricação, conforme enunciado pelo artigo 34, par. 13, da Lei nº 6368/76, com as alterações trazidas pela Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999.
13. Recurso improvido.”

O acórdão transitou em julgado em 27.09.04 (cfr. fl. 24).

Na impetração, alegou-se, em síntese, que o acusado detém dupla identificação em seu país de origem, razão pela qual a condenação pelo crime de uso de documento falso não merece prosperar (fls. 2/12).

Por verificar que o pedido “possui traços bastante semelhantes com o instituto da revisão criminal” (fl. 104) e porque a pretensão fundamenta-se em novas provas, determinou-se a livre redistribuição dos autos como revisão criminal (fls. 102/106).

Redistribuídos os autos ao Eminente Juiz Federal Convocado Luciano Godoy em 13.03.06 (fl. 113), concedeu-se vista dos autos ao Ministério Público Federal (fl. 114), que requereu a intimação do condenado para constituir advogado com a eventual nomeação de advogado dativo e a vinda aos autos das cópias dos documentos que ensejaram a condenação (fls. 115/117).

Determinou-se a intimação pessoal de Bernard Okorie para regularizar a representação processual em 10 (dez) dias, sob a consequência de ser designado defensor dativo (fl. 142). Tendo em vista que a representação processual não foi regularizada, oficiou-se à Defensoria Pública da União para designação de defensor dativo para atuar na defesa do condenado, requisitou-se os autos originários (em apenso) e concedeu-se nova vista dos autos ao Ministério Público Federal (fl. 164).

A Defensoria Pública da União oferece as seguintes razões, em complemento:

a) é cabível a presente revisão criminal, pois houve o trânsito em julgado do acórdão, com o julgamento contrário às provas, e há lei posterior mais benéfica aplicável ao condenado, devendo o pedido ser acolhido para rescindir a condenação e determinar a absolvição pelo crime do art. 304 do Código Penal, além da diminuição da pena do delito de tráfico de drogas;

b) “as provas colhidas não tipificam as hipóteses previstas para o crime do artigo 304 e, subsidiariamente, mas principalmente, do artigo 297, § 3º, ambos do Código Penal, pelo qual foi condenado o requerente” (fl. 173);

c) o requerente não falsificou o documento apresentado aos policiais, quando da prisão em flagrante, uma vez que os dados são legítimos, conforme declaração da “Embassy of the Federal Republic of Nigeria”;

d) o argumento de que o documento objeto do crime seria falso porque a Constituição da Nigéria proíbe a dupla nacionalidade é infirmado “pelo próprio texto da embaixada nigeriana em que o requerente se declara cidadão nigeriano, mas nascido em um campo de refugiados em Serra Leoa durante a Guerra Civil Nigeriana” (fl. 173v.);

e) o requerente tem forte ligação com o país que declarou no documento, afinal é natural de Serra Leoa, mas não nega a cidadania nigeriana, sendo intuitivo que tenha declarado ser proveniente de Serra Leoa ao Comitê Nacional para os Refugiados - Conare com a intenção de demonstrar a perseguição que vinha sofrendo;

f) não há falsidade nenhuma no documento, não se podendo pressupor que o acusado tivesse intenção de confundir uma futura investigação policial quando forneceu seus dados legítimos;

g) não acolhida a absolvição, “requer-se a desclassificação para o tipo previsto no artigo 307 do Código Penal, tendo em vista que a conduta do acusado a ele melhor se subsumiria” (fl. 174v.);

h) o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 prevê causa de aumento de pena mais benéfica, devendo ser aplicada ao réu, que passaria a ter a pena fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses (fls. 172/175).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Sergei Medeiros Araújo, manifestou-se pela improcedência (fls. 177/185v.).

A Defensoria Pública da União requereu o julgamento com urgência, tendo em vista que os autos foram distribuídos em 15.02.06 (fl. 187).

A Eminente Juíza Federal Convocada Silvia Rocha, ao compulsar os autos, verificou seu impedimento, pois presidira a audiência de interrogatório da corré Ngozi Rosemary Igboh e das testemunhas de acusação, e determinou a livre distribuição (fl. 189).

Redistribuídos, os autos vieram-me conclusos em 23.05.11 (fl. 190v.).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): O revisionando foi denunciado pelo delito do art. 304 c. c. o art. 299, ambos do Código Penal porque, segundo a denúncia, em 08.03.02, no período da manhã, em uma residência situada na Rua Antonio Ferreira Álvares, 36, Jardim das Vertentes, ele e Ngozi Rosemary Igboh tinham em depósito, para fins de exportação, 98 (noventa e oito) pacotes de 1.290g (mil duzentos e noventa gramas) de cocaína, sendo que, no que se refere ao delito supramencionado, a denúncia assim descreve os fatos:

“Foram solicitados os documentos pessoais dos indiciados, tendo BERNARD apresentado um documento (protocolo de pedido de refúgio político no país) em nome de Umah Okoh, com a sua foto. Logo em seguida, foram encontrados seus verdadeiros documentos. (fl. 3, dos Autos nº 2002.61.81.001189-8, em apenso)”

Tendo permanecido calado na fase extrajudicial (fl. 14, dos Autos nº 2002.61.81.001189-8, em apenso), o réu assim se manifestou sobre essa imputação quando interrogado em Juízo:

“O réu nasceu em Serra Leoa e soube que aqui havia asilo para refugiados. Sendo que não usou documento falso. Oma é seu nome tribal e Bernard é seu nome de batismo. Seu sobrenome pode ser escrito sem o i final e assim que estava em seu documento, não havendo nada de errado com seu documento. (fls. 204/205, dos Autos nº 2002.61.81.001189-8, em apenso)”

Ao apreciar o pedido condenatório, a sentença considerou comprovados os fatos descritos na denúncia:

“Em relação ao uso de documento ideologicamente falso, restou demonstrado que o acusado não é cidadão de Serra Leoa. O argumento de dupla identidade apresentado apenas em fase de alegações finais, sem qualquer demonstração, não pode ser acolhido. Ressalte-se que a prova documental juntada às fls. 306/326, demonstra que o acusado solicitou refúgio político, identificando-se com outro nome, UMA OKOH, nascido em Serra Leoa. Apresentou-se ao CONARE - Comitê Nacional para Refugiados, alegando não ter qualquer documento e ter fugido de seu país natal por causa da guerra civil e chegando por via marítima ao Brasil.

Ao contrário do afirmado pelo réu, seu passaporte indica que ele é nigeriano, entrou legalmente no país por via aérea (fls. 29), tendo obtido visto brasileiro de entrada no próprio país, Embaixada Brasileira em Lagos. Existe outro documento em seu nome e com a mesma fotografia emitido pela embaixada da Nigéria emitido em outubro de 2000, que atesta que BERNARD é cidadão nigeriano. (fls. 28). Ironicamente, sua solicitação de refúgio não foi aceita porque as condições políticas

em Serra Leoa se alteraram ‘a partir do acordo estabelecido entre os rebeldes e o governo ... o que tem permitido certa tranquilidade e uma melhoria relativa nas condições humanitárias internas’ (fls. 324).

Está configurado o uso de documento falso por parte de BERNARDO. O fato de o referido documento falso ter sido exigido pela autoridade em nada altera o ato criminoso pois o tipo constante do artigo 304 do Código Penal, possui como núcleo o verbo ‘usar’ e não exige outra circunstância. Este é o entendimento da doutrina e jurisprudência de nossos tribunais:

(...)

No caso em exame a autoridade exigiu do acusado, quando de sua prisão em flagrante, os documentos de identificação (fls. 09) o que descaracterizaria a revista eventual atípica (fls. 489/490, dos Autos nº 2002.61.81.001189-8, em apenso)”

Essa decisão foi confirmada mediante acórdão cujo voto-condutor assim se pronunciou sobre a imputação:

“É que nesse particular, verifica-se que o tipo subjetivo restou demonstrado nos autos, estando expresso na vontade deliberada de o apelante Bernard utilizar-se de um protocolo de pedido de refúgio, para o fim de se apresentar como Umah Okoh, ao invés de apresentar o seu documento verdadeiro, tendo o documento saído da esfera particular do agente, consoante ressaltado pelas testemunhas.

Ora, segundo escólio de Magalhães Noronha no tocante ao crime tipificado no artigo 304 do Código Penal,

(...)

O excelso Supremo Tribunal Federal tem manifestado esse mesmo entendimento, cabendo destaque os seguintes julgados:

(...)

Em suma, no caso em apreço, restou configurado justamente esta relação que se formou com terceiro, mediante a utilização do protocolo do pedido de refúgio político, com vistas à ilusão e conseqüente destinação probatória, expressa em obstaculizar que os policiais soubessem sobre a sua verdadeira identidade, face o que decorre da prova testemunhal produzida.

Por outro lado, verifica-se que nem mesmo a alegação trazida pela defesa, no sentido de possuir o apelante dupla nacionalidade, nigeriana e de Serra Leoa, sendo Umah Okoh seu nome tribal nesta última localidade, está a merecer acolhida.

É que nesse particular, não trouxe a defesa nenhuma prova aos autos no sentido de atestar que o apelante também detinha a condição de cidadão de Serra Leoa.

Ademais, impende assinalar que, examinando o texto da Constituição Nigeriana de 1999, apresenta-se juridicamente inviável que o ora apelante detivesse outra nacionalidade, além da nigeriana.

É o que se deflui da leitura dos artigos 28 e 29 da respectiva Lei Maior nigeriana, *in verbis*:

(...)

Portanto, pelo teor dos dispositivos legais em comento, resulta hialino que segundo as leis constitucionais da Nigéria, o apelante não poderia deter outra nacionalidade, além da nigeriana, mesmo porque, eventual opção por outra nacionalidade importaria na renúncia obrigatória da cidadania nigeriana.

Assim sendo, a versão apresentada pelo apelante, no sentido de possuir dupla nacionalidade, sendo o nome de Umah Okoh de origem tribal, em razão da suposta cidadania de Serra Leoa, não encontra amparo jurídico nem tampouco em qualquer prova produzida nos autos, não se apresentando verossímil, revelando, tão somente, tratar-se de uma estória fantasiosa, utilizada como subterfúgio.

Assim, o decreto condenatório era um imperativo legal, pois a conduta do apelante estava a caracterizar o crime de uso de documento falsificado, tipificado no artigo 304 do Código Penal (fls. 639/645, dos Autos nº 2002.61.81.001189-8, em apenso)”

Vê-se que as alegações deduzidas pelo revisionando foram todas apreciadas tanto na sentença quanto no acórdão, os quais não se pode afirmar serem dissociados das provas coligidas na instrução criminal. A rigor, não há controvérsia de que o revisionando apresentou o documento em questão - protocolo de pedido de refúgio político no País (cfr. fls. 43/45 dos autos originários) - , muito embora sob solicitação de agentes da autoridade policial que então diligenciavam para a prisão dos envolvidos em grave crime de tráfico internacional de entorpecentes. A tipificação do delito restou configurada, cumprindo destacar que tal entendimento respaldou-se em doutrina e jurisprudência aplicáveis a espécie, de sorte que nenhum reparo merece o julgado dentro dos limites próprios à revisão criminal.

O revisionando, por outro lado, não se queda conformado com sua condenação também porque ela não considera algumas peculiaridades culturais que, em última análise, tornam legítimo o protocolo acima referido: seu nome tribal seria, com efeito, Umam Okoh, sendo possível variar sua grafia mediante a inclusão da letra “i” ao final de seu sobrenome, nome esse de caráter tribal. Além disso, é ele oriundo de uma região conflituosa relativamente ao país Serra Leoa. Tudo somado, não há falsidade e, naturalmente, não há crime de uso de documento falso.

Para demonstrar suas alegações, produziu prova documental já nesta revisão criminal, a saber, uma declaração emitida pela Embaixada da República Federal da Nigéria (fl. 13) e uma declaração juramentada, não vertida para o vernáculo (fl. 14). Para constatar, procedo à sua transcrição:

“A QUEM INTERESSAR POSSA

A Embaixada da República Federal da Nigéria certifica que:

(i) a Declaração Jurada em anexo emitida pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado de Lagos, Nigéria a favor do Sr. BERNARDO UMAH OKORI UMEZURIKE é autêntica e legalmente aceitável como documento oficial da Nigéria.

(ii) devido à falta de um Regime Nacional de Banco de Dados e em vista ainda mais da complicação causada pela prática do regime de família estendida, muitos nomes na Nigéria se alternam sem nenhuma intenção pelo cidadão de proceder á falsificação de nome. Nesse caso, há nigerianos com cinco nome mas que poderia optar se identificar com apenas dois ou três desses nomes sem que tal ato se constitua em troca de identidade.

Eis o que há de expor para o momento, sem mais para o momento subscrevemos. (fl. 13)

SWORN AFFIDAVIT

I, UMAH OKORI UMEZURIKE, Male, Christian, Nigirian Citizen, of No. 4, Ligali Akin Street, Ijeka, Lagos, do hereby make na oath and say as follows:-

1. That I am the above name person.
2. That BERNARD UMAH OKORI UMEZURIKE is the Son of ANGELA OKORI UMEZURIKE and UMAH OKORI UMEZURIKE.
3. That BERNARD UMAH OKORI UMEZURIKE was born on the 19th day of November, 1967 during the Nigirian Civil Was (sic) (1967- 1970).
4. That BERNARD UMAH OKORI UMZURIKE was born in FREETOWN SIERRA LEONE where his parents camped as Refugee at Civil War Time.
5. That this affidavit is now required for Record and official purposes.
6. That I make this solemn declaration in good faith and in accordance with the provisions of the Oaths Law of Lagos State, 2003. (fl. 14)”

Esses documentos, por maior que seja a liberalidade em dotá-los de alguma eficácia probatória, não são satisfatórios para desconstituir o juízo condenatório.

É sintomático que o revisionando, muito embora alegue costumes tribais e vínculos com Serra Leoa, a ponto de se dizer refugiado político desse país, produzir prova documental expedida pela Embaixada da Nigéria e pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado de Lagos.

O próprio conteúdo desses documentos não são muito consistentes, visto que o primeiro deles limita a fazer considerações genéricas sobre nigerianos com mais de um nome, sem reconhecer qualquer outro nome do revisionando exceto aquele efetivamente constante do seu passaporte nigeriano, o qual aliás foi declarado autêntico por laudo pericial (fls. 258/260). O segundo, por sua vez, é mera declaração unilateral que não foi produzida mediante contraditório e não supre a necessidade de prova idônea para comprovar o local de nascimento do revisionando. Nesse sentido, o passaporte do revisionando indica, como local de nascimento, Arondizuogu (fl. 26, dos Autos nº 2002.61.81.001189-8, em apenso), não havendo como se pressupor, nesta revisão, a sua falsidade.

A ilustrada Defensoria Pública da União postula que, de todo modo, o delito seja desclassificado para o crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do Código Penal. Contudo, conforme se verifica do preceito sancionatório, esse delito somente subsiste “se o fato não constitui elemento de crime mais grave”. No caso, como visto, restaram configurados os elementos do crime de uso de documento falso.

Ao final de suas razões, a Defensoria Pública pede também a aplicação da nova causa de aumento pela internacionalidade, já tratando, ao final, do crime de tráfico, uma vez que a Lei nº 11.343/06, art. 40, I, prevê a causa de aumento mais benéfica, de um sexto a dois terços. A questão, porém, escapa ao âmbito da revisão criminal, incidindo a Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE da revisão criminal e, na parte conhecida, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

INQUÉRITO POLICIAL
0001737-52.2010.4.03.6116
(2010.61.16.001737-9)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigada: ELIZABETE DE CARVALHO FETTER
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Classe do Processo: IP 980
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/02/2012

EMENTA

AÇÃO PENAL. ARTIGOS 342 E 69, DO CP. COMPETÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 395, INCISOS, DO CPP. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DESCRIÇÃO DOS FATOS CORRESPONDENTES AO TIPO PENAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO. TIPICIDADE DO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. ARTIGO 69, DO CP. EXCLUSÃO. DENUNCIADA QUALIFICADA E OUVIDA COMO TESTEMUNHA COMPROMISSADA. AUSÊNCIA DE CONTRADITA - ART. 414, DO CPC. QUESTÃO PREJUDICIAL. ARTIGOS 92 E 93 DO CPP. INAPLICABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA. AMPLA GARANTIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ARTIGO 299, DO CP. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO ACOLHIDO. DENÚNCIA RECEBIDA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 342, “CAPUT”, DO CP. EXCLUSÃO DA CAPITULAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 69, DO CP.

I. Se a denúncia formulada nos autos não narra ou expõe qualquer indicativo a respeito da ocorrência de concurso de pessoas, seja o eventual ou mesmo o necessário, tampouco os fatos descritos assim autorizam (artigos 29 a 31, do Código Penal), e se as hipóteses de continência previstas no art. 77, e incisos, do Código de Processo Penal, restam ausentes, não é caso de se avocar o processo que corre perante a Primeira Instância, nem se falar em junção das ações penais (Súmula 704 do Excelso Pretório). Preliminar de nulidade rejeitada.

II. Denúncia que atende aos requisitos formais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, contando, ademais, com a existência de indícios fundados sobre a existência do injusto penal e autoria delitiva; incorrendo, ainda, quaisquer das hipóteses declinadas no artigo 395 e incisos, do Código de Processo Penal, tem-se que deve ser recebida.

