ISSN 1982-1506

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

REVISTA

Edição nº 110 - Novembro-Dezembro - 2011

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

JURISPRUDÊNCIA

- DIREITO ADMINISTRATIVO
- DIREITO CIVIL
- DIREITO CONSTITUCIONAL
- DIREITO PENAL
- DIREITO PREVIDENCIÁRIO
- DIREITO PROCESSUAL CIVIL
- DIREITO PROCESSUAL PENAL
- DIREITO TRIBUTÁRIO

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (nºs 01 a 35)

SUMÁRIO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

"Das medidas cautelares e o princípio da persuasão racional motivada". Juiz Federal Massimo Palazzolo 4

"Duração razoável do processo de execução fiscal". Juiz Federal Renato Lopes Becho 8

"O artigo 273 do Código Penal no âmbito da Justiça Federal: uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal". Juiz Federal Paulo Bueno de Azevedo 28

"O crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior (artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86): análise do tipo penal a partir do bem jurídico tutelado". Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali 41

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO 64

DIREITO CIVIL 124

DIREITO CONSTITUCIONAL 137

DIREITO PENAL 172

DIREITO PREVIDENCIÁRIO 229

DIREITO PROCESSUAL CIVIL 249

DIREITO PROCESSUAL PENAL 366

DIREITO TRIBUTÁRIO 447

III - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (nºs 01 a 35) 511

IV - ÍNDICE SISTEMÁTICO 518

V - ÍNDICE ANALÍTICO-REMISSIVO 521

VI - EXPEDIENTE 526

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

DAS MEDIDAS CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL MOTIVADA

MASSIMO PALAZZOLO
Doutorando em Processo Penal pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UNIMES/Santos/SP e Juiz Federal em Bauru/SP.

> "Justiça é um sentimento que em sua abstração abarca harmonia, simetria e equidade. Ihering foi muito feliz ao comparar o sentimento de justiça ao sentimento de amor, afirmando que sua força jaz no *sentir*. Sobre o sentimento que uma injustiça acarreta, diz que 'quem nunca sentiu essa dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é o direito, mesmo que saiba de cor todo o *corpus juris*. Não é raciocínio, mas só o sentimento que pode dar-nos essa compreensão, e é por isso mesmo que o sentimento de justiça costuma ser designado com toda razão como a fonte psicológica primordial do direito'."(*)

Assim, não resta a menor dúvida de que a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, trouxe profunda transformação no que diz respeito à prisão e à liberdade provisória, pois, faz valer àquela, conforme o Direito Processual Penal Constitucional, o instituto da *ultima ratio* para o cerceamento da liberdade ambulatória de alguém que tenha violado norma penal incriminadora.

É certo que a nova lei fez inserir inúmeras alternativas, como medidas cautelares, que não o cárcere, conforme prescrito nos arts. 319 e 320, do Código de Processo Penal, *ipsis verbis*:

> "Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou

(*) FÉLIX, Luciene. *Justiça ou vingança?* Artigo de Filosofia. Carta Forense. 2009

semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
IX - monitoração eletrônica. *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*"

Também é certo que as medidas cautelares podem ser impostas ainda durante a primeira fase da persecução penal, mesmo sem que tenha havido prisão em flagrante ou mesmo em substituição desta, quando não cabível a prisão preventiva, consoante dispõem os arts. 282, I, II e §§ e 310, I, II e III, e 321, todos do Código de Processo Penal, *ipsis verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
I - relaxar a prisão ilegal; ou *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. *(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. *(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*"

Notamos, pelos dispositivos supracitados, que se busca garantir o princípio da não

culpabilidade, com a imposição de medidas cautelares que não a prisão, mas, se esta for necessária e indispensável, deve se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos termos do que prescreve o art. 5º, LVII e LXI, exceto as transgressões militares e os crimes propriamente militares, *ipsis verbis*:

> "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei."

É certo que, por meio da persuasão racional motivada, pode o juiz, em um determinado caso concreto, entender que a prisão do infrator é a única medida adequada e indispensável naquele caso, nos termos constitucionais, conforme dispõe o art. 93, IX, *ipsis verbis*:

> "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*."

Por outro lado, também é certo que, por meio da persuasão racional motivada e/ou livre convencimento motivado, pode o tribunal, através de recurso, entender que a prisão do infrator, naquele caso concreto, não foi adequada e indispensável, podendo ser substituída por outra medida cautelar, que não a prisão.

Ocorre que o tribunal, para fazer valer sua decisão, não deve determinar ao mesmo juiz que decidiu pela prisão do infrator, como necessária e indispensável, que aplique outra medida cautelar que entender necessária e adequada.

Pensamos que, para não serem violados os princípios da persuasão racional motivada e da independência funcional, nestes casos, deveria o próprio tribunal aplicar a medida cautelar que entendesse necessária e adequada, ou mesmo que determinasse a outro órgão judicial aplicar a medida cautelar, a exemplo do que ocorre se o órgão do Ministério Público vier a propor o arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação, ao invés de oferecer a denúncia, nos termos do art. 28, do Código de Processo Penal, *ipsis verbis*:

> "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

As mudanças estruturais no trato das prisões e da liberdade provisória, se desacompanhadas do respeito aos princípios da persuasão racional e da independência funcional, colocarão em xeque o arcabouço do Direito Processual Penal Constitucional. Portanto, o respeito a estes princípios fortalece o Poder Judiciário como independente, sendo uma garantia para todos os direitos.

BIBLIOGRAFIA

Código de Processo Penal. Disponível em *www.planalto.gov.br*

MORAES, Alexandre de (org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Manuais de Legislação Atlas. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

RENATO LOPES BECHO
Juiz Federal em São Paulo/SP, Livre-docente em Direito Tributário pela USP e Professor de Direito Tributário na PUC/SP.

I – Introdução

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao rol de *direitos e deveres individuais e coletivos* o princípio da duração razoável do processo (inciso XXVIII do artigo 5º da Constituição Federal). O presente estudo pretende abordar a aplicabilidade desse princípio ao processo de execução fiscal.

Como é de conhecimento da comunidade jurídica nacional, os processos regidos pela Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal – LEF) e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, por um lado são marcados pela simplificação típica dos feitos executivos. Por outro, caracteriza-o a *eternização*. De fato, não é difícil localizar feitos ajuizados há muitas décadas (50 ou 60 anos, *in exemplis*), quer nas varas, quer nos arquivos de feitos sobrestados (não findos) do Poder Judiciário. Somente na Subseção Judiciária Federal de São Paulo, encontravam-se, em outubro de 2011, 240.462 feitos, enquanto os sobrestados somavam 429.714. No total, eram 670.176 processos! As 1.800 sentenças proferidas nas 12 varas parecem pouco diante do acúmulo de feitos.

Neste artigo, pretendemos apresentar novos subsídios que permitam a redução, ainda que em pequena escala, desse impressionante acervo. Ele enfrenta, ainda que indiretamente, a distorcida imagem de que o Poder Judiciário é o responsável pela demora nas execuções fiscais.

II – Considerações Constitucionais

A Constituição Federal de 1988 veicula um importante arcabouço protetivo da dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe os denominados direitos humanos, notadamente no extenso – mas não exaustivo – rol dos *direitos e deveres individuais e coletivos* escritos no artigo 5º, de onde destacamos que:

> "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:
> ... *omissis* ...
> 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;
> ... *omissis* ...
> LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

(Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004)
§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."[1]

Também é importante trazer a lume o artigo 37, *caput*, do Texto Constitucional que, como será demonstrado adiante, é necessário para a construção da presente ideia. Assim, o referido dispositivo estipula:

"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]."[2]

A Constituição Federal, como se vê, destaca os direitos do Homem diante do Estado, conferindo-lhes prerrogativas jurídicas inafastáveis. A esse conjunto protetivo se denomina *direitos humanos*, contidos no Texto Constitucional e em documentos internacionais firmados pelo Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo federal.

Não disse o constituinte – e nem era necessário – que os direitos humanos protegem os contribuintes. A extensão desses direitos é a todas as pessoas, que manterão a dignidade da pessoa humana e o quadro protetivo humanista em todas as suas relações, sem exclusão de nenhuma. Assim, por imperativo lógico, os direitos humanos protegem o homem na sua qualidade de contribuinte, sem necessidade de o constituinte – quer originário, quer derivado – ter *escrito* essa relação (a relação jurídica entre o Estado-administração e o Homem-contribuinte).

Se o Texto Constitucional protege o contribuinte, a Constituição Federal aplica-se à cobrança de tributos, quer pela via administrativa, quer pela via judicial. Assim, os contribuintes não poderão ser privados de seus bens – o que ocorre por via do processo de execução fiscal – sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A eles são assegurados, também, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a elas inerentes, quer no processo administrativo de defesa ou de reconhecimento da extinção da relação jurídico-tributária, quer no processo judicial, que inclui, à evidência, o processo de execução fiscal (CF, art. 5º, LV).

A Constituição Federal garante aos contribuintes, ainda, a duração razoável dos processos administrativos, pois o artigo 37, *caput*, estabelece que um dos princípios regedores da Administração Pública é o da eficiência. O Texto Maior garante aos contribuintes, por fim, a duração razoável dos processos judiciais, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII). A garantia constitucional, como se infere da redação citada, engloba todos os tipos de ações que envolvam os contribuintes,

[1] Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

[2] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

quer sejam de cognição, cautelar, mandamental ou executiva.

Como se infere do Texto Constitucional, não há exceção para a execução fiscal por parte do constituinte. Assim, o processo de execução fiscal, regido pelo Código de Processo Civil como lei geral e pela Lei nº 6.830/80 como lei especial não está excepcionado na Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, o constituinte – quer originário, quer derivado – não registrou que à execução fiscal não se aplica a Carta da República. E o constituinte seria o único que poderia fazê-lo. Explicando melhor, se o constituinte não registrou que as garantias processuais dadas aos litigantes não abrangem a execução fiscal, não cabe aos intérpretes e aos aplicadores do direito excepcioná-la. A conclusão inarredável é, pois, que ao processo de execução fiscal aplicam-se os princípios constitucionais, destacadamente o do devido processo legal e o da garantia de duração razoável do processo.

As judiciosas lições de José Afonso da Silva, a respeito do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, corroboram o que foi apresentado, como se infere:

> "O termo 'processo' deve ser tomado no sentido abrangente de todo e qualquer procedimento judicial e administrativo; isso também já está assegurado no art. 37, pois, quando aí se estatui que a *eficiência* é um dos princípios da Administração Pública, por certo que nisso se inclui a presteza na solução dos interesses pleiteados."[3]

O Mestre, após centrar suas anotações quanto à razoabilidade e à celeridade na figura do *juiz* e da carga judicial de trabalho, aduz:

> "É aqui que a garantia de celeridade da tramitação tem sua importância, já que o que se tem não é uma garantia abstrata da celeridade, mas o dever de preordenar meios para ser alcançada."[4]

Conforme será demonstrado em breve, no processo de execução fiscal, ficará, por vezes, evidenciada que a demora na prestação judicial não é imputável ao Poder Judiciário, mas ao Poder Executivo. Antes de abordarmos esse aspecto, concluamos a fundamentação constitucional.

É importante registrar que, pelo citado § 1º do art. 5º da CF, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Significa dizer que é despiciendo aguardar-se leis ou providências administrativas para aplicação do Texto Constitucional. Ele será aplicado assim que seus intérpretes e aplicadores tiverem condições pessoais de fazê-lo.

Também é importante destacar o contido nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição: aos direitos e garantias expressos na Carta Jurídica incluem-se os tratados e convenções internacionais a que o Brasil seja parte. Eles, quando versarem sobre *direitos humanos* e forem aprovados pelo Congresso Nacional segundo o rito das emendas constitucionais, serão a elas equiparados.

Conforme apontamos acima, a Constituição da República Federativa do Brasil não especificou, no artigo 5º, que os direitos e garantias dadas às pessoas incluem os

---

[3] *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 176.

[4] *Comentário contextual à Constituição*, citada, p. 176.

contribuintes, assim como não especificou que os princípios processuais são aplicáveis ao processo de execução fiscal. E, também conforme registramos, tais afirmações expressas não precisariam ter sido feitas, pois os intérpretes e aplicadores são capazes de compreendê-las. Todavia, há em tratado internacional firmado por nosso país a menção expressa que corrobora o estudo aqui desenvolvido.

III – A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o Pacto de San José da Costa Rica

Na IX Conferência Internacional Americana (1948) foi firmada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Nela estão reconhecidos importantes componentes dos direitos humanos, alguns deles que implicam em efeitos tributários, como o direito de propriedade, assim vazado:

> "Artigo XXIII – Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar."[5]

O direito de propriedade tem amplos efeitos, tanto no terreno do direito privado, quanto do direito público. Nesse último insere-se uma limitação à tributação, que não pode ser expropriatória direta ou indiretamente, estipulando limites à atuação do legislador, o que já significava uma relação entre a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o direito tributário.

Confirmando a relação entre os direitos humanos e a tributação, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estipula o dever de pagar tributos:

> "Artigo XXXVI – Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela lei para a manutenção dos serviços públicos."[6]

Ainda que não houvesse menção expressa à tributação em um documento internacional do porte da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a reflexão ponderada sobre os dois campos – direitos humanos e direito tributário – deixaria clara a vinculação. Afinal, a tributação é uma das expressões do Estado, e todo Estado pode se tornar um ente opressor. Os direitos humanos expressam o desejo e veiculam os mecanismos nacionais e internacionais de proteção da pessoa humana em face do Estado. Este pode ferir os valores humanos que acompanham as pessoas em situações de fragilidade, relacionados aos direitos civis (notadamente de crianças, mães, idosos, inválidos etc.), eleitorais (defesa da democracia), trabalhistas (proteção das condições de trabalho, por exemplo), penais (devido processo legal e tratamento humanitário dos presos, para citar apenas dois exemplos). Não teriam relação com o direito tributário? Por quê? Evidentemente, não é razoável supor que os direitos humanos não protejam os contribuintes. Não há justificativa moral ou jurídica para tanto.

---

5 *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência.* São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Série Estudos nº 13), 2001, p. 787.

6 *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*, citado, p. 789.

O Estado Fiscal tem uma notável capacidade destrutiva, bem acentuada na afirmação clássica (de 1819) de Marshall: "o poder de tributar envolve o poder de destruir".[7] Conforme Aliomar Baleeiro, a afirmação de Marshall foi posta em autorização ao poder de destruir, via tributação. Esse ponto levou ao contraponto: outra posição célebre, mas contrária, de Oliver Holmes Jr. (afirmada em 1928), ao estabelecer que cabe ao Poder Judiciário impedir que os demais poderes usem a tributação para destruir, afirmando que "o poder de tributar não implicará no poder de destruir, enquanto existir esta Corte".[8] Diante da nefasta possibilidade de destruir que há no exercício do poder de tributar, não poderiam os instrumentos protetivos da pessoa humana serem negados aos contribuintes. E não o são, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem deixou claro.

Além da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, o sistema continental de proteção dos direitos humanos evoluiu com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, firmada em 22 de novembro de 1969 em San José de Costa Rica e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

O avanço da Convenção Americana é destacado por Alexandre de Moraes[9] pela previsão e atuação dos órgãos de efetiva proteção dos direitos humanos no Continente: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os primeiros artigos da Convenção Americana não deixam dúvida sobre a dimensão protetiva que ela pretende. Confira-se:

> "Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos.
> 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, *posição econômica*, nascimento ou qualquer outra condição social.
> 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano."[10]

O artigo 1º da Convenção, ao rechaçar qualquer discriminação, inclusive de posição econômica, indica que ela será aplicável aos processos de natureza tributária, incluindo aqueles em que os contribuintes ocupam a posição econômica de executados, com todas as implicações advindas de se responder a um processo administrativo ou judicial.

Segundo Flávia Piovesan, a Convenção Americana é "o instrumento de maior importância no sistema interamericano" de proteção aos direitos humanos, anotando:

> "Substancialmente, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de

[7] *Apud* Aliomar Baleeiro, *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. at. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 566.

[8] *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, citado, p. 568.

[9] *Direitos humanos fundamentais:* comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997, p. 39.

[10] *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*, citado, p. 792. Destacamos.

> direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Dentro desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o *direito a um julgamento justo*, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o *direito à proteção judicial*."[11]

Conforme adiante será demonstrado, no processo de execução fiscal há julgamento a ser realizado em mais de uma oportunidade. Assim, quando o executado requer uma manifestação judicial incidental (o que pode ocorrer por diversos motivos, como alegando ausência de um dos pressupostos processuais), o magistrado irá julgar o pedido. A esse julgamento o executado (assim como o exequente) tem direito a uma decisão justa.

Destaca-se, dentre os primeiros dispositivos da Convenção Americana, o dever dos Estados pactuantes de dotar seus respectivos ordenamentos jurídicos internos com dispositivos legais que permitam a concretização dos direitos humanos, como se confere:

> "Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno.
> Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."[12]

Assim, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos não admite que a adesão dos países seja um ato meramente político, de intenções. Os pactuantes terão que adotar os meios legais internos para o respeito aos direitos humanos. Havendo um sistema protetivo legal, caberá aos juízes fazê-lo cumprir, dando aplicabilidade concreta e real ao sistema protetivo.

Se o constituinte brasileiro – quer originário, quer derivado – considerou despiciendo especificar que as regras constitucionais aplicam-se aos processos de natureza fiscal, o mesmo não ocorreu com os legisladores humanistas. Uma das garantias aos direitos humanos dada pela Convenção Americana está a de jurisdição fiscal, estipulada expressamente no seguinte dispositivo:

> "Artigo 8º - Garantias judiciais.
> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal

[11] "Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos". *In Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*, citado, p. 84-85. Destacamos.

[12] *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*, citado, p. 792.

> formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, *fiscal* ou de qualquer outra natureza."[13]

Há o reconhecimento, no Continente Americano, de que os contribuintes têm direito de serem ouvidos judicialmente, "com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...) na determinação de seus direitos e obrigações de caráter (...) fiscal". Se não o forem, haverá violação aos direitos humanos, podendo ser acionados os mecanismos protetivos que compõem a Convenção Americana. De fato, estipula o artigo 33 da Convenção dois órgãos que são competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-parte nesta Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil se submete às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos por decisão legislativa federal, qual seja, o Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, nos seguintes termos:

> "Artigo 1º. É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional."

Significa dizer que as lesões aos direitos humanos dos contribuintes brasileiros, incluindo as relações jurídico-processuais em que eles constem como *executados*, praticados após 3 de dezembro de 1998 podem ser levadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, em ao menos um pacto internacional firmado pelo Brasil há dispositivo diretamente relacionado aos direitos humanos no processo tributário, fazendo com que seja inegável a proteção jurídica aos contribuintes em litígio em face do Estado Fiscal.

Também a Convenção Americana protege a dignidade da pessoa humana dos processos demorados, como resta claro no seguinte dispositivo:

> "Artigo 25 – Proteção judicial.
> 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais."[14]

Evidentemente, considerando que o Poder Judiciário brasileiro é capaz de garantir o cumprimento dos pactos internacionais citados e os direitos assegurados constitucional e legalmente, não será necessário o recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos para proteger o contribuinte, inclusive, *da demora dos processos fiscais*. Todavia, a indicação

[13] *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*, citado, p. 796. Destacamos.

[14] *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*, citado, p. 804.

expressa das relações fiscais na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos reforça a dignidade do contribuinte enquanto executado, assegurando-lhe os direitos e garantias fundamentais a um processo e julgamento justo, respeitado o *devido processo legal* e *em tempo razoável*.

Como visto, na dimensão principiológica há farto aparato protetivo contra a demora nos feitos judiciais e administrativos de natureza contenciosa, um tema que sempre interessou à dogmática tributária brasileira, como prova Antônio Roberto Sampaio Dória[15] e Lucia Valle Figueiredo.[16]

É importante identificar as vias legais para a aplicação de todos os princípios e garantias descritos acima, sob pena de a Constituição Federal e os tratados internacionais transcritos serem considerados meramente simbólicos, nos termos como preconizado por Marcelo Neves.[17]

Para que isso não ocorra, em relação ao processo civil brasileiro, a legislação estipula diversos deveres para as partes em juízo, como será abordado em seguida.

Até aqui, o principal ponto a destacar é que em nenhuma parte do Texto Constitucional localizamos exceção ao processo de execução fiscal. Assim, não há motivo para acreditarmos que aos feitos regidos pela Lei nº 6.830/80 não se aplicam os princípios constitucionais da igualdade processual, do devido processo legal e da garantia de razoável duração do processo, dentre outros. Na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos há regra expressa de garantia a julgamentos fiscais em tempo razoável, além de todas as demais proteções humanitárias.

III.1 – A aplicação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o Pacto de San José da Costa Rica às pessoas jurídicas

Diante das considerações realizadas nos tópicos anteriores, entendemos por bem fazer um esclarecimento. Pelas citações realizadas, não se identifica, na análise gramatical, que o sistema protetivo de direitos humanos esteja direcionado às pessoas jurídicas. Todavia, há que se corrigir qualquer equívoco interpretativo que leve à consideração de que as pessoas jurídicas não são protegidas pelos direitos humanos.

Primeiro, porque as pessoas jurídicas agregam pessoas físicas. Não há uma única pessoa jurídica desvinculada a pessoas físicas. Não há uma única pessoa jurídica que tenha sido criada por máquinas (elas foram criadas por homens), que seja gerida apenas por máquinas (elas são administradas por homens) e que não tenham, em algum momento, a participação humana. Todas as pessoas físicas envolvidas com as pessoas jurídicas têm proteção humanitária.

Segundo, é necessário perceber que, para atingir o grau de eficiência nas ações executivas, exigência constitucional e internacional, como já demonstrado, as execuções fiscais contra pessoas jurídicas terão que ter tratamento eficaz, por parte também das procuradorias envolvidas. O Poder Judiciário não conseguirá atender bem as pessoas físicas se as ações contra as pessoas jurídicas ficarem relegadas a um acompanhamento deficitário.

---

[15] *Direito constitucional tributário e due process of law*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 215 p.

[16] *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87-100.

[17] *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, *passim*.

IV – Caso prático que infirma a aplicação do princípio da duração razoável do processo às execuções fiscais

Os grandes números que acompanham as execuções fiscais federais brasileiras são fruto de diversos fatores. Eles apontam eficiências e deficiências dos operadores jurídicos, refletem a dimensão da tributação nacional e sua distribuição em milhões de contribuintes (o que é bom).

Há um aspecto, pontual, que gostaríamos de destacar. Por vezes, ficamos com a impressão de que o Poder Judiciário é mais ágil do que a Administração Tributária nos indigitados feitos. Essa afirmação contraria o senso comum, notadamente o discurso de que o Poder Judiciário é lento e que ele é o responsável pela demora nos feitos executivos. A assertiva deve ser verdadeira em muitos aspectos, mas não pode ser generalizada. Para demonstrar que ela é passível de objeção, apontaremos alguns casos práticos em breves relatos.

Na Execução Fiscal nº 2003.61.82.074579-2, em 06 de novembro de 2009, a executada requereu a conversão em renda da União de parte de depósito judicial, procedendo à integral quitação do débito, bem como requereu o levantamento da diferença a seu favor, com a consequente extinção da execução fiscal (fls. 150 a 154 e documentos de fls. 155 a 164). O pedido foi deferido em 09 de novembro de 2009 (fls. 165) e cumprido no dia seguinte (fls. 168 a 170). Dada vista à Exequente em 16 de novembro de 2009 (fls. 171), a Procuradoria da Fazenda Nacional requereu prazo de noventa dias para confirmar a extinção do crédito tributário (fls. 173 e 174, com documentos de fls. 175 e 176). Em 08 de março de 2010 a Executada reiterou seus pedidos (fls. 177 e 179, com documento de fls. 180), sendo determinada nova vista à Exequente para que se manifestasse conclusivamente no prazo improrrogável de cinco dias (fls. 177). Intimada em 12 de março de 2010 (fls. 182), o Douto Procurador da Exequente requereu, em 25 de março de 2010, "derradeira dilação do prazo" (fls. 182-v). Em 06 de abril de 2010 (fls. 186), foi deferido prazo de cinco dias à Exequente. Em 13 de abril de 2010 (fls. 188-191) a Executada reiterou seus pedidos. Em 15 de abril de 2010 foi determinado novo prazo improrrogável de cinco dias para a manifestação conclusiva de Exequente, sob pena de extinção do feito e autorização de levantamento do saldo remanescente (fls. 192). Em 10 de maio de 2010 a Exequente requer novo prazo de 45 dias para manifestação conclusiva (fls. 197 e 198, com documentos de fls. 199 a 206).

Conforme se depreende do relatório acima, a Executada saldou seu débito. Passados mais de 6 meses, a Exequente reiteradamente requereu prazo para a confirmação do pagamento efetuado, à ordem do Juízo, pela Agência Bancária onde estava o depósito judicial. A Exequente foi intimada *cinco vezes* para manifestar-se conclusivamente sobre a extinção do crédito tributário, sem, contudo, cumprir a determinação judicial.

O relatado nos motivou a aplicar prazos para as manifestações da Fazenda Nacional, o que contrariou a praxe no Fórum das Execuções Fiscais. A argumentação por nós utilizada, motivada pela aplicação da Filosofia do Direito às execuções fiscais, teve por estrutura principal obra de nossa autoria,[18] defendida como tese de livre docência da Faculdade de Direito da USP, onde identificamos a prevalência dos Direitos Humanos sobre aspectos do direito positivo.

[18] *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Entretanto, a fundamentação legal utilizada para a extinção da execução fiscal, por abandono do autor, encontra sustentação no direito positivo brasileiro, notadamente no Código de Processo Civil, nos termos a seguir apresentados.

V – Os prazos processuais na execução fiscal: a aplicação subsidiária do CPC

O ponto central que precisa ser enfrentado diz respeito à identificação dos prazos processuais para os exequentes.

À evidência, eles não estão expressamente estipulados na Lei nº 6.830/80, que rege as execuções fiscais. Todavia, o legislador processual estabeleceu, nessa mesma lei, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil logo no art. 1º da Lei da Execução Fiscal, que possui a seguinte redação:

> "Art. 1º. A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias, será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil."

Significa dizer que, nos temas não regulados na Lei de Execuções Fiscais, o aplicador do direito deverá recorrer ao Código de Processo Civil para sanar a ausência. O ponto essencial para a compreensão dos problemas aqui apresentados refere-se ao prazo para atuação ou cumprimento de determinações judiciais por parte dos exequentes.

Inicialmente, recordamos o artigo 125, incisos II e III, do Código de Processo Civil que, desde sua redação original, indica a vontade do legislador no sentido de o juiz não permitir que os processos se eternizem:

> "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
> I – assegurar às partes igualdade de tratamento;
> II – velar pela rápida solução do litígio;
> III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
> IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes."

Esse comando indica que a manifestação dos exequentes, assim como a juntada de documentos, por parte da Administração Tributária, ou qualquer outro *incidente* que implique em postergar a decisão final do processo, inclusive o de execução fiscal, não compõe o campo da discricionariedade administrativa. Em outras palavras, a manifestação dos exequentes não pode ocorrer por critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. O julgador há que aplicar o CPC, e não a discricionariedade do Poder Executivo. O que pode ser feito a respeito? Vejamos.

A Lei de Execuções Fiscais não estipula prazos para os exequentes, como faz para os executados (art. 8º). Os prazos que há são os dos embargos (art. 16 para o executado/embargante, art. 17 para o exequente/embargado). Nesse caso, entendemos que deva ser aplicado o artigo 177 do Código de Processo Civil, que possui a seguinte redação:

> "Art. 177. Os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei. Quando esta for omissa, o juiz determinará os prazos, tendo em conta a complexidade da causa."

A doutrina nacional afiança a importância de serem fixados prazos, pela lei ou, em sua ausência, pelo juiz, para o alcance do objetivo do processo. Nesse sentido, por exemplo, é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> "O impulso do processo rumo ao provimento jurisdicional (composição do litígio) está presidido pelo sistema da oficialidade, de sorte que, com ou sem a colaboração das partes, a relação processual segue sua marcha procedimental em razão de imperativos jurídicos lastreados, precipuamente, no mecanismo dos prazos."[19]

Em um aresto, o Superior Tribunal de Justiça indicou como o Julgador deve se portar diante dos *prazos processuais*. Atentemos para essa verdadeira lição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, um dos grandes processualistas que o *Tribunal de Cidadania* já albergou:

> "Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo – calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade – e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito."[20]

Quais são, então, as tendências do processo civil contemporâneo, especificamente em relação ao processo de execução fiscal? Acima já respondemos, mas é importante repetir: igualdade entre as partes (com o equilíbrio dado pelo legislador para a defesa da Fazenda Pública em juízo, com prazos em dobro e em quádruplo, o que enfrentaremos em seguida), devido processo legal, garantia de rápida duração do processo, eficiência administrativa.

À luz desses princípios, e na ausência de prazo para o exequente apresentar contraprova à prova do executado que ilidiu as presunções de certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa, o julgador terá que aplicar a legislação processual. O primeiro dispositivo que nos acode é o artigo 185 do Código de Processo Civil, que possui a seguinte redação:

> "Art. 185. Não havendo preceito legal nem assinalação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte."

Entretanto, parece deveras exíguo o prazo de cinco dias para que a Procuradoria da Fazenda Pública apresente a prova necessária para restaurar a força da CDA abalada frente aos documentos apresentados pelo contribuinte. Até porque, o princípio da igualdade deve ser aplicado com as ponderações das diferenças. Processualmente, o legislador do CPC foi atento a essa diferença, estipulando que:

> "Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público."

---

[19] *Curso de direito processual civil*. V. I. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 259.

[20] *In* Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, citado, p. 260.

Chegados até aqui, considerando o pressuposto que apresentamos, ao invés de o juiz do processo de execução fiscal aplicar o artigo 185 do CPC, parece mais de acordo com o sentido dos princípios constitucionais, notadamente de igualdade processual, aplicar o prazo para contestar e em quádruplo. O prazo para contestar está no artigo 297 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> "Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção."

Assim, combinando os artigos 177, 188 e 297 do Código de Processo Civil, acreditamos que um prazo de 60 (sessenta) dias para os exequentes atuarem, permitindo o regular andamento do feito, apesar de parecer um prazo muito longo, está de acordo com os termos do princípio da igualdade processual, aplicado a partir do Texto Constitucional.

O indigitado prazo de 60 (sessenta) dias será contado a partir da entrega dos autos ao Procurador da Fazenda Pública, nos termos do artigo 25 da Lei de Execução Fiscal, que possui a seguinte redação:

> "Art. 25. Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.
> Parágrafo único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria."

Em outras palavras, a Fazenda Pública ficará com os autos do processo de execução fiscal por 60 dias, tempo suficiente para que ela diligencie junto ao órgão arrecadador ou julgador administrativo e levante as contraprovas que infirmem os documentos apresentados pelo contribuinte-executado.

Unindo todos os pontos até aqui apresentados, podemos reiterar uma importante indagação: o que é necessário para trazer efetividade ao processo de execução fiscal? Damo-nos pressa em responder: rápida e eficiente atuação do Poder Executivo, quer por meio de seus advogados (os Procuradores da Fazenda), quer por meio da máquina arrecadatória (que deve apresentar, com presteza, a comprovação ou não do pagamento do tributo), quer por meio da rápida solução dos procedimentos administrativos (pedidos de revisão de débito, de compensação, etc.).

O Poder Judiciário tem, também, sua parcela de responsabilidade na efetivação do processo de execução fiscal. E essa responsabilidade não é pouca. Cabe ao juiz das execuções fiscais a presidência do feito, submetendo todos os operadores do direito (destacadamente os servidores e os advogados) aos trâmites legais, fazendo com que o processo de execução fiscal seja capaz de restaurar a paz social abalada com a distribuição do feito, o que somente será alcançado com o seu término.

Compondo os aspectos processuais com os constitucionais sustentados no início dessa fundamentação, a instrumentalidade do processo de execução fiscal tem que ser vista, à luz dos direitos humanos do contribuinte (executado), como instrumento de defesa célere contra eventuais excessos da máquina arrecadadora, fiscalizadora, postulatória em Juízo e decisória, tanto administrativa quanto judicial.

Caso, contudo, não seja possível ao exequente manifestar-se conclusivamente, a penalidade está disciplinada no Código de Processo Civil: a extinção do feito, sem resolução

de mérito (sem envolver, no caso do processo de execução fiscal, os aspectos tributários suspensivos e extintivos da relação jurídica). Nesse sentido, confira-se:

> "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
> […]
> III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
> […].
> § 1º. O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas."

Como todo texto legal, o dispositivo transcrito precisa ser interpretado, atentando-se para o caso concreto, para que sua aplicação possa ser a mais consentânea com o ordenamento jurídico possível.

Assim, entendemos que a mera manifestação, com pedido de novo prazo, se desazarroado (se o exequente já teve 60 dias para se manifestar sobre uma guia de pagamento ou sobre um pedido de compensação), deve ser interpretada como não promoção de atos e diligências que lhe compete (CPC, art. 267, III).

Especificando melhor: se, nos autos, a exequente foi intimada a se manifestar sobre as provas juntadas pelo executado – nos termos do CTN, art. 204, § único, e da Lei nº 6.830/80, art. 3º, § único – e deixa passar prazo excessivo (superior a sessenta dias) sem apresentar contraprova (demonstrativo de extrato do Fisco provando que o pagamento indicado foi aproveitado, demonstrativo do Fisco de que a compensação requerida foi indeferida e que tal decisão tornou-se definitiva etc.), o juiz deve interpretar o art. 267, III, do CPC como *não promoção de atos e diligências que competia à exequente*.

A prudência indica que, se o exequente teve *apenas* sessenta dias para levantar as provas de que necessita, pode ser prudente que o julgador lhe conceda prazo suplementar de 30 dias, baseando-se no artigo 267, III, do CPC. Os autos da execução fiscal terão ficado, então, por 90 dias em mãos do exequente, o que não mais justificaria nenhuma concessão de novo prazo, sob pena de eternização do feito executivo fiscal. Todavia, para a correta aplicação do artigo 267 do Código de Processo Civil, deve ainda o Magistrado intimar novamente a procuradoria fazendária, para suprir a omissão em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de extinção do feito (CPC, art. 267, § único). Caso o exequente não apresente as provas necessárias, quedando-se inerte no dever de provar o alegado em juízo, é dizer, não apresentando contraprova, deve o julgador extinguir o feito, sem julgamento de mérito.

Acreditamos que a presente interpretação está em consonância com a Constituição Federal e com as leis processuais, conforme já adiantado. Entendemos, também, que a interpretação da legislação acima indicada está em consonância com a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos.

VI – Apoio da jurisprudência à fundamentação apresentada

Registramos que a solução dada ao problema aqui apresentado está em consonância com diversas decisões judiciais. Observe-se, por exemplo, o seguinte julgado do Egrégio

Superior Tribunal de Justiça, em que vários precedentes, no mesmo sentido, são indicados, cuja ementa transcrevemos:

> "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. INÉRCIA DO EXEQUENTE. ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. INTIMAÇÃO PESSOAL. EXIGÊNCIA DE REQUERIMENTO DO EXECUTADO. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA. DESNECESSIDADE. SÚMULA 240/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.120.097-SP, DJE 26/10/2010, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C, DO CPC).
> 1. A inércia da Fazenda exequente, ante a intimação regular para promover o andamento do feito e a observância dos artigos 40 e 25 da Lei de Execução Fiscal, implica a extinção da *execução fiscal não embargada ex officio, afastando-se o Enunciado Sumular 240 do STJ*, segundo o qual 'A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu'. Precedentes: REsp 840255/RS, Primeira Turma, publicado no DJ de 31.08.2006; REsp 737933/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 13.06.2005; RESP 250945/RJ, Segunda Turma, publicado no DJ de 29.10.2001; e RESP 56800/MG, Segunda Turma, publicado no DJ de 27.11.2000.
> 2. É que a razão para se exigir o requerimento de extinção do processo pela parte contrária advém primacialmente da bilateralidade da ação, no sentido de que também assiste ao réu o direito à solução do conflito. Por isso que o não aperfeiçoamento da relação processual impede presumir-se eventual interesse do réu na continuidade do processo, o qual, 'em sua visão contemporânea, é instrumento de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé'. (REsp 261789/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2000, DJ 16/10/2000).
> 3. *In casu*, a execução fiscal foi extinta sem resolução de mérito, em virtude da inércia da Fazenda Nacional ante a intimação do Juízo *a quo* para que desse prosseguimento ao feito, razão pela qual é forçoso concluir que a execução não foi embargada e prescindível, portanto, o requerimento do devedor.
> 4. Orientação ratificada pela Corte no julgamento do REsp 1120097/SP, Primeira Seção, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 13/10/2010, DJe 26/10/2010, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC).
> 5. Agravo regimental desprovido."[21]

Anotamos, por oportuno, que no citado Recurso Especial nº 1.120.097 - SP (2009/0113722-1), o STJ manteve decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, conforme afirmado, foi no mesmo sentido do aqui decidido.

Outras decisões do Egrégio TRF/3R corroboram a solução aqui apresentada. Senão vejamos:

[21] AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.727 - SC (2009/0045125-6), RELATOR MINISTRO LUIZ FUX, 1ª T., j. 02 de dezembro de 2010.

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO DA CAUSA PELA PARTE EXEQUENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. ARTIGO 267, III, E § 1º, DO CPC.
- Cuidando-se de sentença contrária aos interesses da União, encerrando o curso do processo executivo fiscal, cabível é o reexame necessário, conforme o disposto no artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil.
- Impossibilidade da execução fiscal aguardar por tempo indeterminado o cumprimento de ato ou diligência que competia à Fazenda Pública realizar.
- Extinção do processo, sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, inciso III, e § 1º, do Código de Processo Civil.
- Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, às quais se nega provimento."[22]

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ABANDONO. APLICAÇÃO DO ART. 267, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRESCINDIBILIDADE DE REQUERIMENTO DO EXECUTADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 240 DO STJ.
I - O art. 267, III, do Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente aos casos em que a Fazenda Pública, embora intimada, descumpre determinação judicial quanto ao regular andamento do processo. Precedentes do STJ.
II - Em sede de execução fiscal não embargada, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por abandono, prescinde de requerimento do Executado, porquanto não há como invocar ou presumir qualquer interesse do devedor no prosseguimento da execução, senão o insucesso da cobrança. Inaplicabilidade da Súmula nº 240 do STJ.
III - Sob a ótica publicista do Direito Processual Civil, não cabe ao magistrado o papel de mero espectador, mas sim a participação efetiva na condução do processo. Incorrendo a União em evidente desídia em dar continuidade ao feito, obstaculizando a marcha processual regular, outra solução não poderia ser mais adequada, senão a extinção, de ofício, da execução.
IV - Apelação improvida."[23]

Voltando a indicar decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, destacamos o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INÉRCIA DO EXEQUENTE. ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DE REQUERIMENTO DO EXECUTADO QUE, EMBORA CITADO POR EDITAL, NÃO EMBARGOU A EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 240/STJ. INAPLICABILIDADE.
1. A inércia da Fazenda exequente, uma vez atendidos os artigos 40 e 25, da Lei de Execução Fiscal e regularmente intimada com o escopo de promover o andamento da execução fiscal, impõe a extinção do feito sem julgamento do mérito

[22] Apelação Cível nº 632830. Relatora: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. Quarta Turma. Un. J. 23 de maio de 2001. DJU 31/08/2001, Seção 2. Publicação na R2TRF3R nº 53, págs. 115/120.

[23] Apelação Cível nº 636990. Relatora: Desembargadora Federal Regina Costa. Sexta Turma. Publicação do Acórdão: DJU 24/03/2006, pág. 645. Publicação na RTRF3R nº 81, págs. 261/266.

(Precedentes: REsp 840255/RS, Primeira Turma, publicado no DJ de 31.08.2006; REsp 737933/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 13.06.2005; RESP 250945/RJ, Segunda Turma, publicado no DJ de 29.10.2001; e RESP 56800/MG, Segunda Turma, publicado no DJ de 27.11.2000).

2. *In casu*, 'registre-se que, embora intimado, pelo seu procurador (pessoalmente) (fls. 103), para no prazo de 48 horas dar andamento ao feito e requerer o que entender de direito, o exequente restou silente, comungando em gênero, número e grau com o instituto da extinção, sem apreciação do mérito'.

3. Entrementes, 'nos termos do inciso III do art. 267 do CPC, não é conferido ao juiz extinguir o processo de ofício, por abandono de causa, sendo imprescindível o requerimento do réu, pois não é admissível se estabelecer presunção de desinteresse do autor no prosseguimento do feito e seu deslinde. Tal posicionamento cristalizou-se com a edição da Súmula 240/STJ ("A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu")' (RESP 688681/CE, Primeira Turma, publicado no DJ de 11.04.2005).

4. Vislumbra-se, ainda, no caso *sub judice*, a peculiaridade consistente no fato da execução fiscal intentada pela Fazenda Nacional não ter sido embargada, a despeito da citação por edital do executado, o que afasta a orientação jurisprudencial cristalizada na Súmula 240/STJ, sendo prescindível o requerimento do devedor (Precedentes: REsp 576113/ES, Quarta Turma, publicado no DJ de 25.10.2004; e REsp 297201/MG, Quarta Turma, publicado no DJ de 02.09.2002).

5. Recurso especial a que se nega provimento."[24]

Esse julgado é muito importante e merece um esclarecimento. Ele não se aplica, completamente, à hipótese aqui aventada. No caso submetido ao Superior Tribunal de Justiça, o exequente deveria ter tomado ciência da suspensão do feito com base no art. 40 da LEF, anotado a medida em seu sistema de acompanhamento processual e devolvido os autos ao Poder Judiciário, o que não ocorreu. Isso se confirma na Ementa do Acórdão já citado, da lavra do Ministro Luiz Fux, quando Sua Excelência indica, no item 1, o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal.

Pois bem. O ato que não foi promovido pela Procuradoria da Fazenda Pública no feito de Primeira Instância foi a aposição, nos autos, da respeitável e importante manifestação de "ciente". Em outras palavras, o Julgador identificou que o exequente não apôs o *ciente* de que o processo estava sendo encaminhado ao arquivo sobrestado, estipulado no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal. Se a ausência de uma quota como a indicada foi suficiente para que o Julgador aplicasse o artigo 267, III, do Código de Processo Civil, decisão essa mantida pelo Tribunal Regional Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que dizer quando o exequente deixa de impugnar uma guia de pagamento ou a prova da compensação feita pelo contribuinte? Evidentemente, o caso submetido ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça – e que justificou a manutenção da sentença de extinção por abandono da causa executiva – foi menos relevante do que a não impugnação de uma guia de pagamento apresentada ou da prova de que há causa suspensiva do crédito tributário que impedia o prosseguimento do feito.

[24] REsp 770240/PB. Relator Ministro Luiz Fux. 1ª T. Un. J. 08/05/2007. DJ 31/05/2007, p. 344.

De qualquer forma, diversos outros julgados do *Tribunal da Cidadania* corroboram os termos aqui propostos,[25] como se comprova com a seguinte ementa:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. FAZENDA NACIONAL. EXTINÇÃO DO FEITO POR ABANDONO DE CAUSA. APLICAÇÃO DO ART. 267, III, DO CPC. POSSIBILIDADE. SÚMULA 240/STJ. AFASTAMENTO NA ESPÉCIE. EXECUÇÃO NÃO-EMBARGADA.
> 1. Entendimento desta Corte no sentido de que 'a inércia da Fazenda exequente, uma vez atendidos os artigos 40 e 25, da Lei de Execução Fiscal e regularmente intimada com o escopo de promover o andamento da execução fiscal, impõe a extinção do feito sem julgamento do mérito' (REsp 770.240/PB, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 31.5.2007).
> 2. Na espécie, tratando-se de execução não-embargada, afasta-se a aplicação da Súmula 240/STJ a fim de dispensar o requerimento do réu para extinção do feito. Precedentes: (AgRg no REsp 644885/PB, Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 08/05/2009; REsp 1057848/SP, Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 04/02/2009; REsp 795.061/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 16/09/2008 REsp 770.240/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31.05.2007)
> 2. Agravo regimental não provido."[26]

Anotamos, também, que a Egrégia 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, relatora a Desembargadora Federal Consuelo Yoshida,[27] manteve sentença exarada nos mesmos termos do presente estudo. O julgamento ocorreu em 03 de março de 2011.

VII – Das condições jurídicas para a Administração Pública garantir o regular processamento das execuções fiscais

Os termos aqui apresentados são aplicáveis, conforme pensamos, a todos os exequentes. No Estado Federal brasileiro, eles são muitos. Acreditamos, contudo, que alguma nota deva ser especificada em relação aos processos de execução fiscal federais.

Na esfera federal, o Fisco, como sabido, é a Receita Federal do Brasil, um dos órgãos mais eficientes da máquina pública nacional. A espetacular arrecadação e os sucessivos recordes da mesma confirmam ser o órgão de cobrança federal um dos mais eficientes. Não é aceitável, juridicamente, que um órgão tão eficiente na arrecadação não seja igualmente eficiente em outras de suas atribuições, notadamente na confirmação dos pagamentos, na acolhida dos pedidos de compensação, na comprovação de que o crédito tributário permanece exigível, líquido e certo.

Acrescente-se à notável eficiência do órgão fiscal federal a importância dada, na

---

[25] *In exemplis*: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO. APLICAÇÃO DO ART. 267, III, DO CPC. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 240/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." REsp 1057848/SP. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. 1ª T.U.J. 18/12/2008. DJe 04/02/2009.

[26] AgRg no Ag 1093239/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. 2ª T. U. J. 01/10/2009. DJe 15/10/2009. RT vol. 891 p. 265.

[27] Apelação Cível nº 0032109-87.2004.4.03.6182/SP.

Sociedade Brasileira, ao Poder Judiciário. Evidentemente, com as condições administrativas impostas pela Constituição Federal e confirmadas pela arrecadação volumosa e recordista, acrescidas do apoio ao Poder Judiciário, os pedidos de prova feitos nos processos de execução fiscal deverão ser prontamente atendidos. Todas as condições jurídicas, administrativas e fáticas indicam nesse caminho.

Uma delas foi indicada pelo Desembargador Federal Fabio Prieto,[28] que é o estipulado no art. 24 da Lei Federal nº 11.457, de 02 de maio de 2007:

> "É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

Que as soluções pendentes de decisão administrativa obstaculizem até um ano o curso das execuções fiscais parece ser admissível pelo legislador federal. Mas não mais do que isso.

No âmbito federal, outro dado deve ser verificado. Atualmente, os grandes contribuintes estão sujeitos ao *Sistema Público de Escrituração Digital – SPED*, instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007. Por ele, a entrega de dados à Fiscalização Tributária é *on-line*, em tempo real. Todos os dados que o Fisco quiser serão, com a implantação do Sistema, repassados a ele imediatamente. Com o *SPED*, a confirmação do pagamento ou a indicação da imputação de pagamento, por parte dos exequentes federais, tem que ser célere.

Não nos parece ser juridicamente aceitável que os contribuintes tenham que cumprir prazos cada vez mais exíguos e os agentes do Fisco tenham prazos elásticos para atuarem.

Além disso, não é crível que um Fisco tão ágil e que exija tanto de seus contribuintes, notadamente dos grandes contribuintes, não tenha um sistema informatizado ainda mais ágil com seus advogados (os Procuradores da Fazenda Nacional). É de cumprimento estrito do princípio da eficiência administrativa que entre a Receita Federal do Brasil e a Procuradoria da Fazenda Nacional exista um sistema mais ágil, completo e transparente que o *Sistema Público de Escrituração Digital – SPED* (Decreto Federal nº 6.022/2007).

Caminhando para a conclusão desse estudo, registramos que o essencial, na verdade processual, é a prova. Significa dizer que, se o executado alega e prova a ocorrência de uma causa suspensiva ou extintiva da relação jurídico-tributária, cabe à exequente alegar e provar que não há referida causa suspensiva ou extintiva da relação tributária, para permitir que a relação jurídico-processual se mantenha.

Não basta, segundo a legislação tributária e processual, a mera alegação ou o pedido de prazo *ad infinitum* para que a Administração Fiscal se manifeste conclusivamente. Processualmente, quem tem que apresentar as provas, nos prazos contidos no Código de Processo Civil, balizados pela Constituição Federal, é a Procuradoria da Fazenda Nacional, não a Receita Federal do Brasil.

Temos a convicção de que a relação entre o Fisco e a Procuradoria da Fazenda Pública é a de cliente e advogado. Corrobora nosso entendimento o parágrafo 5º do artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

[28] Agravo de Instrumento nº 0027308-40.2010.4.03.0000/SP.

> "§ 5º. Cabe à atual Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação, que pode ser ao Ministério Público Estadual, representar judicialmente a União nas causas de natureza fiscal, na área da respectiva competência, até a promulgação das leis complementares previstas neste artigo."

A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que veicula a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, estabelece, em seu artigo 1º, que a "Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente". Ela é composta por diversos órgãos de direção superior, dentre eles a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 2º, I, *b*), e de órgãos de execução, que incluem as Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional e as Procuradorias da Fazenda Nacional nos Estados (art. 2º, II, *a*). No capítulo VII da indigitada Lei Complementar, consta o elenco de competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, cujo artigo 12 disciplina, *in verbis*:

> "Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:
> I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;
> II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário;
> […]
> V - representar a União nas causas de natureza fiscal.
> Parágrafo único - São consideradas causas de natureza fiscal as relativas a:
> I - tributos de competência da União, inclusive infrações à legislação tributária;
> [...]."

Significa dizer, pois, que não é constitucionalmente amparável (ADCT, art. 29, § 5º) ou legal (LC nº 73, arts. 1º, 2º e 12) que os juízes devam ou possam requerer, em processos de execução fiscal, que a Receita Federal do Brasil apresente provas ou decisões administrativas a serem usadas processualmente. A competência para a representação judicial da Receita Federal do Brasil é privativa da Procuradoria da Fazenda Nacional. Além de injurídico, pedidos judiciais feitos diretamente à Receita Federal do Brasil, em processos de execução fiscal, revelam inaceitável desprestígio para a carreira dos Procuradores da Fazenda Nacional e podem ocasionar, inclusive, oposição da Ordem dos Advogados do Brasil.

Se, eventualmente, houver dificuldades no relacionamento entre a Procuradoria da Fazenda Nacional e a Receita Federal do Brasil – o que se indica apenas a título de exemplificação acadêmica –, tais problemas seriam similares aos de advogados e clientes no direito privado, não sendo da alçada do Poder Judiciário, a não ser que provocado em processo específico.

Além disso, supondo – também apenas a título de construção teórica – que houvesse alguma dificuldade entre o advogado público e seu cliente, o Fisco, desse pseudo-problema administrativo não pode o contribuinte, que já sustenta o Estado com seu dinheiro (com os tributos), suportar eventual ineficiência administrativa com seu *direito*. Nesses termos, se a Administração Tributária não puder atender às determinações judiciais nos termos da Constituição Federal (com eficiência, em prazo razoável etc.), o processo de

execução fiscal tem que ser extinto, conforme já sustentamos. Não pode o contribuinte suportá-lo sozinho. Sendo mais claro: se a morosidade da máquina administrativa está onerando um contribuinte em tempo maior do que o previsto pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil, deve toda a coletividade suportar o ônus da ineficiência administrativa. O processo de execução fiscal, assim, não pode ser mantido *ad aeternum*, devendo ser extinto ainda que em desprestígio dos cofres públicos.

VIII – Conclusão

Diante do exposto, entendemos que o princípio constitucional que determina a duração razoável dos processos aplica-se às execuções fiscais. Para dar cumprimento à Constituição Federal, parece-nos razoável, em todos os casos em que o julgador necessitar alguma providência por parte dos exequentes, que a eles sejam dadas três oportunidades para o cumprimento da ordem: o primeiro despacho para cumprimento em até sessenta dias, o segundo para cumprimento em até trinta dias e o terceiro para cumprimento em 48 horas. Suplantado esse percurso, a execução fiscal deve ser extinta, pela caracterização de abandono de feito pelo autor, nos termos do Código de Processo Civil.

O ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

THE ARTICLE 273 OF CRIMINAL CODE IN THE SPHERE OF FEDERAL COURTS: A REFLECTION ABOUT THE POSSIBILITY OF PENALTY'S DETERMINATION UNDER THE LEGAL MINIMUM

PAULO BUENO DE AZEVEDO
Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra.

Resumo: O presente artigo pretende a estimulação do debate e o convite à reflexão sobre a aplicação da pena abaixo do mínimo legal para o crime previsto no artigo 273 do Código Penal. Os fundamentos são o controle de constitucionalidade da norma secundária penal e a analogia *in bonam partem*.

Abstract: This article aims to stimulate the debate and to invite reflection about penalty's determination under the legal minimum for the crime fixed in the article 273 of Criminal Code. The legal grounds are the judicial review and the analogy *in bonam partem*.

Palavras-chave: Pena. Controle de constitucionalidade. Analogia *in bonam partem*.

Keywords: Penalty. Judicial review. Analogy *in bonam partem*.

Sumário: 1. Introito. 2. Enfrentando o principal óbice: a invocação do princípio da legalidade para impedir que o juiz aplique a pena abaixo do mínimo legal. 3. A aplicação da analogia *in bonam partem* e seus limites no âmbito do artigo 273 do Código Penal. 4. A substituição de pena na importação ilícita de remédios. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introito

No âmbito da Justiça Federal, são comuns as prisões em flagrante de indivíduos surpreendidos em operações policiais de rotina portando medicamentos importados, sem registro ou de comercialização proibida no Brasil.

Apenas para citar um exemplo, alguns dos chamados "sacoleiros" viajam ao Paraguai, com o intuito de trazer, dentre outros produtos, remédios mais baratos ou não comercializados em nosso país[1], visando ao lucro ilícito com a revenda.

O delito em apreço, além de ser etiquetado como hediondo (art. 1º, inciso VII-B, da Lei nº 8.072/90), é apenado com uma rigorosa sanção para a modalidade dolosa, qual seja reclusão de 10 a 15 anos, e multa.

[1] Um produto muito buscado é o Pramil, uma espécie de genérico do Viagra. O Pramil não é registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), acarretando a subsunção da conduta de importação ao art. 273, § 1º, c.c. § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Pois bem, com essa pena, a importação de remédios como o Pramil, assemelhado ao Viagra, torna-se um péssimo negócio para o autor do fato, porquanto, se condenado, estará sujeito, automaticamente, ao regime fechado prisional, tanto por força do art. 1º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, quanto por conta do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. Também ficará preso por, no mínimo, cinco anos a mais do que um traficante de drogas condenado pela pena mínima prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

É bem verdade que o desconhecimento da lei não escusa ninguém, principalmente quando a ignorância recai sobre o preceito secundário da norma penal. Contudo, o castigo para o importador do Pramil ou de outras substâncias congêneres nos parece exagerado, máxime ao lembrarmos a pena mínima imposta ao delito de tráfico de drogas.

Voltamos, no presente estudo, a assunto já abordado por nós em outra oportunidade[2]. Aqui, aprofundaremos os aspectos relacionados à aplicação da pena no crime do artigo 273 do Código Penal, analisando julgados recentes dos tribunais regionais federais, além de refletir sobre os limites possíveis da decisão judicial na fixação da pena abaixo do mínimo legal.

2 Enfrentando o principal óbice: a invocação do princípio da legalidade para impedir que o juiz aplique a pena abaixo do mínimo legal

Vivemos tempos em que muito se discute acerca da legitimidade do ativismo judicial, especialmente com críticas a interpretações judiciais criadoras de normas não previstas em lei. Argumenta-se, amiúde, que o magistrado deve limitar-se a interpretar a lei, seguindo-a ou invalidando-a quando inconstitucional.

Em verdade, concordamos plenamente com a tese de que o juiz não pode se converter em legislador. Todavia, nem sempre é fácil distinguir onde termina a interpretação conforme a Constituição e os princípios gerais de direito e onde começa a atitude positivadora de normas não previstas na legislação.

Em nosso estudo, encontramos muitos julgados que invocam o princípio da legalidade como óbice absoluto à aplicação da pena abaixo do mínimo legal. Se fizesse isso, o juiz estaria legislando, o que significaria inaceitável ativismo judicial, em desrespeito às leis criadas pelos representantes da sociedade brasileira.

Não pensamos assim.

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer como premissa o fato de que a aplicação da pena deve obedecer ao princípio da proporcionalidade. Assim, já dizia o Marquês de Beccaria (1995, p. 61):

> "O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos."

Diriam alguns que o juiz deve se preocupar apenas com a proporcionalidade em

[2] Cf. nosso artigo intitulado "Aplicação de pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no direito penal". *Revista da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 175-184, dez. 2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/206>. Acesso em: 12 out. 2011.

consonância com os limites já previamente estabelecidos pelo legislador. Fora dessa hipótese, não tem legitimidade para desobedecer aos parâmetros fixados pelos representantes da sociedade.

Tal advertência certamente é válida, porquanto o juiz não pode recriar todas as penas em conformidade com o seu conceito subjetivo de proporcionalidade. Aliás, seria uma empreitada deveras pretensiosa a busca por um perfeito sistema penal proporcional. Isso porque não existe um método matemático ou objetivo no que concerne à fixação dos limites mínimos e máximos da pena de cada crime. Trata-se, pois, de questão de política criminal a ser resolvida no plano legislativo.

O que dissemos acima deve ser entendido como regra geral do sistema, porém não impede a existência de exceções. De fato, qual deveria ser a conduta de um juiz ao se deparar com penas manifestamente desproporcionais na lei? Para usar um exemplo extremo, poder-se-ia apenar um furto mais gravemente do que um homicídio qualificado? É óbvio que não. Mas qual seria a solução?

A resposta, a nosso ver, deve ser buscada na Constituição, mais precisamente no art. 5º, § 2º, que permite a integração dos direitos fundamentais, os quais não se esgotam nos incisos do citado dispositivo. A proporcionalidade das penas é um desses direitos. Contudo, como ela pode ser obtida num caso concreto? Como, enfim, calcular a pena de um delito?

Se, por um lado, não há exatidão matemática, por outro, não se pode admitir o completo arbítrio do Legislativo, que não pode criar novos crimes e penas sem consciência de que a nova lei será inserida dentro de um sistema penal preexistente.

Enfim, deve-se cuidar que a penalidade imposta seja razoável dentro do ordenamento jurídico. Destacamos, aqui, a lição de Miguel Reale Jr. (1999, p. 415, grifos do autor):

> "O legislador, mormente no âmbito penal, não é nem pode ser onipotente, pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes. Os fatos incriminados devem, pois, efetivamente ameaçar, colocar em risco ou lesar esses interesses relevantes. Isto porque a ação do legislador penal está sujeita ao *princípio constitucional da proporcionalidade*, também dito princípio da razoabilidade, e ao *princípio da ofensividade*."

Voltemos nossa atenção ao artigo 273 do Código Penal. Esse dispositivo tem a sua atual redação dada pela Lei nº 9.677/98, a qual determinou a pena de reclusão, de 10 a 15 anos, e multa, para as seguintes condutas: falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (CP, art. 273, § 1º). O § 1º-A inclui entre os produtos do tipo penal em tela os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Finalmente, o § 1º-B estabelece as mesmas penas para quem pratica as ações descritas no § 1º, em relação a produtos que estejam em qualquer das seguintes condições: a) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; b) em desacordo com a fórmula constante do registro previsto na hipótese anterior; c) sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; d) com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; e) de procedência ignorada; f) adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Conforme a jurisprudência majoritária, o delito do artigo 273 do Código Penal é de perigo abstrato ou presumido, tendo como sujeito passivo a coletividade, ou seja, põe-se em risco potencial um número indeterminado de pessoas.

Diante disso, muitos julgados afastam a alegação de desproporcionalidade da pena da referida infração em comparação com o homicídio, porquanto o último tem como sujeito passivo uma pessoa individualizada. Contudo, o óbice mais comumente invocado para impedir que o juiz aplique a pena abaixo do mínimo legal é o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é um dos direitos fundamentais do cidadão contra o arbítrio do Estado. Se a pena é diminuída abaixo do mínimo legal, com fulcro no princípio da proporcionalidade, está-se, na verdade, reforçando a defesa do cidadão contra o arbítrio legislativo do mesmo Estado. É contraditório invocar o princípio da legalidade contra a sua própria finalidade. Nessa senda, a relevante lição de Fábio Bittencourt da Rosa (2003, p. 4), desembargador federal da 4ª Região:

> "Exatamente por isso é que, sempre que o desacato a um princípio que sustenta a garantia penal implica o favorecimento do indivíduo, torna-se regra aceitável dentro do sistema. A analogia ou a interpretação extensiva *in bonam partem* são admitidas, porque colaboram com a liberdade individual ao invés de suprimi-la. Não se pode lançar mão de um princípio criado para proteger o réu para o fim de prejudicá-lo. Do mesmo modo, a criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar um princípio contra o fundamento que o sustenta. Se regra de hierarquia inferior à lei beneficiar o acusado ou condenado haverá de ter garantida sua validade e eficácia."

De outro lado, não há motivo plausível para considerarmos a norma secundária do tipo penal como imutável, impassível de qualquer controle judiciário, resistente ao exame da constitucionalidade.