III. O fato de o Ministério Público Federal ter se manifestado pelo arquivamento do inquérito policial, no que tange ao crime de falsidade ideológica, ante a ausência de lesividade jurídica, em nada altera a tipificação do crime de falso testemunho, tendo em vista que, no caso, foram consideradas duas condutas distintas, uma capitulada no artigo 299, do Código Penal, expressa no fato da denunciada haver subscrito como testemunha um contrato ideologicamente falso; e outra capitulada no já mencionado artigo 342, *caput*, do Código Penal, e que consiste no comportamento incriminador de “fazer afirmação falsa”. Assim, cada conduta há de ser considerada de “per si”, pelo que a promoção de arquivamento do inquérito,

no que tange ao crime de falsidade ideológica, não altera a tipicidade do crime de falso testemunho, porque distintos são os objetos jurídicos tutelados, bem como o tipo objetivo e subjetivo de cada um dos ilícitos penais.

IV. Presença das condições para o exercício da ação penal, consubstanciadas tanto na possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade para agir.

V. Denunciada que foi qualificada e ouvida como testemunha compromissada. Ausência de contradita - artigo 414, do Código de Processo Civil.

VI. Inaplicabilidade da questão prejudicial prevista tanto no artigo 92, quanto no artigo 93, ambos do Código de Processo Penal.

VII. Peça acusatória que conta, em tese, com substrato fático e legal, revelando com clareza a ordem de imputação endereçada à denunciada, permitindo, destarte, o amplo exercício do direito de defesa.

VIII. Inviável, nesta fase processual, o exame de circunstâncias que porventura possam demonstrar o não cometimento do crime, dada a exigência de dilação probatória, a ser levada a efeito em sede de instrução criminal, sob pena de restar caracterizada uma absolvição antecipada, não prevista no ordenamento jurídico.

IX. Em se tratando de documento que por si só não demonstra a união estável, face o impedimento decorrente da própria lei, art. 1.521, II, combinado com o art. 1.723, parágrafo 1º, ambos do Código Civil, e, ainda, considerando ser passível de apuração por meio de mero confronto objetivo, não há que se falar em falso ideológico.

X. Pedido de arquivamento no que tange ao crime capitulado no artigo 299, do Código Penal, acolhido.

XI. Com a promoção de arquivamento do inquérito em relação ao delito de falsidade ideológica, o único crime remanescente e constante da denúncia é o de falso testemunho, pelo que não há se falar em concurso de crimes, justificador da aplicação do disposto no art. 69 do Código Penal, devendo, por conseguinte ser excluída essa tipificação penal.

XII. Denúncia recebida, tão-somente, no que tange ao crime capitulado no artigo 342, “caput”, do Código Penal, excluindo, todavia, a capitulação relativa ao artigo 69, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade e afastar a questão prejudicial e, por maioria, rejeitar a preliminar de inépcia da inicial. No mérito, por unanimidade, acolher a cota ministerial, relativa ao pedido de arquivamento do feito, quanto ao crime capitulado no art. 299 do Código Penal e, por maioria, receber a denúncia, tão somente quanto ao crime capitulado no art. 342, “caput”, do Código Penal, com exclusão do art. 69, do Código Penal, determinando o regular prosseguimento do processo criminal em relação à denunciada, inclusive no que se refere ao disposto no art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/1995; nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face da Prefeita do Município de Maracaí/São Paulo, ELIZABETE DE CARVALHO FETTER, onde lhe é imputada a prática do crime capitulado no artigo 342, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal (fls. 159/65).

Narra a peça acusatória que, no dia 29 de maio de 2009, por volta das 14:50 hs, na sala de audiências da Vara Única da Comarca de Maracaí, São Paulo, a denunciada veio a ser ouvida, nos autos da carta precatória nº 294/09, oportunidade em que, com vontade livre e consciente, teria feito afirmação falsa, na qualidade de testemunha em processo judicial, com o escopo de obter prova destinada a produzir efeito em ação previdenciária em curso perante a 1ª Vara Federal de Assis/SP, na qual figurava como autora a pessoa de Ivonice Maria Sandrini e réu, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Nesse sentido, descreve a denúncia que:

“Segundo consta, Ivonice Maria Sandrini ajuizou uma ação previdenciária (cópia às fls. 05/11) por meio da qual pleiteou que o INSS fosse condenado a pagar-lhe pensão por morte em decorrência do falecimento de Wilson Freire de Carvalho, alegando, para tanto, que vivia com este em regime de união estável.

No curso do processo previdenciário, a denunciada, na qualidade de testemunha de Ivonice, fez afirmação falsa, com o objetivo de produzir prova atinente à alegada união estável entre esta e Wilson Freire de Carvalho, seu pai, conforme cópia do depoimento prestado constante de fls. 33/34.

Ocorre que a escrevente do Juízo de Maracaí, a servidora Ana Cláudia Thomazinho, que atuou na colheita do depoimento prestado pela denunciada, conhecia Wilson Freire de Carvalho e sabia que este jamais havia tido qualquer relacionamento com Ivonice de modo que, no próprio curso do depoimento, constatou que o relatado pela denunciada era falso.

Diante dos fatos, compareceu à Promotoria de Justiça de Maracaí e relatou os fatos atinentes ao crime de falso testemunho, afirmando que, na realidade, Ivonice foi casada com Silvio Freire de Carvalho, filho de Wilson. Destacou ainda que, após a separação, Ivonice foi viver na cidade de Assis, conforme termo de declarações acostado às fls. 36.

Intimada a prestar esclarecimentos no bojo do inquérito policial instaurado, a denunciada, podendo se retratar, endossou a versão declinada perante o juízo de Maracaí, asseverando que as imputações formuladas pela servidora Ana Cláudia Thomazinho ocorreram em razão do irmão dela ter sido seu adversário político nas eleições municipais de 2008.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência ELIZABETE DE CARVALHO FETTER como incurso no art. 342, na forma do art. 69, ambos do Código Penal. Requer o Ministério Público Federal que, após os trâmites e as formalidades legais, especialmente, a notificação da denunciada (art. 4º da Lei nº 8.038/90), seja recebida a presente denúncia.

Após, requer seja a denunciada processada na forma da lei, ouvindo-se as testemunhas a seguir arroladas e realizando-se as diligências que se verificarem

necessárias, com vistas à apuração da verdade e, ao final, em sendo provado o quanto acima narrado, seja julgada procedente a ação, para condenar a denunciada como incurso no dispositivo legal indicado, aplicando-lhe as penas correspondentes, inclusive, como se trata de Prefeita, a perda do cargo eletivo como efeito da condenação (artigo 92, inciso I, do Código Penal). (fls. 163/165)”.

Outrossim, o *parquet* federal requereu o arquivamento formal em relação ao crime de falsidade ideológica, deixando de denunciar Elizabete de Carvalho Fetter como incurso no artigo 299, do Código Penal, sob o entendimento de se tratar de conduta atípica a constante dos autos, ante a manifesta ausência de lesividade jurídica.

Na ocasião, a Justiça Pública requereu, ainda, fosse providenciada a juntada aos autos das folhas de antecedentes criminais, para fins de avaliação de eventual aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89, da Lei nº 9.099/95.

Às fls. 190/191, 195, 197, 204/vº foram juntadas as certidões e folha de antecedentes criminais da denunciada.

Foi apresentada defesa preliminar, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 8.038/90 (fls. 205/15), sendo que, nessa oportunidade, pugnou pela aplicação da questão prejudicial prevista nos artigos 92 a 94, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a decisão no processo criminal depende do julgamento do recurso em trâmite perante a 9ª Turma deste e. Tribunal Regional Federal, sob o nº 2008.61.16.001185-1, autuado na data de 08.02.11, que poderá definir a questão sobre a existência da possível união estável entre a Sra. Ivonice e o Sr. Wilson, resolvendo, inclusive, a relação de convivência e o estado civil, o que viria a confirmar o testemunho prestado nesse sentido.

A defesa requereu, ainda que, após a análise da questão prejudicial acima elencada, seja a denunciada novamente intimada para se manifestar sobre a possível oferta da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89, da Lei nº 9.099/95.

Concomitantemente, arguiu a ocorrência de nulidade processual em razão de não terem sido observadas as regras de fixação da competência em razão da continência, bem como a que estabelece a competência funcional, dado estarem tramitando dois processos distintos, sendo um o presente, perante este egrégio Tribunal, no tocante a uma das testemunhas ouvidas, e outro perante o juízo de 1ª grau, em relação à outra testemunha inquirida.

Neste particular, assinalou que a outra testemunha, senhora Gilza Lippaus, foi denunciada perante o r. Juízo da 1ª Vara Federal de Assis/SP, por ter também, supostamente, praticado o crime de falso testemunho, na mesma ocasião e na mesma ação previdenciária, objeto da presente denúncia, situação essa que, na ótica da defesa, representa violação às disposições contidas na legislação processual penal, que determina que o julgamento de todos os acusados envolvidos no mesmo fato seja feito pelo mesmo juízo, dado isto ser indispensável para se evitar decisões contraditórias, nos termos do que dispõe o artigo 77, I, do Código de Processo Penal e segundo as regras que definem a competência funcional.

A defesa sustenta, assim, que somente este egrégio Tribunal Regional Federal seria o competente para o julgamento de todas essas acusadas da prática, no mesmo processo, do crime de falso testemunho, nos termos da Súmula 704, do Excelso Pretório, *in verbis*: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”

Por derradeiro, requereu o reconhecimento dessa preliminar e, assim, a rejeição

da denúncia, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Também, como preliminar, arguiu a inépcia da exordial acusatória, ao argumento de que não foram observados os requisitos legais previstos no artigo 41, do Código de Processo Penal, por não descrever a peça acusatória, com precisão, o elemento subjetivo ou mesmo a conduta da denunciada que pudesse evidenciar sua intenção de promover ação contrária à boa administração da justiça, além do que a narrativa fática, em nenhum momento, descreveu o concurso material de crimes.

A resposta preliminar assinalou, portanto, que a imputação criminal é deficiente, vaga e imperfeita, de sorte a comprometer o contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A defesa destacou, ademais, que a denunciada era apenas testemunha informante do Juízo, consoante o termo de audiência lavrado em 13.01.09, juntado aos autos.

Desse modo, sustentou que não há que se falar na prática do delito de falso testemunho, por se tratar de depoimento prestado por pessoa que não prestou o compromisso e que foi ouvida como informante do juízo, pois, no caso presente, a denunciada é filha de Wilson Freire de Carvalho, já falecido, em relação ao qual estava sendo apontada a existência de união estável pela autora da ação previdenciária. Assim, em razão do parentesco, estava impedida de ser testemunha compromissada na forma da lei processual. Cita paradigmas jurisprudenciais.

Reafirmou, destarte, a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para o prosseguimento do feito, destacando, ainda, “que há contrato realizado validamente no sentido de provar os fatos narrados no recurso de reconhecimento da união estável, o que também afastaria o dolo e a responsabilização penal no presente caso”.

Em não sendo esse o entendimento, salientou que o depoimento prestado pela denunciada não influenciou no julgamento da lide e que o Ministério Público Federal reconheceu, inclusive de forma expressa, a inocorrência de lesividade jurídica, pelo fato de ter a denunciada também assinado esse contrato de união estável, na condição de testemunha, entendendo pela ausência do crime de falsidade ideológica, tanto que veio a requerer o arquivamento do feito em relação a esse delito.

Por fim, a defesa sustentou a inocência da denunciada no tocante à acusação que lhe é imputada, conforme provará no decorrer da instrução criminal.

Pugnou, destarte, pela rejeição da denúncia. Foram arroladas testemunhas.

Em seguida, o Ministério Público Federal foi instado a se manifestar nos autos. Noticiou, na ocasião, que o processo penal instaurado contra Gilza Aparecida Lippaus, com base no art. 342, par. 1º, do Código Penal, mencionado na resposta preliminar, está em trâmite na 1ª Vara Federal de Assis, cuja denúncia foi recebida em 25.11.2010, com designação de audiência para o dia 31 de agosto de 2011.

Quanto à ação previdenciária, em que teria sido cometido o crime de falso testemunho, há informação de que os autos encontram-se conclusos com a Desembargadora Federal Relatora Daldice Santana, para julgamento de recurso de apelação interposto pela autora Ivonice Maria Sandrini, feito esse julgado improcedente em Primeira Instância, na data de 11.02.2010.

O “*Parquet* Federal”, por outro lado, rebateu a defesa preliminar apresentada, destacando o fato de ser inaplicável a questão prejudicial prevista nos artigos 92 a 94, do Código de Processo Penal. Entretanto, caso o entendimento deste e. Tribunal seja pela suspensão da ação penal, destaca que, de rigor, também seria a suspensão do curso do

prazo prescricional, nos termos do que dispõe o artigo 116, do Código Penal.

O órgão acusatório sustentou, outrossim, que inexistia a apontada nulidade processual, decorrente do trâmite de dois processos penais contra duas denunciadas em Juízos distintos, já que Elizabete de Carvalho Fetter responde ao processo criminal no Juízo constitucionalmente competente para a questão, a teor do inciso X do art. 29 da Constituição Federal, não havendo nulidade alguma no fato de outra pessoa responder por crime supostamente conexo, em Juízo diverso, dado que foram obedecidas as regras constitucionais e legais de competência. Ressaltou, ainda, mesmo que houvesse junção dos processos, competente seria o Tribunal Regional Federal, a teor do inciso III, do artigo 78, do Código de Processo Penal, pelo que a questão da competência não teria o condão de caracterizar qualquer nulidade, a resultar na inexistência de óbice para o recebimento da ação penal.

Destacou, também, que, ao contrário do alegado pela defesa, os requisitos legais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal encontram-se preenchidos e que a denúncia é apta a ensejar, perfeitamente, a defesa da denunciada, não havendo que se falar em vagueza ou mesmo deficiência da inicial acusatória.

Quanto às questões de mérito, ressaltou que nenhuma delas constitui óbice ao recebimento da exordial acusatória.

Ressalta que a denunciada foi ouvida, na realidade, como testemunha e não como informante, como quer levar a crer na sua resposta preliminar.

De outro lado, quanto à capacidade do apontado falso testemunho influir ou não no julgamento da lide salienta que, além de este fato não constituir condição para a consumação do apontado crime, o momento do recebimento da denúncia não é o apropriado para se discutir o tema.

O Ministério Público Federal, na oportunidade, manifestou-se, ainda, favorável à aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, em razão do preenchimento dos requisitos legais, mormente no que se refere às folhas e certidões de antecedentes criminais que foram juntadas aos autos.

Ofereceu, assim, desde já, proposta de suspensão condicional do processo, pelo prazo de 02 (dois) anos, sob as seguintes condições:

a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo de 02 (dois) anos, em local e na forma que vierem a ser estabelecidos pelo Juízo da Execução, da Subseção da Justiça Federal de Assis, ressaltando que caberá àquele Juízo a indicação da instituição beneficiada, sendo, de preferência, localizada em município diverso daquele onde a ré ocupa o cargo de Prefeita Municipal, qual seja, Maracaí/SP;

b) comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, nos termos do artigo 89, par. 1º, IV, da Lei nº 9.099/95.

A acusação concluiu, assim, pela designação de data para o recebimento da denúncia e, em sendo esta recebida, e havendo aceitação da defesa da proposta de suspensão condicional do processo, seja o feito suspenso, sob as condições assinaladas.

É o relatório.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora):

I - DA COMPETÊNCIA

Em primeiro lugar cabe examinar a questão da competência deste egrégio Tribunal para processar e julgar o presente feito.

A Justiça Pública denunciou ELIZABETE DE CARVALHO FETTER, prefeita do Município de Maracaí, imputando-lhe a prática do crime de falso testemunho, que teria sido levado a efeito durante a tomada de seu depoimento em sede de ação previdenciária, onde se buscava a obtenção de pensão por morte.

Na denúncia foi dada como incurso no artigo 342, “caput”, do Código Penal, pelo que resulta inegável ser competente esta Egrégia Corte para processar e julgar este feito, em razão da prerrogativa de foro conferida à denunciada pelo exercício de função pública de Prefeita Municipal.

Contudo, na resposta prévia, a defesa arguiu a ocorrência de nulidade processual, ao argumento de que não poderia ser processada isoladamente perante este egrégio Tribunal, dado que outra testemunha, que também prestou depoimento na mesma ação previdenciária, responde a outro processo criminal por falso testemunho, perante o Juízo da 1ª Vara Federal de Assis, pelo que entende deveriam ter sido observadas as regras de continência, juntamente com as relativas à competência funcional.

Assinalou, para tanto, que a pessoa de Gilza Lippaus foi denunciada perante o r. Juízo da 1ª Vara Federal de Assis/SP, por ter, supostamente, praticado o crime de falso testemunho, na mesma ocasião e no mesmo processo, objeto da presente denúncia, situação essa que violaria as disposições contidas na legislação processual penal, que determinam o julgamento de todos os acusados envolvidos no mesmo fato, pelo mesmo juízo, no intuito de evitar decisões contraditórias, como defluem das regras de continência previstas no artigo 77, I, do Código de Processo Penal, juntamente com as que regulam a competência funcional.

Pugnou, assim, pela aplicação da Súmula nº 704, do Excelso Pretório, ao argumento de ser necessário assegurar, no caso em tela, a unidade de processo e julgamento em relação a todos os investigados, por força do art. 79 do Código de Processo Penal.