Também, da mesma forma, não nos parece certo que a inconstitucionalidade da norma secundária (fixação da pena) alcance sempre, necessariamente, a norma primária (descrição da conduta criminosa). Considerar todo o tipo inconstitucional em razão da desastrada fixação de pena pelo legislador é também uma injustiça para com a sociedade. Evidentemente, não se descarta tal solução em último caso. Mas, sempre que possível, compete ao juiz privilegiar o entendimento pela constitucionalidade da norma. E a solução, em nosso entendimento, é a aplicação da analogia *in bonam partem*, como veremos a seguir.

3 A aplicação da analogia in bonam partem *e seus limites no âmbito do artigo 273 do Código Penal*

Quando pensamos na pena mínima do artigo 273 do Código Penal, instintivamente recordamos que ela é maior do que a pena mínima do homicídio.

Num interessante caso divulgado recentemente no *site* jurídico *Conjur* (MENDONÇA, 2011), relativo à importação de medicamento abortivo, o juiz federal Ali Mazloum argumentou que, se a acusada tivesse efetivamente praticado o aborto em si mesma, estaria

sujeita à pena mínima de um ano de detenção (CP, art. 124). E, pior, se ela resolvesse matar o pai da criança em gestação, estaria sujeita à pena mínima de seis anos de reclusão (CP, art. 121). As duas penas, ainda que somadas, não alcançariam a pena do artigo 273 do Código Penal, pela conduta referente à importação do medicamento abortivo (que, na realidade, consistiria num ato preparatório ao delito de aborto). Com propriedade, o magistrado afirmou em sua sentença:

> "O princípio da proporcionalidade deve interceder em favor da vida, ainda que em detrimento de interesses de grandes laboratórios. É manifesta a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, recusando-se este Juízo, portanto, a cogitar da aplicação de tão grave reprimenda[3]."

Porém, como já aludimos no tópico anterior, aqueles que defendem a aplicação da pena prevista no artigo 273 do Código Penal argumentam que o delito é de perigo abstrato e, por conseguinte, coloca em risco um número indeterminado de pessoas, não podendo ser equiparado ao homicídio ou demais crimes contra a vida.

De fato, a objetividade jurídica do artigo 273 do Código Penal é a saúde pública. Portanto, podemos perfeitamente aferir a proporcionalidade da pena desse tipo penal em comparação a outros delitos que ofendem o mesmo bem jurídico. E a resposta, seguindo essa metodologia, continua apontando a grave desproporcionalidade da pena do referido dispositivo.

Afinal, ninguém pode negar que o tráfico de drogas é um crime de perigo abstrato e que tem por objetividade jurídica a tutela da saúde pública. Ninguém, ainda, pode negar que o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo pela Constituição da República. E, por fim, é sabido de todos os gravíssimos problemas trazidos à população por drogas como o *crack*, que afetam pessoas de todas as classes e acabam gerando quadros sociais lastimáveis, como a região da "cracolândia", em São Paulo.

Pois bem, apesar de ninguém poder olvidar ou negar tal realidade, o traficante de drogas que importar cocaína e outras substâncias para a produção de *crack* é julgado de forma mais benevolente do que o sacoleiro que trouxe o Pramil do exterior!

Não existe argumento, desta vez, que possa explicar a desproporção entre os crimes de tráfico de drogas e tráfico de remédios. O primeiro é crime de perigo abstrato, atinge sabidamente um número indeterminado de pessoas, afetando a saúde dos viciados, de maneira desastrosa e, amiúde, fatal. Ambos os delitos têm a natureza hedionda. Assim, o importador de Pramil não merece ter uma pena mínima de 10 anos, ao passo que aquela destinada ao traficante de drogas é de cinco anos (art. 33 da Lei nº 11.343/2006). Com toda a devida vênia, isso fere o bom senso não só dos juízes como de toda a sociedade, e nos faz realmente pensar que a pena draconiana veio apenas socorrer os interesses dos grandes laboratórios farmacêuticos, conforme aludido pelo juiz Ali Mazloum na sentença supracomentada.

A analogia com o tráfico de drogas, conforme pensamos, não é perfeita. Contudo, trata-se da melhor solução segundo o ordenamento em vigor. Ambos os delitos são contra a saúde pública, de natureza hedionda e atingem um número indeterminado de pessoas, vale dizer, a coletividade. Sem contar que os remédios não deixam de ser drogas, só que evidentemente lícitas.

---

[3] Vale a pena ler a interessante solução dada pelo magistrado ao caso concreto. A íntegra da sentença está disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-06/lei-importar-abortivo-grave-matar-pessoa>. Acesso em: 12 out. 2011.

Não é perfeita porque, em rigor, a pena do artigo 273 deveria ser menor. Porém, vemos, aqui, um claro limite à atuação judicial. O magistrado não deve se acomodar ou lavar as mãos para respostas legislativas manifestamente desproporcionais. Só que, para corrigir isso, também não pode pretender recriar, conforme seu entendimento subjetivo, todas as penas ou, mesmo, algumas penas. Inventando penas mínimas, o juiz incidiria no erro ou na tentação da proporcionalidade perfeita.

A desproporção sempre deverá ser aferida pelo método comparativo, ou seja, a solução sempre virá de dentro do ordenamento jurídico, pela utilização da analogia, a qual também deve ser utilizada somente em favor do réu. Não queremos dizer, porém, que esta é uma solução que visa apenas a beneficiar criminosos. Quem pensar isso pode fazer a experiência de perguntar a uma série de leigos quem deveria ter a maior pena: o traficante de drogas ou o importador de remédios como o Pramil.

Também não pretendemos, aqui, excluir a responsabilidade de importadores de outros remédios ou até de substâncias anabolizantes que efetivamente colocam em risco a saúde das pessoas. Só que, mesmo nesses casos, não vislumbramos razão para o maior agravamento da sanção em relação ao tráfico de drogas.

Cumpre notar que a tese da analogia com o tráfico de drogas já foi aplicada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão relatado pelo desembargador Cotrim Guimarães, conforme ementa abaixo transcrita (grifos nossos):

> "PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, INCISOS I, III E VI, DO CP. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO-REGISTRADO PELA ANVISA. PRODUTOS ANABOLIZANTES E REMÉDIOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CONFISSÃO. DESCABIMENTO DO BENEFÍCIO DO ART. 41, DA LEI 11.343/06. PERDIMENTO DO VEÍCULO. APLICAÇÃO DO ART. 91, II, 'A', DO CP. DOSIMETRIA DE PENA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E HISTÓRICA DA LEI 9.677/98. APLICAÇÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 33, DA LEI 11.343/06. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A materialidade foi plenamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/04) e pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14/15), o qual elencou as substâncias encontradas no compartimento do tanque do veículo usado pelo réu. O Laudo de Exame de Produto Farmacêutico (fls. 118/126) atestou que os produtos apreendidos não são registrados na ANVISA e parte deles é de origem ignorada, sendo sua importação proibida. 2. A autoria é incontroversa, não apenas pela prisão em flagrante, mas também pela confissão do acusado. 3. A alegação de destinação do material para uso próprio não é crível, dada a quantidade e a diversidade de produtos anabolizantes e medicamentos destinados ao tratamento de disfunção erétil. 4. A configuração do tipo penal do art. 273, § 1º-B, do CP, independe da demonstração de risco efetivo dos medicamentos ou que tenham sido estes adulterados, corrompidos ou falsificados. A criação desta figura típica pela Lei 9.677/98 veio justamente para reprimir penalmente a conduta de perigo abstrato de importar produto terapêutico ou medicinal em desconformidade com o controle da vigilância sanitária.

> 5. Sendo lícita a posse do veículo utilizado no transporte das substâncias apreendidas, não cabe a decretação de perdimento do bem, pela regra do art. 91, II, 'a', do CP. 6. Inviável a concessão do benefício do art. 41, da Lei 11.343/06, ao caso em tela. Ainda que se coubesse a aplicação analógica do dispositivo relativo ao tráfico de drogas, o acusado não realizou qualquer das formas de colaboração contempladas naquele artigo. 6. *Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, § 1º e § 1º-B, do CP. A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela. 7. Manutenção da pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa*. 6. Apelação parcialmente provida[4]."

Surge, ainda, uma indagação: em sendo possível a analogia com a pena do tráfico de drogas, seria possível a aplicação por analogia do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006? Tal solução já foi dada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pelo desembargador Eloy Bernst Justo (grifos nossos):

> "PENAL. ARTIGO 334 DO CP. DESCAMINHO. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA QUANTO A DETERMINADOS PRODUTOS. 273, § 1º, C/C § 1º-A E § 1º-B, INCISOS I E V, DO CP. *INTRODUÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA*. AUSÊNCIA DE FINALIDADE COMERCIAL. RECLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. RESPONSABILIDADE COMPROVADA. CONDENAÇÃO. PENA. CONCURSO FORMAL. REDUÇÃO. 1. Materialidade e autoria devidamente demonstradas nos autos. 2. Em relação a remédios, a lesividade das infrações cometidas não deve ser avaliada sob a ótica da expressividade econômica, mas sim no que tange à sua natureza. Tratando-se de produtos introduzidos no país sem permissão dos órgãos competentes, há efetiva ofensa à saúde e segurança pública, na medida em que expõe a coletividade a sérios riscos, circunstância que afasta a incidência do princípio da bagatela jurídica. 3. Tendo os fatos ocorridos após a entrada em vigor da Lei 11.343, faz-se necessária a desclassificação do delito constante no artigo 273, § 1º, c/c § 1º-A e § 1º-B, incisos I e V, do CP para o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. 4. Quando mediante uma só ação o réu pratica duas condutas, aplica-se a regra do concurso formal de crimes (artigo 70 do CP) no percentual de 1/6 (um sexto) sobre a pena mais grave. 5. *Não se configurando o registro de antecedentes em desfavor do acusado e ausentes provas suficientes de que se dedique a atividades ilícitas e integre organização criminosa, deve incidir a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. 6. Possibilidade de substituição da privativa de liberdade*

[4] Cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Criminal nº 201061060027363*. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Cotrim Guimarães. Data do julgamento: 14.12.2010. Data da publicação: 16.12.2010. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em: 12 out. 2011.

por restritivas de direitos, seja porque o delito de tráfico foi tomado tão-só como substrato para aplicação da pena, seja porque o remédio importado não era 'falsificado, corrompido, adulterado ou alterado' (inciso VII-B do artigo 1º c/c o parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei nº 8.072/90)[5]."

Porém, cabe observar que, mesmo entre aqueles que consideram possível a aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não há consenso em se permitir a aludida causa de diminuição de pena, como exemplifica o seguinte acórdão do mesmo TRF4, relatado pelo desembargador Néfi Cordeiro (grifos nossos):

"PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/06, ART. 33, C/C ART. 40, I). IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ART. 273, § 1º-B, I, DO CP). CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. NEGATIVA DE AUTORIA QUANTO À IMPORTAÇÃO DE COMPRIMIDOS DE CYTOTEC. AUTORIA QUE EXSURGE DOS ELEMENTOS DOS AUTOS. PENALIDADE DESPROPORCIONAL. ADOÇÃO DA PENA MÍNIMA APLICÁVEL AO TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA AMBOS OS DELITOS. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PARA DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (CP, ART. 65, III, *D*). MAJORAÇÃO PELA TRANSNACIONALIDADE. MINORANTE DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI Nº 11.343/06 QUE NÃO SE ESTENDE À IMPORTAÇÃO DE REMÉDIOS SEM O DEVIDO REGISTRO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DO NÚMERO DE DIAS-MULTA. 1. A autoria e materialidade dos delitos de tráfico de drogas e de importação de remédio sem registro no órgão de vigilância sanitária emergem dos elementos trazidos aos autos. Corroboram para a condenação os testemunhos por ocasião da prisão em flagrante e ratificados em Juízo, a confissão do réu perante a autoridade policial e, em parte, em Juízo, bem como dos laudos que constataram cuidar-se os produtos apreendidos de 'cannabis sativa lineau' e do medicamento 'cytotec'. Incidência do artigo 33, c/c artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.313/06, e do artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso, I, do Código Penal. 2. A alegação do réu no sentido de desconhecer a existência de medicamentos camuflados no interior do veículo que conduzia quando da abordagem policial é de ser demonstrada cabalmente para afastar a acusação, máxime quando o quadro fático pressupõe a plena ciência da ilicitude. 3. Não convence o argumento do réu de não saber da existência de medicamentos no veículo que conduzia quando da abordagem policial, e que apenas confessou na fase inquisitorial estar transportando o comprimido 'pramil', devido à presença da imprensa no local. 4. Ainda que o réu desconhecesse a existência de remédios camuflados no veículo que conduzia, o fato de ter admitido o transporte da substância entorpecente implica assunção do risco de transportar qualquer coisa escondida com a droga, o que consiste, ao menos, em dolo eventual. 5. A pena prevista para a prática do delito descrito no artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso I, do Código Penal,

[5] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 200770010015185*. Órgão julgador: Oitava Turma. Relator: Eloy Bernst Justo. Data do julgamento: 20.01.2010. Data da publicação: 17.02.2010. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em: 12 out. 2011.

é de reclusão, e parte do mínimo de 10 (dez) anos, mostrando-se excessiva para a conduta descrita nos autos. De ofício, é razoável considerar para o delito de importação de medicamentos proibidos, a penalidade prevista para o tráfico de drogas, mas tão-só para fins de considerar a pena mínima cominada ao crime. 5. A transnacionalidade do delito encontra-se plenamente evidenciada, conquanto dos testemunhos se conclui a procedência estrangeira da substância entorpecente, bem como das demais circunstâncias ao entorno, sendo caso de incidência da Lei 11.343/06, artigo 40, inciso I. 6. O fato de praticar os ilícitos do artigo 33, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e do artigo 273, parágrafo 1º-B inciso I, do Código Penal, mediante promessa de pagamento, não deve ser valorado negativamente quando do exame das circunstâncias judiciais (CP, art. 59) para a fixação da pena-base, pois tal motivação é inerente aos delitos de tráfico de drogas e de importação irregular de medicamento. Tampouco o fato de se cuidar de 30 kg (trinta quilogramas) e de (50) cinqüenta comprimidos de cytotec (50) possibilita a valoração negativa, até porque se pressupõe uma certa quantidade de drogas e remédios para a configuração dos delitos. Pena-base reduzida para o mínimo legal. 7. Estando penas privativas de liberdade fixadas no mínimo legal, é infactível perquirir sobre sua redução (Súmula nº 231 - STJ). 8. Para o delito de tráfico de drogas incidem a majorante e a minorante da Lei nº 11.343/06, art. 40, I e 33, § 4º, respectivamente, para aumentar a pena provisória em 1/6 (um sexto), e depois diminuí-la na metade, não acatado o recurso que reclama pela diminuição em 2/3 (dois terços), merecendo o acusado uma sanção que efetivamente o repreenda. 9. *Não socorre ao réu a incidência da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, para o crime de importação de medicamento proibido, aplicável apenas ao tráfico de entorpecentes, até porque a adoção da pena mínima igual a do tráfico já beneficia o réu*. 10. Para condutas perpetradas mediante uma só ação, incide a regra do artigo 70 do Código Penal. Responde o acusado pela pena mais grave, acrescida de 1/6 (um sexto), restando a pena privativa de liberdade definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime semi-aberto. 11. Pena de multa relativa ao delito do tráfico de entorpecentes reduzida, de ofício, resultando abaixo do mínimo legal, em consonância com o critério adotado para a pena privativa de liberdade. 12. Mesmo que se cuide concurso formal de crimes, somam-se as penas de multa, nos termos do artigo 72 do Código Penal[6].”

Vemos, desse modo, que a aplicação da pena mínima por analogia do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 não encerra a discussão. Resta, pois, averiguar a possibilidade de diminuição da pena e seus respectivos reflexos na fixação do regime inicial de cumprimento da sanção e na substituição por restritiva de direitos.

4 A substituição de pena na importação ilícita de remédios

O artigo 273 e seus §§ 1º e 1º-A do Código Penal são considerados crimes

[6] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 200670050047971*. Órgão julgador: Sétima Turma. Relator: Néfi Cordeiro. Data do julgamento: 16.02.2008. Data da publicação: 18.03.2008. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em: 12 out. 2011.

hediondos, na forma do artigo 1º, inciso VII-B, da Lei nº 8.072/90. Isso acarreta que lhe seja aplicável, em tese, o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ou seja, a obrigatoriedade do regime inicial fechado de cumprimento de pena. Por outro lado, a visão que afasta o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 faz com que a pena mínima aplicada seja de cinco anos de reclusão, o que, a bem da verdade, já é muito benéfico para o réu, porém impede a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, a qual é limitada a penas não superiores a quatro anos de reclusão (CP, art. 44, inciso I).

Vale dizer que há casos e casos de tráficos de remédios. Podemos pensar em traficantes organizados de substâncias anabolizantes, que as vendem para jovens inconsequentes, em busca do corpo perfeito, auxiliando-os a se autodestruírem. Podemos também pensar em sacoleiros que trazem, do exterior, remédios de venda proibida no Brasil pela ausência de registro na ANVISA.

Cada processo penal pode trazer uma história diferente, sendo que, em algumas situações, não se mostra razoável a aplicação do regime inicial fechado de cumprimento de pena. Para fatos anteriores à Lei nº 11.464/2007, não há problemas em se fixar outro regime que não o fechado. Mas, e para fatos posteriores? Se o caso merecer reprimenda, afastando-se eventuais excludentes de tipicidade (insignificância, por exemplo) ou culpabilidade (a exemplo do erro de proibição), haverá, ainda assim, a injustiça na aplicação da pena mínima de cinco anos.

Como vimos acima, no acórdão relatado pelo desembargador Eloy Bernst Justo, aplicou-se a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, e considerou-se possível a substituição, tendo em vista que o remédio importado não era falsificado, adulterado, corrompido ou alterado.

Aqui, então, podemos formular um novo raciocínio. Se o único problema do remédio importado é a falta de registro na ANVISA, temos que a objetividade jurídica não é tanto a saúde pública, mas sim a questão econômica relativa à proteção dos medicamentos devidamente registrados no Brasil. Logo, o delito, em tese, mais se assemelharia ao contrabando ou descaminho. Mais ou menos nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão relatado pelo juiz federal convocado Murilo Fernandes de Almeida, conforme ementa a seguir (grifos nossos):

> "PENAL - CONTRABANDO E DESCAMINHO - PRODUTOS ELETRÔNICOS E DE INFORMÁTICA - ART. 334, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - *ABSOLVIÇÃO DO RÉU DA PRÁTICA DO CRIME CAPITULADO NO ART. 273, § 1º-B, I E VI, E § 2º, DO CÓDIGO PENAL, UMA VEZ QUE SE TRATA DE IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO, CUJA COMERCIALIZAÇÃO É PROIBIDA NO BRASIL, E NÃO DE MEDICAMENTO FALSIFICADO OU ADULTERADO - CARACTERIZAÇÃO, EM TAL HIPÓTESE, DO CRIME DE CONTRABANDO, CUJA CONDUTA ESTÁ CONTIDA NA MESMA FIGURA INCRIMINADA NO ART. 334 DO CÓDIGO PENAL*. I - Condenação do réu-apelante nas penas do art. 334, *caput*, e art. 273, § 2º, c/c art. 70 do Código Penal, em virtude de terem sido encontrados, no veículo caminhonete Silverado, que conduzia, juntamente com os outros réus (absolvidos), aparelhos eletrônicos e remédios Pramil e Lipostabil, de origem estrangeira, desacompanhados da

necessária documentação exigida por lei. II - *Em se cuidando de medicamentos sem registro, adquiridos em estabelecimento sem licença, cuja comercialização é proibida no Brasil, mas não de medicamento falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, tal como descrito pelo art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal, responde o réu pelo crime de contrabando, cuja conduta está contida na mesma figura incriminada no art. 334, que resultou na caracterização do crime de descaminho, relativamente aos produtos eletrônicos e de informática, até porque 'não há concurso formal de delito quando o autor ingressa em território nacional com mercadorias estrangeiras proibidas e outras que, embora não proibidas, não passam pelo crivo da fiscalização para sofrer a incidência de tributos' (RCCR nº 1997.01.00.000444-5/MG, Relatora Desembargadora Federal Eliana Calmon - que hoje integra o egrégio STJ -, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 25/09/97, p. 78.408). Absolvição do réu da prática do crime capitulado no art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal, na modalidade culposa, prevista em seu § 2º.* III - Autoria e materialidade delitivas sobejamente comprovadas, em relação ao crime do art. 334, *caput*, do Código Penal. IV - Inaplicabilidade do princípio da insignificância, seja em razão do disposto no art. 65 da Lei nº 10.833/2003, quanto ao crime descaminho, seja porque, em relação ao contrabando, não há o que perquirir, acerca do pagamento ou não de tributos, porque não há tributo a ser recolhido, em relação a mercadoria, cuja importação é proibida. V - Dosimetria da pena que se sustenta, por estar em harmonia com o disposto no art. 59 do Código Penal. VI - Apelação parcialmente provida[7]."

Dissemos "mais ou menos" no sentido por nós defendido, porque, no acórdão supratranscrito, alterou-se a própria tipificação da conduta, vale dizer, a importação de remédios sem registro foi considerada apenas delito de contrabando.

Tal solução, seja pela alteração da figura típica, seja pela aplicação analógica do preceito secundário do contrabando, torna possível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal. Isso nos parece mais adequado do que a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Com efeito, quando defendemos a aplicação analógica do preceito secundário do artigo 33, justificamos tal proceder pela analogia *in bonam partem*, possível diante da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal. Contudo, não há espaço para analogia do artigo 33, § 4º, pois, nessa hipótese, o juiz estaria criando uma causa de diminuição de pena não prevista originalmente em lei. Essa brecha certamente levaria à aplicabilidade do artigo 41 da Lei nº 11.343/2006. E, ao final, provocaria a reação em cadeia que culminaria na cruzada da proporcionalidade perfeita, com aplicações analógicas de causas de diminuição de pena indiscriminadamente em quaisquer casos, sem anterior previsão legal. Em suma, a aplicação analógica do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 já representa uma perigosa transposição dos limites da analogia no direito penal.

[7] Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Criminal nº 200438030010439*. Órgão julgador: Terceira Turma. Relator: Murilo Fernandes de Almeida (juiz convocado). Data do julgamento: 31.01.2011. Data da publicação: 18.02.2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em: 12 out. 2011.

5. Conclusão

Não almejamos sejam definitivas as ideias defendidas no presente estudo. Noutras palavras, não defendemos, aqui, verdades absolutas, máxime diante da ausência de lei no sentido defendido no texto.

Contudo, pretendemos um humilde convite à reflexão em vez da aplicação cega da lei desproporcional. Lembramos que a atividade de julgar envolve, em certa medida, o colocar-se no lugar do outro. Como gostaríamos de sermos julgados pela importação de um medicamento trazido de outro país, conduta criminosa pelo simples fato da ausência de registro no Brasil? Deveríamos ser punidos mais gravemente do que um traficante de drogas? Seria realmente isso o que a sociedade deseja, vale dizer, poderíamos entender que os membros do Legislativo efetivamente representaram a vontade do povo nesse caso? Prevaleceu o senso comum? Se negativas tais respostas, por que não se poderia considerar inconstitucional a fixação da pena e se utilizar a analogia *in bonam partem*?

A inconstitucionalidade da norma secundária do tipo previsto no artigo 273 do Código Penal certamente dificulta a busca de uma solução jurídica idêntica em todos os casos. Daí a importância do contínuo e progressivo debate entre todos os operadores do direito. Todavia, ainda sem a resposta definitiva para o problema, não podemos lavar as mãos e aplicar incondicionalmente a lei viciada pela flagrante desproporcionalidade. Possível o controle de constitucionalidade da norma e a analogia *in bonam partem*. Ainda que não haja uma resposta definitiva para a melhor analogia, concluímos pelo menos o nosso convite ao debate e à reflexão.

6. Referências

AZEVEDO, Paulo Bueno de. Aplicação de pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no direito penal. *Revista da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 175-184, dez. 2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/206>. Acesso em: 12 out. 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BRASIL. Portal da Justiça Federal. *Jurisprudência unificada*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em: 12 out. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MENDONÇA, Camila Ribeiro de. *MP pede pena de 10 anos para importação de abortivo*. [S.l.], out. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-06/lei-importar-abortivo-grave-matar-pessoa>. Acesso em: 12 out. 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal*: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 763, p. 415-431, maio 1999.

ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

O CRIME DE MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR (ARTIGO 22, PARÁGRAFO ÚNICO, *IN FINE*, DA LEI Nº 7.492/86): ANÁLISE DO TIPO PENAL A PARTIR DO BEM JURÍDICO TUTELADO

MARCELO COSTENARO CAVALI
Juiz Federal Substituto da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Lei nº 7.492/1986 nos dias atuais: releitura normativa "de cima para baixo" e "de baixo para cima". 3. Bens jurídicos difusos e crimes econômicos. 4. A noção de bem jurídico como critério de interpretação da norma penal. 5. Dever administrativo de declaração da manutenção de depósitos no exterior perante a Receita Federal e o Banco Central. 6. O bem jurídico tutelado pelo tipo de manutenção de depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único, última figura, da Lei nº 7.492/86). 7. A repartição federal competente mencionada no art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86. 8. Atipicidade da conduta de falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior até o ano-base 2000: ausência de complemento normativo. 9. Valores mínimos de depósitos a exigirem declaração e data-base a ser considerada. 10. (Ir)retroatividade das normas cambiárias complementares do tipo penal. 11. Síntese das principais conclusões. 12. Referências bibliográficas.

RESUMO: Entre as funções do conceito de bem jurídico sobressaem as de verificação da constitucionalidade de tipos penais e de sua respectiva interpretação teleológica. No âmbito do direito penal econômico, em que se tutelam bens jurídicos difusos, a noção de bem jurídico se vê especialmente reforçada como mecanismo de inibição de uma aplicação meramente formal dos tipos penais. Parte-se dessa premissa para se analisar elementos normativos do tipo penal de manutenção não declarada de depósitos no exterior, em especial a "repartição federal competente", o valor mínimo dos depósitos e a data-base a ser considerada para a caracterização do crime.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal econômico. Bens Jurídicos Difusos. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Evasão de divisas. Depósitos mantidos no exterior. Política Cambial. Lei penal em branco. Ausência de complemento normativo. Ir(retroatividade) do complemento de leis penais em branco. Repartição Federal Competente.

1. Introdução

O artigo 22 da Lei nº 7.492/1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) estabelece:

"Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

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

Tal dispositivo, tratado genericamente como crime de "evasão de divisas" (apesar de tipificar condutas relacionadas a valores que não necessariamente tenham sido evadidos do Brasil), contempla, em verdade, três condutas distintas, quais sejam: a) realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país (*caput*); b) evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal (parágrafo único, primeira parte); e c) manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente (parágrafo único, segunda parte).

Assim, da mesma maneira que ocorre, por exemplo, com os delitos de contrabando e descaminho, figuras penais distintas estatuídas no mesmo artigo 334 do Código Penal, não se confundem as infrações penais tipificadas no artigo 22 da Lei nº 7.492/1986[1].

Pretende-se, no presente trabalho, tecer algumas considerações relacionadas ao delito estatuído na segunda parte do parágrafo único do artigo, correspondente à manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, especificamente no que diz respeito a qual seja tal "repartição federal competente" e, por consequência, quais os respectivos complementos normativos, onde devem ser verificados os valores mínimos de depósitos a exigirem declaração, a data-base a ser considerada, interpretando o tipo penal a partir do bem jurídico tutelado pela norma.

Em outras palavras, resta claro do dispositivo que a conduta de manter depósito no exterior não configura crime. O tipo penal exige complementação normativa. Evidentemente, para que se possa compreender a conduta criminosa é preciso que sejam esclarecidas algumas questões, tais como: a) *quem* é obrigado a declarar a manutenção de depósitos no exterior; b) *quanto* deve ser o valor do depósito para que exista a obrigação de declarar; c) *como* deve ser cumprida essa obrigação; d) *quando* deve ser cumprida essa obrigação; e) *para quem* (qual "repartição federal competente") devem ser declarados os depósitos.

Para penetrar na análise de tais questões de forma juridicamente sólida, a exposição se divide na seguinte estrutura: a) contextualização histórica e sistêmica da Lei nº 7.492/1986; b) considerações sobre a noção de bem jurídico difuso e crimes econômicos; c) exame do dever administrativo de declaração da manutenção de depósitos no exterior perante a Receita Federal e o Banco Central; d) identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal do artigo 22, parágrafo único (segunda parte), da Lei nº 7.492/1986; e) determinação de qual a "repartição federal competente" mencionada no tipo penal a partir das premissas obtidas nos tópicos antecedentes; f) identificação dos valores mínimos de depósitos a exigirem declaração e data-base a ser considerada; g) (ir)retroatividade penal das normas cambiárias que regulamentam o dever de declaração.

---

[1] Pode ocorrer, entre as três figuras do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, situação de progressão criminosa ou de crime progressivo. É o que se dá, por exemplo, no caso do dólar-cabo. É que, inicialmente, verifica-se a realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País, perfectibilizando o delito do *caput*. Se, em seguida, efetivamente ocorre a saída (ainda que meramente escritural) das divisas, tem-se uma progressão criminosa (ou um crime progressivo, se ficar caracterizado que o agente já tinha a intenção de prosseguir na prática delituosa) entre a figura do *caput* e a primeira figura do parágrafo único. Tal progressão criminosa (ou crime progressivo) pode continuar até a manutenção dos depósitos no exterior (artigo 22, p. ún., segunda figura), sem a competente declaração à autoridade federal competente.

2. A Lei nº 7.492/1986 nos dias atuais: releitura normativa "de cima para baixo" e "de baixo para cima"

Em 2011, a Lei nº 7.492/1986 completou 25 (vinte e cinco) anos. Editada num ambiente normativo diferente daquele inaugurado em outubro de 1988 e, muito mais ainda, do *locus* constitucional hoje vigente, as normas que se extraem do texto da Lei nº 7.492/1986, *hic et nunc*, não são as mesmas construídas a partir dos mesmos dispositivos legais ao tempo de sua publicação.

Lembre-se que a norma jurídica em geral, e a Constituição em especial, é obra viva, mutável conforme a evolução da sociedade que pretende regular. Consoante já teve ensejo de afirmar o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, "[a] Constituição é a ordem jurídica de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade – repito: o direito, instância da realidade social, é movimento, e não linguagem congelada. Por isso podemos dizer que em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada" (voto proferido no RE 390840, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 09.11.2005, DJ 15.08.2006).

Ademais, não só os fundamentos constitucionais que embasam o direito penal protetor do Sistema Financeiro Nacional se modificaram. Também, em igual ou talvez até maior medida, modificou-se de modo notável o próprio Sistema Financeiro Nacional, especialmente o mercado cambial e sua regulamentação, o que impõe uma releitura das normas penais relacionadas.

Portanto, do ponto de vista hierárquico-normativo, a Lei nº 7.492/1986 sofreu, passado um quarto de século desde sua edição, alterações "de cima para baixo", por meio de um processo de filtragem constitucional, e "de baixo para cima", através de uma renovação dos elementos normativos que preenchem boa parte dos tipos penais. Sua releitura crítica, portanto, é imperiosa.

Nesse contexto é que deve ser entendida qualquer aproximação interpretativa que se pretenda sobre os tipos penais da Lei nº 7.492/1986, como a que agora se realiza sobre o delito de manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente.

3. Bens jurídicos difusos e crimes econômicos

A questão do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s) nos crimes ditos econômicos é bastante controversa na doutrina. Antes de examinar diretamente o tema – sobre o qual não tenho a pretensão de ser exaustivo –, impõem-se algumas breves considerações acerca da importância da noção de bem jurídico para a adequada compreensão dos tipos penais[2].

Bem jurídico pode ser definido como "a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso"[3].

[2] Especificamente a respeito da noção de bem jurídico, entre muitas obras que se dedicam ao tema, cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. A. L. Callegari e N. J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; e PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

[3] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 63.

Os bens jurídicos podem ser de caráter individual ou metaindividual e, para serem merecedores de tutela penal, além de não serem eficazmente protegidos por normas não penais, devem estar "sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito"[4], ou seja, devem encontrar fundamento, direta ou indiretamente, na Constituição, repositório dos fundamentos e valores essenciais acolhidos no ordenamento jurídico.

Isso porque, num Estado Democrático de Direito, sobressaem, em matéria penal, os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima, que exigem que a sanção penal seja destinada exclusivamente àquelas condutas consideradas ofensivas aos bens jurídicos que não possam ser adequada e satisfatoriamente tuteladas por normas de caráter administrativo, civil etc. Enfim, no Estado Democrático de Direito, a sanção penal deve ser encarada como *ultima ratio* do sistema[5].

A primeira questão que se apresenta é a da compatibilidade desse direito penal fundado, constitucionalmente, na noção de bem jurídico, com a proteção de bens jurídicos metaindividuais, como ocorre na criminalidade econômica.

Em que pesem as opiniões em sentido contrário, deve ser entendida como válida a tutela penal de bens jurídicos coletivos. O tema, em verdade, não é novo. A não se admitir tais incriminações, até mesmo crimes contra a Administração Pública, como a corrupção e o peculato não seriam admissíveis, na medida em que protegem a integridade de algo intangível, que não compõe a individualidade de nenhum ser humano.

A questão, todavia, ganha contornos mais dramáticos no contexto da chamada sociedade de risco (Ulrich Beck)[6]. Tal modelo de sociedade atual demanda a regulação penal das atividades capazes de produzir perigo, com o intuito de se atenuar a insegurança decorrente da complexidade, globalidade e dinamismo social, na expectativa de que o Direito Penal seja capaz de evitar condutas geradoras de risco e de garantir um estado de segurança. A justificativa para a antecipação da tutela penal para momento anterior à efetiva lesão ao interesse protegido é a prevenção e o controle das fontes de perigo a que estão expostos os bens jurídicos, para tratar situações antes não conhecidas pelo Direito Penal tradicional. Assim, para previsão de determinada conduta como reprovável, instaura-se uma relação meramente hipotética entre a ação incriminada e a produção de perigo ou dano ao bem jurídico. O ilícito penal, nessa linha de raciocínio, pode consistir na infração do dever de observar determinada norma, concentrando-se o injusto muito mais no desvalor da ação do que no desvalor do resultado, que se torna cada vez mais difícil identificar ou mensurar[7].

---

4 PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 257.

5 "A intervenção penal como a 'ultima ratio' da política de proteção estatal, apenas naqueles casos em que uma outra forma menos drástica de sanção não se mostre suficientemente eficaz, teria a sua razão de ser, precisamente, no fato da pena interferir com valores essenciais do indivíduo". ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. A. P. S. L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo e M. F. Palma. Lisboa: Veja, 1998. p. 29.

6 *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

7 É verdade que essa tendência pode entrar em choque com os pressupostos do Direito Penal clássico, fundado na estrita legalidade, na proporcionalidade, na causalidade, na subsidiariedade, na intervenção mínima, na fragmentariedade e lesividade, por exemplo. A situação é paradoxal, na medida em que, de um lado, defende-se que o Direito Penal dedique-se apenas à proteção subsidiária repressiva dos bens jurídicos essenciais, por meio de instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade, segundo princípios e regras clássicos de garantia, e, de outro, postula-se a flexibilização e ajuste dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidade, para que o Direito Penal reúna condições de atuar na proteção dos bens jurídicos supra individuais e no controle dos novos fenômenos do risco.

Reputo acertado, ademais, o entendimento de que existem *bens jurídicos de relevo social inequívoco*, que, mais do que admitir, reclamam do legislador tutela na esfera penal. Entre tais bens, destaca-se a ordem econômico-tributária e a regularidade do sistema financeiro, em suas finalidades de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social" (art. 170 da Constituição) e de "servir aos interesses da coletividade" (art. 192 da Constituição)[8].

No caso dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, nota-se que o bem jurídico, em muitos casos, não se mostra claramente identificável. Essa circunstância leva parte da doutrina a, constantemente, sustentar sua inconstitucionalidade.

Costuma-se referir à boa execução da política econômica governamental como sendo o bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/1986[9]. Em verdade, o bem jurídico protegido pela lei não é propriamente a boa execução da política governamental, mas, sim, a regularidade e o desenvolvimento do próprio Sistema Financeiro Nacional, dentro de cujo âmbito se promove a mencionada política.

A diferença, que parece, à primeira vista, insignificante, é, a meu ver, substancial. A política governamental, em determinado momento histórico, pode se mostrar equivocada e, até mesmo, contrária aos ditames constitucionais. Já o Sistema Financeiro Nacional, que, conforme imposição constitucional (artigo 192), deve ser "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade", consubstancia "patrimônio pertencente a toda a coletividade", "bem jurídico cuja tutela interessa à coletividade"[10].

É isso, por conseguinte, que se busca proteger com a tutela penal veiculada pela Lei nº 7.492/1986: o propiciar de condições saudáveis de funcionamento da ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1988, que pressupõe a organização do mercado, a regularidade de seus instrumentos, a confiança nele depositada pelos seus participantes, a estabilidade e transparência das instituições que lidam com valores alheios, o estabelecimento de regras claras e seguras de negociação, a proteção das poupanças etc.

A garantia de seu adequado funcionamento e desenvolvimento, por sua vez, são fundamentais para a economia de mercado em que se funda a ordem jurídico-econômica brasileira, "fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa" e que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (artigo 170 da Constituição da República).

Em última instância, portanto, a proteção do Sistema Financeiro Nacional – inclusive, quando proporcional, pela criminalização das condutas que mais gravemente contra ele atentem – é um imperativo da ordem econômica voltada para a justiça social incorporada à Constituição brasileira.

Por outro lado, se esse é o bem jurídico tutelado, em geral, pela Lei nº 7.492/1986, cada delito nela tipificado deve proteger mais especificamente algum dos aspectos do Sistema Financeiro, tal como a confiabilidade das instituições financeiras, decorrente da fiscalização pública – no caso do crime tipificado no artigo 16 da Lei nº 7.492/1986, por exemplo.

---

8 FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 97-98 e 262.

9 PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: RT, 1987. p. 26.

10 MAZLOUM, Ali. *Crimes do Colarinho Branco*: objeto jurídico, provas ilícitas. Porto Alegre: Síntese, 1999. pp. 39-40.

Firmadas essas premissas, reputo, sob uma perspectiva geral, que a atribuição de desvalor a condutas que colocam em risco bens jurídicos difusos, por si só, não inquina o tipo penal do vício da inconstitucionalidade – podendo mesmo decorrer de imposição constitucional. É necessário, porém, averiguar-se a existência de proporcionalidade na criminalização da conduta, analisando-se o fim pretendido, a efetividade do meio e a estrita necessidade da utilização da *ultima ratio* jurídica.

4. A noção de bem jurídico como critério de interpretação da norma penal

Superado esse ponto, destaco que, entre as funções mais importantes da noção de bem jurídico-penal, encontra-se a de informar a interpretação teleológica do tipo penal. Nesse sentido, a noção funciona como "um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção a certo bem jurídico"[11].

Conforme tem entendido o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar o princípio da insignificância, "O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social"[12].

Com efeito, o tipo penal existe, sempre, para a tutela de um (ou mais) bem(ns) jurídico(s). É isso que justifica sua existência. Não se pode atribuir a causa da aplicação de uma sanção penal apenas à tipicidade formal, mera subsunção do fato concreto à hipótese de incidência penal. Para que um fato seja considerado típico, exige-se também a constatação da tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido)[13].

Conforme expõem ZAFFARONI e PIERANGELI, "Sem o bem jurídico, não há um 'para quê?' do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico caímos num formalismo legal, numa pura 'jurisprudência de conceitos'"[14].

Funciona, a noção de bem jurídico, nesse caso, como indicativo de uma interpretação teleológica redutiva[15]. Essa premissa deve estar subjacente à análise de cada tipo penal examinado.

5. Dever administrativo de declaração da manutenção de depósitos no exterior perante a Receita Federal e o Banco Central

Antes de examinar o tipo penal, é preciso frisar que não existe dúvida de que as pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no País possuem o dever administrativo de declarar

[11] PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 51.

[12] STF, HC 100316, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 15.12.2009, DJe 12.02.2010.

[13] STF, RE 536486, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julg. 26.08.2008, DJe 19.09.2008.

[14] *Manual de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. pp. 398-399. Acrescentam, ainda, os autores (*Op. cit*. p. 394): "O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma nem lesivas do bem jurídico tutelado".

[15] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 147.

a existência de depósitos mantidos no exterior a duas repartições públicas distintas: a Receita Federal e o Banco Central.

Em relação à Receita Federal, tal obrigação, para a pessoa física, decorre da previsão do artigo 25, § 4º, da Lei nº 9.250/1995:

> "Art. 25. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano.
> (...)
> § 4º Os depósitos mantidos em bancos no exterior devem ser relacionados pelo valor do saldo desses depósitos em moeda estrangeira convertido em Reais pela cotação cambial de compra em 31 de dezembro do ano-calendário, sendo isento o acréscimo patrimonial decorrente de variação cambial."

Tal dever vem regulamentado no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Prevêem os artigos 798 e 804 do RIR:

> "Art. 798. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano.
> § 1º Devem ser declarados:
> (...)
> III - os saldos de aplicações financeiras e de conta corrente bancária cujo valor individual, em 31 de dezembro do ano-calendário, exceda a cento e quarenta reais;
> (...)
> Art. 804. Os saldos dos depósitos em moeda estrangeira, mantidos em bancos no exterior, devem ser relacionados com a indicação da quantidade da referida moeda, convertidos em Reais com base na taxa de câmbio informada pelo Banco Central do Brasil para compra, em vigor na data de cada depósito."

Já as pessoas jurídicas são obrigadas a incluir, em sua declaração de renda, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, desde que o Brasil passou a adotar o regime de universalidade (tributação global) da renda, com o advento da Lei nº 9.249/1995, cujo artigo 25 dispõe:

> "Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano."

Tal dever vem regulamentado no Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda). Prevê o artigo 808 do RIR:

> "Art. 808. As pessoas jurídicas deverão apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior."

A obrigação de declaração da manutenção de valores no exterior ao Banco Central, para pessoas físicas ou jurídicas, decorre do estabelecido no Decreto-lei nº 1.060/1969:

> "Art. 1º. Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuírem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição.
> Parágrafo único. A declaração deverá ser atualizada sempre que houver aumento ou diminuição dos bens, dinheiros ou valôres, com a justificação do acréscimo ou da redução."

Ocorre que, por mais de 30 anos, a declaração dos valores à Receita Federal supriu a necessidade de declaração ao BACEN, na medida em que, através da Resolução nº 139, de 18 de fevereiro de 1970 – revogada somente pelo art. 8º da Resolução CMN nº 2911/01 –, o BACEN delegou, em seu item I, a atribuição para o controle de tais declarações ao Ministério da Fazenda: "O recebimento e o controle das declarações de bens e valores no exterior a que estão obrigadas as pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou com sede no Brasil, na forma do Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, serão executados pelo Ministério da Fazenda, conforme entendimentos entre esse Ministério e o Banco Central do Brasil".

Com base nessa delegação, o Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, expediu o Ato Declaratório Normativo nº 7, de 31 de julho de 1981, no qual determinou que a obrigação prevista no Decreto nº 1.060/69 estaria suprida pela declaração anual de imposto de renda: "Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que a apresentação anual de bens e valores de que trata o artigo 619 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 4 dezembro de 1980, supre a exigência prevista no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, que prevê a declaração ao Banco Central do Brasil de bens e valores existentes no exterior, de pessoas físicas residentes no País".

Essa situação perdurou até a revogação da Resolução 139/70 pelo artigo 8º da Circular nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, a qual dava autorização ao BACEN para fixar os limites e as condições da declaração de capitais brasileiros fora do território nacional. Em 7 de dezembro de 2001, foi editada a Circular nº 3.071 do Banco Central do Brasil, que disciplinou a Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior a partir de 2002, com data base de 31.12.2001, nos seguintes termos:

> "Art. 1º. As pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas, ou com sede no país, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar, anualmente, ao Banco Central do Brasil, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos mantidos fora do território nacional, por meio de declaração na forma a ser disponibilizada na página do Banco Central do Brasil na Internet (...) a partir de 02 de janeiro de 2002.

> Art. 2º. (...)
> Art. 3º. As informações referentes ao ano de 2001, com data-base em 31 de dezembro, devem ser prestadas no período de 02 de janeiro a 31 de março de 2002.
> Art. 4º. Os detentores de ativos cujo total, em 31 de dezembro de 2001, seja inferior ao equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais) ficam dispensados de prestar a declaração de que trata esta Circular."

Tal regulamentação vem sendo renovada anualmente (Circulares nºs 3.110/02, 3.181/03, 3.225/04, 3.278/05, 3.313/06, 3.345/07, 3.384/08, 3.442/09 e Resoluções nºs 3.854/10 e 3.523/11), tendo sido modificado o limite mínimo para obrigatoriedade da declaração. Tal limite, que era originariamente de R$ 10.000,00, conforme exposto acima, passou a ser de R$ 200.000,00, ainda para a data-base de 31.12.2001, nos termos do art. 1º da Circular nº 3.110/2002; de R$ 300.000,00, para a data-base 31.12.2002, de acordo com o artigo 3º da Circular nº 3.181/2003 e de US$ 100.000,00, desde 2003, conforme as Circulares nºs 3.225/2004, 3.278/2005, 3.345/2007, 3.384/2008 e 3.442/09 e Resoluções nºs 3.854/10 e 3.523/11.

Não se discute, portanto, que, do ponto de vista administrativo, atualmente, existem deveres de apresentação de declarações de manutenção de capitais no exterior, a depender do valor, tanto ao Banco Central como à Receita Federal. Ainda do ponto de vista administrativo, o descumprimento de ambas as obrigações gera a aplicação de sanções: pelo Banco Central, com fulcro no art. 1º, *caput*, da Medida Provisória nº 2.224, de 04 de setembro de 2001[16]; pela Receita Federal, com base no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96[17].

O que gera polêmica é a questão atinente a qual dos entes se refere o artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, quando alude à "repartição federal competente". E tal questão, a nosso ver, somente pode ser adequadamente resolvida se analisado o tipo penal à luz do bem jurídico tutelado.

6. O bem jurídico tutelado pelo tipo de manutenção de depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único, última figura, da Lei nº 7.492/86)

A doutrina não é pacífica quanto ao bem jurídico protegido pela norma em comento. Uma investigação mais detida do bem jurídico tutelado, embora fundamental para a boa compreensão do tipo penal, tem sido negligenciada pela doutrina, que não tem retirado daí, em regra, as conseqüências necessárias para a interpretação do tipo penal.

Rodolfo Tigre Maia afirma que há "nítida predominância da proteção à ordem tributária, eis que os registros oficiais tem por objeto, neste caso, a cobrança de tributos eventualmente aplicáveis, sem prejuízo dos reflexos cambiais da conduta"[18].

---

[16] "Art. 1º O não-fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior, bem como a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor constituem infrações sujeitas à multa de até R$ 250.000,00 (duzentos e cinqüenta mil reais)".

[17] "Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".

[18] *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 139.

Já para Andrei Schmidt e Luciano Feldens, o bem jurídico protegido é a "regular execução da política cambial, uma vez certo que depósitos titulados no exterior constituem-se como um passivo cambial". Prosseguem afirmando que "Mais especificamente, o controle exercido pelo BACEN sobre depósitos no exterior tem por objetivo mapear o quadro dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo externo líquido do País, dados esses convenientes e necessários à boa formatação da política cambial brasileira, sendo essa a finalidade protetiva da norma"[19].

À União compete administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada, nos termos do artigo 21, inciso VIII, da Constituição. Tais atribuições são exercidas, essencialmente, pelo Banco Central, a quem compete "atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos" (artigo 11, inciso III, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964).

O Banco Central assim justifica a obrigatoriedade da declaração: "O levantamento sobre capitais brasileiros no exterior complementa a contabilidade do total de ativos e de passivos externos do Brasil para a aferição da Posição Internacional de Investimentos (PII), importante fonte de informações para a formulação da política econômica nacional. Adicionalmente, os dados obtidos permitem ao País atender à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (*Coordinated Portfolio Investment Survey - CPIS*), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e que envolve mais de oitenta países comprometidos com a divulgação do quadro total dos ativos, desagregados por diferentes rubricas"[20].

Portanto, para o Banco Central, a declaração dos capitais pertencentes a brasileiros mantidos no exterior possui *duas finalidades*, sendo uma ligada à política econômica brasileira e a outra atrelada à cooperação internacional.

No que diz respeito à primeira finalidade, trata-se de verificar a totalidade dos capitais brasileiros relevantes existentes no exterior. A Posição Internacional de Investimentos se define como um relatório estatístico que reflete, num certo momento, o valor e a composição dos ativos e passivos financeiros externos da economia[21].

Quanto à segunda finalidade, trata-se do fornecimento de dados à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (*Coordinated Portfolio Investment Survey - CPIS*), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Tal pesquisa é realizada em periodicidade anual, pelo Departamento de Estatística do FMI, em atendimento à recomendação feita pelo Relatório de Mensuração de Fluxos Internacionais de Capitais (*Report on the Measurement of International Capital Flows*).

---

[19] *O crime de evasão de divisas:* a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.

[20] Conforme relatório intitulado "Capitais brasileiros no exterior – resultados – 2001 a 2006". Disponível em http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2006.pdf. Acesso em 20.08.2010.

[21] As estatísticas de Posição Internacional de Investimento seguem a metodologia definida no Manual de Balanço de Pagamentos e Posição Internacional de Investimentos do Fundo Monetário Internacional – FMI (BPM6), atualmente na 6ª edição (2009). A definição de Posição Internacional de Investimento que ali se encontra é a seguinte: "The international investment position (IIP) is a statistical statement that shows at a point in time the value and composition of (a) financial assets of residents of an economy that are claims on nonresidents and gold bullion held as reserve assets, and (b) liabilities of residents of an economy to nonresidents". O texto completo do *IMF's Balance of Payments and International Investment Position Manual* pode ser encontrado, na íntegra, em http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf. Acesso em 20.10.2010.

Parece-me inegável que, fosse somente essa segunda a finalidade da tipificação penal da manutenção de depósitos no exterior sem declaração, a parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986 seria flagrantemente inconstitucional, na medida em que não pode o direito penal se converter em medida coercitiva para a obtenção de dados estatísticos. A admitir-se uma criminalização com base nesse fundamento, com maior razão dever-se-ia tipificar a conduta de quem se nega a responder a questionamentos do IBGE.

Com relação à verificação da totalidade dos capitais brasileiros relevantes existentes no exterior, além de sua finalidade estatística, possui outra, mais relevante. Trata-se de permitir que o Banco Central determine, ao menos aproximadamente, o valor dos depósitos existentes no exterior pertencentes a pessoas domiciliadas no Brasil, possibilitando sua efetiva atuação na regulação da taxa de câmbio.

O câmbio, ressalte-se, constitui "o principal preço da economia, capaz de afetar todos os outros preços"[22]. A taxa de câmbio pode afastar ou atrair investimentos, facilitar ou dificultar o comércio exterior, incentivar ou quebrar setores da economia, expandir ou difundir a inflação, aumentar ou diminuir o consumo, enfim, influenciar em todas as áreas da economia.

Atualmente, o Brasil adota um modelo de taxa de câmbio flutuante, mas com intervenção estatal. Tal modelo é denominado *dirty floating* (ou "flutuação suja"), justamente porque não deixa a fixação da taxa de câmbio ao livre sabor do mercado. O Estado, por meio do Banco Central, atua no mercado, de maneira indireta, como, entre outros mecanismos, por meio de ofertas de *hedge* por mecanismos derivativos como títulos cambiais e *swaps* cambiais[23].

É verdade que tal modelo não exige um controle tão rigoroso acerca da existência dos capitais brasileiros depositados no exterior, como ocorre no modelo de taxas fixas, no qual se impõe que o Banco Central se disponha, sempre, a comprar todo o volume de moeda estrangeira ofertado e a adquirir toda a demanda que não puder ser saciada pelo mercado.

No entanto, também no modelo de taxas flutuantes, o absoluto desconhecimento acerca da quantidade de depósitos pertencentes a brasileiros no exterior deixa o País desprotegido em relação a ataques especulativos internacionais – muito comuns nos tempos de globalização – além de impedir a formulação adequada de sua política cambial.

Confira-se a didática explicação de Flavio Antonio da Cruz[24]:

> "Eis, portanto, a relevância da Política Cambial adotada pelo Brasil: a definição do preço da moeda irá depender de um conjunto de fatores econômicos (os tais fundamentos da economia): níveis de preço, meio circulante, balança de pagamentos. Será influenciado por e influenciará tais fatores. Basta atentar para a circunstância de que – caso haja um ataque especulativo (*investimento de curtíssimo prazo*) – poderá surgir um aumento considerável e precário da quantidade de moeda estrangeira em circulação; com apreciação brusca da moeda nacional.

[22] GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio$: princípios básicos do mercado cambial.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09.

[23] GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio$: princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 106.

[24] Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 86. São Paulo: RT, set.-out., 2010. p. 123.

> As importações ficariam mais baratas, enquanto as exportações seriam drasticamente reduzidas, desconsideradas outras variáveis. A queda nas exportações repercutiria, em tal hipótese, sobre a empregabilidade (demissões em massa, *v. g.*), s sobre o controle inflacionário, causando oscilações bruscas nas taxas de câmbio e outras eventuais repercussões. Facilidades demasiadas na importação de bens podem caracterizar concorrência desleal com a indústria nativa etc.
> Logo, a fiscalização do nível de divisas acessíveis aos residentes no Brasil e, também, dos capitais brasileiros mantidos no exterior é importante para a macroeconomia, podendo comprometer inúmeros outros vetores, seja da política fiscal; política de crédito e de trabalho."

Assim, existe justificativa para a criminalização da conduta tipificada no artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86. O que não impede que se deixe em aberto a indagação: será que se justifica a intervenção penal nessa matéria[25]?

7. A repartição federal competente mencionada no art. 22, parágrafo único, in fine*, da Lei nº 7.492/86*

Ora, se o bem jurídico protegido pela norma, conforme se procurou demonstrar acima, não pode ser outro que não a boa execução da política econômica nacional, sob o aspecto, primordialmente, da política cambial, por meio da obtenção de dados concretos para a sua adequada elaboração, nos dias de hoje, em que existe regulamentação administrativa própria do Banco Central exigindo a declaração, não se vislumbra razão para que se entenda que a repartição federal competente a que alude o tipo seja a Receita Federal.

Desde 2002 (ano-base 2001), para fins de verificação de crime contra o sistema financeiro nacional, apenas interessa perquirir se houve, ou não, a declaração da existência do depósito no exterior ao Banco Central. Ou seja, com a revogação da Resolução nº 139/70 pelo artigo 8º da Circular nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, foi editada, em 7 de dezembro de 2001, a Circular nº 3.071 do Banco Central do Brasil, que disciplinou a Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior a partir de 2002, com data base de 31.12.2001. A partir daí, para a consumação do delito examinado, é relevante apenas a apresentação da declaração ao Banco Central[26].

Nesse sentido, existem algumas decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconhecendo que o crime apenas se consuma com a falta de entrega da

[25] Caso se entenda que sim, seria coerente que o legislador inclua, ao lado dos depósitos, outros ativos cuja manutenção no exterior sem a correspondente declaração afeta, de igual modo, o bem jurídico que se pretende proteger pela norma penal, tais como empréstimo em moeda, financiamento, *leasing* e arrendamento financeiro, investimento direto, imóveis etc. Note-se que a propriedade de tais ativos deve ser declarada ao Banco Central, nos termos da regulamentação normativa mencionada. Todavia, a falta da respectiva declaração não caracteriza crime, à luz do princípio da tipicidade penal, considerando que a lei se refere apenas a "depósitos". Nesse sentido, confira-se SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Os ativos declaráveis perante o Banco Central e os limites normativos do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986. *Boletim IBCCRIM* nº 217. São Paulo. dez. 2010. pp. 02-03.

[26] Entendo, porém, que a eventual declaração à Receita Federal pode ser suficiente para excluir o dolo. Afinal, alguém que não pretenda dolosamente declarar a manutenção de valores ao Banco Central, tampouco os declaraia à Receita Federal – obrigação muito mais conhecida do público em geral.

Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior ao Banco Central. Em acórdão relatado pelo Des. Federal Cotrim Guimarães consignou-se que "[r]esta claro que a repartição federal competente mencionada na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro à qual deveriam ser declarados os depósitos é o Banco Central, nos moldes do seu artigo 22, eis que, apenas se se tratasse de crimes contra a ordem tributária, o dispositivo aplicável seria o da Lei 8.137/90, e o órgão competente, então, seria a Secretaria da Receita Federal" (TRF3, 2008.03.00.016464-9, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 18.11.2008, DJ 27.11.2008). Em outra formulação, decidiu-se que "Salta à evidência que a repartição federal competente para receber tais declarações é o Banco Central, mesmo porque, a não declaração de valores ao Fisco, o que faria com que repartição competente fosse a Secretaria da Receita Federal, é tratada em lei diversa, qual seja, a Lei 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária" (TRF3, 2008.03.00.015175-8, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 29.07.2008, DJ 07.08.2008).

Perfeita, a nosso ver, a conclusão estampada nos julgados. Encampam, tais decisões, a tese de que o bem jurídico protegido pela norma é, em sentido amplo, a política cambial brasileira, mediante defesa direta da obtenção de dados fidedignos para a sua correta formulação.

A falta de declaração à Receita Federal acerca da existência de depósitos mantidos no exterior pode resultar na prática do crime de sonegação fiscal, mediante omissão de receitas (art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90), o qual, nos termos da Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal, não se tipifica antes do lançamento definitivo do tributo[27]. Mas, e esse é o ponto, em nada interfere com o bem jurídico protegido pelo tipo penal do artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, eis que compete ao Banco Central coletar as informações pertinentes aos depósitos para subsidiar a formulação da política cambial (e econômica) brasileira.

8. Atipicidade da conduta de falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior até o ano-base 2000: ausência de complemento normativo

Em decorrência do que foi exposto, somente no período em que o controle, hoje feito pelo BACEN, se dava por intermédio da colaboração da Receita Federal, ou seja, até o ano-base 2000, é que se poderia cogitar de considerar como repartição federal competente tal órgão para fins de aplicação do artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86. Assim, até a data-base 31.12.2000 a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física consumaria o delito examinado. E isso pela simples razão de que não existia, até então, uma declaração própria ao Banco Central do Brasil, fazendo a declaração à Receita Federal a função de tal declaração, conforme a previsão da Resolução nº 139, de 18 de fevereiro de 1970.

Ressalte-se, assim, que, para a data-base 31.12.2000, seria considerada crime a falta de declaração à Receita Federal dos depósitos mantidos no exterior em valores superiores a R$ 140,00, conforme prescrevem o artigo 25 da Lei nº 9.250/1995 e o artigo

[27] Crime esse que, em princípio, deverá ser processado conjuntamente com o crime do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, em razão da conexão teleológica (artigo 76, II, do CPP) e da conexão instrumental (artigo 76, II, do CPP) existente entre os delitos.

798, § 1º, III, do Decreto nº 3.000/1999, acima transcritos[28].

Entendo, entretanto, que melhor entendimento é o de que até o ano-base 2000 a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior não realizava o tipo penal do artigo 22, p. ún., da Lei nº 7.492/1986 por *ausência de complemento normativo*. Para compreender essa conclusão, impõem-se algumas considerações.

Em resumo do que foi exposto anteriormente, tem-se que essa obrigação foi criada em 1969. Em 1970, o BACEN delegou a atribuição para o controle de tais declarações ao Ministério da Fazenda. Com base nessa delegação, somente em 1981 a Receita Federal regulamentou o suprimento dessa obrigação pela informação dos depósitos na declaração anual de imposto de renda. Essa situação perdurou até 2001, com a revogação da Resolução nº 139/70 pelo artigo 8º da Circular nº 2.911, de 2001, quando o Banco Central criou uma declaração própria.

Dessa seqüência de atos normativos, pode-se constatar, de forma clara, que o Banco Central jamais dera, antes de 2001, importância efetiva à exigência de declaração de valores depositados no exterior pertencentes a domiciliados no Brasil. Isso se confirma do documento intitulado "Capitais Brasileiros no Exterior (CBE) – Data-base: 2001 a 2006", no qual se lê que "Em 2002, o Banco Central do Brasil (BCB) conduziu o *primeiro levantamento sobre Capitais Brasileiros no Exterior*, o CBE 2001, para mapear os estoques de ativos que residentes no País mantinham no exterior na data-base de 31.12.2001"[29].

Vale lembrar que em 1999 o Brasil sofrera um ataque especulativo sem precedentes, em virtude do qual ocorreu uma maxidesvalorização do real. Houve uma "corrida para o dólar", com a saída instantânea de milhões de dólares do País[30]. Após esse evento, fortaleceu-se a consciência das autoridades cambiárias brasileiras a respeito da necessidade de conhecimento dos depósitos titulados no exterior, que se constituem como passivo externo líquido do País, de modo a, entre outros fundamentos, tornar mais previsível o movimento inverso, de ingresso abrupto de dólares na economia.

Significa dizer que, *antes do ano-base 2001*, o Banco Central *não utilizava* para *nenhuma finalidade* de sua competência a informação acerca dos valores mantidos no exterior declarados à Receita Federal. Essa constatação certamente gera reflexos na punibilidade do delito aqui comentado.