Passo, destarte, à análise desta questão preliminar.

No âmbito do processo penal, a continência é um critério não de fixação de competência, mas de sua modificação, e uma das hipóteses em que pode ocorrer é no caso de concurso de agentes, quando presentes a co-autoria ou a participação, ou seja, quando duas ou mais pessoas forem acusadas de uma mesma infração, a resultar, assim, estarem vinculadas à mesma *causa petendi*, e, ainda, no caso de concurso formal, ou nos casos de *aberratio ictus* ou *aberratio delicti*.

É o que deflui da leitura do disposto no artigo 77, do Código de Processo Penal:

“Art. 77 - A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal”. (atuais arts. 70, 73, segunda parte e 74 do Código Penal)

No caso da continência prevista no artigo 77, inciso I, do Código de Processo Penal, que é aquela que poderia guardar pertinência no exame do caso em apreço, o *vínculo*

se estabelece entre os agentes e não entre as infrações (Nesse sentido *vide* Fernando Capez e Stela Prado, in “Curso de Processo Penal”, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 283)

Guilherme de Souza Nucci destaca, ainda, neste particular, que no caso de continência em razão do concurso de pessoas “justifica-se a junção dos processos contra diferentes réus, desde que eles tenham cometido o crime em conluio, com unidade de propósitos, tornando único o fato a ser apurado. É o que a doutrina chama de continência por cumulação subjetiva, tendo em vista tratar-se de vários autores praticantes do mesmo fato elituoso. Não se trata somente de uma causa inspirada na economia processual, mas também na tentativa de evitar decisões contraditórias, que nada contribuem para a credibilidade da Justiça”. (in “Código de Processo Penal Comentado”, 6ª ed., 2ª tiragem São Paulo, RT, 2007, p. 230)

Desse modo, cabe ser analisado se, no caso em tela, estaria presente um eventual liame entre os agentes, na prática do crime de falso testemunho, de sorte a justificar que as possíveis envolvidas fossem julgadas com aplicação da regra da continência prevista no mencionado artigo 77, I, do Código de Processo Penal, sendo que para tanto é imperioso analisar o conteúdo da acusação constante de cada um dos processos, ou seja, deste cuja denúncia está sendo examinada na presente oportunidade, e daquele que tramita perante a 1ª Vara Federal de Assis.

Ora, no que tange a estes autos, consta da denúncia que no dia 29 de maio de 2009, por volta das 14:50 hs, nos autos da carta precatória nº 294/09, na sala de audiências da Vara Única da Comarca de Maracáí, a ora denunciada Elizabete de Carvalho Fetter, com vontade livre e consciente, fez afirmação falsa, na qualidade de testemunha em processo judicial, com o escopo de obter prova destinada a produzir efeito em processo previdenciário em curso perante a 1ª Vara Federal de Assis/SP, no qual figurava como autora a pessoa de Ivonice Maria Sandrini e réu, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Segundo a acusação, no curso do processo previdenciário, Elizabete de Carvalho Fetter teria feito afirmação falsa, com o objetivo de produzir prova atinente à alegada união estável entre Ivonice Maria Sandrini e Wilson Freire de Carvalho, seu pai.

No que diz respeito à denúncia ofertada em primeiro grau, em face de Gilza Lippaus, a inicial acusatória relata que, no dia 12 de fevereiro de 2009, perante o r. Juiz de Direito da Comarca de Maracáí, nos autos da carta precatória nº 1325/08, a denunciada teria feito afirmação falsa, como testemunha, com o fim de favorecer Ivonice Maria Sandrini, autora na ação nº 2008.61.16.001185-1, e induzir o juízo em erro, a fim de que esta recebesse, indevidamente, benefício previdenciário (fls. 166/68).

Portanto, em primeiro lugar resulta que a ora denunciada Elizabete de Carvalho Fetter foi ouvida em carta precatória diversa, bem como em data distinta da denunciada Gilza Lippaus, pelo que não é possível afirmar que se trata de uma só infração praticada em concurso de pessoas, pois estamos diante de dois depoimentos, prestados por pessoas distintas, em datas distantes uma da outra; mais de três meses.

Mas, o fundamental, no caso em tela, é o de que a única forma de concurso de pessoas que poderia ser admissível estaria expressa na participação, dado que, por se tratar de crime de falso testemunho, é sabido que somente pode praticá-lo a testemunha.

Na verdade, a possibilidade da ocorrência do concurso de pessoas, em se tratando de falso testemunho, é questão, inclusive, muito discutida, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Uma corrente admite essa possibilidade da codelinquência, nos termos do art. 29 do Código Penal, seja pela participação de terceiro, via induzimento ou instigação à prática do delito (*STJ, HC 55442/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 03/08/2009; HC 63347/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 22/09/2008; RHC 20021/RJ; Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 21/05/2007 p. 595*).

E uma segunda, que não admite o concurso de pessoas, por se tratar o crime de falso testemunho de delito de mão própria, com caráter personalíssimo e responsabilidade intransferível (RT 552/299, 530/313, 531/297, 552/299, 553/323).

E mais, a impossibilidade da codelinquência ou participação derivaria do fato do artigo 343, do Código Penal punir, como delito autônomo, dentre outros, aquele que suborna a testemunha para que venha a fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, de sorte que não seria concebível que acabasse por punir com iguais penas quem só pediu, sem subornar. *Nesse sentido, Celso Delmanto e outros, Código Penal Comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 701 e Damásio E. de Jesus, in Código Penal anotado, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 1083.*

De qualquer sorte, ainda que nos filieemos à primeira corrente, no sentido de entender, em determinados casos, pela possibilidade do concurso de pessoas, não se vislumbra dos elementos indiciários constantes dos autos que tenha ocorrido qualquer tipo de liame, de vínculo pré-existente, entre a ora denunciada Elizabete de Carvalho Fetter e a pessoa de Gilza Lippaus.

É que a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal, perante esse e. Tribunal, em momento algum narra ou expõe qualquer indicativo a respeito da ocorrência de concurso de pessoas, seja o eventual ou mesmo o necessário; tampouco os fatos descritos assim autorizariam (artigos 29 a 31, do Código Penal).

E assim é dado afirmar, considerando que, no caso em tela, sequer há alguma menção na peça acusatória acerca da consciência, por parte tanto da denunciada Elizabete de Carvalho Fetter, quanto da denunciada Gilza Lippaus, no sentido de terem contribuído para a atividade delituosa uma da outra.

Em suma, da leitura da denúncia ofertada no presente feito, bem como na peça vestibular oferecida em face de Gilza Lippaus, não deflui nenhuma narrativa dando conta da ocorrência de uma eventual participação, seja nas modalidades de induzimento e instigação ou, sequer, cumplicidade entre elas, liame esse que se existente teria o condão de demonstrar o concurso de pessoas no crime de falso testemunho.

Tem-se, em tese, pelos documentos acostados aos autos, dois delitos distintos, que teriam sido praticados não por uma mesma pessoa, mas por testemunhas diferentes, em oportunidades e datas distintas, de sorte a revelar que devem ser tratados como crimes autônomos, que teriam sido consumados de forma separada e independente.

Ademais, não é causa determinante do concurso de agentes o fato de os apontados depoimentos terem sido prestados em um mesmo processo, sem que haja o menor indício do estabelecimento de uma eventual participação, sob as modalidades de induzimento ou instigação, pois, no caso, temos, em tese, dois crimes de falso testemunho, cada um praticado isoladamente e por pessoa distinta, o que, por si só, já afasta a possibilidade da continência.

É que, como salientado anteriormente, a continência pressupõe uma infração única, em que duas ou mais pessoas são acusadas de praticá-la, consoante deflui do art. 77, I, do Código de Processo Penal. Outras hipóteses, que poderiam ensejar a continência,

mas que não guardam pertinência com o caso presente, seriam a de: 1) concurso formal de crimes propriamente dito, que se caracteriza pela prática de uma única conduta (ação ou omissão) pelo agente, provocando a realização de dois ou mais crimes; ou, ainda, 2) a “*aberratio ictus*”, que se caracteriza pelo fato de o agente, por erro na execução, terminar por atingir não somente a pessoa desejada, mas também outra não visada (trata-se de conduta com dois resultados); e, por fim, 3) a “*aberratio criminis*”, quando o agente, por erro na execução, atinge não somente o resultado desejado, mas ainda outro, fora da sua expectativa inicial (cf. Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, 10ª ed., São Paulo, RT, p. 244-5).

Nenhuma dessas hipóteses acima mencionadas restou caracterizada nos autos, pelo que não é caso de se avocar o processo que corre perante a Primeira Instância, nem há se falar em junção das ações penais (Súmula 704 do Excelso Pretório).

Assim, restando ausentes indícios que levem a ocorrência de um efetivo concurso de pessoas, bem como de quaisquer elementos indicativos da existência de uma *vis attractiva* de um processo sobre outro, não é caso de se reconhecer a ocorrência da apon-tada continência, sendo, por conseguinte, inaplicável o art. 77, do Código de Processo Penal.

De sorte que, por todos os ângulos enfocados, rejeito a preliminar de nulidade arguida.

II - DO EXAME DA DENÚNCIA

Ultrapassada essa questão preliminar, mister o exame e a deliberação sobre o recebimento ou rejeição da denúncia, ou mesmo sobre a improcedência da acusação, no caso da decisão não depender de outras provas, nos termos do que dispõe o artigo 6º da Lei nº 8.038/90.

Referida questão, inclusive, deve ser levada a efeito antes mesmo de uma eventual aplicação da suspensão condicional do processo, que, inclusive, já foi objeto de proposta por parte do Ministério Público Federal. Na verdade, somente após o seu eventual recebimento, é que se torna viável a aplicação do respectivo benefício, nos termos do que dispõe o artigo 89, par. 1º, da Lei nº 9.099/95, *verbis*:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, *este, recebendo a denúncia*, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”. (grifei)

Feita essa consideração, passo ao exame da denúncia.

A peça acusatória inicial narra que Elizabete de Carvalho Fetter, ao ser ouvida como testemunha em um processo judicial relativo a pedido de pensão por morte, fez afirmação falsa, com o escopo de obter prova destinada à comprovação da condição da autora como sendo dependente do segurado, tudo isso para que aquela parte pudesse lograr êxito na percepção do benefício previdenciário.

Veio, desse modo, a ser denunciada pela prática do crime previsto no artigo 342, “caput”, do Código Penal, em concurso material.

Inicialmente, cumpre assinalar que o regular recebimento da denúncia depende, antes de mais nada, da observância dos requisitos formais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

É de rigor e de fundamental importância o exame, ainda que conciso, de acordo com essa etapa processual, da caracterização do fato jurídico, ilícito e culpável, inexistência de causa de extinção da punibilidade e concomitante presença dos requisitos legais para o exercício da ação penal.

Da leitura da peça acusatória em tela resulta, em primeiro lugar, correta a exposição do fato criminoso relativo ao delito de falso testemunho (artigo 342, do Código Penal), com todas as suas circunstâncias, mediante a qualificação da acusada, bem como a classificação do crime e, ainda, rol de testemunhas, de sorte que, sob esse primeiro ângulo enfocado, restam preenchidas as condições estabelecidas no dispositivo legal em consideração.

Por outro lado, a denúncia descreve de forma hialina o elemento subjetivo, consubstanciado na vontade livre e consciente de fazer falsa afirmação em juízo.

Nesse particular, a inicial acusatória destaca que “No curso do processo previdenciário, a denunciada, na qualidade de testemunha de Ivonice, fez afirmação falsa, com o objetivo de produzir prova atinente à alegada união estável entre esta e Wilson Freire de Carvalho, seu pai, conforme cópia do depoimento prestado constante de fls. 33/34”. E mais : “a denunciada, *com vontade livre e consciente*, fez afirmação falsa na qualidade de testemunha em processo judicial, com o escopo de obter prova destinada a produzir efeito em processo previdenciário, no qual figurava como parte o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)”. (grifei)

A peça vestibular é clara ao narrar que a denunciada, na qualidade de testemunha em processo judicial, teria afirmado uma inverdade, relativa a um fato, do qual, a princípio, tinha consciência de não corresponder à realidade.

A exordial acusatória também descreve a potencialidade lesiva da declaração inverídica, em face do objeto do processo na qual foi prestada, no caso, a prova destinada a produzir efeito em uma ação de natureza previdenciária, onde se objetivava o recebimento de pensão por morte, embora o Excelso Pretório já tenha se manifestado no sentido de que “a potencialidade danosa do fato não é relevante para a tipificação do crime de falso.” (STF, HC 79535/MS, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, 2ª Turma, Julgamento: 16/11/1999).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao enunciar que o falso testemunho é crime formal, de simples atividade, que independe do resultado (RHC - 4.343, Relator para o acórdão Ministro Adhemar Maciel, DJ de 3.3.97). E mais, REsp - 248.809 (Ministro Paulo Gallotti, DJ de 18.2.02) e o HC-36.017 (Ministro Gilson Dipp, DJ de 20.9.04), in verbis: “O crime de falso testemunho é de cunho

formal, bastando, para sua concretização, o potencial risco à administração da justiça. Não é necessário para a tipificação do delito, que o teor do testemunho influa concretamente na decisão judicial, mas apenas que exista a possibilidade desta influência.”

Por outro lado, no tocante ao fato de o Ministério Público Federal ter se manifestado pelo arquivamento do inquérito policial, no que tange ao crime de falsidade ideológica, ante a ausência de lesividade jurídica, em nada altera a tipificação do crime de falso testemunho, tendo em vista que no caso foram consideradas duas condutas distintas, uma capitulada no artigo 299, do Código Penal, expressa no fato da denunciada Elizabete de Carvalho Fetter haver subscrito como testemunha um contrato ideologicamente falso; e outra capitulada no já mencionado artigo 342, *caput*, do Código Penal, e que consiste no comportamento incriminador de “fazer afirmação falsa”, cuidando-se, destarte, de condutas distintas e autônomas.

Por outro lado, o *Parquet* Federal veio a se manifestar pelo arquivamento no tocante ao crime de falsidade ideológica, ante a ausência de lesividade jurídica, arrimando-se, para tanto, em posicionamento doutrinário e jurisprudencial, ao passo que, no que diz respeito ao crime de falso testemunho, nos moldes já assinalados, a conduta narrada, num primeiro momento, se revela típica e antijurídica.

Assim sendo, nesse particular, não é dado afirmar, como quer levar a crer a defesa, que a promoção de arquivamento do inquérito, no que tange ao crime de falsidade ideológica, ocasione a apontada atipicidade do crime de falso testemunho, mesmo porque distintos são os objetos jurídicos tutelados, bem como o tipo objetivo e subjetivo de cada um dos ilícitos penais.

Por derradeiro, num primeiro momento, os elementos do tipo penal relativo ao crime falso testemunho, estão sim presentes e uma eventual rejeição de plano da denúncia ofertada seria prematura, na medida em que a questão relativa à conformidade ou não entre os fatos pretéritos afirmados pela denunciada perante o julgador e a real ciência da situação por ela narrada, ou mesmo a apontada potencialidade lesiva, de modo a afastar a tipicidade da conduta, são situações que ocasionariam um exame precipitado de mérito, inviável nesta sede, aliado à necessidade do contraditório e dilação probatória.

Contudo, situação diversa é aquela a que se refere ao concurso de delitos capitulado na denúncia (artigo 69, do Código Penal), sendo que nesse particular é de ser reconhecido o excesso acusatório.

É que, com a promoção de arquivamento do inquérito, no que tange ao delito de falsidade ideológica, o único delito imputado à ora denunciada é o de falso testemunho, de sorte que não remanesce, no caso em exame, nenhuma hipótese de concurso de crimes, justificador da aplicação do apontado concurso material, pelo que não poderia a denúncia indicar o art. 69 do Código Penal.

Na verdade, a denúncia descreve somente o crime de falso testemunho, nela não constando a imputação da prática de qualquer outro delito, por parte da denunciada, que reclamasse a aplicação do concurso material.

Dessa maneira, resulta ser de rigor a exclusão da denúncia da capitulação relativa ao artigo 69, do Código Penal.

Todavia, aqui cabe fazer um parêntese, esse excesso acusatório, propriamente dito, relativo à tipificação do concurso material lançado na inicial acusatória, com relação ao artigo 69, do Código Penal, não tem o condão de fulminar de inepta a peça acusatória, posto que não compromete os fatos narrados, relativamente ao crime de falso testemunho,

nos moldes já assinalados, restando preenchidos os requisitos formais elencados no artigo 41, do Código de Processo Penal.

Assim, o recebimento da peça acusatória, no que se refere ao crime de falso testemunho, se apresenta de rigor e tal ocorre, também, considerando que, no tocante às condições de procedibilidade da ação penal, não incidem, no caso em exame, quaisquer das hipóteses de rejeição da denúncia elencadas no artigo 395, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

Ora, já restou enfatizado que, no tocante ao crime de falso testemunho, restaram preenchidos todos os requisitos da inicial, nos moldes assinalados pelo artigo 41, do Código de Processo Penal, pelo que não há que se falar em inépcia da denúncia, tampouco na ausência dos requisitos indispensáveis para a validade ou o desenvolvimento válido e regular do processo, motivo pelo qual rejeito essa outra preliminar arguida pela defesa.