Ora, o bem jurídico supostamente tutelado pela norma penal era até então solenemente ignorado por quem deveria protegê-lo, perdendo sentido qualquer represália penal a quem não contribuísse com dados para um levantamento que, ao fim e ao cabo, não era realizado!

Embora feitas em contexto diverso, referindo-se a questão específica relativa às chamadas CC-5, caem como uma luva para a análise aqui empreendida as observações de Flávio Antônio da Cruz, que afirma que a imposição de pena nesse tipo de situação – em que as informações cuja sonegação é tida por criminosa deixam de ser utilizadas para

[28] É esse, também, o entendimento do TRF4 (ACR 2005.70.00.034207-5, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D. E. 07.01.2010).

[29] Disponível em http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2006.pdf. Acesso em 11.11.2011. Os destaques em itálico não constam do original.

[30] Conforme destaca Aldo Ferrer, "a desvalorização do real em janeiro de 1999 não foi uma decisão autônoma da política econômica brasileira. Foi consequência do fracasso de sua política cambial diante de um ataque especulativo impossível de ser contido pela vulnerabilidade externa do país" (*apud* RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 11. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2010. p. 212).

qualquer finalidade – "... pode se aproximar da figura daquele professor, supostamente austero que exige trabalhos árduos dos seus alunos – mas que jamais lerá. Depois, tendo jogado fora tais provas sem lhe dedicar qualquer atenção, venha a sancionar quem não as tenha entregado. Para que sanção, se os dados eram inúteis?"[31].

O caráter anedótico da comparação não obscurece sua percuciência. Num Estado Democrático de Direito, os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima em matéria penal exigem que somente condutas realmente ofensivas a bens jurídicos sejam punidas com a mais severa das penas. Não se admite sanção criminal por mero capricho estatal.

Em decorrência desses fundamentos, impõe-se a conclusão de que, até o ano-base 2000, a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior não realizava o tipo penal do artigo 22, p. ún., *in fine*, da Lei nº 7.492/1986 por *ausência de complemento normativo*.

9. Valores mínimos de depósitos a exigirem declaração e data-base a ser considerada

Se é o Banco Central a repartição federal competente a quem se deve declarar a manutenção de depósitos no exterior, é a regulamentação normativa derivada desta autarquia que deve ser considerada a fim de preencher os elementos normativos do tipo penal. Ou seja, não basta que não ocorra a declaração da manutenção de capitais brasileiros no exterior: é necessário que tal declaração seja efetivamente exigível, nos termos da regulamentação do Banco Central.

A partir da data-base 31.12.2001, em conseqüência, para fins da prática do delito do artigo 22, parágrafo único, *in fine*, importa apenas a apresentação ou não da Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior ao Banco Central do Brasil. E, acrescente-se, somente tem relevância penal a falta de declaração de tais depósitos se superiores a R$ 200.000,00, para a data-base de 31.12.2001, nos termos do art. 1º da Circular nº 3.110/2002; de R$ 300.000,00, para a data-base 31.12.2002, de acordo com o artigo 3º da Circular nº 3.181/2003 e de US$ 100.000,00, desde 2003, conforme as Circulares nºs 3.225/2004, 3.278/2005, 3.345/2007, 3.384/2008 e 3.442/2009 e Resoluções nºs 3.854/10 e 3.523/11.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, tem decidido que a repartição competente, a partir de 2001, é, apenas, o Banco Central. Nesse sentido, foi deferida ordem de *habeas corpus*, para trancar a ação penal relativamente ao crime de que ora se ocupa, por ter sido reconhecida como "atípica a manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, capitulada na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, quando os valores mantidos em instituição financeira alienígena estiverem abaixo da quantia que o Banco Central do Brasil dispensa a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior" (TRF4, HC 2009.04.00.025952-7, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 30.09.2009).

Vale destacar, do voto do Relator p/ Acórdão, Des. Fed. PAULO AFONSO BRUM VAZ, o entendimento de que "o dever de informar ao fisco federal sobre a existência de contas bancárias no exterior, após a Circular 3.071/2001 do BC, não está tipificado no artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/86, mas apenas e tão somente na Lei 8.137/90, cuja configuração delitiva pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário".

[31] Direito penal, evasão de divisas e o chapéu de Gessler. *Boletim IBDPE*, nº 1. São Paulo: nov./2009. p. 13.

Por conseguinte, é necessário que se verifique o saldo exato existente na data-base de 31 de dezembro de cada ano, a fim de se apurar a manutenção de depósito em valor superior ao estabelecido na regulamentação do Banco Central do Brasil.

Interessante notar, quanto à prova da existência do depósito, que o entendimento do TRF4 havia se firmado no sentido de que bastava ao Ministério Público Federal comprovar a manutenção de depósitos no exterior, não se exigindo que se fizesse a denúncia acompanhar do extrato bancário a comprovar o saldo no dia 31 de dezembro, sob o fundamento de que o ônus negativo era da Defesa, já que se trataria de causa de excludente da ilicitude. A meu ver, não se pode falar, ao contrário do entendimento jurisprudencial, que a prova da inexistência de manutenção do depósito no exterior constitua prova de excludente de ilicitude. A existência de depósito no exterior, juntamente com a falta de sua declaração, constitui a própria materialidade do delito.

No entanto, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.719/2008 ao Código de Processo Penal, já existe entendimento de que "é prudente e adequado que, doravante, a exordial acusatória seja recebida somente quando possuir o extrato bancário contendo dados sobre o banco, agência, número da conta e saldo no dia 31 de dezembro" (TRF4, RSE 2007.71.00.028726-9, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D. E. 21.10.2009).

Em regra, tenho que se deve exigir a prova da existência do depósito em 31 de dezembro do respectivo ano, em valor superior ao previsto na regulamentação normativa. Contudo, essa assertiva não deve ser vista de maneira peremptória. É bastante comum a obtenção pelo Ministério Público Federal, especialmente em se tratando de contas mantidas nos EUA, de extrato bancário que demonstra a existência de depósitos mantidos no exterior, já em data próxima ao final do ano, em valor superior ao estabelecido pelo Banco Central, mas no qual se verifica que, poucos dias antes do dia 31 de dezembro, os valores foram transferidos para outras aplicações ou instituições financeiras.

Nesses casos, embora não se trate propriamente da exigência de prova de excludente de ilicitude pela defesa, a existência dos depósitos em valor superior ao estabelecido administrativamente, em data próxima ao fim do ano, constitui forte indício de que, também em 31 de dezembro, o valor continuava depositado fora do País. Isso ocorre especialmente naqueles casos em que o extrato demonstra que os valores foram transferidos para outras contas – ou apenas outras aplicações financeiras – e retornaram, no ano seguinte, à conta examinada. Para ilidir a presunção decorrente de tal indício, basta que os réus comprovem que o dinheiro foi internalizado no Brasil – ou, até mesmo, sacado ou gasto no exterior – antes de 31 de dezembro.

10. (Ir)retroatividade das normas cambiárias complementares do tipo penal

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

É dizer que somente deixará de haver retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu nos casos de lei excepcional – elaborada para viger enquanto durarem as circunstâncias que lhe deram origem – ou de lei temporária – editada para viger durante

um período de tempo específico, determinado na própria lei. As exceções são lógicas porquanto se assentam na premissa de que normas destinadas a viger somente durante o transcurso de tempo determinado ou de circunstância específica deixariam de ser observadas voluntariamente pelos seus destinatários, cientes de que seriam isentos de pena uma vez cessado o período preestabelecido ou as condições especiais previstas na norma.

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

> "'Habeas corpus'. - *Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade*. - Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica. 'Habeas corpus' indeferido."
> (HC 73168, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julg. 21.11.1995, DJ 15.03.1996)

Outro exemplo clássico foi o da exclusão do lança-perfume da lista de substâncias consideradas ilícitas, prevista em portaria do Ministério da Saúde, norma complementar do tipo penal em branco de tráfico de entorpecentes (artigo 36 da Lei nº 6.368/1876). No entender do STF, essa exclusão configurou hipótese de *abolitio criminis*, como se vê da seguinte ementa:

> "PENAL. TRAFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. LEI 6.368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS. LANÇA-PERFUME: CLORETO DE ETILA.
> I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.84, configurando-se a hipótese do 'abolitio criminis'. A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente inclui o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta.
> II. Adoção de posição mais favorável ao réu.
> III. HC deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1º grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando."
> (HC 68904, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julg. 17.12.1991, DJ 03.04.1992)

E quanto às normas cambiárias? Inicialmente, vale lembrar que compete à União a

tarefa de "administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada" (CF, artigo 21, inciso VIII).

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

Não se pode desconhecer que as normas cambiárias seguem a política cambial, que é altamente volátil. Nas palavras de Emilio Garofalo Filho, "[é] fundamental lembrar, sempre, que a regulamentação cambial brasileira contém regras cujas origens atenderam, em sua maioria, a exigências conjunturais ditadas por situações críticas"[32].

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

11. Síntese das principais conclusões

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

a) o artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, tratado genericamente como crime de "evasão de divisas" (apesar de tipificar condutas relacionadas a valores que não necessariamente tenham sido evadidos do Brasil), contempla, em verdade, três condutas distintas, quais sejam: a) realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país (*caput*); b) evasão de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal (parágrafo único, primeira parte); e c) manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente (parágrafo único, segunda parte);

b) tais delitos podem ser praticados isoladamente ou na forma de progressão criminosa ou de crime progressivo;

c) a Lei nº 7.492/1986 sofreu, desde sua edição, alterações "de cima para baixo", por meio de um processo de filtragem constitucional, e "de baixo para cima", através de uma renovação dos elementos normativos que preenchem boa parte dos tipos penais, o que impõe sua reinterpretação de forma crítica;

d) a atribuição de desvalor a condutas que colocam em risco bens jurídicos difusos, por si só, não inquina o tipo penal do vício da inconstitucionalidade, mostrando-se necessário, contudo, averiguar-se se existe proporcionalidade na criminalização da conduta, analisando-se o fim pretendido, a efetividade do meio e a estrita necessidade da utilização da *ultima ratio* jurídica;

e) além de permitir uma apreciação da constitucionalidade da lei penal, outra função essencial da noção de bem jurídico-penal é a de informar a interpretação teleológica do tipo penal, atuando como seu critério interpretativo e limitador de sentido;

f) do ponto de vista administrativo, as pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no país possuem o dever administrativo de declarar a existência de depósitos mantidos no exterior a duas repartições públicas distintas: a Receita Federal e o Banco Central – o

[32] *Op. cit.* p. 298.

que não significa, todavia, tipicidade penal decorrente da ausência de ambas as declarações;

g) o bem jurídico protegido pela norma é a boa execução da política econômica nacional, sob o aspecto, primordialmente, da política cambial, por meio da obtenção de dados concretos para a sua adequada elaboração;

h) é o Banco Central o responsável pelo controle e colheita de dados para a formulação de tal política, de modo que é esta autarquia a "repartição federal competente" a que se refere o artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86;

i) considerando que, antes do ano-base 2001, o Banco Central não utilizava para nenhuma finalidade de sua competência a informação acerca dos valores mantidos no exterior declarados à Receita Federal, é inevitável concluir que, até o ano-base 2000, a falta de declaração da manutenção de depósitos no exterior não realizava o tipo penal do artigo 22, p. ún., da Lei nº 7.492/1986 por *ausência de complemento normativo*;

j) se é o Banco Central a repartição federal competente a quem se deve declarar a manutenção de depósitos no exterior, é a regulamentação normativa derivada desta autarquia que deve ser considerada a fim de preencher os elementos normativos do tipo penal, de forma que não basta a ausência de declaração da manutenção de capitais brasileiros no exterior: é necessário que tal declaração seja efetivamente exigível, nos termos da regulamentação do Banco Central;

k) assim, afigura-se atípica a manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, capitulada na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, quando os valores mantidos em instituição financeira alienígena estiverem abaixo da quantia que o Banco Central do Brasil dispensa a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior;

l) também é atípica a manutenção de depósitos no exterior em data diversa da fixada para fins administrativos – e, por conseguinte, penais – para a apresentação ao Banco Central da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior, qual seja, 31 de dezembro de cada ano;

m) a prova tanto da manutenção de depósitos no exterior – na data e valores fixados administrativamente – como da ausência de apresentação ao Banco Central da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior incumbe ao Ministério Público Federal, não se podendo afastar de plano, porém, a possibilidade de que tais fatos sejam provados de forma indiciária;

n) as normas infralegais que estabelecem forma e valores a serem declarados ao Banco Central não se aplicam de forma retroativa, porquanto possuem caráter de excepcionalidade.

12. Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BRASIL. TRF3. 2008.03.00.016464-9, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 18.11.2008, DJ 27.11.2008.

BRASIL. TRF3. 2008.03.00.015175-8, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, julg. 29.07.2008, DJ 07.08.2008.

BRASIL. TRF4. HC 2009.04.00.025952-7, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 30.09.2009.

BRASIL. TRF4. RSE 2007.71.00.028726-9, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 21.10.2009.

BRASIL. TRF4. ACR 2005.70.00.034207-5, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 07.01.2010.

BRASIL. STF. RE 390840, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 09.11.2005, DJ 15.08.2006.

BRASIL. STF. HC 100316, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 15.12.2009, DJe 12.02.2010.

BRASIL. STF, RE 536486, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julg. 26.08.2008, DJe 19.09.2008.

CRUZ, Flávio Antônio da. Direito penal, evasão de divisas e o chapéu de Gessler. *Boletim IBDPE*, nº 1. São Paulo: nov./2009.

_____. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 86. São Paulo: RT, set.-out., 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

_____; _____. Os ativos declaráveis perante o Banco Central e os limites normativos do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986. *Boletim IBCCRIM* nº 217. São Paulo. dez. 2010.

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

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAZLOUM, Ali. *Crimes do Colarinho Branco*: objeto jurídico, provas ilícitas. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.* São Paulo: RT, 1987

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007

RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 11. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2010

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. A. L. Callegari e N. J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. A. P. S. L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo e M. F. Palma. Lisboa: Veja, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0039635-36.1999.4.03.6100
(1999.61.00.039635-4)

Parte Autora: FERREIRA BENTES COM. DE MEDICAMENTOS LTDA.
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: REOMS 275339
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - SECRETARIA DO DIREITO ECONÔMICO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SUSPENSÃO DE PROMOÇÕES DE DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE PRÊMIOS ENVOLVENDO MEDICAMENTOS. ART. 10, I DO DECRETO Nº 70.951, DE 09.08.1972, C/C O ITEM 18.3 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL - IN/SRF Nº 037/79. NÃO SUJEIÇÃO DAS PROMOÇÕES NA MODALIDADE "PROGRAMA DE FIDELIDADE" À DISCIPLINA JURÍDICA DA LEI Nº 5.768/71.

I - A impetrante, empresa do comércio varejista de remédios, medicamentos e produtos de higiene pessoal e perfumaria, criou um "programa de fidelidade", mediante a acumulação de pontos nas compras efetuadas, permitindo a troca destes por produtos.

II - Não se aplica ao programa de fidelidade o art. 1º, da Lei nº 5.768/71 que determina depender de prévia autorização do Ministério da Fazenda a distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, pois, no caso, o consumidor ao atingir determinado número de pontos pode escolher o produto, independentemente de sorteio.

III - Foi editada Nota de Esclarecimento nº 25/99 pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor reconhecendo a não sujeição das promoções na modalidade "programa de fidelidade" à disciplina jurídica da Lei nº 5.768/71, tendo em vista não envolverem o elemento "sorte" na concessão dos prêmios.

IV - Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de novembro de 2011.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa oficial de sentença que concedeu parcialmente a ordem no mandado de segurança aforado por Ferreira Bentes Com/ de Medicamentos Ltda., contra o Despacho nº 23/99 do Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - Secretaria do Direito Econômico - Ministério da Justiça, que suspendeu, por tempo indeterminado, toda e qualquer autorização para redes de farmácias e drogarias de realização de promoções de distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso envolvendo medicamentos, com base no art. 10, I do Decreto nº 70.951, de 09.08.1972, c/c o item 18.3 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal - IN/SRF 037/79.

A sentença reconheceu que o "programa de fidelidade" instituído pelo impetrante não se sujeita à Lei nº 5.768/71, pois não distribui prêmios nas modalidades sorteio, vale-brinde ou concurso, mas consiste em conceder pontos proporcionais aos valores das compras de seus clientes, de forma a permitir-lhes a escolha de produtos quando somada certa quantidade de pontos. Entendeu ainda que a própria nota explicativa nº 25/99, reconheceu não ser aplicável a "programas de fidelidade" o Despacho nº 23/99. No entanto, a sentença afastou a pretensão do impetrante em incluir no programa de fidelidade a troca de pontos por medicamentos, em razão da expressa vedação contida no art. 10, I da Lei nº 5.768/71, além de se tratar de produtos vendidos sob prescrição médica.

No parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento da remessa *ex officio*.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

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

Na hipótese, a impetrante, empresa do comércio varejista de remédios, medicamentos e produtos de higiene pessoal e perfumaria, criou um "programa de fidelidade", à semelhança daqueles instituídos por companhias aéreas e empresas de cartões de crédito, visando incrementar suas vendas, mediante a acumulação de pontos nas compras efetuadas, permitindo a troca destes por produtos.

Objetiva promover o programa de fidelidade em seu estabelecimento sem se submeter à Lei nº 5.768/71 que determina depender de prévia autorização do Ministério da Fazenda a distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada.

Ocorre que o programa de fidelidade não se enquadra no dispositivo em comento, pois, no caso, o consumidor ao atingir determinado número de pontos pode escolher o produto, independentemente de sorteio.

No caso da expressão "operação assemelhada", deve ser feita uma interpretação analógica do artigo 1º, (diferente da analogia, em que não existe a norma) ou seja, após uma sequência casuística, seguida de uma formulação genérica, esta formulação deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados.

Não havendo o elemento sorte no caso do programa de fidelidade, não caracterizada a operação assemelhada do 1º da Lei nº 5.768/71.

Ainda, foi editada Nota de Esclarecimento nº 25/99 pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor reconhecendo a não sujeição das promoções na

modalidade “programa de fidelidade” à disciplina jurídica da Lei nº 5.768/71, tendo em vista não envolverem o elemento “sorte” na concessão dos prêmios.

Portanto, mantenho a r. sentença quanto à inaplicabilidade da Lei nº 5.768/71 ao programa de fidelidade.

Sem honorários de advogado (Súmulas STJ 105 e STF 512). Custas na forma da lei.

Diante do exposto, *nego provimento* à remessa oficial.

É como VOTO.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0017944-58.2002.4.03.6100
(2002.61.00.017944-7)

Apelantes: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM E CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP
Apelado: CLAUDIO ANASTÁCIO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 1176863
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO - CONSELHO PROFISSIONAL - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM) E CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP) - PENA ÉTICO-DISCIPLINAR - CENSURA PÚBLICA - REGULARIDADE - LEI 3.268/57.

1. Por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 3.268/57, os Conselhos de Medicina, autarquias com personalidade jurídica de direito público, constituem órgãos de supervisão do exercício profissional, sobretudo no campo ético.

2. Mostra-se indubitável a atribuição disciplinar conferida aos Conselhos Regionais em caso de infrações aos deveres expressos na legislação reguladora da profissão médica, a teor das alíneas “c” e “d” do art. 15 da referida Lei nº 3.268/57.

3. A atividade disciplinar do Conselho Profissional está sujeita ao controle judicial apenas sob o aspecto formal da resposta dada pelo órgão de controle profissional à prática considerada antiética.

4. A desconstituição da decisão de imposição da pena de censura pública dependeria de prova inequívoca dos fatos alegados, quais sejam: (1) atipicidade da conduta e (2) ocorrência de desvio de poder pelo caráter político-ideológico da decisão emanada dos Conselhos Federal e Regional de medicina.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de novembro de 2011.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, ajuizada em face do Conselho Federal de Medicina - CFM e do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP com o objetivo de ser reconhecida a nulidade da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 2.918-100/96, concernente à aplicação de penalidade disciplinar.

Aduziu o autor ter sofrido a imposição da pena de censura pública por razões de ordem política, a saber: sua adesão ao Programa de Atenção à Saúde - PAS, da Prefeitura Municipal de São Paulo, como co-fundador da cooperativa "COOPERPAS", com atuação no Hospital de Pirituba/Perus.

Sustentou ter sido aplicada a mencionada penalidade disciplinar em desvio de poder, padecendo de ilegalidade a sanção por atipicidade de conduta e violação aos princípios da proporcionalidade e da motivação.

Arguiu a nulidade do Processo Administrativo nº 2.918-100/96, de seus atos decisórios e respectiva pena disciplinar e defendeu a inconstitucionalidade do art. 77 do Código de Ética Médica.

A sentença extinguiu o processo com exame de mérito e julgou procedente o pedido para anular a pena imposta ao autor.

Nas razões de apelação, o Conselho Federal de Medicina - CFM aventou: (i) a legalidade da fiscalização do exercício profissional da medicina pelos Conselhos Federal e Regional, nos termos do art. 2º da Lei nº 3.268/57; (ii) a legitimidade da penalidade imposta e a observância ao devido processo legal administrativo; (iii) a natureza discricionária do ato administrativo que concluiu pela violação a deveres instituídos pelo Código de Ética Médica.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMES também apelou, pugnando pela reforma da sentença, ao argumento de ter o Juízo *a quo* partido de premissa equivocada, ao fundamentar o *decisum* recorrido, qual seja, a falta de motivação da decisão administrativa impositiva da penalidade. Defendeu a prolação da sentença em suposta afronta ao princípio da separação dos poderes, considerando a incursão do Judiciário no mérito de ato administrativo de natureza discricionária.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Processo submetido à revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): As pretensões recursais veiculadas pelas apelações do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP e do Conselho Federal de Medicina - CFM objetivam reverter a sentença declaratória da nulidade do Processo Administrativo Disciplinar nº 2.918-100/96, cujo trâmite desencadeou a imposição da penalidade disciplinar por ter o autor aderido ao Programa de Atenção à Saúde - PAS como co-fundador da cooperativa "COOPERPAS", com atuação no Hospital de Pirituba/Perus.

No cerne da matéria em debate encontra-se a análise da legalidade do procedimento que redundou na imposição da pena de suspensão do exercício profissional, por 30 dias, com fulcro nos artigos 2º, 4º, 9º, 10, 14, 15, 17, 19, 77 e 78 do Código de Ética Médica, por ato decisório emanado do CREMESP e posteriormente abrandado pelo CFM para a pena de censura pública.

Merece reforma a sentença prolatada em primeiro grau jurisdicional para desacolher o pedido formulado na inicial.

Inicialmente, por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 3.268/57, os

Conselhos de Medicina, autarquias com personalidade jurídica de direito público, constituem órgãos de supervisão do exercício profissional, sobretudo no campo ético. Conferir, *in verbis*:

> "Art. 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.
> Art. 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente."

Outrossim, a teor das alíneas "c" e "d" do art. 15 da referida Lei nº 3.268/57, mostra-se indubitável a atribuição conferida aos Conselhos Regionais para aplicar as penalidades cabíveis em caso de infrações aos deveres expressos na legislação reguladora da profissão médica, *verbis*:

> "Art . 15. São atribuições dos Conselhos Regionais:
> (...)
> c) fiscalizar o exercício da profissão de médico;
> d) conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem;"

Como cediço, a sanção administrativa de cunho disciplinar decorre do não-atendimento de norma regulamentadora do exercício profissional e sua imposição sujeita-se ao devido processo legal administrativo, expressão do direito fundamental titularizado por todos aqueles que figurem em procedimentos destinados à apuração de fatos com repercussão em sua esfera jurídica.

Em sua fisiologia, a penalidade ético-disciplinar imposta detém conteúdo discricionário no tocante à verificação do efetivo desvio da conduta, em face da disciplina plasmada pelo Código de Ética Médica, consubstanciado, à época, na Resolução nº 1.246/88. A aferição da prática irregular/ilícita insere-se no próprio mérito do ato punitivo, denotando caráter técnico o debate acerca dos deveres e postulados éticos assumidos pelo profissional na tutela da saúde pública, no elevado mister de cuidado e zelo com a vida e a integridade do ser humano.

Assim, a atividade disciplinar do Conselho Profissional está sujeita a controle judicial apenas sob o aspecto formal da resposta dada pelo órgão de controle profissional para a prática considerada antiética. Sob esse prisma, a desconstituição da pena disciplinar depende de prova inequívoca: (i) de inexistência dos fatos ensejadores da autuação; (ii) da atipicidade da conduta ou (ii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade) está autorizada a desconstituição da autuação.

No presente caso, conquanto tenha o autor argüido a nulidade da sanção por ausência de motivação e desvio de poder, verifica-se não ter logrado demonstrar suas alegações.

Com efeito, a desconstituição da pena de censura pública dependeria da comprovação inequívoca (1) da atipicidade da conduta e/ou (2) da ocorrência de desvio de poder em razão do suposto caráter político-ideológico das decisões emanadas dos Conselhos Federal e Regional de Medicina.

Ressalte-se, de pronto, a regularidade das decisões proferidas pelo CREMESP e pelo CFM no processo ético-disciplinar examinado (Processo Administrativo Disciplinar nº 2.918-100/96), em cujas cópias podem ser lidas as razões fáticas e jurídicas que ensejaram a formação do juízo de valor explicitado na fundamentação (fls. 53-74 e 92-95).

Mostrando-se incontroverso o fato ensejador da autuação, qual seja, a participação do autor no Programa da Prefeitura paulista, a análise da legitimidade da pena disciplinar adstringe-se à subsunção legal da conduta aos dispositivos violados, especialmente o art. 77 do Código de Ética vigente à época, assim redigido:

> "Art. 77. Assumir emprego, cargo ou função, sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código."

A discussão concernente à configuração, ou não, de infração ética por filiação do autor ao PAS insere-se no mérito do ato administrativo, sob pena de indevida ingerência do Poder Judiciário na esfera de autonomia dos Conselhos Profissionais. Deflui da leitura dos autos haver o autor sido apenado por substituir colegas que teriam sido perseguidos e transferidos ao apresentarem insurgências quanto à regularidade do PAS e condições de funcionamento do Hospital de Pirituba/Perus, sindicalizado pelos Conselhos Profissionais.

Nesse sentido, mostra-se insubsistente a tese desenvolvida pelo autor em defesa do alegado tom político-ideológico motivador da decisão administrativa impugnada, merecendo transcrição os seguintes esclarecimentos fornecidos pelo CFM:

> "A implantação do referido PAS foi feita sem a necessária discussão com as entidades médicas e, tinha este plano - PAS, como o próprio tempo decorrido já demonstrou, caráter mais político do que técnico. Além disso, transferia a gestão da saúde pública do Município para entidades privadas, sem observância dos preceitos constitucionais, inclusive sem mecanismos de controle, o que propiciava a corrupção e a má utilização do dinheiro público.
> Assim, não foi apenas o apelante que se posicionou contrariamente à malfadada implantação do PAS, ma também, a Associação Paulista de Medicina (APM) e o Sindicato dos Médicos de São Paulo (SIMESP), já que como entidades ligadas diretamente à saúde pública anteviam a derrocada do plano e o consequente desmantelamento da rede pública de atendimento á daúde do Município de São Paulo. E foi o que efetivamente ocorreu. (...)
> O processo ético disciplinar a que foi submetido o apelado, tramitou em consonância com os princípios que regem a Administração Pública, dentre eles, o princípio da impessoalidade."
> (fl. 453/454, *sic*.)

Destarte, em que pese a insurgência do autor, a pena aplicada encontra amparo legal.

Invertida a condenação em honorários advocatícios, a serem rateados pelo CREMESP e CFM no percentual fixado na sentença, porquanto arbitrados em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º do CPC.

Ante o exposto, voto por dar provimento às apelações do CREMESP e do CFM.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0015660-09.2004.4.03.6100
(2004.61.00.015660-2)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL, ANCHIETA EVENTOS S/C LTDA. E OUTROS
Apelados: ESPOR PROMOÇÕES ARTÍSTICAS LTDA. E OUTROS
Partes Rés: SETE ZERO TRÊS ADMINISTRAÇÃO E COML. LTDA. E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AC 1341677
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2011

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATIVIDADE DE BINGO - ILICITUDE APÓS 31/12/2001 - CABIMENTO DE ORDEM PARA RETIRADA DE PUBLICIDADE - DESCABIMENTO DE DANO MORAL COLETIVO, POR FALTA DE COMPROVAÇÃO - DESCABIMENTO DE MULTA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE APÓS A REVOGAÇÃO LEGAL DAS AUTORIZAÇÕES.

I - Tendo em vista a renúncia ao mandato outorgado (fls. 3224/3227), com a prova da respectiva notificação, e, não tendo a parte ré Anchieta Eventos S/C Ltda. tomado qualquer providência no sentido da regularização essencial ao processamento de seu recurso, não conheço da apelação de fls. 3159/3171.

II - Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva de BRASIL Assessoria e Coordenação de Eventos Ltda. porque se trata de empresa que está ativa junto à JUCESP e cujo objeto social consiste, entre outros, na exploração da atividade de bingo (fls. 3042/3048), atividade que efetivamente exercia conforme doc. a fls. 3054, não havendo comprovação de que teve seu encerramento formalizado junto aos órgãos públicos, pelo que deve responder aos termos da presente ação.

III - Está assentado que a atividade de exploração de jogos de bingo somente foi permitida nos termos dos arts. 59 a 81 da Lei nº 9.615/1998, cuja autorização somente vigorou até 31/12/2001, ante a revogação da previsão legal pela Lei nº 9.981/2000, art. 2º. A possibilidade de instalação de máquinas eletrônicas programadas, destinadas à exploração de jogo de bingo, por sua vez, foi permitida pelo Regulamento da citada Lei, o Decreto nº 2.574/1998 (art. 74, § 2º), o que foi, contudo, revogado pelo Decreto nº 3.659, de 14.11.2000.

IV - A Medida Provisória nº 168, de 20/02/2004, na verdade não surtiu qualquer efeito jurídico, pois foi rejeitada, porque a proibição da atividade e a revogação das autorizações antes emitidas pela CEF já haviam sido operadas pela Lei nº 9.981/2000.

V - Por fim, a Medida Provisória nº 2.049/00 que alterou o art. 59 da Lei nº 9.615/98, convalidada na MP nº 2.216-37/01, na verdade não revogou a Lei nº 9.981/00 e nem reintroduziu a exploração do jogo de bingo, mas apenas regulamentou a exploração da atividade no território nacional (quanto à natureza da atividade e competência para sua autorização) até o momento de cessação das autorizações de funcionamento então concedidas, quando deixou de haver embasamento legal ao exercício da referida atividade.

VI - Revogada a previsão legal que autorizava a exploração da atividade de bingo, voltou esta a possuir caráter ilícito (contravenção penal), constituindo ilícito a continuidade da atividade após a revogação legal em 31.12.2001.

VII - Quanto aos pedidos relacionados nos itens 4 e 5 da petição inicial, relativos à retirada de letreiros e anúncios publicitários, entendo que a sentença deve ser reformada, pois em se tratando de atividade contravencional, subsiste o interesse jurídico em que os réus eliminem qualquer forma de veiculação pública que possa conduzir a coletividade a pensar que a atividade ilícita continua a ser praticada nos locais descritos nesta ação, o que reforçaria a descrença na eficácia das ações do poder público no combate às ações ilícitas.

VIII - Esta Corte tem assentado o cabimento de indenização por danos morais coletivos, mas que são descabidos na hipótese dos autos, por falta de demonstração de ofensas concretas aos valores maiores ou ao sentimento da coletividade ou aos interesses de seus membros. Precedentes.

IX - Por se fundar também em tese de indenização por suposta ofensa aos valores da coletividade, entendo que não deve ser acolhida a pretensão de aplicar-se multa aos réus pelo exercício irregular da atividade após a revogação, além de que, como apontou o juízo na r. sentença, a questão era controvertida na época e muitos interessados obtiveram tutelas liminares para continuarem a operar seus bingos, não podendo haver punição ante este estado de incerteza jurídica.

X - Apelação da Ré Anchieta Eventos S/C Ltda. não conhecida. Apelações do MPF e da União Federal parcialmente providas (apenas para procedência dos pedidos dos itens 4 e 5 da inicial). Apelações dos demais réus 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, não conhecer da apelação da ré Anchieta Eventos S/C Ltda., dar parcial provimento aos recursos do Ministério Público Federal e da União Federal, bem como, negar provimento aos recursos dos demais réus, nos termos do relatório e voto 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 ação civil pública ajuizada aos 04/06/2004 pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, tendo ingressado no pólo ativo também a UNIÃO FEDERAL, com pedido de tutela antecipatória, com o objetivo de:

I - a título de tutela antecipatória: 1) interdição dos bingos que funcionam nos estabelecimentos mantidos pelas rés, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais); bem como, a interdição e indisponibilização de todas as máquinas caça-níqueis e máquinas de “bingos eletrônicos” (em utilização e/ou depósito), denominados de Máquinas Eletrônicas Programadas - MEPs, bem como qualquer outra máquina, eletrônica

ou não, relacionada direta ou indiretamente com a atividade em questão; 2) caso deferida a interdição, pede a afixação de avisos do tamanho de folha A4, nas portas principais dos estabelecimentos interditados; 3) aplicação de multa arbitrada pelo Juízo aos bingos permanentes pelo período em que exerceram suas atividades quando já expirada sua autorização; 4) determinação às rés para que retirem das fachadas os estabelecimentos em que exploram a atividade, depósitos ou qualquer outro, todos os letreiros, anúncios, faixas, avisos ou sítios na Internet, propaganda relacionada com a atividade ilícita de "bingos", direta ou indiretamente; e 5) determinação às rés para que suspendam imediatamente todos os eventuais anúncios publicitários na mídia em geral, sob qualquer forma, deixando de enviar correspondência (correio normal ou eletrônico) a consumidores, relacionadas direta ou indiretamente com a atividade ilícita enquanto perdurar os efeitos da medida nesse sentido.

II - a título de pedidos finais: 1) confirmação em definitivo dos pedidos antecipatórios, bem como condenando-se as rés nas obrigações de fazer e não fazer ali relacionadas; 2) condenação das rés ao patrocínio, em jornais de circulação local e regional, da publicação do inteiro teor da sentença; 3) condenação das rés em custas e honorários advocatícios; 4) condenação das rés, solidariamente, ao pagamento de indenização em razão do dano moral imposto ao Estado e aos consumidores, em quantia a ser arbitrada pelo Juízo e revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos criado pela Lei nº 7.347/85.

Processado o feito, aos 04/10/2007 foi proferida sentença (fls. 3125/3137, no Volume XI), rejeitando preliminares e, no mérito, julgando parcialmente procedente a ação "para determinar o fechamento dos bingos permanentes mantidos pelos réus, a indisponibilização das máquinas descritas no item 2 da petição inicial (fls. 32), e a afixação de avisos conforme requerido no item 3, e ainda para condenar os réus solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais coletivos que arbitro em R$ 100.000,00 (Cem Mil Reais) e que deverá ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos", julgando prejudicados "os pedidos relacionados nos itens 4 e 5, relativos à retirada de letreiros e anúncios publicitários, por perda de interesse ante o caráter definitivo da interdição dos estabelecimentos", bem como, julgando improcedente a ação quanto ao "pedido de aplicação de multa pelo período em que os réus exerceram suas atividades enquanto expirada a autorização, tendo em vista que a questão *sub judice* não era pacífica, sendo que muitos estabelecimentos, inclusive alguns dos réus, obtiveram medidas liminares que permitiram a continuidade do funcionamento.". Custas processuais e honorários advocatícios indevidos nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Embargos declaratórios rejeitados a fls. 3156.

Apresentaram apelação os seguintes réus: 1 - Anchieta Eventos S/C Ltda. (fls. 3159/3171, no Vol. XI); 2 - Sete de Abril Produções e Empreendimentos Ltda. (fls. 3179/3195, no Vol. XI); 3 - Associação Regional de Desportos para Deficientes Mentais - ARDEM e Outros (fls. 3200/3233, no Vol. XI); 4 - Companhia PRASIR Comércio e Serviços (fls. 3234/3251, no Vol. XI). Os réus, em síntese, sustentam em seus recursos que suas atividades de exploração de jogos de bingos eram lícitas, porque amparadas pela legislação, afirmando continuar vigente a Medida Provisória nº 2.246-37, além do que não há que se falar em danos morais, em razão da licitude da atividade e da ausência de nexo de causalidade comprovado entre os danos sofridos por freqüentadores de casas de bingo com a atividade exercida. Sustenta-se, no recurso da ARDEM e Outros, além disso: a) preliminar de ilegitimidade passiva em relação à ré BRASIL Assessoria e Coordenação

de Eventos Ltda., ante o encerramento de suas atividades desde 13/05/2002; e b) não há prova da ocorrência de danos morais coletivos e não há nexo de causalidade entre a conduta dos réus e o suposto resultado danoso.

Também interpôs apelação o Ministério Público Federal (fls. 3255/3265, no Vol. XII), objetivando a reforma da sentença na parte que julgou a ação improcedente quanto aos pedidos dos itens 4 e 5, bem como o pedido de aplicação de multa pelo período em que os réus exerceram a atividade enquanto expirada a autorização.

Também interpôs apelação a UNIÃO FEDERAL (fls. 3274/3279, no Vol. XII), insurgindo-se contra a parte da sentença que julgou a ação improcedente quanto aos pedidos dos itens 4 e 5, bem como o pedido de aplicação de multa pelo período em que os réus exerceram a atividade enquanto expirada a autorização, aos fundamentos, respectivamente, de que a atividade de exploração de jogos de bingo configura ilícito penal, por isso não podendo ser objeto de publicidade, e de que deve ser punida a conduta do exercício irregular da atividade sem autorização, que expirou um ano após a data fixada no art. 2º da Lei nº 9.981/2000 (ou seja, 31/12/2001), ponderando que a questão de alguns bingos terem obtido liminares para funcionamento deve ser aferida no momento oportuno, que seria a execução da sentença. Para a hipótese de prosperar a tese dos apelados, prequestiona ofensa aos seguintes princípios e regras constitucionais e legais: a Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé) e seu regulamento, o Decreto nº 2.574/1998; princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência previstos no art. 37 da Constituição Federal, bem como disposições relativas a direitos e garantias individuais contidos no art. 5º, inciso II, da Carta Magna.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público Federal (fls. 3260/3265, 3266/3271, fls. 3299/3304, 3305/3311, todas no Vol. XII), pela União Federal (fls. 3281/3293, no Vol. XII) pela ré Sete de Abril Produções e Empreendimentos Ltda. (fls. 3314/3315 e 3317/3319), pela ré ARDEM e Outros (fls. 3321/3326).

Subiram os autos, então, a esta Colenda Corte, emitindo o Ministério Público Federal parecer no sentido do provimento dos apelos da União Federal e do *parquet* e do desprovimento dos apelos dos réus.

Os advogados da ré Anchieta Eventos S/C Ltda. renunciaram ao mandato, comprovando nos autos a comunicação à parte, tendo esta deixado de constituir novo defensor nos autos (fls. 3324/3327).

Submeta-se o processo à revisão, em razão da espécie de ação e matéria controvertida.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Primeiramente, tendo em vista a renúncia ao mandato outorgado (fls. 3224/3227), com a prova da respectiva notificação, e, não tendo a parte ré Anchieta Eventos S/C Ltda. tomado qualquer providência no sentido da regularização essencial ao processamento de seu recurso, não conheço da apelação de fls. 3159/3171.

Passo ao exame das preliminares arguidas.

I - Da alegada ilegitimidade passiva

Conforme exposto na sentença, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva de BRASIL Assessoria e Coordenação de Eventos Ltda. porque se trata de empresa que está ativa junto à JUCESP e cujo objeto social consiste, entre outros, na exploração da atividade de bingo (fls. 3042/3048), atividade que efetivamente exercia conforme doc. a fls. 3054, não havendo comprovação de que teve seu encerramento formalizado junto aos órgãos públicos, pelo que deve responder aos termos da presente ação, eis que os pedidos envolvem pretensão não apenas para obstar a atividade tida por ilícita como também para responsabilizar as rés pelo referido exercício.

Sem outras questões preliminares, passo ao exame do mérito.

II - Do Mérito

II - A - Da atividade de bingos

Está assentado que a atividade de exploração de jogos de bingo somente foi permitida nos termos dos arts. 59 a 81 da Lei nº 9.615/1998, cuja autorização somente vigorou até 31/12/2001, ante a revogação da previsão legal pela Lei nº 9.981/2000, art. 2º.

> "LEI Nº 9.615, DE 24 DE MARÇO DE 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. (Regulamento. Regulamento. *Vide* Decreto nº 3.659, de 14.11.2000. *Vide* Decreto nº 4.201, de 18.4.2002)
> CAPÍTULO IX - DO BINGO
> Art. 59. Os jogos de bingo são permitidos em todo o território nacional nos termos desta Lei. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
> Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)
> Art. 60. As entidades de administração e de prática desportiva poderão credenciar-se junto à União para explorar o jogo de bingo permanente ou eventual com a finalidade de angariar recursos para o fomento do desporto. (*Vide* Decreto nº 3.659, de 14.11.2000) (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
> § 1º Considera-se bingo permanente aquele realizado em salas próprias, com utilização de processo de extração isento de contato humano, que assegure integral lisura dos resultados, inclusive com o apoio de sistema de circuito fechado de televisão e difusão de som, oferecendo prêmios exclusivamente em dinheiro.
> § 2º (VETADO)
> § 3º As máquinas utilizadas nos sorteios, antes de iniciar quaisquer operações, deverão ser submetidas à fiscalização do poder público, que autorizará ou não seu funcionamento, bem como as verificará semestralmente, quando em operação.
> Art. 61. Os bingos funcionarão sob responsabilidade exclusiva das entidades desportivas, mesmo que a administração da sala seja entregue a empresa comercial idônea. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
> Art. 62. São requisitos para concessão da autorização de exploração dos bingos para a entidade desportiva: (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)

I - filiação a entidade de administração do esporte ou, conforme o caso, a entidade nacional de administração, por um período mínimo de três anos, completados até a data do pedido de autorização;
II - (VETADO)
III - (VETADO)
IV - prévia apresentação e aprovação de projeto detalhado de aplicação de recursos na melhoria do desporto olímpico, com prioridade para a formação do atleta;
V - apresentação de certidões dos distribuidores cíveis, trabalhistas, criminais e dos cartórios de protesto;
VI - comprovação de regularização de contribuições junto à Receita Federal e à Seguridade Social;
VII - apresentação de parecer favorável da Prefeitura do Município onde se instalará a sala de bingo, versando sobre os aspectos urbanísticos e o alcance social do empreendimento;
VIII - apresentação de planta da sala de bingo, demonstrando ter capacidade mínima para duzentas pessoas e local isolado de recepção, sem acesso direto para a sala;
IX - prova de que a sede da entidade desportiva é situada no mesmo Município em que funcionará a sala de bingo.
§ 1º Excepcionalmente, o mérito esportivo pode ser comprovado em relatório quantitativo e qualitativo das atividades desenvolvidas pela entidade requerente nos três anos anteriores ao pedido de autorização.
§ 2º Para a autorização do bingo eventual são requisitos os constantes nos incisos I a VI do *caput*, além da prova de prévia aquisição dos prêmios oferecidos.
Art. 63. Se a administração da sala de bingo for entregue a empresa comercial, entidade desportiva juntará, ao pedido de autorização, além dos requisitos do artigo anterior, os seguintes documentos: (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
I - certidão da Junta Comercial, demonstrando o regular registro da empresa e sua capacidade para o comércio;
II - certidões dos distribuidores cíveis, trabalhistas e de cartórios de protesto em nome da empresa;
III - certidões dos distribuidores cíveis, criminais, trabalhistas e de cartórios de protestos em nome da pessoa ou pessoas físicas titulares da empresa;
IV - certidões de quitação de tributos federais e da seguridade social;
V - demonstrativo de contratação de firma para auditoria permanente da empresa administradora;
VI - cópia do instrumento do contrato entre a entidade desportiva e a empresa administrativa, cujo prazo máximo será de dois anos, renovável por igual período, sempre exigida a forma escrita.
Art. 64. O Poder Público negará a autorização se não provados quaisquer dos requisitos dos artigos anteriores ou houver indícios de inidoneidade da entidade desportiva, da empresa comercial ou de seus dirigentes, podendo ainda cassar a autorização se verificar terem deixado de ser preenchidos os mesmos requisitos. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Art. 65. A autorização concedida somente será válida para local determinado e endereço certo, sendo proibida a venda de cartelas fora da sala de bingo. (Revogado,

a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Parágrafo único. As cartelas de bingo eventual poderão ser vendidas em todo o território nacional.
Art. 66. (VETADO) (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Art. 67. (VETADO) (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Art. 68. A premiação do bingo permanente será apenas em dinheiro, cujo montante não poderá exceder o valor arrecadado por partida. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Parágrafo único. (VETADO)
Art. 69. (VETADO) (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Art. 70. A entidade desportiva receberá percentual mínimo de sete por cento da receita bruta da sala de bingo ou do bingo eventual. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Parágrafo único. As entidades desportivas prestarão contas semestralmente ao poder público da aplicação dos recursos havidos dos bingos.
Art. 71. (VETADO) (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
§ 1º (VETADO)
§ 2º (VETADO)
§ 3º (VETADO)
§ 4º É proibido o ingresso de menores de dezoito anos nas salas de bingo.
Art. 72. As salas de bingo destinar-se-ão exclusivamente a esse tipo de jogo. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Parágrafo único. A única atividade admissível concomitantemente ao bingo na sala é o serviço de bar ou restaurante.
Art. 73. É proibida a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Art. 74. Nenhuma outra modalidade de jogo ou similar, que não seja o bingo permanente ou o eventual, poderá ser autorizada com base nesta Lei. (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Parágrafo único. Excluem-se das exigências desta Lei os bingos realizados com fins apenas beneficentes em favor de entidades filantrópicas federais, estaduais ou municipais, nos termos da legislação especifica, desde que devidamente autorizados pela União.
Art. 75. Manter, facilitar ou realizar jogo de bingo sem a autorização prevista nesta Lei: (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Pena - prisão simples de seis meses a dois anos, e multa.
Art. 76. (VETADO) (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Art. 77. Oferecer, em bingo permanente ou eventual, prêmio diverso do permitido nesta Lei: (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Pena - prisão simples de seis meses a um ano, e multa de até cem vezes o valor do prêmio oferecido.
Art. 78. (VETADO) (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Art. 79. Fraudar, adulterar ou controlar de qualquer modo o resultado do jogo de bingo: (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Pena - reclusão de um a três anos, e multa.

Art. 80. Permitir o ingresso de menor de dezoito anos em sala de bingo: (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa.
Art. 81. Manter nas salas de bingo máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas: (Revogado, a partir de 31/12/2001, pela Lei nº 9.981, de 2000)
Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa.
LEI Nº 9.981, DE 14 DE JULHO DE 2000. D. O. de 17.7.2000. Conversão da MPv nº 2.011-9, de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências.
Art. 2º Ficam revogados, a partir de 31 de dezembro de 2001, os arts. 59 a 81 da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor até a data da sua expiração.
Parágrafo único. Caberá ao INDESP o credenciamento das entidades e à Caixa Econômica Federal a autorização e a fiscalização da realização dos jogos de bingo, bem como a decisão sobre a regularidade das prestações de contas."

As instalação de máquinas eletrônicas programadas, destinadas à exploração de jogo de bingo, por sua vez, foi permitida pelo Regulamento da Lei nº 9.615/1998, qual seja, o Decreto nº 2.574/1998 (art. 74, § 2º), previsão que foi, contudo, revogada pelo Decreto nº 3.659, de 14.11.2000.

"DECRETO Nº 2.574, DE 29 DE ABRIL DE 1998. (Revogado pelo Decreto nº 5.000, de 2004) Regulamenta a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências.
CAPÍTULO X - DO BINGO
Art. 74. Os jogos de bingo são permitidos em todo o território nacional, nos termos da Lei nº 9.615, de 1998, e deste Decreto e, especialmente, das normas regulamentares de credenciamento, autorização e fiscalização, expedidas pelo INDESP. (Revogado pelo Decreto nº 3.659, de 14.11.2000)
§ 1º Jogo de bingo constitui-se de loteria em que se sorteiam ao acaso números de 1 a 90, mediante sucessivas extrações, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo previamente determinado. (Revogado pelo Decreto nº 3.659, de 14.11.2000)
§ 2º Somente serão permitidas a instalação e a operação, em salas próprias, de máquinas eletrônicas programadas, única e exclusivamente, para a exploração do jogo de bingo, nos termos do disposto no parágrafo anterior. (Revogado pelo Decreto 3.214 de, 21.10.99)
Art. 75. As entidades de administração e de prática desportiva, bem como as ligas de que trata o art. 20 da Lei nº 9.615, de 1998, poderão credenciar-se junto ao INDESP para explorar o jogo de bingo permanente ou eventual, com a finalidade de angariar recursos para o fomento do desporto. (Revogado pelo Decreto nº 3.659, de 14.11.2000)
§ 1º O credenciamento de que trata o *caput* deste artigo será formalizado diretamente pelo INDESP, ou mediante convênios com as Loterias Estaduais ou com as Secretarias da Fazenda dos Estados ou do Distrito Federal.
§ 2º Caberá ao INDESP ou aos órgãos conveniados credenciar, autorizar e fiscalizar

as entidades de administração do desporto, as entidades de prática desportiva, as ligas e as empresas comerciais administradoras contratadas que explorem o jogo de bingo permanente ou eventual.
§ 3º Cada entidade de administração do desporto, entidade de prática desportiva ou liga poderá credenciar até dois estabelecimentos para a prática do bingo permanente, vigendo para as confederações respectiva o limite de dois estabelecimentos por Estado da Federação ou no Distrito Federal.
§ 4º Considera-se bingo permanente aquele realizado em salas próprias, com utilização de processo de extração isento de contato humano, que assegure integral lisura dos resultados, inclusive com o apoio de sistema de circuito fechado de televisão e difusão de som, oferecendo prêmios exclusivamente em dinheiro.
§ 5º Bingo eventual é aquele que, sem funcionar em salas próprias, realiza sorteios periódicos, utilizando processo de extração isento de contato humano, podendo oferecer prêmios exclusivamente em bens e serviços.
Art. 76. Os bingos funcionarão sob responsabilidade exclusiva das entidades desportivas, mesmo que a administração da sala seja entregue a empresa comercial idônea, respeitada a legislação civil e tributária, no que diz respeito à solidariedade na responsabilidade dos atos. (Revogado pelo Decreto nº 3.659, de 14.11.2000)"

Já a Medida Provisória nº 168, de 20/02/2004, que dispunha sobre proibição da atividade de bingo e revogação das autorizações emitidas pela CEF até então, na verdade não surtiu qualquer efeito jurídico, pois, acabou sendo rejeitada, justamente porque tal proibição e revogação das autorizações antes emitidas pela CEF já haviam sido operadas pela Lei nº 9.981/2000 a partir de 31/12/2001, conforme acima exposto.

"MEDIDA PROVISÓRIA Nº 168, DE 20 DE FEVEREIRO DE 2004 - REJEITADA - Proíbe a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e jogos em máquinas eletrônicas denominadas 'caça-níqueis', independentemente dos nomes de fantasia, e dá outras providências.
Art. 1º Fica proibida, em todo território nacional, a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo, bem como os jogos em máquinas eletrônicas, denominadas 'caça-níqueis', independentemente dos nomes de fantasia.
Parágrafo único. A vedação de que trata o *caput* deste artigo implica a expressa retirada da natureza de serviço público conferida a tal modalidade de exploração de jogo de azar, que derrogou, excepcionalmente, as normas de Direito Penal.
Art. 2º Ficam declaradas nulas e sem efeito todas as licenças, permissões, concessões ou autorizações para exploração dos jogos de azar de que trata esta Medida Provisória, direta ou indiretamente expedidas pela Caixa Econômica Federal, por autoridades estaduais, do Distrito Federal, ou municipais.
Art. 3º A Caixa Econômica Federal e autoridades referidas no art. 2º deverão proceder à rescisão unilateral imediata dos contratos vigentes ou revogar os atos autorizadores do funcionamento dos respectivos estabelecimentos, sem nenhum tipo de indenização.
Art. 4º O descumprimento do disposto no art. 1º desta Medida Provisória implica a aplicação de multa diária no valor de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), sem

prejuízo da aplicação de medidas penais cabíveis.
Art. 5º A aplicação da penalidade administrativa de que trata o art. 4º será imposta pelo Ministério da Fazenda, após a lavratura de auto de infração.
Parágrafo único. O Ministério da Fazenda deverá remeter cópia do auto de infração a que se refere o *caput* ao Departamento de Polícia Federal, para adoção das medidas de sua competência.
Art. 6º A omissão na aplicação das disposições desta Medida Provisória sujeita o servidor público federal ou empregado da Caixa Econômica Federal que lhe der causa às penalidades de demissão do serviço público ou, conforme o caso, de despedida por justa causa, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.
Art. 7º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 8º Ficam revogados os arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.981, 14 de julho de 2000, o art. 59 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, e o art. 17 da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001."

Por fim, anoto que a Medida Provisória nº 2.049/00 que alterou o art. 59 da Lei nº 9.615/98, convalidada na MP nº 2.216-37/01, em vigor conforme a Emenda Constitucional nº 32/2001, na verdade não revogou a Lei nº 9.981/00 e nem reintroduziu a exploração do jogo de bingo. Apenas regulamentou a exploração da atividade no território nacional (quanto à natureza da atividade e competência para sua autorização) até o momento de cessação das autorizações de funcionamento então concedidas, quando deixou de haver embasamento legal ao exercício da referida atividade.

"MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.049-26, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
Art. 26. O art. 59 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:
'Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento.' (NR)"

"MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.216-37, DE 31 DE AGOSTO DE 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
Art. 17. O art. 59 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:
'Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento.' (NR)"

Portanto, revogada a previsão legal que autorizava a exploração da atividade de bingo, voltou esta a possuir caráter ilícito (contravenção penal), constituindo ilícito a continuidade da atividade após a revogação legal em 31.12.2001.

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

INTERNALIZAÇÃO DE MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS (MEP's) E PEÇAS DE REPOSIÇÃO. EXPLORAÇÃO DE MÁQUINAS DE CAÇA-NÍQUEIS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

1. Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida por juiz singular nos autos de ação ordinária, objetivando o reconhecimento do direito de a autora de importar, adquirir, vender locar e explorar as cognominadas MEP's de videobingo, à luz da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), consubstanciada no deferimento de antecipação de tutela para internalização de máquinas eletrônicas programadas (MEP's) e peças de reposição, conferindo efetividade a esta e a anterior antecipação de tutela concedida para exploração de máquinas eletrônicas programadas.

2. À luz da legislação atinente à espécie, forçoso concluir que a antecipação de tutela deferida pelo Juiz Singular e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região encontra óbice na Lei nº 2.770/56, que impede a liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro em sede de liminar ou qualquer medida preventiva. Confira-se o artigo 1º da norma mencionada: Art. 1º - 'Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.'

3. O acórdão recorrido revela-se hábil à abertura da via especial, máxime porque mantém incólume antecipação de tutela deferida para autorizar a importação de 2000 (duas mil) máquinas eletrônicas programadas (MEP's) e peças de reposição, além de mitigar a atuação do ente estatal, no regular exercício de seu poder de polícia, de fiscalizar maquinário sobre o qual recai a suspeita de veicular jogo de azar, atividade proibida no território nacional.

4. *Ad argumentandum tantum*, sobreleva notar, a antecipação de tutela *sub examine*, mantida pelo tribunal *a quo*, recebeu crivo suspensivo desta Corte no julgamento da STA 69/ES, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, DJ de 06.12.2004, assim ementada:

'SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS. EXPLORAÇÃO. PROIBIÇÃO. CONTRAVENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL.

1. À tutela antecipada aplicam-se as disposições da Lei nº 8.437/92, art. 4º, quando a magnitude da decisão atacada implicar em grave lesão aos valores sociais nela tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas).

2. Tratando, a hipótese, de matéria afeta à ordem administrativa e jurídico-penal, deve prevalecer o interesse público sobre o particular.

3. O tipo contravencional proibitivo dos jogos de azar inclui a exploração do jogo de bingo, do que resulta inadmissível a concessão de tutela antecipada a permitir a adoção de conduta penalmente tipificada, ou determinar, à autoridade competente, que se abstenha de tomar as medidas necessárias a coibi-la.

4. Agravo Regimental não provido.' (AgRg na STA 69/ES, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, DJ de 06.12.2004)

5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a

rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
6. Recurso especial provido para cassar a antecipação de tutela deferida pelo Juiz Federal da 3ª Vara do Espírito Santo e, consectariamente, suspender a exploração e importação de máquinas de caça-níqueis pela Brasbin Comercial, Importação, Exportação e Serviços Ltda. e outra, até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal."
(STJ, 1ª Turma, v. u. RESP 200500838172, RESP 752538. Rel. Min. LUIZ FUX. DJ 31/05/2007, p. 339. J. 10/04/2007)

II - B - Da publicidade (itens 4 e 5 dos pedidos da inicial)

Quanto aos pedidos relacionados nos itens 4 e 5 da petição inicial, relativos à retirada de letreiros e anúncios publicitários, entendo que a sentença deve ser reformada, pois em se tratando de atividade contravencional, subsiste o interesse jurídico em que os réus eliminem qualquer forma de veiculação pública que possa conduzir a coletividade a pensar que a atividade ilícita continua a ser praticada nos locais descritos nesta ação, o que reforçaria a descrença na eficácia das ações do poder público no combate às ações ilícitas.

II - C - Do Dano Moral Coletivo e da Multa pelo exercício irregular da atividade após a revogação legal

Esta Corte tem assentado o cabimento de indenização por danos morais coletivos, mas que são descabidos na hipótese dos autos, por falta de demonstração de ofensas concretas aos valores maiores ou ao sentimento da coletividade ou aos interesses de seus membros.

"DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE DE BINGO. ATIVIDADE ILÍCITA. DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. NÃO DEMONSTRADO EFETIVA LESÃO À COLETIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA.
1. Trata-se de recurso de apelação, em sede de ação civil pública, pugnando o *Parquet* Federal pela condenação das apeladas também no pagamento de quantia a ser arbitrada pelo Juízo a título de reparação por danos morais impostos à sociedade e aos consumidores pelos exploradores da atividade do jogo de bingo.
2. Caso em que não restou demonstrada a efetiva ofensa à coletividade, pois, em que pese sustentar o apelante que o risco à sociedade ocorreria da simples existência de jogos de bingo, sem a fiscalização do Poder Público, tratando-se assim de responsabilidade objetiva, a verdade é que alegações genéricas de danos sociais difusos não se prestam para oferecer supedâneo a pedido de dano moral, pois, este somente se configuraria em face de demonstração inequívoca de ofensa a valores comuns de certa coletividade ou ofensa ao sentimento coletivo, o que não restou comprovado nos autos.
3. Ademais, trata-se de atividade sabidamente desenvolvida de forma ilícita, uma vez que a exploração do jogo de bingo pelas entidades de direção e prática esportiva

foi autorizada no período compreendido entre a edição da Lei nº 8.672/93 e a Lei nº 9.981/00, observado o período concedido por esta Lei, ou seja, a autorização para referida exploração vigorou entre os anos de 1993 a 2001, reassumindo, a partir de então, sua característica de ilicitude.
4. Assim sendo, a sociedade já tem consciência da ilicitude da prática de jogos de bingos e similares e aqueles que freqüentam tais estabelecimentos clandestinos de jogos são sabedores de que se trata de atividade ilícita e, em face da atuação da Administração, respondem segundo a lei.
5. Precedentes da Corte.
6. Apelação a que se nega provimento."
(TRF3, 3ª Turma, v. u. AC 200961040032582, AC 1478794. Rel. JUIZ VALDECI DOS SANTOS. DJF3 CJ1 06/05/2011, p. 775. J. 28/04/2011)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - PRELIMINARES - EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO. PROIBIÇÃO LEGAL. LEI Nº 9.981/00. DANOS MORAIS COLETIVOS INDEVIDOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
1. A rejeição da MP nº 168 não acarretou a perda de objeto da presente demanda, por não ter sido proibida a exploração do jogo de bingo por força da edição da MP nº 168/00, mas por lei formalmente promulgada, qual seja a Lei 9.881/00.
(...) 4. A Justiça Federal é competente para processamento do feito, a teor do art. 109, I da Constituição Federal.
5. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública objetivando o questionamento da legalidade da exploração de concursos de prognósticos.
6. Ainda que rejeitada a Medida Provisória nº 168/04, é certo ter produzido efeitos jurídicos, razão pela qual não se há falar em falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido.
7. A proibição de exploração do jogo de bingo não foi efetivada por força da MP nº 168/04, mas pela Lei 9.881/00.
8. A Medida Provisória nº 2.049/00 que alterou o art. 59 da Lei nº 9.615/98, convalidada na MP nº 2.216-37/01 não revogou a Lei nº 9.981/00 e não reintroduziu a exploração do jogo de bingo, mas regulamentou a exploração da atividade no território nacional até o momento de cessação das autorizações de funcionamento então concedidas, qual seja, 31/12/2002, quando deixou de haver embasamento legal ao exercício da referida atividade, que voltou a ser considerada contravenção penal reprimida no art. 50 do Decreto-lei nº 3.688/41, também em vigor.
9. Ausência de ofensa às disposições constitucionais que asseguram a livre iniciativa, a propriedade privada e a liberdade de exercício de qualquer ofício ou profissão, por competir ao Poder Público, mediante lei em sentido formal, estabelecer restrições ou mesmo vedações ao desempenho de determinadas atividades em nome do interesse público. 10. Ausência de direito adquirido ao exercício de atividade ilícita.
11. Descabe indenização por danos morais coletivos, por não demonstrada ofensa à coletividade e violação de interesses de seus membros.
12. Honorários advocatícios arbitrados nos moldes do art. 20, § 4º do CPC."