No que diz respeito às condições para o exercício da ação penal, encontra-se presente a possibilidade jurídica do pedido, por se tratar, num exame perfunctório inerente a essa etapa, de fato típico e ilícito o narrado na inicial acusatória, estando caracterizado, ademais, o interesse e legitimidade para agir.

Aqui, cabe registrar que o termo de audiência para oitiva de testemunha de fls. 32 e 34 revela que a denunciada veio a ser ouvida sim como testigo da parte requerente e que, na ocasião, prestou compromisso.

Senão vejamos.

No termo de audiência do r. Juízo Federal da 1ª Vara de Assis, datado de 13 de janeiro de 2009, restou consignado que: “Depreque-se a oitiva da Sra. Elizabete de Carvalho Fetter, filha do extinto, afim de que seja ouvida como informante do Juízo.” (fls. 04).

Entretanto, pelo auto de qualificação e depoimento de fls. 33/34 depreende-se que o Juízo Deprecado ouviu e qualificou Elizabete de Carvalho Fetter, na data de 29 de maio de 2009, como testemunha e, na oportunidade, ela prestou compromisso.

Portanto, a verdade é que a denunciada veio a ser qualificada e ouvida como testemunha compromissada.

Não consta, ademais, que na ocasião, tenha sido levantada a contradita, nos termos do que dispõe o artigo 414, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentada no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4º.

§ 2º A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o art. 406; ouvidas as partes, o juiz decidirá de plano”.

Portanto, na ocasião em que a denunciada foi ouvida perante o r. juízo deprecado da Comarca de Maracá, em momento algum foi arguido eventual impedimento da sua parte, ou mesmo incapacidade ou suspeição, tendo sido inquirida na qualidade de testigo, mediante a prestação de compromisso.

Assim, sob todos os ângulos enfocados, torna-se de rigor o recebimento da denúncia, no que tange ao artigo 342, “caput”, do Código Penal.

III - DA QUESTÃO PREJUDICIAL SUSCITADA

Ademais, resulta que, no caso em exame, sequer há que se falar na aplicação da questão prejudicial prevista no artigo 92 do Código de Processo Penal.

Senão vejamos.

A questão prejudicial de natureza obrigatória, prevista no artigo 92, do Código de Processo Penal, exige, dentre outros, que a matéria objeto de discussão no juízo cível, diga respeito ao estado civil das pessoas, enquanto a de ordem facultativa, elencada no artigo 93 do mesmo *Codex*, somente pode ser aplicada após o recebimento da denúncia, e, ainda assim, após a produção da necessária prova oral e realização daquelas consideradas urgentes.

É o que deflui da leitura dos mencionados dispositivos legais:

“Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, *sobre o estado civil das pessoas*, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”. (grifei)

“Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, *suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente*”. (grifei)

No que diz respeito à questão prejudicial de caráter facultativo, Guilherme de Souza Nucci leciona que “não se suspende a investigação policial, que deve terminar, propiciando ao órgão acusatório oferecer a denúncia ou queixa, havendo o seu recebimento, *para, depois, discutir-se a proposta de suspensão do feito*.”. E mais “em se tratando de suspensão facultativa, impõe a lei outra condição, além da ação civil já ter sido ajuizada, *que é a produção da prova oral, ouvindo-se todas as testemunhas arroladas pelas partes, bem como a realização de provas urgentes, como as periciais*.” (grifei) (*in ob. cit.*, p. 272/73)

Além disso, ainda que fosse possível o emprego da questão prejudicial, antes

mesmo do recebimento da denúncia, verifica-se que, mesmo assim, não seria viável a sua aplicação, no caso em tela.

É que, em consulta ao sistema informatizado do Tribunal, verifica-se que a ação previdenciária mencionada nos autos (Apelação Cível nº 0001185-58.2008.4.03.6116/SP) já foi julgada monocraticamente, em data de 09 de junho de 2011, oportunidade em que foi negado seguimento ao recurso interposto pela parte autora, ao argumento, dentre outros, de não ter restado comprovada a condição de companheira, consoante se infere do trecho a seguir transcrito:

“Todavia, no caso, a manutenção da convivência pública, contínua e duradoura até a data do óbito não restou comprovada.

A prova testemunhal produzida em Juízo (fls. 122/123), insubsistente e contraditória, põe em dúvida a alegada união estável. É o que expressa o testemunho de Viviane, ao taxativamente afirmar ‘*a autora cuidava do Sr. Wilson. Não presenciou nenhum tratamento entre eles como marido e mulher*’. Os depoimentos de Gilza Lippaus, Viviane Amstalden de Carvalho e de Elizabete de Carvalho Fetter estão sob suspeita de falsidade, diante do contradito por Ana Claudia Thomazinho, servidora do Tribunal de Justiça de São Paulo (fl. 154).

Aliás, se conviveram como marido e mulher, cabe indagar o porquê da afirmação de somente ter conhecido o finado em 1998, quando, na realidade, esse fato presumivelmente teria ocorrido pelos idos de 1969, ou seja, por volta de 30 anos antes do alegado? A resposta é simples e foi dada pelo Douto julgador de Primeira Instância: conduta desleal da autora.

E assim se configurou, por existir, como bem assinalado pelo MM. Juízo *a quo*, impedimento à união estável: a autora foi casada com o filho do falecido (fl. 90)”.

Portanto, resulta não ser caso de se aplicar a questão prejudicial pretendida.

IV - DA PLAUSIBILIDADE DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA

No que diz respeito à plausibilidade da pretensão acusatória, conforme já mencionado, em sede de juízo de delibação, cuja proposta cinge-se ao recebimento da denúncia, mister a verossimilhança no que diz respeito à tipicidade da conduta, bem como indícios de autoria e materialidade do delito.

Segundo a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (“Código de Processo Penal Comentado”, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 14), “*no campo penal, quando se propõe uma ação, não basta fazer referência ao caso concreto; é preciso que no limiar do processo a ser instaurado se mostre ao Juiz a seriedade do pedido, exibindo-lhe os elementos em que se esteia a acusação.*” Arremata o autor que a propositura da ação penal pressupõe a existência de elementos de convicção sobre o fato e sua autoria.

No caso em questão, numa análise do quanto consta dos autos, observa-se que a imputação está fundada em prova documental, consubstanciada nos autos do inquérito policial nº 0001737-52.2010.403.6116 (fls. 02/157), dele se destacando o termo de depoimento de Elizabete de Carvalho Fetter e o termo de declaração da Sra. Ana Cláudia Thomazinho, que se prestam a embasar a denúncia, já que evidenciam a presença de indícios de autoria e a materialidade do delito, em tese praticado pela ora denunciada.

Colhe-se de tudo, portanto, que a denúncia, no que se refere ao crime de falso testemunho, encontra-se lastreada em um contexto mínimo de indícios, todos apontando em princípio na direção da prática do ilícito.

Por outro lado, neste momento processual, desnecessária a obtenção de um juízo de certeza acerca da culpabilidade, indispensável apenas em caso de eventual julgamento do mérito.

Em suma, por ora, para fins de recebimento da denúncia, basta, como já mencionado, a simples “suspeita”, *in casu*, transformada em indícios. E uma vez que os fatos descritos revelam, em tese, infração penal, há condições de se viabilizar a respectiva ação, sendo que neste sentido já decidiu o Excelso Pretório:

“Se a denúncia, alicerçada em elementos do inquérito, contém a descrição clara e objetiva do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e a classificação do delito, possibilitando a ampla defesa do réu, deve ser recebida”.

(Inq 2030/DF - DISTRITO FEDERAL, Relator Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 13/09/2007, Tribunal Pleno).

No mesmo sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere dos seguintes precedentes:

“Nesse juízo meramente prelibatório, em que se verifica apenas a viabilidade da acusação, não é o órgão julgador obrigado a perfazer um exame aprofundado dos fatos em apuração e de todas as alegações da defesa, mormente quando digam respeito ao próprio mérito e demandem dilação probatória, porquanto não é o momento adequando”.

(HC 64647, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ª Turma, DJ DATA: 21/05/2007, p. 599).

“I - Para o recebimento da denúncia, o que interessa é a correta descrição dos fatos que constituam, em tese, infração penal, a certeza do crime e indícios suficientes de sua autoria. II - Requisitos do art. 41 do CPP preenchidos, *in casu*.

III - Denúncia recebida”.

(APN 268/MT, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Corte Especial, DJ 23/05/2005, p. 118).

“Há condições de se viabilizar a ação penal, quando os fatos descritos revelam, em tese, infração penal. Para o recebimento da denúncia basta a simples ‘suspeita’, transformada em indícios, não se exigindo entre o fato demonstrado e o fato que se infere, uma certeza tão evidente e certa, como no caso de condenação”.

(APN 224, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, DJ DATA: 26/04/2004, p. 138).

Logo, verificando-se que a peça acusatória, relativamente ao crime de falso testemunho - artigo 342, do Código Penal - conta, em tese, com substrato fático e legal, a ocorrência de outras circunstâncias, que porventura possam demonstrar o não cometimento do crime, constituem matérias que só poderão ser analisadas durante a dilação probatória, a ser levada a efeito na própria instrução criminal da ação penal e não na

fase do recebimento da denúncia, sob pena de restar caracterizada uma absolvição antecipada, que não encontra suporte legal em nosso ordenamento jurídico.

Cabe destacar, outrossim, que diante dos termos da inicial acusatória, a denunciada não se encontra tolhida no exercício do direito de defesa, dado que a peça acusatória revela com clareza qual é a ordem de imputação que lhe é endereçada.

Logo, quanto ao crime de falso testemunho, entendo que o recebimento da denúncia é de todo imperioso.

V - DO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO QUANTO AO DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA

Por fim, assenta o Ministério Público Federal - *dominus litis* - a atipicidade quanto ao crime de falsidade ideológica, ante a manifesta ausência de lesividade jurídica.

Notícia o *Parquet* Federal que a ora denunciada assinou um contrato de união estável, na condição de testemunha, mas que referida conduta, por si só, não teria o condão de configurar o crime previsto no artigo 299, do Código Penal, tendo em vista o fato de não trazer em si potencialidade lesiva de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Ora, na situação em exame resulta que, a despeito do apontado contrato de sociedade de fato ter sido utilizado como prova para instruir os autos da ação de benefício previdenciário nº 2008.61.16.001185-1, o magistrado, confrontando o documento em apreço, consignou na sentença (fls. 139/41) a existência de fato objetivo impeditivo da configuração, ainda que, em tese, da união estável, nos termos dos artigos 1521, II, e 1723, par. 1º, ambos do Código Civil, consoante deflui da leitura do seguinte trecho:

“No intuito de provar o fato constitutivo de seu direito, a autora juntou o contrato de sociedade de fato de fls. 14/15 e documentos emitidos em seu nome consignando o endereço da Rua Antonio José de Carvalho, 630 (fls. 18/19), o mesmo informado como sendo o do segurado falecido na certidão de óbito.

(.....)

Ocorre, contudo, que há fato objetivo que impede a configuração, mesmo que em tese, da relação de união estável: a autora foi casada com o filho do segurado falecido, conforme certidão de casamento de fls. 90.”

E, efetivamente, o art. 1.521, II, do Código Civil, estabelece que não podem casar os afins em linha reta. Ademais, o art. 1.723, parágrafo 1º, do mesmo *Codex*, estatui que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do precitado art. 1.521.

Ora, segundo o escólio de Maria Helena Diniz, “*não podem casar os afins em linha reta, isto é, sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrastra e enteado ou qualquer outro descendente do cônjuge ou companheiro (neto, bisneto), nascido de outra união, mesmo já dissolvido o casamento que originou a afinidade.*” (in *Código Civil Anotado*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 1.060)

Por conseguinte, é dado afirmar, desde já, que o documento em apreço, por si só, não tinha força probante para produzir o efeito jurídico almejado caracterizador da união estável, tampouco potencial de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, além de que foi submetido à verificação, comprovação

e confronto objetivo por parte do magistrado, isto, por certo, para constatação de eventual existência de concubinato, por ser esta a única possibilidade que daí poderia decorrer, art. 1.727, do Código Civil.

Desse modo, em se tratando de documento que por si só não demonstrava a união estável, face o impedimento decorrente da própria lei, art. 1.521, II, combinado com o art. 1.723, parágrafo 1º, ambos do Código Civil, e, ainda, considerando que era passível de apuração por meio de mero confronto objetivo, não há que se falar em falso ideológico, como, inclusive, já teve a oportunidade de se manifestar o Excelso Pretório:

“ESTA PRIMEIRA TURMA, AO JULGAR O HC-62874 (RTJ-115/166 E SEGS.), ENTENDEU QUE, AINDA QUANDO SE ADMITA QUE O DOCUMENTO SUJEITO A VERIFICAÇÃO NÃO É HÁBIL PARA A CONFIGURAÇÃO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA, ISSO SÓ OCORRERIA ‘QUANDO A VERDADE, QUE O FUNCIONÁRIO ESTA ADSTRITO A VERIFICAR, É APURÁVEL POR MEIO DE CONFRONTO OBJETIVO E CONCOMITANTE DA AUTORIDADE, DISPENSANDO INDAGAÇÃO COMPLEXA E FUTURA’.”

(RHC 67023/SP, Relator Min. MOREIRA ALVES, 1ª Turma, DJ 17-02-1989, PP-00972, EMENT VOL-01530-02, PP-00411)

Logo, estando a questão sujeita à pronta verificação, não há como ser reputada como falsidade ideológica. Neste sentido, há precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOCUMENTO SUJEITO A POSTERIOR VERIFICAÇÃO, SEM INDAGAÇÃO COMPLEXA.

1. Não há ofensa à fé pública e conseqüentemente não se perfaz a figura delitosa do art. 299 do Código Penal, simples requerimento de inscrição em concurso público, onde se afirma, sob as penas da lei, ser portador de diploma de Bacharel em Direito, sem que isto corresponda à realidade. É que o requerimento nesta hipótese, sujeito a posterior verificação, sem indagação complexa e futura, não se presta à comprovação da condição habilitadora, ou na dicção do STF, não vale por si mesmo.

2. Recurso especial não conhecido”.

(REsp 137739/RS, Rel. Min. Ministro FERNANDO GONÇALVES, 6ª Turma, DJ 13/10/1998, p. 193).

“Falsidade ideológica. Documento sujeito a verificação. Atipicidade dos fatos. Ordem Concedida. Não se pode reconhecer falsidade ideológica em documento sujeito a verificação, principalmente quando submetido a confronto objetivo pelo Juiz da Causa” (JSTJ 39/450).

No mesmo sentido, é a jurisprudência dos e. Tribunais Regionais Federais:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CP. ART. 299. REQUERIMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. DECLARAÇÃO FALSA. DOCUMENTO SUJEITO A VERIFICAÇÃO.

ATIPICIDADE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. CPP. ART. 395, III. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. *Não existe falso ideológico em documento sujeito a verificação* (TRF/1ª Região, RT 792/722). A declaração feita em documento deve valer por si só. Se depender de comprovação ou de verificação, não é idônea para a configuração do delito em apreço. 2. O simples requerimento ou petição não é considerado documento para efeitos penais. 3. Não havendo a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na Lei, a rejeição da denúncia é medida que se impõe. Há falta de justa causa para a ação penal se ficar evidenciada a atipicidade da conduta. 4. Recurso não provido”. (TRF1, RSE Nº 200941000066992, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, 4ª Turma, e-DJF1, DATA: 08/04/2010, PÁGINA: 69) (grifei).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TEMPO DE SERVIÇO. DECLARAÇÃO DE EX-EMPREGADOR. INSERÇÃO EM JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. 1. Não comete falsidade ideológica o segurado que, em justificação judicial de tempo de serviço, anexa declaração de seu ex-empregador como início de prova material, ainda que não seja ela aceita pelo INSS, dentro da sua competência administrativa. 2. *Não existe falso ideológico em documento que está sujeito a verificação e, sobretudo, à livre aceitação pela previdência social*. 3. Concessão da ordem de ‘habeas corpus’. Trancamento do inquérito policial”. (TRF1, HC 9601521917, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, 3ª Turma, DJ DATA: 20/06/1997, PÁGINA: 46208) (grifei).

“PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO POR ORDEM JUDICIAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOCUMENTO SUJEITO A VERIFICAÇÃO. ATIPICIDADE DOS FATOS. ORDEM CONCEDIDA.

I - Determinada a instauração do inquérito policial pelo magistrado estadual, no exercício da jurisdição federal, a competência para conhecer do *habeas corpus* é deste e. Tribunal. II - Não tendo sido ordenada a abertura de inquérito policial em relação a autora a ação previdenciária, prejudicada ficou a impetração quanto a ela. III - *Não se pode reconhecer falsidade ideológica em documento sujeito a verificação, principalmente quando submetido a confronto objetivo pelo juiz da causa*. IV - diante da atipicidade dos fatos imputados aos pacientes, impõe-se o trancamento do inquérito policial ou da ação penal porventura instaurada. V - ordem concedida”.

(TRF3, HC 91030283682, DES. FEDERAL ARICÊ AMARAL, 2ª TURMA, DOE DATA: 16/03/1992, PÁGINA: 139) (grifei)

Em suma, é caso de ser acolhido o pedido de arquivamento no que tange ao crime de falsidade ideológica.

VI - CONCLUSÃO

Em face do exposto, acolho a cota ministerial relativa ao pedido de arquivamento do feito, quanto ao crime capitulado no artigo 299, do Código Penal.

No mais, voto no sentido de receber a denúncia, tão-somente, no que tange ao crime capitulado no artigo 342, “caput”, do Código Penal, excluindo, todavia, a capitulação relativa ao artigo 69, do Código Penal, determinando o regular prosseguimento do processo criminal, em relação à denunciada ELIZABETE DE CARVALHO FETTER, inclusive no que se refere ao disposto no artigo 89, par. 1º, da Lei nº 9.099/95.

Por fim, a despeito da ora denunciada ocupar, na atualidade, o posto de Prefeito Municipal da cidade de Maracá/SP, resulta que sequer é caso de ser examinado o cabimento ou não do seu afastamento do exercício do cargo, durante a instrução criminal, considerando tratar-se de medida excepcional e extremada, cabível, em tese, nos casos em que a denúncia imputa ao denunciado a prática de delito de responsabilidade de Prefeito Municipal (art. 2º, II, do Decreto-lei 201/67), sendo que, na situação em tela, a peça vestibular trata de fatos estranhos à sua gestão municipal.

É como voto.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE: A relatora rejeitou a preliminar de nulidade processual, afastou a questão prejudicial prevista no artigo 92 do Código de Processo Penal, acolheu a cota ministerial relativa ao pedido de arquivamento do feito em relação ao crime capitulado no artigo 299 do Código Penal, excluiu a incidência do artigo 69 do Código Penal e recebeu a denúncia concernente ao delito tipificado no artigo 342, *caput*, do Código Penal.

Entendeu que a peça vestibular é clara ao narrar que a denunciada, na qualidade de testemunha em processo judicial, teria afirmado falsamente fato que, a princípio, tinha consciência de não corresponder à realidade. Consignou que a exordial acusatória também descreve a potencialidade lesiva da declaração inverídica, em razão do objeto do processo no qual foi prestada, cujo intuito é produzir efeito em ação de natureza previdenciária, na qual se objetivava o recebimento de pensão por morte, não obstante haja precedentes do STF e STJ, no sentido de que é irrelevante a potencial nocividade para a perpetração da espécie.

Acompanho o voto vencedor relativamente à rejeição da preliminar, ao afastamento da questão prejudicial, ao acolhimento da promoção de arquivamento quanto à infração do artigo 299 do Código Penal e divirjo do entendimento relativo ao recebimento da exordial pelo delito de falso testemunho.

No caso dos autos, a denúncia narra que, no dia 29 de maio de 2009, na sala de audiência da Vara Única da Comarca de Maracá/SP, Elizabete de Carvalho Fetter, com vontade livre e consciente, fez afirmação falsa na qualidade de testemunha em processo judicial, com o escopo de obter prova destinada a produzir efeito em processo previdenciário ajuizado contra o INSS. Aduz que a autora Ivonice Maria Sandrini pleiteou que a autarquia previdenciária fosse condenada a pagar-lhe pensão por morte em decorrência do falecimento de Wilson Freire de Carvalho, sob alegação de que vivia com ele em regime de união estável. Esclarece que a ora denunciada era filha do falecido Wilson e foi ouvida como testigo de Ivonice Maria Sandrini na ocasião em que prestou o depoimento reputado inverídico (fls. 163/165).

Ressalte-se que a oitiva de Elizabete de Carvalho Fetter colhida na Vara Única da

Comarca de Maracaí/SP decorreu por força de carta precatória, conforme determinação do juízo da 1ª Vara Federal em Assis - SP (fl. 04), *verbis*:

“(...) Após, o MM. Juiz tomou o depoimento pessoal da autora, conforme termo em apartado. Em seguida, pelo MM. Juiz foi dito: ‘Ficam as partes intimadas da audiência na Comarca de Maracaí/SP, no dia 12 de fevereiro de 2009, às 13:50 horas, para a oitiva das testemunhas arroladas pela autora. Aguarde o retorno da carta precatória expedida. Depreque-se a oitiva da Sr. Elizabete de Carvalho Fetter, filha do extinto, afim de que seja ouvida como informante do Juízo, observando-se o endereço da mesma sito a Rua Antonino José de Carvalho, nº 630, Jardim Santa Ana, em Maracaí/SP. Após, abra-se vista as partes para a apresentação de memoriais finais no prazo de 10 (dez) dias, iniciando-se pela parte autora, vindo em seguida os autos conclusos para a sentença’.”

Verifica-se, de imediato, à luz da legislação processual, que o juiz deprecado excedeu o teor da precatória, ao realizar diligência diversa da requerida. O juízo deprecado é simples executor do ato deprecado, cuja menção é requisito essencial da precatória, consoante o artigo 202, inciso III, do CPC. O exercício da jurisdição não é delegável, sob pena de quebra do princípio do juiz natural, por isso o juiz da causa indica o que quer que se realize e o cumprimento deve se restringir ao que indicado, de modo que tendo havido a determinação de que Elizabete de Carvalho Fetter fosse ouvida como informante do juízo, não poderia o executor ouvi-la como testemunha. Assim, subsiste o que foi determinado na vara de origem da ação previdenciária, de modo que não há se falar em perpetração do crime em comento, já que na qualidade de informante, não figuraria entre os agentes enumerados no tipo penal. Confira-se:

“RESP - PENAL - FALSO TESTEMUNHO - TESTEMUNHA - INFLUÊNCIA DE ADVOGADO - MERA ORIENTAÇÃO DO TESTEMUNHO - INEXISTÊNCIA DE OFERTA DE DINHEIRO OU OUTRA VANTAGEM - ‘PARTICIPANTE’ E QUALQUER PESSOA QUE ATUA NO ‘ITER CRIMINIS’. ‘AUTOR’, QUEM REALIZA O ATO DE EXECUÇÃO. O ‘CO-AUTOR’ CO-PARTICIPA DA EXECUÇÃO OU CONCORRE PARA QUE O AUTOR O FAÇA. O FALSO TESTEMUNHO E CRIME DE MÃO PRÓPRIA. SÓ O AGENTE INDICADO NO TIPO PODE SER ‘AUTOR’. TAL DELITO NÃO SE CONFUNDE COM O CRIME PRÓPRIO. EM TESE, PORÉM, É ADMISSÍVEL A PARTICIPAÇÃO, DE QUE É EXEMPLO ORIENTAR TESTEMUNHA PARA FAZER AFIRMAÇÃO FALSA, NEGAR OU CALAR A VERDADE. O CÓDIGO PENAL DO BRASIL, EM ALGUNS CASOS, SECCIONOU A UNIDADE JURÍDICA, RESULTANTE DO CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART. 29). EXEMPLOS O ABORTO CONSENTIDO (ART. 124) E O ABORTO PRATICADO POR TERCEIRO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (CP, ART. 126), A FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO (CP, ART. 318) E O CONTRABANDO OU DESCAMINHO (CP, ART. 334), A CORRUPÇÃO PASSIVA (CP, ART. 317) E CORRUPÇÃO ATIVA. (CP, ART. 333). O MESMO OCORREU COM O FALSO TESTEMUNHO (CP, ART. 342), E O ART. 343 (SEM ‘NOMEN IURIS’). HÁ UM CRIME PARA CADA AGENTE. O DELITO DO PARTÍCIPE É

DAR, OFERECER, OU PROMETER DINHEIRO OU QUALQUER VANTAGEM A TESTEMUNHA PARA FAZER AFIRMAÇÃO FALSA, NEGAR OU CALAR A VERDADE. A PENA COMINADA, DE OUTRO LADO, É A MESMA PARA AMBAS AS INFRAÇÕES. LOGICAMENTE, ESTABELECEU DISTINÇÃO ENTRE A CONDUTA DE QUEM INFLUENCIA OFERECENDO, OU NÃO, DINHEIRO OU OUTRA RECOMPENSA. VALE DIZER, SÓ INCRIMINOU O COMPORTAMENTO DE TERCEIRO QUE OFERECE A CONTRAPRESTAÇÃO RESTA, POR ISSO, ATÍPICA, A CONDUTA, SEM DÚVIDA, IMORAL, CONTRARIA A ÉTICA, DO ADVOGADO QUE SE RESTRINGE A SOLICITAR QUE O DEPOIMENTO SE ORIENTE NO SENTIDO FAVORÁVEL AO RÉU.”

(RESP 199100046299, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA: 06/04/1992, PG: 04510, LEXSTJ VOL.: 00034, PG: 00303, RSTJ VOL.: 00045, PG: 00198, RT VOL.: 00689, PG: 00412, RT VOL.: 00690, PG: 00374. - grifei)

Note-se que do Código de Processo Civil faz distinção entre a testemunha e o informante, consoante exsurge de seu artigo 405, § 4º, o qual estabelece quanto ao último o depoimento independentemente de compromisso, *verbis*:

“Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 1º São incapazes: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - o interdito por demência; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - o menor de 16 (dezesesseis) anos; (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 2º São impedidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - o que é parte na causa; (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes. (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 3º São suspeitos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - o que, por seus costumes, não for digno de fé; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV - o que tiver interesse no litígio. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”

Assim, a deliberação do juiz deprecante coaduna-se com a legislação processual, na medida que, em princípio, a possibilidade de o pai da denunciada manter união estável com a autora na ação previdenciária caracterizaria a situação em que ela seria impedida de depor como testigo, a teor do artigo 405, § 2º, inciso I, do CPC, e só poderia fazê-lo, nos termos do § 4º, ou seja, não compromissada. Destarte, se o agente é dispensado do compromisso, não há o dever legal de dizer a verdade, de modo que não responde por falso testemunho (*in Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 9ª edic. revista, ampliada e atualizada até 1º.03.2006, editora Revista do Tribunais, 2006, pp. 563/564*).

No mesmo sentido:

“**HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO (ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL). PACIENTE QUE TERIA PRESTADO FALSAS DECLARAÇÕES EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA POR SEU IRMÃO. PESSOA IMPEDIDA DE DEPOR COMO TESTEMUNHA (ARTIGOS 228 DO CÓDIGO CIVIL E 405, INCISO II E § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). OITIVA COMO MERA INFORMANTE. IMPOSSIBILIDADE DE FIGURAR COMO SUJEITO ATIVO DO DELITO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DA ORDEM.**

1. No caso dos autos, a paciente foi acusada de praticar o crime de falso testemunho porque teria narrado ‘fatos que não correspondem à verdade, prejudicando a correta distribuição da justiça’ em ação indenizatória movida por seu irmão em face das Lojas Americanas S. A.

2. Não se desconhece a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da imprescindibilidade ou não de a testemunha estar compromissada para a caracterização do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, tendo esta Corte Superior de Justiça se orientado no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito. Precedentes do STJ e do STF.

3. Contudo, na hipótese em análise, a circunstância de a paciente haver prestado depoimento após ter aceitado o compromisso de dizer a verdade mostra-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que ela sequer poderia ser considerada testemunha nos termos da legislação civil pátria, aplicável à espécie pelo fato de a afirmação em tese falsa haver sido fornecida em processo de natureza cível.

4. Com efeito, de acordo com o artigo 228, inciso V, do Código Civil, e com o artigo 405, inciso I, do Código de Processo Civil, não podem ser admitidos como testemunhas os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

5. Entretanto, o § 4º do artigo 405 da Legislação Processual Civil permite que o

juiz ouça as pessoas impedidas ou suspeitas de testemunhar, sendo os seus depoimentos prestados independentemente de compromisso, e devendo o magistrado lhes atribuir o valor que possam merecer.

6. No caso em exame, a paciente foi inquirida na qualidade de irmã do requerente da ação indenizatória, motivo pelo qual o fato de haver se comprometido a dizer a verdade do que sabia e lhe foi perguntado não possui qualquer relevo, já que pelo inciso II e pelo § 4º do artigo 405 do Código de Processo Civil estava impedida de testemunhar no caso, só podendo ser ouvida como informante, sem prestar o compromisso previsto no artigo 415 do mencionado diploma legal.

7. O crime disposto no artigo 342 do Código Penal é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha, a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos, que são excepcionais, apenas colhidos quando indispensáveis, devem ser apreciados pelo Juízo conforme o valor que possam merecer.

8. Desse modo, sendo incontroverso que a paciente foi ouvida como informante, justamente pelo fato de ser irmã do autor da ação de indenização na qual o falso testemunho teria sido prestado, não pode ser ela sujeito ativo do citado ilícito.

9. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a sentença por meio da qual a paciente foi absolvida sumariamente do crime de falso testemunho.”

(HC 192.659/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011 - grifei)

Discordo também da aduzida existência da potencialidade lesiva da eventual declaração inverídica. Veja-se que a fundamentação articulada pelo *Parquet* para promover o arquivamento do inquérito policial concernente à falsidade ideológica ressalta a inaptidão do contrato de união estável, o qual a denunciada assinou como testemunha, para configurar o respectivo delito, à vista da ausência de possibilidade de se prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Confira-se:

“Entretanto, apesar da diligência efetuada, o Ministério Público Federal informa que não oferecerá denúncia em face da acusada por eventual crime de falsidade ideológica uma vez que o Contrato de União Estável por ela assinado na condição de testemunha, apesar de ser ideologicamente falso, já que ao que consta Ivonice e Wilson não viviam em união estável, não é apto a configurar o crime previsto no art. 299 do Código Penal, tendo em vista que não traz em si potencialidade lesiva de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.” (fl. 160)

O mesmo raciocínio se aplica ao delito de falso testemunho. O depoimento é manifestamente ineficaz para produzir efeito na ação previdenciária, já que o reconhecimento da união estável entre Ivonice Maria Sandrini e Wilson Freire de Carvalho é infactível, em razão da existência de fato jurídico impeditivo de tal condição. É o que se infere da decisão proferida no mencionado processo (apelação cível nº 0001185-58.2008.4.03.6116/SP), cujo trecho transcrevo:

“Todavia, no caso, a manutenção da convivência pública, contínua e duradoura até a data do óbito não restou comprovada.

A prova testemunhal produzida em Juízo (fls. 122/123), insubsistente e contraditória, põe em dúvida a alegada união estável. É o que expressa o testemunho de Viviane, ao taxativamente afirmar ‘a autora cuidava do Sr. Wilson. Não presenciei nenhum tratamento entre eles como marido e mulher’. Os depoimentos de Gilza Lippaus, Viviane Amstalden de Carvalho e de Elizabete de Carvalho Fetter estão sob suspeita de falsidade, diante do contradito por Ana Claudia Thomazinho, servidora do Tribunal de Justiça de São Paulo (fl. 154).

Aliás, se conviveram como marido e mulher, cabe indagar o porquê da afirmação de somente ter conhecido o finado em 1998, quando, na realidade, esse fato presumivelmente teria ocorrido pelos idos de 1969, ou seja, por volta de 30 anos do alegado? A resposta é simples e foi dada pelo Douto julgador de Primeira Instância: conduta desleal da autora.

E assim se configurou, por existir, como bem assinalado pelo MM. Juízo *a quo*, impedimento à união estável: a autora foi casada com o filho do falecido (fl. 90)”. (fl. 377)

O juiz de primeira instância asseverou:

“Ademais, as testemunhas Gilza Lippaus, Viviane Amstalden de Carvalho e Elizabete de Carvalho Fetter, esta última filha do segurado, informaram que a autora mantinha uma relação de união estável com o falecido à época do óbito. Ocorre, contudo, que há fato objetivo que impede a configuração, mesmo que em tese, da relação de união estável: a autora foi casada com o filho do segurado falecido, conforme certidão de casamento de fls. 90.

Nos termos dos artigos 1521 e 1723, § 1º, ambos do Código Civil, os afins em linha reta, situação na qual se enquadram autora e falecido, estão impedidos para o casamento, vedação que se estende à união estável; *in verbis*:

‘Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.’

‘Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.’

Há expressa vedação normativa, portanto, à pretensão inicial, razão pela qual deve ser declarada a improcedência da demanda. (fl. 134/134 vº)

Ou seja, a ré foi a juízo falar sobre união estável proibida por lei, de modo que sua declaração nunca ensejaria o estabelecimento do benefício de pensão por morte, o qual dependeria do reconhecimento da existência do vínculo defeso.

A pesquisa jurisprudencial não indica nenhum caso em que tenha sido concedida a pensão por morte, sob a alegação de união estável entre nora e sogro.

Anote-se que em caso análogo, no qual se discutia o eventual direito de a concubina receber pensão por morte em concurso com a viúva, o STJ entendeu inviável o reconhecimento do direito, porquanto ela estaria na mesma situação dos pretensos companheiros que têm obstada a constituição da união estável, inclusive para fins previdenciários, pela existência de impedimento, *verbis*:

‘DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINA. CONCOMITÂNCIA. IMPEDIMENTO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos pretensos companheiros, embaraça a constituição da união estável, inclusive para fins previdenciários.

2. Afigura-se inviável, desse modo, reconhecer à recorrida o direito à percepção da pensão por morte em concurso com a viúva, haja vista que o *de cujus*, à época do óbito, permanecia casado com a recorrente. 3. Recurso especial provido.’ (RESP 200900786830, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 01/02/2010.)

No voto em comento o ministro relator explicitou:

‘Isso, porque sendo o ordenamento jurídico um organismo harmônico, é inconcebível configurar como união estável uma relação que não tem aptidão para ser convertida em casamento, notadamente porque nosso arcabouço legal veda a possibilidade de pessoa casada contrair novas núpcias, como se constata dos arts. 1.521, VI, do Código Civil e 235 do Código Penal.