(TRF3, 6ª Turma, v. u. AC 200461210013376, AC 1211262. Rel. JUIZ MAIRAN MAIA. DJF3 CJ1 18/03/2011, p. 880. J. 10/03/2011)

No mesmo passo, por se fundar também em tese de indenização por suposta ofensa aos valores da coletividade, entendo que não deve ser acolhida a pretensão de aplicar-se multa aos réus pelo exercício irregular da atividade após a revogação, além de que, como apontou o juízo na r. sentença, a questão era controvertida na época e muitos interessados obtiveram tutelas liminares para continuarem a operar seus bingos, não podendo haver punição ante este estado de incerteza jurídica.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO a apelação da ré Anchieta Eventos S/C Ltda., DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e da UNIÃO FEDERAL (apenas para procedência dos pedidos dos itens 4 e 5 da inicial), bem como, NEGO PROVIMENTO aos recursos dos demais réus, nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

- Sobre a ilegalidade da exploração de bingos após a expiração da autorização, nos termos da Lei nº 9.981/2000, veja também as decisões proferidas na SS 2001.03.00.030853-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel, publicada na RTRF3R 64/107 e na AC 2004.61.00.018877-9/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3 89/15 e os seguintes julgados: AC 2002.61.02.010401-5/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicada na RTRF3R 85/292 e AMS 2004.61.00.011545-4/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 92/465.

APELAÇÃO CÍVEL
0000488-10.2007.4.03.6007
(2007.60.07.000488-7)

Apelante: ANDREILSON DE SOUZA SILVA
Apelada: UNIÃO FEDERAL - MEX
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE COXIM - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AC 1581477
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/12/2011

EMENTA

SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. ACIDENTE EM SERVIÇO. INCAPACIDADE PERMANENTE PARA ATIVIDADES MILITARES. LEI 6.880/80. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESCABIMENTO.

I - O militar permanentemente incapacitado para atividades militares em razão de acidente em serviço no Exército faz jus a reforma no mesmo posto que ocupava na ativa, nos termos do Estatuto Militar.

II - Elementos comprobatórios dos alegados danos morais e materiais que não se configuram na hipótese dos autos.

III - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de setembro de 2011.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação ordinária proposta por ANDREILSON DE SOUZA SILVA em face da UNIÃO FEDERAL visando a sua reforma militar em razão de incapacidade para a atividade militar decorrente de acidente em serviço, pleiteando ainda indenização por danos morais e materiais.

Alega o autor, em síntese, ter sido incorporado às fileiras do Exército Brasileiro em março de 2006, passando por todos os exames de saúde exigidos, vindo a sofrer um acidente em serviço em julho de 2006, sendo dispensado do Exército em seguida por estar inabilitado para o serviço militar.

Através da sentença de fls. 195/197-v o MMº Juiz "a quo" julgou improcedente a ação sob o argumento de que a incapacidade decorrente de atividade militar somente gera a reforma do militar temporário quando for também comprovada sua incapacidade para outras atividades civis.

Em seu apelo o autor requer a reforma da sentença, reiterando os pleitos contidos na inicial.

Com as contra-razões, subiram os autos a esta Corte.
É o relatório.
Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): O autor alega ter ingressado às fileiras do Exército em março de 2006, aduzindo que em julho do mesmo ano sofreu acidente em serviço, motivo pelo qual foi dispensado por ser considerado inapto para o exercício da atividade militar.

Conforme se verifica no laudo médico-pericial de fls. 153/157, emitido pelo perito judicial, o autor é portador de "Dor Articular (CID M 25.5)/Joelho Esquerdo, Transtorno Interno de Joelho Esquerdo/Ruptura de Menisco (CID M 23) e Incapacidade Laborativa Parcial e Temporária para atividades que requeiram sobrecarga física do joelho esquerdo, levantamento e transporte manual de carga, posição forçada/prolongada e marcha normal". Ainda pelo mesmo laudo, a lesão ocorreu durante a prestação do serviço militar.

Instado a se manifestar novamente, o perito emitiu o laudo complementar de fls. 176/177 esclarecendo que o autor é totalmente incapaz para as atividades castrenses, concluindo que "tendo em vista as características das lesões apresentadas e constatadas pelo exame pericial realizado, o periciado está incapaz em caráter permanente para exercer atividades militares".

A matéria rege-se pelos artigos 108 a 111 do Estatuto Militar (Lei 6.880/80), *in verbis*:

> "Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em conseqüência de:
> I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;
> II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;
> III - acidente em serviço;
> IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;
> V - tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e
> VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.
> § 1º Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.
> § 2º Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida à regulamentação específica de cada Força Singular.

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço.
Art. 110. O militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 7.580, de 1986)
§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.
§ 2º Considera-se, para efeito deste artigo, grau hierárquico imediato:
a) o de Primeiro-Tenente, para Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial e Suboficial ou Subtenente;
b) o de Segundo-Tenente, para Primeiro-Sargento, Segundo-Sargento e Terceiro-Sargento; e
c) o de Terceiro-Sargento, para Cabo e demais praças constantes do Quadro a que se refere o artigo 16.
§ 3º Aos benefícios previstos neste artigo e seus parágrafos poderão ser acrescidos outros relativos à remuneração, estabelecidos em leis especiais, desde que o militar, ao ser reformado, já satisfaça às condições por elas exigidas.
Art. 111. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do item VI do artigo 108 será reformado:
I - com remuneração proporcional ao tempo de serviço, se oficial ou praça com estabilidade assegurada; e
II - com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação, desde que, com qualquer tempo de serviço, seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho."

Os excogitados dispositivos legais determinam a reforma do militar considerado definitivamente incapacitado para o serviço no Exército e sendo constatada a incapacidade definitiva *para o serviço militar*, mesmo que ainda capaz para as atividades civis, o autor enquadra-se na hipótese do art. 108, III, do Estatuto, fazendo jus a reforma com qualquer tempo de serviço, nos termos do art. 109 do mesmo diploma legal.

Assim, ressalto que não há que se falar em necessidade de incapacidade do autor também para o exercício da atividade civil, como afirma a apelada, tendo em vista que o estatuto militar, ao estabelecer os requisitos da reforma, não faz tal exigência.

Outro não tem sido o entendimento desta 2ª Turma, de que são exemplos os seguintes julgados:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO: REFORMA DE MILITAR. LEIS 4.375/64 E 6.880/80 E DECRETO 57.654/66. INVALIDEZ DEFINITIVA PARA O SERVIÇO DO EXÉRCITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NÃO CONFIGURADA. NÃO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA, POR DANOS EMERGENTES, POR DANO

MORAL E POR DANO ESTÉTICO. I - O pedido de reforma há que ser analisado à luz dos Estatutos que regem a atividade militar, aplicado-se em específico a Lei do Serviço Militar, bem como seu regulamento, em vista de o autor estar, à época, cumprindo o tempo de serviço militar obrigatório; e o Estatuto dos Militares, subsidiariamente, por ser lei genérica e de aplicabilidade a todos os militares das Forças Armadas. II - A norma contida nos artigos 106 a 108 da Lei 6.880/80, prevê, expressamente, a reforma do militar quando decorrente de acidente com ou sem relação de causa e efeito com o serviço, considerado definitivamente incapacitado para o serviço do Exército. Tendo em vista que o autor foi classificado nessa situação, faz jus ao benefício pleiteado. *III - Ainda que se cogite não estar ele incapaz total e definitivamente para o exercício da atividade civil, isso não descaracteriza sua relação funcional com a Força Armada da qual era vinculado para efeito de percepção do benefício, na medida em que há previsão expressa sobre a possibilidade de reforma decorrente de evento incapacitante.* IV - O fato de o evento danoso ter-se dado no momento em que estava de serviço não caracteriza a responsabilidade do Estado a justificar o pagamento de verbas indenizatórias. A relação de causa e efeito entre o dano sofrido e a atividade estatal, no caso em questão, só induz à responsabilização da Administração no que diz respeito às despesas com o tratamento e a reforma do militar. Não se pode invocar a teoria do risco administrativo de que trata o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal em vista de o acidente de que fora vítima o autor ter sido causado por particular. V - A interpretação que se faz do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal é a de que a responsabilidade objetiva do Estado se caracteriza sempre com relação a terceiros atingidos por atos praticados por ele ou por seus prepostos, e não o contrário. VI - Sucumbência mantida, tal como fixada na sentença. VII - Apelação da União Federal e remessa oficial parcialmente providas. Apelação do autor improvida." (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 557090, Processo: 1999.03.99.114755-2/SP, 2ª Turma, Data do Julgamento: 16/05/2006, Relatora: Desembargadora Federal Cecilia Mello);

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO: REFORMA DE MILITAR. ARTIGOS 108 A 11 DA LEI 6.880/80. INVALIDEZ TOTAL E DEFINITIVA. CEGUEIRA. I - Pedido de reforma, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato, indeferido com fundamento em enquadramento nos artigos 108, VI e 111, II, da Lei 6.880/80, tendo em vista que o acidente ocorreu fora de serviço ou de campanha. II - Comprovada a cegueira do autor e confirmada sua incapacidade por laudo da perícia oficial, conclui-se ter ele direito à remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, no caso, o de 3º sargento (artigo 110, §§ 1º e 2º, alínea 'c'). III - *Ainda que se cogite não estar o autor incapaz para o exercício da atividade civil, isso não descaracteriza sua relação funcional com a Força Armada da qual era vinculado. Sendo considerado incapaz para o serviço do Exército, não importa se não o é para a vida civil.* IV - Na aferição da capacidade laborativa do indivíduo é de ser considerada a lesão de que foi acometido juntamente com sua condição social. V - Apelação provida."

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 421388, Processo: 98.03.039258-1/MS, 2ª Turma, Data do Julgamento: 28/03/2006, Relatora: Desembargadora Federal Cecilia Mello).

De utilidade também precedentes do E. STJ reconhecendo o direito na situação de incapacidade para o serviço castrense:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 106, 108, 110, 111 DA LEI 6.880/1980. NÃO-OCORRÊNCIA. MILITAR TEMPORÁRIO. AFERIÇÃO DA INCAPACIDADE PARA O SERVIÇO MILITAR EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE EM SERVIÇO. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
1. *É remansoso o entendimento do STJ de que o militar, ainda que temporário, quando demonstrada sua incapacidade para o serviço castrense, faz jus a reforma remunerada, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre a moléstia sofrida e a prestação do serviço militar*.
2. Hipótese em que o Tribunal *a quo*, com base na prova dos autos, consignou estarem presentes os elementos constitutivos da incapacidade laborativa em razão do serviço prestado às Forças Armadas. A revisão desse entendimento implica reexame de provas, obstado pelo teor da Súmula 7 do STJ.
3. Agravo Regimental não provido."
(STJ, AgRg no Ag 1300497/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, Data do Julgamento 24/08/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 14/09/2010);

"ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE DEFINITIVA. DOENÇA QUE SE MANIFESTOU DURANTE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR. REFORMA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA EDIÇÃO DA MP 2.180-32/2001. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ANÁLISE EQÜITATIVA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
1. *O militar temporário ou de carreira que, por motivo de doença ou acidente em serviço, tornou-se definitivamente incapacitado para o serviço ativo das Forças Armadas faz jus à reforma*, sendo desnecessária a existência do nexo causal entre a moléstia e o serviço castrense. Para tanto, basta que a enfermidade se manifeste durante o período de prestação do serviço militar.
2. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97, deve incidir somente nas ações ajuizadas após sua vigência.
3. Tratando-se de demanda proposta antes da edição da referida MP, os juros de mora devem ser fixados em 12% (doze por cento) ao ano.
4. Exceto nos casos de honorários fixados em valor irrisório ou exorbitante, rever o percentual da verba fixada com critérios eqüitativos importa em reexame de prova. Precedentes.
5. Agravo regimental improvido."
(STJ, AgRg no REsp 1149730/RS, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, Data do Julgamento 10/08/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 13/09/2010);

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, INCISO I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO *EXTRA PETITA*. CONTEÚDO LÓGICO DA PETIÇÃO INICIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA REFORMA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO DO *QUANTUM*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07 DESTA CORTE.

1. O acórdão hostilizado solucionou as questões apontadas como omitidas de maneira clara e coerente, apresentando as razões que firmaram o seu convencimento.

2. A concessão de reforma no mesmo grau hierárquico - quando na inicial havia requerimento para que essa se procedesse na posição imediatamente superior - não desborda do conteúdo lógico expresso na inicial, o que afasta a alegação de decisão *extra* ou *citra petita*.

3. Constatada a ilegalidade do ato administrativo que excluiu o militar, é consectário lógico o pagamento das parcelas pretéritas relativas ao período que medeia o licenciamento *ex officio* e a reintegração do militar.

4. O Tribunal de origem concluiu, após análise do conjunto fático-probatório dos autos, ter restado comprovada a incapacidade permanente para o serviço militar e que a lesão surgiu ao tempo da vinculação com o Exército e, portanto, a inversão do julgado atrai o óbice da Súmula nº 07 desta Corte.

5. *O militar temporário ou de carreira tem direito à reforma se, em consequência de acidente de serviço ou doença, torna-se definitivamente incapaz para as funções da caserna*.

6. A fixação do percentual de honorários advocatícios e a verificação de eventual sucumbência recíproca, esbarra no comando da Súmula nº 07 desta Corte.

7. Agravo regimental desprovido."

(STJ, AgRg no REsp 1182736/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, Data do Julgamento 17/06/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 02/08/2010);

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA ATIVIDADE CASTRENSE. REFORMA NO MESMO POSTO. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. *É firme o constructo jurisprudencial no entendimento de que o militar, ainda que temporário, considerado definitivamente incapaz para as atividades castrenses, em decorrência de acidente sofrido em serviço, tem direito de ser reformado no mesmo posto que ocupava na ativa*.

2. 'Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).

3. Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no Ag 1290554/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 1ª Turma, Data do Julgamento 18/05/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 04/06/2010).

Anoto que a reforma deve ser dar no mesmo posto que o autor ocupava na ativa, conforme precedente que anoto:

"ADMINISTRATIVO. MILITAR. LESÕES NO JOELHO. LICENCIAMENTO INDEVIDO. REINTEGRAÇÃO. TRATAMENTO MÉDICO.
Demonstrada a permanência da incapacidade do autor em face das lesões sofridas em atividades durante o serviço militar no Exército, mesmo após cirurgia, não é caso de licenciamento sem proventos, mas sim de reintegração como adido para o fim de lhe ser proporcionado tratamento médico, com remuneração do mesmo posto que ocupava no serviço ativo, a contar do indevido licenciar, ou, sendo caso, de ser reformado com remuneração do mesmo posto desde a referida data."
(TRF4 AC 1701/RS 2004.71.09.001701-6, 4ª Turma, Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia, Julgamento: 14/10/2009, Publicação: D.E. 03/11/2009).

O pedido de percepção do auxílio-invalidez não prospera tendo em vista não estar comprovado nos autos o preenchimento de seus requisitos, quais sejam, necessidade de internação especializada, assistência ou cuidados permanentes de enfermagem, nos termos do artigo 1º da Lei nº 11.421/2006, ao contrário, o laudo médico atestando às fls. 153 que o autor atualmente não faz nenhum tratamento médico regular.

O pleito de dano moral também não prospera, tendo em vista que o acidente decorreu de exercício inerente a atividade militar a que constantemente é submetido o soldado ou recruta e não se comprova que o acidente tenha ocorrido em virtude de eventual exigência de esforço excessivo ou fora da normalidade para a tarefa a ser desempenhada, por outro lado também não caracterizada a ocorrência de abalo de ordem psíquica nem resultando na incapacidade para a vida civil, a tanto não equivalendo a mera alegação de que "seu corpo deficiente não lhe permitirá jogar um futebol com os amigos; andar de bicicleta; correr; pular; andar a cavalo; jogar peteca; subir numa escada; trocar uma telha no telhado de sua casa", convindo registrar que o laudo pericial atesta que o autor está incapaz em caráter permanente para o exercício de atividades militares. Corroborando o entendimento exposto, precedentes do E. STJ a seguir transcritos:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INDICAÇÃO GENÉRICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MILITAR. ACIDENTE EM SERVIÇO. INCAPACIDADE. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO MÉDICO. NECESSIDADE COMPROVADA. LICENCIAMENTO. ILEGALIDADE. DECISÃO *ULTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO-CABIMENTO. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CABIMENTO. JUROS MORATÓRIOS. 6% AO ANO. ART. 1º-F DA LEI 9.784/99. TERMO INICIAL. DATA DA REALIZAÇÃO DE CADA DESPESAS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
1. Refoge ao recurso especial o exame de suposta afronta a dispositivos constitucionais, por se tratar de competência reservada à Suprema Corte, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.
2. A indicação genérica de ofensa ao art. 535, II, do CPC, sem particularizar qual seria a suposta omissão do Tribunal de origem que teria implicado ausência de prestação jurisdicional, importa em deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF.

3. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 7/STJ).
4. O militar temporariamente incapacitado em razão de acidente em serviço ou, ainda, de doença, moléstia ou enfermidade, cuja eclosão se deu no período de prestação do serviço, tem o direito de permanecer integrado às fileiras de sua respectiva Força até que se restabeleça ou, caso constatada a incapacidade definitiva, seja transferido para a reserva remunerada. Precedente do STJ.
5. É *ultra petita* a decisão que, malgrado inexista pedido expresso na inicial, condena a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais em face do licenciamento do autor do serviço ativo das Forças Armadas.
6. O dano moral diz respeito a um prejuízo que atinge o patrimônio incorpóreo de uma pessoa natural ou jurídica, os direitos da personalidade.
7. Os militares das Forças Armadas, no exercício de suas atividades rotineiras de treinamento, constantemente encontram-se expostos a situações de risco que ultrapassam a normalidade dos servidores civis.
8. As lesões sofridas em decorrência de acidente ocorrido durante sessão de treinamento somente gerarão direito à indenização por dano moral quando comprovado que o militar foi submetido a condições de risco que ultrapassem àquelas consideradas razoáveis ao contexto militar ao qual se insere.
9. Nas condenações impostas à Fazenda Pública nas ações ajuizadas após a edição da MP 2.180-35, de 24/8/01, devem os juros moratórios ser fixados em 6% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.
10. Referindo-se a indenização por danos materiais às despesas efetuadas pelo autor com seu tratamento, efetuadas após seu licenciamento, deve o termo *a quo* dos juros moratórios ser a data de realização de cada uma destas despesas, respectivamente, a serem apuradas na fase de liquidação, e não da data do acidente.
11. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para excluir da condenação a indenização por danos morais, assim como para fixar os juros moratórios em 6% ao ano, contados a partir da realização de cada uma das despesas efetuadas pelo autor."
(REsp 1021500/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 10.09.2009, publ. DJe 13.10.2009, v. u.)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ACIDENTE DE MILITAR EM SERVIÇO - LEI Nº 6.880/80 - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA 7/STJ.
1. Inviável o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial. Súmula 7/STJ.
2. Não ocorre violação ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido apresenta fundamentos suficientes para formar o seu convencimento e refutar os argumentos contrários ao seu entendimento.
3. Não cabe danos morais por acidente ocorrido em atividade desenvolvida por militar em razão do cargo. Relação de Direito Administrativo regida pelo Estatuto dos Militares, o que afasta a culpa extracontratual ou aquiliana.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, parcialmente provido." (REsp 1086237/PR, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 23.06.2009, publ. DJe 04/08/2009, v. u.)

A mesma sorte segue o pedido de dano material diante da não comprovação de despesas ou gastos eventualmente suportados e passíveis de ressarcimento, não restando infirmada a sentença de primeiro grau ao aduzir que "A alegação de que teria suportado dano material em razão do acidente sofrido também não foi comprovada, havendo nos autos a informação de que o autor passou à condição de *adido a partir de 28.04.2007* exatamente para que fosse submetido a tratamento médico pelo Exército. Assim, se foi submetido a tratamento médico pelo Exército Brasileiro, em face da ausência de prova, não há como reconhecer o alegado dano de natureza material."

Quanto aos juros de mora, aplica-se norma especial prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, introduzida pelo art. 4º da MP 2.180-35/01, determinando que nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos estes não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano, a contar da citação, até o advento da Lei 11.960/09 e após a edição da nova lei aplica-se o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, conforme recente orientação jurisprudencial do E. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ARTIGO 1º-F, DA LEI 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.
1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator.
2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio tempus regit actum. Precedentes.
3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes.
4. Embargos de divergência providos."
(REsp 1207197/RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, Data do Julgamento 18/05/2011, Data da Publicação/Fonte DJe 02/08/2011).

No tocante aos critérios da correção monetária, deve-se aplicar o disposto no Provimento 64/2005 da Corregedoria Geral do TRF3ª Região, que em seu art. 454 faz remissão ao Manual de orientação de procedimentos para os cálculos no âmbito da Justiça Federal.

Restando indeferido o pedido de pagamento de auxílio-invalidez e de dano moral, julgando-se parcialmente procedente a ação, verifica-se a sucumbência recíproca, cada parte devendo arcar com os honorários advocatícios do respectivo patrono e com as custas processuais por si despendidas.

Por estes fundamentos, *dou parcial provimento* ao recurso, nos termos supra.
É como voto.
Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

- Sobre indenização por dano moral decorrente de acidente de militar em serviço, veja também os seguintes julgados: AC 1999.03.99.114755-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicada na RTRF3R 85/301 e AC 2001.03.99.037244-5/MS, Relator Desembargador Federal Fábio Prieto, publicada na RTRF3R 62/228.

APELAÇÃO CÍVEL
0004806-33.2007.4.03.6105
(2007.61.05.004806-1)

Apelante: TAM LINHAS AÉREAS S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Assistente: CIT AEROSPACE INTERNATIONAL
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NINO TOLDO
Classe do Processo: AC 1325487
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2011

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL - REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA DE AERONAVES - ART. 326 DO REGULAMENTO ADUANEIRO (DECRETO Nº 4.543/2002) - CONTRATO DE ARRENDAMENTO FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ESTRANGEIRA PARA AQUISIÇÃO DAS AERONAVES - POSSIBILIDADE - ART. 127 DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA - HIPÓTESE DE ARRENDAMENTO MERCANTIL NÃO CARACTERIZADA.

1 - O agravo regimental interposto em face da decisão do Relator que indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal resta prejudicado, diante do julgamento que ora se realiza.

2 - Consoante dispõe a Lei nº 6.099, de 12.09.1974, para a caracterização do contrato de arrendamento mercantil, a opção de compra do bem arrendado ou de renovação do contrato deve estar sempre presente. Vale dizer, nesse contrato o arrendatário deve sempre ter o direito de optar pela compra do bem ou pela renovação do contrato. Caso opte pela compra, deve haver no contrato cláusula estipulando o preço do bem (valor residual) ou, ao menos, critério para sua fixação.

3 - É da essência do contrato de arrendamento mercantil a cláusula de opção de compra ou de renovação do contrato, como faculdade do arrendatário.

4 - No caso em exame, os contratos celebrados pela apelante não contêm cláusula de opção de compra ou de renovação do contrato como faculdade da arrendatária. Ao contrário, preveem expressamente que as aeronaves deverão ser devolvidas à sua proprietária. Logo, não se pode falar que tais contratos sejam de arrendamento mercantil.

5 - O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19.12.1986), por sua vez, prevê as duas modalidades de arrendamento (operacional e mercantil) dispondo, em relação ao arrendamento operacional (sem assim o qualificar) que "dá-se o arrendamento quando uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, o uso e gozo de aeronave ou de seus motores, mediante certa retribuição" (art. 127). Os contratos celebrados pela apelante amoldam-se à figura do arrendamento operacional previsto no art. 127 do Código Brasileiro de Aeronáutica, e não ao arrendamento mercantil, previsto no art. 137 desse Código.

6 - Não há na legislação vedação de que, no caso do arrendamento operacional, a arrendadora seja instituição financeira, não sendo esse fato - *o de ser a arrendadora uma instituição financeira* - suficiente para caracterizar a operação como arrendamento mercantil, como entenderam a autoridade alfandegária, ao interpretar o art. 17 da Lei nº 6.099/74, e o juízo *a quo*, que acolheu o argumento.

7 - Conclui-se, portanto, que os contratos celebrados entre a apelante e sua assistente são contratos de arrendamento, na forma do art. 127 do Código Brasileiro de Aeronáutica, e não de arrendamento mercantil, tendo a apelante, portanto, o direito à prorrogação do regime de admissão temporária, na forma prevista no art. 326 do Regulamento Aduaneiro.

8 - Agravo regimental prejudicado. Apelação a que se dá provimento.

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, julgar prejudicado o agravo regimental e dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de outubro de 2011.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): Cuida-se de apelação interposta por TAM LINHAS AÉREAS S. A. em face da sentença da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas que julgou improcedente a ação declaratória por ela ajuizada, cujo objetivo era o reconhecimento da vigência do regime especial de admissão temporária de duas aeronaves da marca AIRBUS, tipo A319-132, nºs de série 0976 e 1010, que ingressaram no país através de contrato de arrendamento firmado com a instituição financeira FIRST SECURITY BANK, NATIONAL ASSOCIATION, proprietária fiduciária das aeronaves.

Sustentou a apelante na inicial, em síntese, que, em 22.06.2004, foi requerida perante a autoridade aduaneira a prorrogação do regime de admissão temporária das referidas aeronaves, observando-se os requisitos previstos na Instrução Normativa nº 285/2003 da Secretaria da Receita Federal, entre os quais aquele que permite a prorrogação do regime na mesma medida da prorrogação do contrato, ou seja, de 60 para 94 meses. Contudo, tal pedido foi indeferido sob a justificativa de se tratar de arrendamento mercantil, nos termos do art. 331 do Regulamento Aduaneiro. Afirma, no entanto, que o arrendamento mercantil de uma aeronave difere do arrendamento previsto no art. 127 do Código Brasileiro de Aeronáutica, pois este último prevê expressamente a devolução do bem, não havendo opção de compra.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (fls. 1.492/1.495), tendo sido negado seguimento ao recurso interposto em face dessa decisão (2007.03.00.061917-0, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto).

A 4ª Vara Federal de Campinas julgou improcedente a demanda e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado, sob o fundamento de que não se sustenta a tese de que o contrato firmado para a utilização das aeronaves seria do tipo arrendamento operacional simples, pois o contrato colacionado aos autos (fls. 205 e seguintes) caracteriza o arrendamento mercantil, em razão da relação tríplice entre a autora (TAM LINHAS AÉREAS S. A.) e a instituição bancária (FIRST SECURITY BANK, NATIONAL ASSOCIATION),

bem como entre esta última e o fabricante da fuselagem, do qual adquirira as aeronaves especialmente para arrendá-las à autora, ora apelante. No que se refere à opção de compra, entendeu o juízo *a quo* que, nos termos do art. 5º da Lei nº 6.099/74, o contrato de arrendamento mercantil pode ou não conter referida cláusula. Assim, concluiu pela impossibilidade de concessão do regime de admissão temporária, devendo a autora sujeitar-se às normas legais que regem a importação. Citou precedentes dos Tribunais Regionais Federais da Primeira e da Quarta Regiões, bem como a decisão do Desembargador Federal Lazarano Neto neste processo (fls. 1.518/1.519).

Alega a apelante, em seu recurso, que o contrato firmado para a aquisição das aeronaves tem natureza de arrendamento simples, o que nada mais é do que um contrato de locação, e que a presença de "relação tríplice" não seria condição para caracterizá-lo como arrendamento mercantil. Afirma que essa forma de contrato (arrendamento operacional) é bastante comum nas empresas de aviação, pois evita a utilização de equipamento obsoleto e assegura a constante renovação da frota.

Assevera que, ainda que se reconhecesse a natureza mercantil do contrato de arrendamento, no momento da entrada das aeronaves no Brasil a Secretaria da Receita Federal analisou o contrato celebrado pela apelante e o caracterizou como arrendamento simples, concedendo o regime de admissão temporária, e somente quando da análise do pedido de prorrogação do regime é que houve a mudança de entendimento por parte da Administração.

Sustenta, ainda, serem extremamente gravosas as consequências do não reconhecimento da prorrogação do regime de admissão temporária, quais sejam, a reexportação da aeronave antes do término do prazo do contrato ou a nacionalização de bem que não lhe pertence.

Houve contrarrazões da União Federal (fls. 1.630/1.638).

O pedido de antecipação de tutela recursal foi indeferido em primeira instância (fls. 1.620) e nesta Corte pelo Relator (fls. 1.683). Em face dessa decisão a apelante interpôs agravo regimental (fls. 1.687/1.700).

A fls. 1.820/1.849, a empresa CIT AEROSPACE INTERNATIONAL, sucessora da instituição financeira arrendadora das aeronaves, requereu o seu ingresso no feito como assistente simples, sob a alegação de que possui legítimo interesse na prolação de decisão favorável à autora/apelante, o que foi deferido a fls. 2.276, com fundamento no art. 50 do Código de Processo Civil.

Observo que foi atribuído à causa o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em 20.04.2007 (data do ajuizamento da ação).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): Inicialmente, o agravo regimental interposto em face da decisão do Relator que indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal resta prejudicado, diante do julgamento que ora se realiza.

A questão tratada nos autos resume-se a saber se os contratos celebrados entre a apelante e sua assistente simples, envolvendo duas aeronaves, são contratos de arrendamento

operacional ou mercantil e, em razão disso, se é possível ou não o ingresso dessas aeronaves no país pelo regime de admissão temporária.

Isto porque o pedido de prorrogação do regime de admissão temporária das aeronaves foi indeferido pela autoridade aduaneira do Aeroporto Internacional de Viracopos (Campinas), com fundamento no art. 331 do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002), que dispõe:

> "Art. 331. A entrada no território aduaneiro de bens objeto de arrendamento mercantil, contratado com entidades arrendadoras domiciliadas no exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata este Capítulo, e sujeita-se às normas gerais que regem o regime comum de importação (Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, art. 17, com a redação dada pela Lei nº 7.132, de 26 de outubro de 1983, art. 1º, inciso III)."

Considerou a autoridade aduaneira, portanto, tratar-se de arrendamento mercantil e, como tal, sem direito ao ingresso sob o regime de admissão temporária.

Pois bem. Para a exata compreensão da controvérsia, é necessário, inicialmente, definir arrendamento mercantil.