Tal orientação já foi sufragada por esta Corte Superior de Justiça, que prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio por parte de um dos componentes do casal, embaraça a constituição da união estável, o que impede que os efeitos jurídicos que dela irradiam alcancem a concubina.’”

Restou colacionado:

“CIVIL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE MULHER E HOMEM CASADO, MAS NÃO SEPARADO DE FATO - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO ARTIGO 226, § 3º, DA MAGNA CARTA - MATÉRIA AFETA AO STF - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO ÀS LEIS 8.971/94 E 9.278/96 - SÚMULA 284/STF - INFRINGÊNCIA À DISPOSITIVOS DA LEI 10.406/02 - FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ANTERIOR - INCIDÊNCIA DESTA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - COMPROVAÇÃO. 1. Esta Corte de Uniformização não se presta à análise de matéria constitucional (art. 226, § 3º, da CF), cabendo-lhe, somente, a infraconstitucional. 2. A falta de indicação do dispositivo de determinado diploma legal supostamente violado, impede o conhecimento da matéria, tendo em vista o óbice da Súmula 284/STF. 3. *In casu*, os fatos relacionados ao presente recurso ocorreram na vigência do Código Civil de 1916, o

que afasta a incidência, no caso, dos dispositivos da Lei 10.406/02 (Novo Código Civil). 4. A teor da jurisprudência desta Corte, a existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável. 5. Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, provido para, cassando o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, afastar o reconhecimento da união estável, no caso.”

(RESP 200401223595, JORGE SCARTEZZINI, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA: 27/06/2005, PG: 00411, RNDJ VOL.: 00069, PG: 00112. - grifei)

Constata-se que a denunciada prestou declarações sobre vínculo vedado legalmente, o que denota inexistência de potencial lesividade de sua declaração, porquanto inapta a ensejar o estabelecimento do benefício de pensão por morte.

Assim, consideradas a ausência do dever legal de dizer a verdade, de modo a não responder por falso testemunho e a inexistência de potencialidade danosa do depoimento prestado na ação previdenciária, voto para rejeitar a denúncia.

É o meu voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

MANDADO DE SEGURANÇA
0029923-03.2010.4.03.0000
(2010.03.00.029923-9)

Impetrante: MUDE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: MS 325637
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE COMPARTILHAMENTO DE PROVAS. DESCABIMENTO DO “WRIT”.

1. O ato pelo qual autoriza o juiz o compartilhamento de informações não produz violação a direitos da empresa na dimensão de suas relações com o Fisco, evento que concerne ao lançamento com a utilização da prova cuja legalidade se discute.
2. Impetração em que se objetiva a suspensão de procedimentos fiscais, cabível sendo a postulação, na esfera cível, de desconstituição do crédito tributário.
3. Descabimento do mandado de segurança que se reconhece.
4. Ordem denegada.

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, denegar a ordem por inadequação da via eleita, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2012.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): MUDE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. impetrou este mandado de segurança contra ato do MM. Juiz Federal da Quarta Vara Federal Criminal de São Paulo.

Informa que se dedica a atividades relacionadas em seu contrato social e, por isso, se sujeita ao recolhimento de diversos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, que iniciou contra si um procedimento de fiscalização, consubstanciado no mandado de procedimento fiscal, com o objetivo principal de verificação das operações de comércio praticadas pela cadeia de fornecimento de produtos CISCO no Brasil, formada por exportadores, importadores, distribuidores e integradores, situados no Brasil e no exterior.

Foram lavrados diversos autos de infração contra si para a constituição de créditos tributários, bem como para a imputação de pena de perdimento em relação aos produtos mantidos em estoque e, ainda, para cobrança de multas agravadas, previstas no artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Ressalta que o motivo da lavratura das autuações fiscais foi a interpretação feita pela Receita Federal do Brasil sobre as escutas telefônicas e interceptações telemáticas, envolvendo os dirigentes e demais pessoas a ela ligadas, direta ou indiretamente, além do entendimento formado a partir dos elementos apreendidos pela Polícia Federal por ocasião de chamada “Operação Persona”, sendo que as escutas e interceptações em tela foram feitas com respaldo em decisões judiciais proferidas nos autos do Procedimento Criminal Diverso (“PCD”) nº 0009285-06.2005.4.03.6181 (antigo 2005.61.81.009285-1) em trâmite perante a Quarta Vara Federal Criminal de São Paulo, em cuja relação processual jamais figurou.

Ressalta que, até 31 de maio de 2010, não tinha conhecimento acerca de qualquer decisão judicial que autorizasse o compartilhamento do conteúdo das conversas telefônicas e das mensagens telemáticas entre a esfera criminal e a Receita Federal do Brasil, tanto que apresentou defesas administrativas, alegando, dentre outras teses, a irregularidade do procedimento fiscal, vez que calcado em elementos obtidos em esfera criminal e utilizados pelo Fisco sem autorização judicial.

Naquela ocasião, foi cientificada da lavratura de novos autos de infração, por meio dos quais a Receita Federal do Brasil constituiu créditos tributários em face dos importadores, relativamente aos tributos incidentes no desembaraço aduaneiro, atribuindo-lhe responsabilidade solidária por suposto interesse na ocorrência do fato gerador.

E, dentre os elementos que constituem os novos autos de infração, está o Ofício nº 3693/2008, emitido pelo Juízo da Quarta Vara Federal Criminal de São Paulo, que, sem qualquer possibilidade de contraditório, cientificou a Delegada de Polícia Federal acerca da autorização expressa, nos autos do Inquérito Policial nº 0014755-47.2007.4.03.6181, (número antigo 2007.61.81.014755-1), do compartilhamento das interceptações telefônicas e telemáticas realizadas no âmbito do PCD - Procedimento Criminal Diverso, permitindo que a Receita Federal do Brasil se valesse de tais elementos para constituir créditos tributários contra si e contra outros contribuintes.

Sustenta não ser parte no Inquérito Policial e nem no Procedimento Criminal Diverso, restando-lhe, apenas, o caminho do mandado de segurança para obter a declaração de nulidade do ato que permitiu o compartilhamento das interceptações telefônicas e telemáticas.

Defende a tempestividade e a admissibilidade do mandado de segurança.

Afirma a inexistência de autorização constitucional para a interceptação de dados de comunicações telemáticas, a inexistência dos requisitos legais para a ordem judicial de interceptação telefônica e telemática e a inexistência de autorização legal para o compartilhamento de dados obtidos por meio de quebra de sigilo de comunicações.

Sustenta a incompetência do Juízo Criminal para autorizar a quebra do sigilo de comunicações, e que o ato judicial viola as normas fixadas na Resolução nº 59/2008, do Conselho de Justiça Federal.

Pede o deferimento da liminar para suspender os efeitos da decisão que autorizou o compartilhamento do conteúdo das conversas telefônicas e das mensagens telemáticas entre a esfera criminal e a Receita Federal do Brasil, com a sustação de quaisquer atos decorrentes do aludido compartilhamento que lhe digam respeito e, a final, a concessão do mandado de segurança para reconhecer seu direito ao sigilo e ao não compartilhamento do conteúdo das comunicações telefônicas e telemáticas, com o decreto de ilicitude das provas havidas pela Receita Federal, oriundas dos processos, procedimentos e inquéritos sob a tutela do Juízo Impetrado.

Recolheu as custas e juntou os documentos de fls. 30/551.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 568/571).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 577/597).

A fls. 598/627, a impetrante pediu a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de liminar ou, então, que seu pedido fosse submetido a julgamento perante o Órgão Colegiado, nos termos dos artigos 250 e 251, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Com o pedido de reconsideração, anexou parecer da lavra de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell em consulta que lhes foi formulada pelos advogados da impetrante.

A fl. 706, manteve a decisão que indeferiu o pedido de liminar, consignando que o julgamento do mandado de segurança, pelo mérito, dependia, apenas, da intervenção do Ministério Público Federal, determinando, então, que os autos fossem remetidos àquele Órgão para essa finalidade.

A fls. 710/726, se encontra o parecer do Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da segurança, vez que, afirma, ausente direito líquido e certo invocado pela impetrante.

Em 07 de janeiro de 2011, vieram os autos conclusos para julgamento.

Dispensada a revisão.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): O mandado de segurança, segundo se compreende da inicial, é dirigido contra ato praticado no Inquérito Policial nº 0014755-47.2007.4.03.6181 (antigo nº 2007.61.81.014755-1), que autorizou o compartilhamento das interceptações telefônicas e telemáticas realizadas no Procedimento Criminal Diverso (PCD) nº 0009285-06.2005.4.03.6181 (antigo nº 2005.61.81.009285-1).

Também é possível concluir, pelo conteúdo das informações prestadas (fls. 577/588), que o Inquérito Policial acima identificado é originário do Procedimento Criminal de nº 2005.61.81.009385-1, relativo à denominada “Operação Persona”.

Desse procedimento criminal, resultaram duas ações penais, quais sejam: autos de nº 2007.61.81.014732-0, contra Paulo Roberto Moreira, Cid Guardia Filho, Ernani Bertino Maciel, Marcos Zenatti e José Carlos Mendes Pires; e autos nº 2003.61.81.005827-5, contra Carlos Roberto Carnevali, Moacyr Alves Sampaio, José Roberto Pernomian Rodrigues, Hélio Bennetti Pedreira, Fernando Machado Grecco, Marcelo Naoki Ikeda, Marcílio Palhares Lemos, Reinaldo de Paiva Grillo, Gustavo Henrique Castellari Procópio, Everaldo Batista Silva, Leandro Marques da Silva e Fábio Carvalho.

Os fatos investigados na denominada “Operação Persona” (Procedimento Criminal de nº 2005.61.81.009385-1) não se esgotaram nas duas ações penais acima mencionadas.

Segundo consta das informações prestadas pela autoridade impetrada (fl. 579), ainda havia fatos que demandavam um aprofundamento das investigações, decorrendo daí, então, a instauração do Inquérito Policial de nº 2007.61.81.0147755-1. E, no âmbito desse Inquérito Policial é que foi praticado o ato impugnado pela via deste mandado de segurança.

No último Inquérito Policial, de nº 2007.61.81.0147755-1, não há identificação das pessoas investigadas, conforme consta da planilha de andamento processual juntada a fl. 47.

Por sua vez, a quebra do sigilo, conforme consta da decisão de fls. 57/58, foi deferida nos autos do procedimento nº 2005.61.81.009285-1, com a identificação das pessoas (todas físicas) e dos números de terminais telefônicos atingidos, quais sejam:

Maria Selmy Bontempo de Lima (11-31681912)

Waldomiro Rosa (11-78511200)

Devani dos Santos (11-50962978)

Devair dos Santos (11-81797252)

Ernani Bertino Maciel (11-96003861)

Assim, do conteúdo dos autos e tomando em consideração, principalmente, os dois feitos originários deste mandado de segurança, tem-se que a impetrante não é identificada como parte, resultando, daí, sua legitimidade para o mandado de segurança, nos termos de reiteradas decisões deste Órgão Colegiado.

Entendo, assim, que o Mandado de Segurança é o instrumento adequado, porquanto a empresa, no caso, não tem outro meio para o exercício do direito de defesa.

É como voto.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR: Saindo-se vencedor no julgamento do presente mandado de segurança o voto por mim proferido denegando a ordem ao fundamento de descabimento do “writ”, ora procedo à explicação por escrito da solução adotada.

A convicção é de que neste mandado de segurança o objeto não é a garantia do sigilo, mas a decretação da ilicitude de provas utilizadas pela Receita Federal nos autos de infração lavrados e na constituição do crédito tributário.

O ato pelo qual autoriza o Juiz o compartilhamento de informações não produz violação a direitos da empresa na dimensão de suas relações com o Fisco, evento que concerne ao lançamento com a utilização da prova cuja legalidade se discute.

Repito que o que se objetiva é a suspensão de “quaisquer atos decorrentes do aludido compartilhamento”, a saber, os procedimentos fiscais iniciados com a lavratura dos autos de infração e para a discussão da licitude ou não da prova com esta finalidade cabível é a postulação, na esfera cível, de desconstituição do crédito tributário.

Estas as razões do voto proferido denegando a ordem nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator designado para o Acórdão

REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL**0000882-38.2011.4.03.6181****(2011.61.81.000882-7)**

Parte Autora: NELSON BORGES

Parte Ré: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO

Classe do Processo: ReeNec 695

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/02/2012

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA QUE CONCEDEU A REABILITAÇÃO CRIMINAL (CONDENADO POR NARCOTRAFICÂNCIA). REQUISITOS LEGAIS NÃO COMPROVADOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 94 DO CÓD. PENAL. RECURSO PROVIDO PARA REVOGAR O INSTITUTO DE REDENÇÃO SOCIAL.

1. Para fins do instituto de redenção social os requisitos postos no artigo 94 do Código Penal são concorrentes (precedente do STF: RTJ 117/868).
2. É absolutamente impertinente a afirmação do Juízo *a quo* acerca da “inconstitucionalidade” (por violação dos princípios da cidadania e da dignidade humana e do direito à locomoção) da exigência legal (artigo 94, II, do Código Penal) - para fins de reabilitação criminal - de prova de *residência* do reabilitando por dois anos em solo nacional. Nem com o auxílio de microscópico se veria a alegada afronta a princípios constitucionais nesse requisito: exigência de domicílio no país por dois anos (inc. II do artigo 94 do Código Penal) não impede que o ex-condenado resida onde bem quiser, se locomova a seu alvedrio, não torna a vida do ex-sentenciado “indigna” e menos ainda ele deixa de “ser cidadão” brasileiro por isso; *simplesmente ocorrerá que, se não for atendida, não se dará a reabilitação*.
3. A propósito da exigência de residência no país por dois anos, convém recordar que o objetivo da reabilitação é a recuperação do condenado no meio social, de modo que não há nada demais em se exigir que o mesmo - se quiser “limpar” sua ficha criminal e afastar outros efeitos da condenação - more no Brasil por algum tempo. Como se vai avaliar se o reabilitando está recuperado na sociedade se ele deixar de pertencer a ela, mudando-se para o exterior?
4. *In casu*, nem com muito boa vontade se pode admitir que *uma única conta de telefone*, do ano de 2010, satisfaça o requisito da moradia em território brasileiro por um biênio.
5. A prova de *bom comportamento público e privado* também é insuficiente, pois certidões negativas de antecedentes criminais não provam além disso; ou seja: não demonstram que o reabilitando se portou bem nos demais ângulos da vida social, o que ele poderia suprir facilmente com a juntada de declarações com firma reconhecida de pessoas de seu meio (artigo 744, III, Código de Processo Penal).
6. Esqueceram-se todos que ao reabilitando - condenado por narcotraficância internacional - foi imposta também a pena de multa; assim, resta a dúvida: teria a multa sido efetiva e completamente adimplida?
7. Recurso conhecido e provido para revogar o decreto de redenção social.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *por unanimidade, dar provimento à remessa oficial para revogar o decreto de reabilitação*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de REEXAME NECESSÁRIO da sentença, publicada em 11/7/2011, que concedeu a reabilitação criminal a NELSON BORGES, nos termos do artigo 746 do Código de Processo Penal (fls. 61/67).

NELSON BORGES, réu na ação penal nº 2002.61.81.003689-5, distribuída à 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, foi condenado pelo crime do artigo 12, *caput*, c/c artigo 18, I e II, da Lei nº 6.368/76, a 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e 15 dias-multa, na sentença proferida em 27/9/2002, confirmada por essa Corte, em 31/1/2006. O E. STF deu provimento ao recurso extraordinário interposto por corréu, relativo à vedação da possibilidade de progressão de regime prisional, em decisão transitada em julgado em 4/9/2006. E, o C. STJ, nos autos do *habeas corpus* nº 60558/SP impetrado em favor do réu, concedeu ordem para reformar o acórdão e a sentença condenatória na parte relativa à imposição de regime integralmente fechado (fls. 29).

Em 4/9/2006, nos autos da execução criminal nº 604531, distribuída a 1ª Vara das Execuções Criminais de São Paulo/SP, foi julgada extinta a pena do requerente, ante o seu integral cumprimento (fls. 27/28).

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em 25/11/2010, requereu a reabilitação criminal, concedida pelo Juízo de primeiro grau, que submeteu o feito a REEXAME NECESSÁRIO (fls. 2/32 e 61/66).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL tomou ciência da decisão em 21/7/2011 (fls. 68).

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opinou pelo conhecimento e desprovimento da remessa oficial, mantendo-se a reabilitação criminal ao requerente (fls. 72/73).

Autos conclusos em 19/9/2011.

Feito não sujeito à revisão.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Para a concessão da reabilitação criminal é necessário o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 94 do Código Penal, sendo certo que no caso dos autos *inexiste dano patrimonial* a ser ressarcido (inciso III).

Verifico, então, que a defesa de NELSON BORGES, assumida pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, cumpriu a contento apenas o determinado no *caput* do mencionado

artigo, ao requerer o instituto em 25/11/2010, mais de 2 anos após a decisão que extinguiu a pena, proferida pelo Juízo da Execução em 4/9/2006 (fls. 27/28).

Na seqüência deveria comprovar que o requerente, nesse interregno de dois anos, manteve domicílio no país e bom comportamento público e privado, como disposto nos incisos I e II.

Mas a defesa não se desincumbiu de bom modo de seu encargo.