A Lei nº 6.099, de 12.09.1974, que dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, dispõe, no parágrafo único do art. 1º, que: "Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta" (Redação dada pela Lei nº 7.132, de 1983).

O art. 5º dessa Lei, por sua vez, estabelece as disposições que deverão conter os contratos de arrendamento mercantil, quais sejam: a) prazo do contrato; b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a 1 (um) semestre; c) opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário; e d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula.

Dessas disposições extrai-se que, para a caracterização do contrato de arrendamento mercantil, a opção de compra do bem arrendado ou de renovação do contrato deve estar sempre presente. Vale dizer, nesse contrato o arrendatário deve sempre ter o direito de optar pela compra do bem ou pela renovação do contrato. Caso opte pela compra, deve haver no contrato cláusula estipulando o preço do bem (valor residual) ou, ao menos, critério para sua fixação.

Nesse mesmo sentido é a Resolução nº 2.309/96 do Banco Central do Brasil, que regulamenta referidos contratos, ao dispor que estes devem conter cláusula que estabeleça "a concessão à arrendatária de opção de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável para sua fixação" (art. 7º, VI), e que "as operações que se realizarem em desacordo com as disposições deste regulamento não se caracterizam como de arrendamento mercantil" (art. 33).

Assim, é da essência do contrato de arrendamento mercantil a cláusula de opção de compra ou de renovação do contrato, como faculdade do arrendatário.

No caso em exame, os contratos celebrados pela apelante não contêm cláusula de opção de compra ou de renovação do contrato como faculdade da arrendatária. Ao contrário,

preveem expressamente que as aeronaves deverão ser devolvidas à sua proprietária, ou seja, à assistente da apelante. Logo, não se pode falar que tais contratos sejam de arrendamento mercantil.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19.12.1986), por sua vez, prevê as duas modalidades de arrendamento (operacional e mercantil) dispondo, em relação ao arrendamento operacional (sem assim o qualificar) que "dá-se o arrendamento quando uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, o uso e gozo de aeronave ou de seus motores, mediante certa retribuição" (art. 127).

Quanto ao arrendamento mercantil, dispõe, em seu art. 137, que o arrendamento mercantil deve ser inscrito no Registro Aeronáutico Brasileiro, mediante instrumento público ou particular com os seguintes elementos: (i) descrição da aeronave com o respectivo valor; (ii) prazo do contrato, valor de cada prestação periódica, ou o critério para a sua determinação, data e local dos pagamentos; (iii) cláusula de opção de compra ou de renovação contratual, como faculdade do arrendatário; (iv) indicação do local, onde a aeronave deverá estar matriculada durante o prazo do contrato. Também dispõe, em seu § 1º, que "quando se tratar de aeronave proveniente do exterior, deve estar expresso o consentimento em que seja inscrita a aeronave no Registro Aeronáutico Brasileiro com o cancelamento da matrícula primitiva, se houver", e, no § 2º, que "poderão ser aceitas, nos respectivos contratos, as cláusulas e condições usuais nas operações de leasing internacional, desde que não contenha qualquer cláusula contrária à Constituição Brasileira ou às disposições deste Código".

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Leasing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2002, p. 251), ao analisar as questões controvertidas que envolvem os contratos de *leasing* e tratar especificamente do caso de arrendamento de aeronaves, afirma que "a propriedade remanesce em nome da empresa arrendadora, que como tal abrirá a matrícula do equipamento no Registro Aeronáutico Brasileiro, no qual, contudo, se apostilará que sua *exploração comercial* será feita pela arrendatária. Como explicava J. C. SAMPAIO LACERDA, a arrendadora, geralmente uma instituição financeira, é a 'proprietária da referida aeronave e, consequentemente, a aeronave será em seu nome matriculada no Registro Aeronáutico e não no da empresa de transporte aéreo, mera locatária. Mas o contrato de leasing será averbado no RAB, ficando, desse modo, a aeronave como destinada à exploração pela empresa arrendatária'".

Outrossim, ao tratar da incidência de encargos aduaneiros sobre o *leasing* de aeronaves, MANCUSO (*Op. cit.*, p. 254) afirma que os contratos de arrendamento firmados por empresas aéreas estariam previstos no art. 127 do Código Brasileiro de Aeronáutica, não possuindo natureza mercantil.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS ("*Leasing" de Aeronaves, sem Opção de Compra, Pactuado com Investidores Estrangeiros - Hipótese não Sujeita ao ICMS*, Revista Dialética de Direito Tributário, agosto-2006, p. 84-103), ao tratar da tributação das operações de *leasing* de aeronaves por companhias de navegação aérea, afirmou que "o *leasing* denominado financeiro, *sem opção de compra*, é a opção mundial da esmagadora maioria das companhias aéreas. Em verdade, não se trata, propriamente, do arrendamento mercantil idealizado pela Lei nº 6.099/74, mas de uma autêntica locação, em que o contrato amarra, de todas as formas possíveis dentro do Direito, de um lado, a propriedade dos titulares da aeronave e, de outro lado, a adimplência e a não-aquisição do bem pelo locatário ou arrendatário em nenhuma hipótese".

No caso em exame, repito, não se encontra nos contratos cláusula de opção de compra ou de renovação do contrato, como faculdade do arrendatário. Portanto, verifica-se que os contratos celebrados pela apelante amoldam-se à figura do arrendamento operacional previsto no art. 127 do Código Brasileiro de Aeronáutica, e não ao arrendamento mercantil, previsto no art. 137 desse Código.

Ademais, é importante destacar que, num primeiro momento, foi autorizado - pela mesma autoridade alfandegária - o ingresso das aeronaves sob o regime de admissão temporária, considerando tratar-se de arrendamento operacional com base no art. 127 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Nesse sentido, verifica-se dos documentos trazidos pela empresa CIT AEROSPACE INTERNATIONAL, que ingressou no feito como assistente e sucessora da instituição financeira arrendadora, que a situação das aeronaves no Registro Aeronáutico Brasileiro - RAB e na Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC é de operação pela TAM LINHAS AÉREAS S. A. sob o regime de *arrendamento operacional* (fls. 1.861/1.863).

Quanto ao argumento de que a tríplice relação (instituição financeira/arrendadora, fabricante e companhia aérea/arrendatária) descaracterizaria o arrendamento operacional, transformando-o em arrendamento mercantil, do subtipo operacional - argumento esse utilizado pela autoridade alfandegária ao indeferir o pedido de prorrogação do regime de admissão temporária e acolhido pelo juízo *a quo* -, observo que não há na legislação vedação de que, no caso do arrendamento operacional, a arrendadora seja instituição financeira, não sendo esse fato - *o de ser a arrendadora uma instituição financeira* - suficiente para caracterizar a operação como arrendamento mercantil, como entenderam a autoridade alfandegária (fls. 1.165/1.166), ao interpretar o art. 17 da Lei nº 6.099/74, e o juízo *a quo*, que acolheu o argumento.

Outrossim, não procede o argumento - utilizado pela autoridade alfandegária - de que o contrato apresentado pela ora apelante, ao conter cláusulas "intencionalmente omitidas", além de tornar dificultosa a sua compreensão, poderia esconder cláusulas que revelassem tratar-se de operação de arrendamento mercantil.

Sobre a questão, valho-me do parecer de ARNOLDO WALD, apresentado pela apelante (fls. 1.752/1.818), segundo o qual a tradução literal da expressão "intentionally omitted", prevista nos contratos-padrão elaborados nos Estados Unidos da América, pode parecer estranha à primeira vista, mas seria equivalente à expressão "não aplicável" aposta em alguns contratos nacionais. Tal expressão não significa que as partes tenham desejado esconder o conteúdo de determinadas disposições contratuais de terceiros, mas, sim, que decidiram omitir a presença de cláusula constante no contrato-padrão por não ser aplicável ao objeto do contrato firmado.

Confira-se, a propósito, a resposta ao sétimo quesito formulado pela consulente/apelante (fls. 1.815):

> "A expressão 'intencionalmente omitida', com a devida manutenção da numeração das cláusulas contratuais, não se refere a qualquer confidencialidade do contrato, mas, sim, à expressa omissão de cláusulas constantes em contrato-modelo, equivalendo à simples não inserção destas no contrato firmado pela entidade bancária e pelo cliente, em virtude da negociação da operação entre as partes e da aplicação do princípio da autonomia da vontade.
>
> Em vista do exposto, pois, tem-se que as cláusulas 'intencionalmente omitidas' não

possuem qualquer conteúdo jurídico, não contendo, destarte, nenhuma eficácia jurídica em relação às partes contratantes."

Finalmente, a cláusula presente no subitem 2.2 - *Nenhum direito de recusar a aeronave* - também não torna o contrato firmado entre a apelante e a instituição financeira arrendadora, como de arrendamento mercantil. O fato de ter a arrendadora comprado a aeronave do fabricante com o único fim de arrendá-la à empresa aérea (ora apelante), o que, via de consequência, lhe impediu o exercício do direito de recusa, não confere ao contrato a natureza mercantil pretendida pela autoridade alfandegária. A aquisição de determinado bem com o único intuito de arrendamento não transforma, por si só, o contrato firmado entre as partes em arrendamento mercantil, sendo necessária a presença de todos os requisitos previstos na Lei nº 6.099/74.

Conclui-se, portanto, que os contratos celebrados entre a apelante e sua assistente são contratos de arrendamento, na forma do art. 127 do Código Brasileiro de Aeronáutica, e não de arrendamento mercantil, tendo a apelante, portanto, o direito à prorrogação do regime de admissão temporária, na forma prevista no art. 326 do Regulamento Aduaneiro.

Posto isso, *JULGO PREJUDICADO* o agravo regimental de fls. 1.687/1.700 e *DOU PROVIMENTO* à apelação para, reformando a sentença de fls. 1.551/1.558, julgar procedente a demanda para o fim de reconhecer o direito da autora à prorrogação do regime de admissão temporária das aeronaves AIRBUS A319-132, números de série 0976 e 1010, pelo mesmo prazo de prorrogação do contrato de arrendamento, conforme disposto no art. 326 do Regulamento Aduaneiro. Como consequência, inverto os ônus da sucumbência e, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, assim como à assistente da autora, fixados estes em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, considerando sua atividade no processo.

É o voto.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

- Sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, disciplinado pela Lei nº 6.099/74, veja também o seguinte julgado: AC 0022024-65.2002.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Miguel di Pierro, publicada na RTRF3R 103/345.

APELAÇÃO CÍVEL (AMS) 0020190-17.2008.4.03.6100 (2008.61.00.020190-0)

Apelante: DIOGO TELLES AKASHI
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AMS 316878
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ARTIGOS 165 E 277 DO CTB. TESTE DE ALCOOLEMIA. ETILÔMETRO (BAFÔMETRO). PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. AUTORIDADE IMPETRADA. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à pretensão do impetrante de obter provimento jurisdicional para livrá-lo de submeter-se a teste de bafômetro e não sofrer nenhum constrangimento ilegal, ou ser punido administrativamente, em razão da recusa, por parte da autoridade indicada como coatora, no caso, o Superintendente da 6ª Unidade Regional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal em São Paulo.

2. De início, como as condições da ação são matéria de ordem pública e, em face disso, devem ser apreciadas pelo juízo a qualquer tempo, independentemente de provocação das partes, não estando sujeita à preclusão, insta, no caso do presente *writ*, ponderar acerca da legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

3. Ora, autoridade competente, para responder em sede de mandado de segurança, é aquela que reúne condições legais para fazer corrigir o ato tido como coator e, no caso dos autos, não há como identificar nesta condição o Superintendente da 6ª Unidade Regional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal em São Paulo, conquanto sequer tem envolvimento remoto com os atos indicados na petição inicial como coatores, pois, se o impetrante se refere a operações policiais montadas por "todo canto da cidade" (fls. 08), por evidente, estas são de responsabilidade de outra autoridade do sistema de segurança pública que não o impetrado.

4. A indicação errônea da autoridade coatora implica em extinção do processo.

5. De outro lado, também falece ao impetrante interesse de agir, conquanto, no caso dos autos, além de o impetrante fundamentar o seu pleito preventivo em "ato de hipótese", o que pretende ainda é obter do Poder Judiciário concessão de ordem de caráter genérico que lhe possibilite, literalmente e em quaisquer circunstâncias, não somente a não submeter-se ao teste de alcoolemia, mas, também, que o coloque a salvo de qualquer constrangimento que entender ilegal, além de colocá-lo a salvo de sofrer punição administrativa, colocando-o a salvo do controle legal exercido por autoridade de trânsito, revelando-se, assim, a impropriedade da estreita via eleita e decorrendo daí a ausência de interesse processual, pois, para propor ou contestar ação é preciso ter interesse e legitimidade.

6. Em suma, o impetrante é carecedor de ação, conquanto a indicação errônea da autoridade coatora, não sendo o caso de retificação do pólo passivo, bem como a ausência do interesse de agir, implicam, no caso, em extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, merecendo reforma a decisão fustigada.

7. Caso em que reconhecida de ofício a carência de ação do impetrante, restando prejudicada a apelação, decretando a Turma a reforma integral da sentença recorrida, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, a teor da norma contida no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

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, reconhecer, de ofício, a carência de ação do impetrante e julgar prejudicada a apelação, extinguindo-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2011.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação, em sede de mandado de segurança preventivo, ajuizado com o objetivo de obter provimento jurisdicional "para que o Impetrante não seja obrigado a assoprar o bafômetro (etilômetros) e, se não o fizer, não sofrer o constrangimento ilegal de ser punido administrativamente, como se alcoolizado estivesse" (fls. 8).

A sentença (fls. 131/136) julgou improcedente o pedido e denegou a segurança postulada, extinguindo o processo, com resolução de mérito.

Apelou o impetrante (fls. 143/147), alegando, em suma, que merece reforma a sentença fustigada, conquanto pela nova lei, quem exercer o direito constitucional e humano de se recusar a assoprar o tal bafômetro, sofre as penas previstas no artigo 165, do Código de Trânsito Brasileiro, ofendendo os direitos fundamentais à locomoção, à imagem, à intimidade e o de não produzir prova contra si mesmo, garantidos pela Constituição Federal. Sustenta encontrar-se sob iminente ameaça de ser abordado a qualquer momento em *blitz* policial e ser obrigado a soprar o bafômetro, sob pena de ser detido, indiciado em inquérito e punido como se estivesse alcoolizado, ponderando que a alcoolemia pode ser provada por meio de simples teste clínico, método não vexatório e não invasivo.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 155/163) ao recurso interposto, onde restou argüida questão preliminar de falta de interesse de agir, ante a inadequação do meio processual utilizado, nos termos da Súmula nº 266 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

O órgão do Ministério Público Federal oficiante junto a esta Corte Regional opinou (fls. 179/181) pelo não provimento do recurso.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator): Senhores Julgadores, a questão posta nos autos diz respeito à pretensão do impetrante de obter provimento jurisdicional para livrá-lo de submeter-se a teste de bafômetro e não sofrer nenhum constrangimento ilegal, ou ser punido administrativamente, em razão da recusa, por parte da autoridade indicada como coatora, no caso, o Superintendente da 6ª Unidade Regional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal em São Paulo.

De início, como as condições da ação são matéria de ordem pública e, em face disso, devem ser apreciadas pelo juízo a qualquer tempo, independentemente de provocação das partes, não estando sujeita à preclusão, insta, no caso do presente *writ*, ponderar acerca da legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

A propósito, já escrevi que "*Legitimidade para a causa* (*legitimatio ad causam*). É a condição daquele que é titular do direito pleiteado (legitimidade ativa) ou daquele que deve responder pelo mesmo (legitimidade passiva). Portanto, legitimados para a causa são, de um lado, aquele que se diz titular do bem ou direito resistidos; e, de outro, aquele que oferece resistência à pretensão do autor. Esta situação se denomina de *legitimidade ordinária*, pois, de ordinário, somente os titulares dos interesses em conflito podem pleitear em juízo. Releva ainda observar que *legitimidade ad causam* não se confunde com *legitimidade ad processum*, pois, aquela pertence ao titular do interesse material e esta se refere a pressuposto processual e diz respeito à capacidade de ingressar em juízo." (*Teoria Geral do Processo*, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2007, p. 121/122).

Ora, autoridade competente, para responder em sede de mandado de segurança, é aquela que reúne condições legais para fazer corrigir o ato tido como coator e, no caso dos autos, não há como identificar nesta condição o Superintendente da 6ª Unidade Regional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal em São Paulo, conquanto sequer tem envolvimento remoto com os atos indicados na petição inicial como coatores, pois, se o impetrante se refere a operações policiais montadas por "todo canto da cidade" (fls. 08), por evidente, estas são de responsabilidade de outra autoridade do sistema de segurança pública que não o impetrado.

Portanto, falece competência para a autoridade apontada como coatora para responder pelo ato apontado pelo impetrante como lesivo de seus direitos.

Em sendo assim, de fato houve indicação errônea da autoridade coatora, sendo o caso de extinção do processo, sem resolução de mérito.

A propósito, cito da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça o seguinte excerto: "Concluindo o magistrado que houve indicação errônea da autoridade coatora, trata-se de caso de extinção do feito e não de declinação da competência" (CC nº 38.008/PR, EDcl, rel. Min. Eliana Calmon, DJU, 28.10.2003, p. 181).

De outra parte, também sob o aspecto do interesse processual, já observou a União Federal, em sede de contrarrazões ao apelo, que carece o impetrante de interesse processual, asseverando não haver nesta ação mandamental "qualquer ato apontado como coator por parte do impetrante, sendo o objeto deste processo a obtenção de um salvo-conduto para que viole o Código Brasileiro de Trânsito sem que possa ser punido administrativamente" (fls. 158).

Com efeito, o mandado de segurança tem índole preventiva quando a impetração tenha por finalidade evitar a prática lesiva ou a ameaça a direito líquido e certo da parte

impetrante, que deverá provar a existência de ato concreto ou a omissão que ameace o seu direito, devendo esta ser séria e atual para configurar o justo receio.

Na doutrina clássica de Celso Agrícola Barbi (*Do Mandado de Segurança*, Rio, Forense, 4ª ed., 1984, p. 109) a ameaça deve ser objetiva e atual, prosseguindo o mestre: "Entendemos que a 'ameaça' será 'objetiva' quando 'real', traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições; e será 'atual' se existir no momento, não bastando que tenha existido em outros tempos e haja desaparecido."

Também o professor Sálvio de Figueiredo Teixeira (*apud* Heraldo Garcia Vitta, *Mandado de Segurança*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 2ª ed., 2004, p. 40) preleciona que "o Judiciário somente abriga a impetração preventiva quando: a) existem regulamentos ou instruções provendo sobre a imediata aplicação da norma questionada; b) a norma já foi ou está sendo aplicada a casos iguais ou análogos."

Ora, na verdade, no caso dos autos, além de o impetrante fundamentar o seu pleito preventivo em "ato de hipótese", o que pretende ainda é obter do Poder Judiciário concessão de ordem de caráter genérico que lhe possibilite, literalmente e em quaisquer circunstâncias, não somente a não submeter-se ao teste de alcoolemia, mas, também, que o coloque a salvo de qualquer constrangimento que entender ilegal, além de colocá-lo a salvo de sofrer punição administrativa, colocando-o a salvo do controle legal exercido por autoridade de trânsito, revelando-se, assim, a impropriedade da estreita via eleita e decorrendo daí a ausência de interesse processual, pois, para propor ou contestar ação é preciso ter interesse e legitimidade.

A propósito disso, colho da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça os seguintes julgados:

> *1*. "RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO PARA QUE O RECORRENTE NÃO SEJA OBRIGADO A REALIZAR TESTE QUE REVELE O GRAU DE ALCOOLEMIA AO DIRIGIR VEÍCULOS AUTOMOTORES. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. IMPROPRIEDADE ABSOLUTA DA VIA ELEITA. 1. Para ser cabível o *habeas corpus* preventivo, é necessário haver fundado receio de que o paciente possa vir a sofrer coação ilegal ao seu direito de ir, vir e ficar. 2. À míngua de elementos concretos que evidenciem o fundado receio de o paciente vir a sofrer lesão no seu direito de locomoção, fica inviabilizada a expedição de salvo-conduto preventivo. Precedentes. 3. Recurso ordinário constitucional em *habeas corpus* a que se nega provimento."
> (STJ, RHC 27590, Processo 201000154251, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 07.06.2010)

> *2*. "PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. 'TESTE DO BAFÔMETRO' (ALCOOLEMIA). SALVO-CONDUTO PARA SUA NÃO-REALIZAÇÃO. 'ATO DE HIPÓTESE'. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA. 1. É manifestamente incabível a utilização do *habeas corpus*, em sua versão preventiva, quando o alegado risco à liberdade de locomoção é meramente hipotético, 'ato de hipótese'. Precedentes do STJ e STF. 2. Ademais, 'Eventuais sanções decorrentes de recusa do paciente a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, dentre eles o teste de alcoolemia,

não vão além de aplicação de multa e suspensão do direito de dirigir e de medidas administrativas, não existindo, assim, constrangimento a ser sanado no âmbito do *writ*.' (AgRg no HC 133840/PR, Rel. Min. convocado HAROLDO RODRIGUES, DJe 8/3/10). 3. Ordem denegada."
(HC 140861, Processo 200901284938, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, v. u., DJE 03.05.2010)

A propósito, Cândido Rangel Dinamarco (*Execução Civil*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 229) preleciona que "a presença do interesse se condiciona à verificação de dois requisitos cumulativos, a saber: necessidade concreta da atividade jurisdicional, e adequação de provimento e do procedimento desejados". Isso significa que o interesse processual somente se verifica quando é necessária a atuação jurisdicional para evitar um dano irreparável ao impetrante e o provimento concedido tenha aptidão para corrigir a situação de ameaça ou perecimento do bem ou direito da pessoa.

Com efeito, já escrevi que:

"o interesse de agir é a condição que decorre da necessidade de se obter do Estado um procedimento jurisdicional para a proteção de um bem da vida. Assim, há um *interesse processual*, ou secundário, relativo ao direito de reclamar a tutela da jurisdição estatal; e há um *interesse substancial*, também chamado de interesse material, ou primário, relativo ao bem ou direito sobre o qual demandam as partes.
O interesse de agir, ou interesse processual, torna-se manifesto quando o processo reunir dois requisitos: o da necessidade e o da adequação.
A *necessidade* da jurisdição se configura quando a pretensão não puder ser satisfeita sem a intervenção estatal devido à resistência da parte contrária ou porque a lei exige provimento jurisdicional anterior, como ocorre nas ações cíveis de caráter constitutivo ou na ação penal, cuja a aplicação da pena pressupõe, necessariamente, uma decisão condenatória.
A *adequação* deve traduzir a relação necessária entre o conflito submetido à apreciação do juiz e a decisão pleiteada, que deve ser útil e capaz de resolver a demanda." (*Teoria Geral do Processo*, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2007, p. 120/121).

No sentido do quanto asseverado, anoto, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os seguintes excertos de julgados:

1. "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRETENSÃO. INTERESSE DE AGIR. (...). 4. A doutrina processual brasileira concebe o direito de agir, uma das condições da ação, na esteira da lição de LIEBMAN, como a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional do pedido. DINAMARCO, por sua vez, afirma que essa utilidade depende da presença de dois elementos: a) - necessidade concreta do exercício da jurisdição; b) - adequação do provimento pedido e do procedimento escolhido à situação deduzida. 5. A utilidade do processo, na espécie, é manifesta, visto que sem o ajuizamento da ação os Autores

jamais conseguiriam receber o alegado prejuízo que o ato do Poder Público lhes causou, sendo que o provimento pleiteado, que constitui o pedido imediato dos autores - sentença condenatória -, na hipótese dos autos, é inegavelmente idôneo para remover a afirmada lesão de direito. (...).”
(RESP nº 472.740/SP, DJ, 12. 8. 2003, p. 217)

2. “RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO - VALOR TIDO COMO IRRISÓRIO - PRINCÍPIO DA UTILIDADE - AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA - PROVIMENTO NEGADO. Não se pode perder de vista que o exercício da jurisdição deve sempre levar em conta a utilidade do provimento judicial em relação ao custo social de sua preparação. A doutrina dominante tem entendido que a utilidade prática do provimento é requisito para configurar o interesse processual. Dessa forma, o autor detentor de título executivo não pode pleitear a cobrança do crédito quando o provimento não lhe seja útil.”
(RESP nº 601.356/PE, rel. Min. Franciulli Netto, DJ, 30. 6. 2004, p. 322)

Assim sendo, ao impetrante também falece o interesse de agir, conforme alhures mencionado, restando o impetrante carecedor de ação, em face da ausência de condições da ação, a ensejar a extinção do feito, sem resolução do mérito, nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Em suma, o impetrante é carecedor de ação, conquanto a indicação errônea da autoridade coatora, não sendo o caso de retificação do pólo passivo, bem como a ausência do interesse de agir, implicam, no caso, em extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, merecendo reforma a decisão fustigada.

Ante o exposto, reconheço, de ofício, a carência de ação do impetrante e dou por prejudicada a apelação, para reformar integralmente a sentença recorrida, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, a teor da norma contida no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

CAUTELAR INOMINADA
0022873-57.2009.4.03.0000
(2009.03.00.022873-5)

Requerente: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA/SP
Requeridos: SINDICATO DOS SERVIDORES DAS AUTARQUIAS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINSEXPRO E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 23ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: CauInom 6684
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/12/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PEDIDO CAUTELAR INCIDENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO PELO SINDICATO DOS SERVIDORES DAS AUTARQUIAS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, OBJETIVANDO QUE O PRESIDENTE DO CREA/SP SE ABSTIVESSE DE REALIZAR ADMISSÕES SEM CONCURSO PÚBLICO E FOSSE OBRIGADO A FACULTAR AOS EMPREGADOS O DIREITO DE DEFESA NO CASO DE DEMISSÕES. LIMINAR CONCEDIDA, COM BASE NA QUAL FOI FIRMADO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. SENTENÇA CONCESSIVA DA SEGURANÇA REFORMADA POR ESTA CORTE. PEDIDO CAUTELAR PELO QUAL O CREA PRETENDE SUSPENDER A EXECUÇÃO DO TAC. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DE CITAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SINDICATO E DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL E DO TRABALHO REJEITADAS. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA. PRESENÇA DE *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS TERMOS DO TAC E O ACÓRDÃO PROLATADO POR ESTA CORTE. PLEITO ACAUTELATÓRIO ACOLHIDO.

1. Pedido cautelar incidental do CREA-SP objetivando a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre ele e os Ministérios Públicos Federal e do Trabalho - no qual ficou estabelecido que o CREA-SP somente poderia realizar contratações de pessoal por meio de concurso público e deveria dispensar todos os empregados admitidos sem concurso após 05.10.1988 - até a decisão definitiva do mandado de segurança nº 2000.61.008524-9, tendo em vista que este Tribunal reformou a sentença de primeira instância, que havia concedido a segurança para proibir a autoridade impetrada de realizar admissões sem concurso público e dispensas imotivadas sem prévia sindicância e inquérito onde se assegure o direito à ampla defesa.

2. Rejeição da preliminar de nulidade de citação e intimação do Ministério Público do Trabalho, em virtude do princípio da instrumentalidade das formas, pois em que pese não lhe terem sido remetidos os autos, a citação e intimação da liminar atingiram a sua finalidade, tendo o MPT integrado a lide e oferecido contestação tempestivamente.

3. O Sinsexpro tem legitimidade passiva, pois embora não tenha participado do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o CREA/SP e o Ministério Público da União, é parte da relação jurídica processual cujo efeito da decisão se pretende resguardar através do pedido cautelar, mediante a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta.
4. A ação principal, à qual esta cautelar é incidental, consiste em um *mandado de segurança coletivo* impetrado pelo SINSEXPRO contra atos do Presidente do CREA/SP, objetivando que se abstenha de proceder admissões de servidores sem concurso público, inclusive para cargos de confiança, bem como que se abstenha de realizar novas demissões sem facultar aos envolvidos a ampla defesa mediante prévia sindicância e processo administrativo. É evidente, portanto, que tanto o mandado de segurança, quanto o TAC, originados de uma mesma situação fática, envolveu todos aqueles que o ora requerente indicou como requeridos, razão pela qual todos devem permanecer na presente medida cautelar. Ademais, o mandado de segurança originário é autêntica ação coletiva que poderia perfeitamente ter como autores o Ministério Público Federal ou o Ministério Público do Trabalho, já que têm legitimidade concorrente; ainda, o desfecho final do mandado de segurança, procedente ou improcedente, fará coisa julgada em relação a todos os que se envolveram na situação que abrange o *mandamus* e o conseqüente Termo de Ajustamento de Conduta, ato que, a bem da verdade, teve como causa próxima a decisão de 1º grau proferida no *writ*.
5. Não há que se falar também em inadequação da via eleita, eis que não se pretende anular o temo de ajustamento de conduta, mas sim suspender os seus efeitos, uma vez que o acordo firmado contrasta com o acórdão proferido por este Tribunal no Mandado de Segurança Coletivo nº 2000.61.008524-9. Um acerto celebrado entre o MPU e o CREA/SP, atingindo interesses de categoria profissional abrigada pelo SINSEXPRO, não pode sobrepujar uma decisão judicial de 2ª Instância que tem eficácia, já que os recursos cabíveis não têm efeito suspensivo próprio.
6. Tendo em vista que o acórdão proferido por este E. Tribunal no julgamento do mandado de segurança entendeu pela desnecessidade da realização de concurso público para a admissão de novos funcionários e a instauração de processo administrativo em caso de demissão, e na medida em que o Termo de Ajustamento de Conduta foi firmado em vista da liminar proferida naquele mandado de segurança, confirmada em sentença, vedando o CREA/SP de efetuar contratações e demissões em desconformidade com os arts. 37, II e 41, § 1º, da Constituição Federal, está presente o *fumus boni iuris* suficiente para autorizar a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta, já que o cumprimento do ajuste inevitavelmente implica em violação aos termos do acórdão prolatado por esta 1ª Turma e que se acha eficaz pois os recursos excepcionais não dispõem de efeito suspensivo.
7. O julgamento do apelo retirou o calço jurídico do Termo de Ajustamento de Conduta, configurando-se justa a pretensão do CREA/SP em se ver livre dos efeitos do compromisso celebrado até o desfecho final da causa.
8. O *periculum in mora* é patente, pois se mantida a eficácia do Termo de Ajustamento de Conduta - que absurdamente sobrepujaria um acórdão - haveriam de ser demitidos os empregados do CREA/SP admitidos sem concurso público após o

advento da Constituição Federal, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 para cada empregado "irregular" existente, medida de difícil reversão posterior.

9. Pleito acautelatório acolhido sem encargos de sucumbência por se tratar de providência cautelar acessória.

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, *julgar procedente o pedido cautelar, confirmando a liminar concedida, restando prejudicado o agravo regimental*