A prova de domicílio limitou-se a *uma cópia de conta telefônica, referente ao mês 6/2010* (fls. 45). E, a título de bom comportamento público e privado, juntou-se certidões de antecedentes criminais negativas, emitidas pelas Justiças Federal e Estadual (fls. 40/44 e 55) .

Apesar do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pugnar pelo indeferimento da reabilitação, especificamente por conta da não comprovação do domicílio, o MM. Juiz *a quo* acolheu o pedido da defesa. Na decisão, argumentou de que a prova de residência é manifestamente inconstitucional, pois viola os princípios da cidadania e da dignidade humana e o direito à locomoção - artigos 1º, II e III, e 5º, XV, da Constituição Federal. Considerou, ainda, a premência da medida, pois o requerente, que é taxista, tem urgência na renovação de sua licença profissional (fls. 57/58 e 61/66).

O órgão ministerial tomou ciência da decisão e a PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, nesse grau de jurisdição, não se insurgiu contra a sua manutenção (fls. 67/verso).

Pois bem.

As exigências contidas nos artigo 94 do Código Penal não foram atendidas de forma satisfatória, é óbvio.

É absolutamente impertinente a afirmação do Juízo *a quo* acerca da “inconstitucionalidade” (por violação dos princípios da cidadania e da dignidade humana e o direito à locomoção) da exigência legal (artigo 94, II, do Código Penal) - para fins de reabilitação criminal - de prova de residência do reabilitando, no caso um ex-condenado por narcotraficância internacional. Nem com o auxílio de microscópio se veria a alegada afronta a princípios constitucionais na exigência.

A exigência de domicílio no país por dois anos (inc. II do artigo 94 do Código Penal) não impede que o ex-condenado resida onde bem quiser, se locomova a seu alvedrio, não torna a vida do ex-sentenciado “indigna” e menos ainda ele deixa de “ser cidadão” brasileiro por isso; *simplesmente ocorrerá que, se não for atendida, não se dará a reabilitação.*

A propósito da exigência de residência no país por dois anos, convém recordar que o objetivo da reabilitação é a recuperação do condenado no meio social, de modo que não há nada demais em se exigir que o mesmo - se quiser “limpar” sua ficha criminal e afastar outros efeitos da condenação - more no Brasil por algum tempo. Ora, como se vai avaliar se o reabilitando está recuperado na sociedade se ele deixar de pertencer a ela, mudando-se para o exterior?

Portanto, como a defesa do reabilitando não fez prova da residência dele tal como exigida no inc. II do artigo 94 do Código Penal, e levando-se em conta que não caberia ao Juiz proclamar a “inconstitucionalidade” do requisito que é tradicional em nosso Direito Penal, vejo como inócua a completude do *quantum satis* para a concessão da reabilitação.

A propósito, há muito tempo o E. STF já decidiu que são cumulativas as exigências do artigo 94 do Código Penal (*RE 107.609/PR*, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 21/3/1986, RTJ 117/868).

Nesse ponto, nem com muito boa vontade se pode admitir que *uma única conta de telefone*, do ano de 2010, satisfaça o requisito.

A prova de *bom comportamento público e privado* também é insuficiente, pois certidões negativas de antecedentes criminais não provam além disso; ou seja: não demonstram que o reabilitando se portou bem nos demais ângulos da vida social, o que ele poderia suprir facilmente com a juntada de declarações com firma reconhecida de pessoas de seu meio (artigo 744, III, Código de Processo Penal).

Por fim, esqueceram-se todos que ao reabilitando foi imposta também pena de multa; assim, resta a dúvida: teria a multa sido efetiva e completamente adimplida? Sim, pois o artigo 94, *caput*, fala em extinção ou execução total da pena, e a multa é pena.

Considerando, então, que a reabilitação criminal está adstrita ao cumprimento de *todas* as exigências contidas no artigo 94 do Código Penal, *o requerente não faz jus à concessão do instituto de redenção*, por não restar provado que manteve domicílio em solo nacional pelo tempo necessário.

Pelo exposto, *conheço e dou provimento à remessa oficial para revogar o decreto de reabilitação*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
0002430-80.2012.4.03.0000
2012.03.00.002430-2

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS - SP
Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Classe do Processo: CJ 13509
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/03/2012

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO DA PRÁTICA DE DESCAMINHO E FACILITAÇÃO DE DESCAMINHO. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO. SUBFATURAMENTO DO BEM. ENTRADA PELO AEROPORTO DE VIRACOPOS - CAMPINAS. VERIFICAÇÃO DE REGULARIDADE DA IMPORTAÇÃO NA ALFÂNDEGA DE CAMPINAS. LOCAL DA CONSUMAÇÃO DOS DELITOS.

1. Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de São Paulo/SP em relação ao Juízo Federal da 9ª Vara de Campinas/SP, nos autos do inquérito policial nº 0009997-20.2011.403.6105, ambos declarando-se incompetentes para presidir a investigação.
2. O inquérito policial foi instaurado visando apurar crimes de descaminho e facilitação de descaminho relacionados com a importação de veículo Ferrari 430 Scuderia, ano 2009, na data de 19.07.2009, por valor inferior ao de mercado, com a ilusão de tributos incidentes sobre a internação, através do aeroporto internacional de Viracopos, em Campinas/SP.
3. A controvérsia dos autos cinge-se ao momento consumativo dos crimes em apuração do inquérito.
4. Revela-se inegável que o carro importado adentrou o território nacional pela cidade de Campinas e que a regularidade da operação de importação restou averiguada na Alfândega de Campinas, procedendo o Auditor Fiscal da Receita Federal em Campinas o desembaraço aduaneiro.
5. Conflito procedente para declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara de Campinas/SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, *ACORDAM* os integrantes da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, julgar procedente o conflito negativo de competência para declarar a competência do juízo suscitado, nos termos do voto da Relatora e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte deste julgado.

São Paulo, 01 de março de 2012.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de São Paulo/SP em relação ao Juízo Federal da 9ª Vara de Campinas/SP, nos autos do inquérito policial nº 0009997-20.2011.403.6105, ambos declarando-se incompetentes para presidir a investigação.

O inquérito policial referido foi instaurado por requisição ministerial do DD. Procurador da República oficiante em Campinas, visando apurar crimes de descaminho e facilitação de descaminho relacionados com a importação de veículo Ferrari 430 Scuderia, ano 2009, na data de 19.07.2009, por valor inferior ao de mercado (US\$ 160.000,00 - cento e sessenta mil dólares americanos), com a ilusão de tributos incidentes sobre a internação, através do aeroporto internacional de Viracopos, em Campinas/SP.

Aberta vista ao Ministério Público Federal em Campinas, opinou pela remessa do procedimento ao Juízo Federal de São Paulo, localidade onde ocorreu o desembarço aduaneiro e, por consequência, a consumação dos delitos investigados (fls. 143/144).

Em decisão de fls. 145, o Juízo Federal da 9ª Vara de Campinas/SP, acolhendo manifestação ministerial, determinou a remessa dos autos a São Paulo.

Redistribuído o feito, o *Parquet* Federal oficiante em São Paulo opinou pela manutenção do processamento na Subseção Judiciária de Campinas, localidade da entrada do veículo em território nacional, verificação da regularidade fiscal e consumação do crime de descaminho (fls. 152/154).

O Juízo da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo suscitou conflito negativo de competência acatando manifestação ministerial, no sentido de que a entrada do automóvel e a verificação de regularidade de sua importação ocorreram em Campinas/SP. Consignou o suscitante que “(...) Somente após ser considerada regular a operação na Alfândega do Aeroporto Internacional de Viracopos, em Campinas - SP, é que referido veículo foi liberado para ser desembarcado em outro Recinto Alfandegado, no caso, a Inspetoria da Receita Federal em São Paulo - SP. Desta forma, sua transferência para São Paulo se deu em regime de trânsito aduaneiro, para que fosse realizado o pagamento dos respectivos tributos. Assim, no caso em apreço, os supostos crimes de descaminho e de facilitação de descaminho teriam se consumado na Alfândega da Receita Federal, situada no município de Campinas - SP.”

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do DD. Procurador Regional da República, Dr. Marcelo Moscoliato, pugnou pelo provimento do conflito (fls. 168/171).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

O conflito é procedente.

Divergem os Juízes Federais de São Paulo e Campinas acerca de quem seria o competente para presidir investigação da prática dos crimes de descaminho e facilitação de descaminho, relacionados com a importação de veículo Ferrari 430 Scuderia, ano 2009,

na data de 19.07.2009, por valor inferior ao de mercado (US\$ 160.000,00 - cento e sessenta mil dólares americanos), com a ilusão de tributos incidentes sobre a internação, através do aeroporto internacional de Viracopos, em Campinas/SP.

É de se observar que inexistente notícia nos autos acerca da apreensão do bem. Ao revés, os documentos indicam a ocorrência de desembaraço e liberação do automóvel ao importador (fls. 13 e 29).

Desta feita, não presente a hipótese fática albergada na Súmula 151 do Colendo Superior Tribunal de Justiça (“A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens”).

A controvérsia dos autos cinge-se ao momento consumativo dos crimes em apuração do inquérito.

Para o deslinde é bastante esclarecedor o documento de fls. 13, ofício expedido pela Alfândega do Aeroporto Internacional de Viracopos - Campinas:

“1. Em atendimento ao expediente supracitado, que reitera o conteúdo do ofício nº 390/2010/PRM/CAMP, de 9 de fevereiro de 2010, informo, com base em consulta aos setores afetos, que nesta unidade de Viracopos, no mês de julho de 2009, houve a importação de um automóvel 2009 FERRARI 430 SCUDERIA.

2. O referido bem foi registrado em 19/07/2009, através da Declaração de Trânsito Aduaneiro - DTA nº 09/0275923-0, direcionada para o canal vermelho de conferência. Em consequência, *procedeu-se à análise documental e física do bem, de acordo com a legislação normativa - IN/SRF nºs 205/2002 e 248/2002. Constatada a regularidade da operação, o veículo foi transferido para a Inspeção de São Paulo em regime de trânsito aduaneiro*. O bem foi desembaraçado na EADI Embragen, através da DI nº 09/0943947-2, parametrizada em canal verde de seleção.” (grifos acrescidos)

Da análise da transcrição supra revela-se inegável que o carro importado adentrou o território nacional pela cidade de Campinas e que a regularidade da operação de importação restou averiguada na Alfândega de Campinas, procedendo o Auditor Fiscal da Receita Federal em Campinas, Sr. Henrique Carpinetti Leandro Nunes, o desembaraço aduaneiro.

Confira-se, a respeito, as declarações prestadas por Henrique Carpinetti Leandro Nunes perante a autoridade policial (fls. 137):

“QUE, o declarante é auditor fiscal lotado na alfândega de Viracopos desde fevereiro de 2008; QUE, quanto aos fatos em apuração neste inquérito policial *foi o declarante quem desembarçou no trânsito aduaneiro a Ferrari 430 Scuderia objeto do presente IPL*; QUE, os procedimentos de desembaraço do veículo em questão foi realizado em conformidade com as diretrizes ditadas pela Receita Federal do Brasil.” (grifos acrescidos)

A prova anexada ao feito permite concluir, portanto, pela consumação dos delitos de descaminho e facilitação de descaminho na cidade de Campinas. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“PROCESSO PENAL. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. FIGURAS ASSIMILADAS. CÓD. PENAL ART. 334, PARÁGRAFO 1, LETRAS C E D. COMPETÊNCIA. LUGAR DA APREENSÃO DA MERCADORIA. 1. O CRIME DE DESCAMINHO PREVISTO NO CAPUT DO ART. 334 DO C. PENAL SE CONSUMA, SE A MERCADORIA ENTRA OU SAI PELA ALFÂNDEGA, COM A LIBERAÇÃO; SE NÃO PASSA PELA ALFÂNDEGA, COM A ENTRADA OU SAÍDA DO TERRITÓRIO NACIONAL. 2. NA HIPÓTESE DAS FIGURAS ASSIMILADAS AO DESCAMINHO, PREVISTAS NAS LETRAS C E D DO ARTIGO 1º DO ART. 334, DO REFERIDO CÓDIGO, A COMPETÊNCIA E DO LUGAR ONDE FOI APREENHIDA A MERCADORIA, EM RAZÃO DE, NESSAS MODALIDADES, A CONSUMAÇÃO SE PROTRAIR NO TEMPO.”

TRF - 1ª Região. Corte Especial. CC 9201298536. Relator Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. DJ 01.08.1994.

“PENAL E PROCESSO PENAL - MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS - SUPOSTO CRIME DE DESCAMINHO - ARTIGO 334, CP - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL DA CONSUMAÇÃO DA INFRAÇÃO. - A competência para conhecer acerca de medidas assecuratórias de caráter penal é do Juízo competente para o correspondente processo criminal principal. - De acordo com a regra geral do artigo 70, do Código de Processo Penal, a competência será do Juízo do local em que se consumir determinada infração. - Na questão em apreço, o *suposto crime de descaminho teria se consumado no escritório da Alfândega da Receita Federal, situado no município de Angra dos Reis, no momento do desembarque aduaneiro, ocasião em que houve a declaração de que o bem possuía um valor muito menor do que o de mercado, objetivando recolhimento a menor do tributo de importação.* - Conflito negativo de competência conhecido, para se declarar competente o Juízo suscitado, qual seja, o Juízo da 1ª Vara Federal de Angra dos Reis.”

TRF - 2ª Região. Primeira Turma Especializada. CC 200451110008872. Relator Des. Federal Alexandre Libonati de Abreu. DJ 10.05.2005.

Por estas razões, julgo procedente o Conflito de Competência para declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara de Campinas/SP, o suscitado.

É o voto.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

DIREITO TRIBUTÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0008970-43.2004.4.03.6106
(2004.61.06.008970-8)

Apelante: CENTRAL ENERGÉTICA MORENO DE MONTE APRAZÍVEL AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AMS 277187
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2011

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO - ARTIGO 149, § 2º, I, DA CF - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ARTIGO 543-B, § 3º, DO CPC - JURISPRUDÊNCIA DO C. STF.

1. A Emenda Constitucional nº 33, de 12 de dezembro de 2001, acrescentou ao art. 149 da Constituição Federal o § 2º, I, o qual estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* do aludido artigo não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportações.
2. O fato gerador da contribuição social em testilha é o lucro, o qual não se confunde com a receita, pois constituem conceitos distintos.
3. Não se equiparando, para fins de incidência tributária, os conceitos de receita e de lucro, a imunidade conferida à primeira não pode ser estendida ao último, conforme ressaltado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 564.413, decidido sob o regime da repercussão geral.
4. A imunidade prevista no artigo 149, § 2º, I, da Constituição Federal não alcança a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, nos termos do precedente firmado.
5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de dezembro de 2011.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Central Energética Moreno de Monte Aprazível Açúcar e Alcool Ltda., objetivando seja assegurado o direito líquido e certo de não se sujeitar à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no que diz respeito aos lucros auferidos com operações de venda de seus produtos para o exterior realizadas a partir de

dezembro de 2001, bem como o de promover a compensação das quantias indevidamente recolhidas àquele título.

O r. juízo *a quo* rejeitou as preliminares suscitadas e, no mérito, denegou a segurança.

Apelou a Impetrante pugnando a reversão do julgado. Alegou ter o direito líquido e certo de excluir da base de cálculo da CSLL o lucro auferido em razão de operações de venda de produtos para o exterior, observada a regra imunizante inserida no artigo 149, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal, bem como a EC nº 33/01.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da r. sentença.

A 4ª Turma, em julgamento realizado em 06.11.2008, por unanimidade, deu provimento à apelação, reconhecendo estar caracterizada a imunidade sobre as receitas decorrentes de exportação.

Ambas as partes atravessaram embargos de declaração, sendo os da União Federal rejeitados e, os da Impetrante parcialmente acolhidos, para aclarar a omissão quanto à compensação.

Interpôs Recurso Extraordinário a União Federal, sob o fundamento de contrariedade aos artigos 149, parágrafo 2º, 195, inciso I, da Constituição Federal.

Contrarrazões ao RE às fls. 161/172.

Por estar o v. acórdão recorrido em dissonância com o entendimento consolidado no C. Supremo Tribunal Federal firmado no RE nº 564.413, representativo da controvérsia, a Vice-Presidência deste Tribunal determinou a devolução dos autos à Turma julgadora, nos termos do art. 543-B, § 3º do CPC.

Dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, inciso VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Nucleia-se a questão sobre o direito de não pagar a CSLL calculada sobre as receitas de exportação, sob a alegação de que a imunidade tributária disposta no art. 149, § 2º, I, da CF/88 alcança a receita e o lucro da CSLL, considerando a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 33, de 12.12.2001.

Cediço que a Emenda Constitucional nº 33, de 12 de dezembro de 2001, acrescentou ao art. 149 da Constituição Federal o § 2º, I, o qual estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* do aludido artigo não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportações, cujo teor vem abaixo transcrito:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.”

Verifica-se que o inciso cuida de regra de imunidade tributária, que veda ao Estado instituir contribuição incidente sobre as receitas decorrentes de exportação.

Ocorre que o fato gerador da contribuição social em testilha é o lucro, o qual não se confunde com a receita, pois constituem conceitos distintos.

Com efeito, o lucro resulta da subtração de todas as despesas permitidas em lei do total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, ao passo que as receitas são os ingressos obtidos por ela e que são incorporadas ao patrimônio da empresa.

Não se equiparando, para fins de incidência tributária, os conceitos de receita e de lucro, a imunidade conferida à primeira não pode ser estendida ao último, conforme ressaltado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 564.413, decidido sob o regime da repercussão geral, cuja ementa assim dispõe:

“IMUNIDADE - CAPACIDADE ATIVA TRIBUTÁRIA. A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita.

IMUNIDADE - EXPORTAÇÃO - RECEITA - LUCRO. A imunidade prevista no inciso I do § 2º do artigo 149 da Carta Federal não alcança o lucro das empresas exportadoras.

LUCRO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - EMPRESAS EXPORTADORAS. Incide no lucro das empresas exportadoras a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.”

(RE 564413, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12.08.2010, p. em 06.12.2010)

Portanto, a imunidade prevista no artigo 149, § 2º, I, da Constituição Federal não alcança a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, nos termos do precedente firmado.

De fato, a teor do art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal, imunes de contribuições são as receitas de exportação, não, porém, o lucro líquido apurado, outra dimensão tributável, ainda que para este o resultado das exportações possa ter contribuído.

Ante o exposto, reaprecio a matéria, em juízo de retratação, por força do artigo 543-B, parágrafo 3º, do CPC, e nego provimento à apelação da impetrante.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0024461-74.2005.4.03.6100
(2005.61.00.024461-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: INTER PARTNER ASSISTANCE PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA 24 HORAS LTDA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: ApelReex 1119725

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/02/2012

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. TRATADOS INTERNACIONAIS. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. ARTIGO 7º, LEI 9.779/99. HONORÁRIOS. SERVIÇOS PRESTADOS NO EXTERIOR. EMPRESA ESTRANGEIRA. CONTRATANTE BRASILEIRA. REMESSA AO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NO PAÍS DE DESTINO.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que tratados internacionais, regularmente incorporados ao direito nacional, não têm superioridade hierárquica sobre o direito interno, assim a definição da norma a prevalecer, em caso de antinomia, sujeita-se à verificação da efetiva revogação, ou não, da anterior pela posterior.

2. Caso em que se postula a aplicação de acordos internacionais, destinados a evitar a dupla tributação, em matéria de imposto de renda e capital, firmados pelo Brasil com: Alemanha (Decreto Legislativo 92/75 - f. 84/102), Argentina (Decreto Legislativo 74/81 - f. 103/119v), Áustria (Decreto Legislativo 95/75 - f. 120/136), Bélgica (Decreto Legislativo 76/72 - f. 137/154v), Canadá (Decreto Legislativo 28/85 - f. 155/164v), Chile (Decreto Legislativo 331/03 - f. 165/185), Espanha (Decreto Legislativo 76.975/76 - f. 185/201v), França (Decreto Legislativo 87/71 - f. 202/218), Itália (Decreto Legislativo 77/79 - f. 219/237), Japão (Decreto Legislativo 43/67 - f. 238/252), Portugal (Decreto Legislativo 188/01 - f. 253v/271v), e República Tcheca e Eslováquia (Decreto Legislativo 11/90 - f. 272/280).

3. Os tratados internacionais dispõem, basicamente, que “Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento

permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos do presente acordo, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo.”

4. Para defender a incidência do imposto de renda, em casos que tais, a PFN invocou o Ato Declaratório Normativo COSIT 01/2000, e o artigo 7º da Lei 9.779/1999. Dispõe o primeiro, no que ora releva: “I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o artigo 685, II, alínea ‘a’, do Decreto nº 3.000/99; II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo”.

5. Todavia, ato normativo da Administração não cria hipótese de incidência fiscal e, além disso, a situação nela disciplinada refere-se apenas à serviços técnicos, não equivalentes aos que são discutidos na presente ação. Já o artigo 7º da Lei 9.779/1999 estabelece que “os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento”.

6. Não houve revogação dos tratados internacionais pelo artigo 7º da Lei 9.779/1999, pois o tratamento tributário genérico, dado pela lei nacional, às remessas a prestadores de serviços domiciliados no exterior, qualquer que seja o país em questão, não exclui o específico, contemplado em lei convencional, por acordos bilaterais. Embora a lei posterior possa revogar a anterior (“lex posterior derogat priori”, o princípio da especialidade (“lex specialis derogat generalis”) faz prevalecer a lei especial sobre a geral, ainda que esta seja posterior, como ocorreu com a Lei 9.779/1999.

7. Acordos internacionais valem entre os respectivos subscritores e, assim, tem caráter de lei específica, que não é revogada por lei geral posterior, daí porque a solução do caso concreto encontra-se, efetivamente, em estabelecer e compreender o exato sentido, conteúdo e alcance da legislação convencional, a que se referiu a inicial. Esta interpretação privilegia, portanto, o entendimento de que, embora não haja hierarquia entre tratado e lei interna, não se pode revogar lei específica anterior com lei geral posterior. Ademais, estando circunscritos os efeitos de tratados às respectivas partes contratantes, possível e viável o convívio normativo da lei convencional com a lei geral, esta para todos os que não estejam atingidos pelos tratados, firmados com o objetivo de evitar a dupla tributação. Se isto fere a isonomia, a eventual inconstitucionalidade deve ser discutida por parte de quem foi afetado pela lei nova que, ao permitir a retenção pela fonte no Brasil, abriu caminho para a dupla oneração do prestador de serviço com domicílio no exterior.

8. Os tratados referem-se a “lucros”, porém resta claro, a partir dos textos

respectivos, que a expressão remete, tecnicamente, ao conceito que, na legislação interna, equivale a rendimento ou receita, tanto assim que as normas convencionais estipulam que “No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados”.

9. Despesas e encargos são deduzidos da receita ou rendimento a fim de permitir a apuração do lucro, logo o que os tratados excluam da tributação, no Estado pagador, que contratou a prestação de serviços no exterior, não é tão-somente o lucro, até porque o respectivo valor não poderia ser avaliado por quem simplesmente faz a remessa do pagamento global. O que excluam os tratados da tributação no Brasil, para evitar a dupla incidência, foi o rendimento auferido com a prestação do serviço para que, no Estado de prestação, ou seja, no exterior, seja promovida a sua tributação, garantida ali, conforme a lei respectiva, a dedução de despesas e encargos, revelando, portanto, que não existe espaço válido para a prevalência da aplicação da lei interna, que prevê tributação, pela fonte pagadora no Brasil, de pagamentos, com remessa de valores a prestadoras de serviços, exclusivamente domiciliadas no exterior.

10. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2012.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de apelação e remessa oficial, em ação declaratória de inexigibilidade do IRRF, incidente sobre remessas ao exterior de pagamentos de honorários por serviços de coordenação de atendimentos emergenciais prestados por empresas estrangeiras a turistas brasileiros.

Alegou a autora, em suma, que: (1) “não obstante a legislação brasileira atualmente em vigor estabelecer a incidência do imposto de renda na fonte no que tange aos rendimentos auferidos pelas pessoas jurídicas sediadas no exterior, provenientes da prestação dos serviços à fonte pagadora brasileira, a autora entende, segundo interpretação dos Tratados Internacionais para Evitar a Dupla Tributação - TDTs firmados com a Alemanha (neste caso, o TDT Brasil/Alemanha foi recentemente denunciado pela Alemanha, estando o objeto da presente ação, quanto a este país, limitado aos fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2005), Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Espanha, França, Itália, Japão, Portugal e República Tcheca, que mencionados rendimentos sujeitam-se, exclusivamente, à tributação nos aludidos países” (f. 04); (2) tem legitimidade para figurar no pólo ativo da ação; (3) “o caso em análise encontra-se restrito à tributação de

rendimentos derivados de prestação de serviços realizados sem transferência de tecnologia, excluídos quaisquer questionamentos sobre a aplicação dos artigos 708 e 710 do RIR/99, os quais tratam respectivamente de serviços de assistência técnica e de ‘royalties’” (f. 07); (4) os tratados e convenções internacionais em matéria tributária prevalecem sobre a legislação interna; (5) o Ato Declaratório 1/2000, no que dispõe que os rendimentos de prestação de serviços, sem transferência de tecnologia, sujeitam-se à retenção na fonte, nos termos do artigo 685, II, “a”, do RIR/99, é ilegal e inconstitucional, principalmente porque “em se tratando de lucros de empresas, não cabe ao Estado de fonte (no caso, o Brasil) tributá-los, mas tão-somente ao Estado de residência que detém competência exclusiva para tanto; há exceção caso a empresa estrangeira detenha um estabelecimento permanente no Brasil, e os serviços fossem prestados por intermédio deste mesmo estabelecimento, ao qual seria imputado o rendimento” (f. 13), o que não ocorre na espécie, já que as empresas não possuem estabelecimentos no Brasil; (6) os rendimentos das empresas estrangeiras são partes integrantes de seu lucro, sujeito à disciplina do artigo VII das Convenções (equivalente ao artigo V da Convenção Brasil-Japão), que determina a tributação exclusiva no seu estado de residência, carecendo de legitimidade, consequentemente, a pretensão da ré.

A r. sentença extinguiu o processo, sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, I e VI, do CPC (f. 316/22).

Apelou a autora, alegando sua legitimidade ativa, e reiterando, no mérito, os termos da inicial (f. 329/64).

Foi deferido o pedido de expedição de ofício ao Banco Itaú, com vistas à transferência dos valores, recolhidos a título de imposto de renda, para a conta judicial 1181.635.2385 da CEF (f. 417).

Subiram os autos e a 3ª Turma, na sessão de 12/03/2009, decidiu pela legitimidade ativa da apelante, e determinou o retorno dos autos ao Juízo de origem (f. 459/66).

Foi proferida nova sentença, no sentido da procedência do pedido, fixada a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da causa (f. 601/09).

Apelou a PFN, alegando, em suma, que: (1) a análise dos Tratados firmados entre o Brasil e Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Espanha, Itália, Japão, Portugal, República Tcheca, revela que as remessas dos valores ao exterior são “rendimentos não expressamente mencionados”, situação que gera a incidência do imposto sobre a renda, nos termos do Ato Declaratório Normativo COSIT 01/2000; e (2) se não por isso, partindo do princípio de que não há hierarquia entre tratados e leis ordinárias, aplica-se à espécie o artigo 7º da Lei 9.779/1999.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, discutiu-se inexigibilidade de imposto de renda sobre remessas ao exterior de pagamentos de honorários por serviços de coordenação de atendimentos emergenciais prestados por empresas estrangeiras a turistas brasileiros.

A controvérsia envolve a pretensão do contribuinte de não tributar na fonte rendimentos destinados ao exterior, conforme tratados internacionais, o que é contestado pelo Fisco, que invoca a legislação interna.

De plano, coloca-se a exame, portanto, a questão da validade e da eficácia de tratados internacionais em relação ao direito interno, quando presente antinomia normativa.

A propósito da hierarquia normativa, decidiu a Suprema Corte que tratados internacionais, regularmente incorporados ao direito nacional, não têm superioridade hierárquica sobre a legislação interna, assim a definição da norma a prevalecer, em caso de antinomia, sujeita-se à verificação da efetiva revogação, ou não, da anterior pela posterior.

A propósito, a ementa na EXT 662, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

“EXTRADIÇÃO - CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE CONCUSSÃO - DISCUSSÃO SOBRE MATÉRIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - DERROGAÇÃO, NESTE PONTO, DO CÓDIGO BUSTAMANTE (ART. 365, 1, *IN FINE*), PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS - PROCESSO EXTRADICIONAL REGULARMENTE INSTRUÍDO - JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO REQUERENTE SOBRE OS ILÍCITOS ATRIBUÍDOS AOS EXTRADITANDOS - JULGAMENTO DA CAUSA PENAL, NO ESTADO REQUERENTE, POR TRIBUNAL REGULAR E INDEPENDENTE - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PENAL EXTRAORDINÁRIA CONCERNENTE AO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA - ACOLHIMENTO PARCIAL DA POSTULAÇÃO EXTRADICIONAL UNICAMENTE QUANTO AO CRIME DE CONCUSSÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. CÓDIGO BUSTAMANTE - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - O Código Bustamante - que constitui obra fundamental de codificação do direito internacional privado - não mais prevalece, no plano do direito positivo interno brasileiro, no ponto em que exige que o pedido extradicional venha instruído com peças do processo penal que comprovem, ainda que mediante indícios razoáveis, a culpabilidade do súdito estrangeiro reclamado (art. 365, 1, *in fine*). O sistema de contenciosidade limitada - adotado pelo Brasil em sua legislação interna - não autoriza, em tema de extradição passiva, que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao reexame de mérito concernente aos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. Precedentes: RTJ 73/11 - RTJ 139/470 - RTJ 140/436 - RTJ 141/397 - RTJ 145/428. *PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS* - *Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do*

critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL - Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana, inviabilizou-se - no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública - a possibilidade de deferimento da postulação extradicional.”

No caso, a autora instruiu a ação com os acordos destinados a evitar a dupla tributação, em matéria de imposto de renda e capital, firmados pelo Brasil com: Alemanha (Decreto Legislativo 92/75 - f. 84/102), Argentina (Decreto Legislativo 74/81 - f. 103/119v), Áustria (Decreto Legislativo 95/75 - f. 120/136), Bélgica (Decreto Legislativo 76/72 - f. 137/154v), Canadá (Decreto Legislativo 28/85 - f. 155/164v), Chile (Decreto Legislativo 331/03 - f. 165/185), Espanha (Decreto Legislativo 76.975/76 - f. 185/201v), França (Decreto Legislativo 87/71 - f. 202/218), Itália (Decreto Legislativo 77/79 - f. 219/237), Japão (Decreto Legislativo 43/67 - f. 238/252), Portugal (Decreto Legislativo 188/01 - f. 253v/271v), e República Tcheca e Eslováquia (Decreto Legislativo 11/90 - f. 272/280).

O artigo 7º dos tratados firmados (5º, no celebrado com o Japão), prevê essencialmente o seguinte:

“Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos do presente acordo, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo.”

Para defender a incidência do imposto de renda, em casos que tais, a PFN invocou o Ato Declaratório Normativo COSIT 01/2000, e o artigo 7º da Lei 9.779/1999.

Dispõe o primeiro, no que ora releva: “I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o artigo 685, II, alínea ‘a’, do Decreto nº 3.000/99; II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo”.

Primeiramente, ato normativo da Administração não cria hipótese de incidência fiscal e, além disso, a situação nela disciplinada refere-se apenas a serviços técnicos, não equivalentes aos que são discutidos na presente ação. Já o *artigo 7º da Lei 9.779/1999* estabelece que “os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento”.

Não houve revogação dos tratados internacionais pelo artigo 7º da Lei 9.779/1999, pois o tratamento tributário genérico, dado pela lei nacional, às remessas a prestadores de serviços domiciliados no exterior, qualquer que seja o país em questão, não exclui o específico, contemplado em lei convencional, por acordos bilaterais. Embora a lei posterior possa revogar a anterior (“lex posterior derogat priori”), o princípio da especialidade (“lex specialis derogat generalis”) faz prevalecer a lei especial sobre a geral, ainda que esta seja posterior, como ocorreu com a Lei 9.779/1999.

Os acordos internacionais valem entre os respectivos subscritores e, assim, têm caráter de lei específica, que não é revogada por lei geral posterior, daí porque a solução do caso concreto encontra-se, efetivamente, em estabelecer e compreender o exato sentido, conteúdo e alcance da legislação convencional, a que se referiu a inicial. Esta interpretação privilegia, portanto, o entendimento de que, embora não haja hierarquia entre tratado e lei interna, não se pode revogar lei específica anterior com lei geral posterior. Ademais, estando circunscritos os efeitos de tratados às respectivas partes contratantes, possível e viável o convívio normativo da lei convencional com a lei geral, esta para todos os que não estejam atingidos pelos tratados, firmados com o objetivo de evitar a dupla tributação. Se isto fere a isonomia, a eventual inconstitucionalidade deve ser discutida por parte de quem foi afetado pela lei nova que, ao permitir a retenção pela fonte no Brasil, abriu caminho para a dupla oneração do prestador de serviço com domicílio no exterior.

Todos os tratados referem-se a “lucros”, porém resta claro, a partir dos textos respectivos, que a expressão remete, tecnicamente, ao conceito que, na legislação interna, equivale a *rendimento ou receita*, tanto assim que as normas convencionais estipulam que “No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados”.

Despesas e encargos são deduzidos da receita ou rendimento a fim de permitir a apuração do lucro, logo o que os tratados excluíram da tributação, no Estado pagador, que contratou a prestação de serviços no exterior, não é tão-somente o lucro, até porque o respectivo valor não poderia ser avaliado por quem simplesmente faz a remessa do pagamento global. O que os tratados excluíram da tributação no Brasil, para evitar a dupla

incidência, foi o rendimento auferido com a prestação do serviço para que, no Estado de prestação, ou seja, no exterior, seja promovida a sua tributação, garantida ali, conforme a legislação respectiva, a dedução de despesas e encargos.

Desse modo, não existe espaço para invocar a aplicação dos artigos 21, 22 ou 23, conforme cada um dos tratados examinados, em prejuízo ao que dispõem os artigos 5º ou 7º, para assim estabelecer a aplicação da lei interna, que prevê tributação, pela fonte pagadora no Brasil, de pagamentos, com remessa de valores a prestadoras de serviços, exclusivamente domiciliadas no exterior.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator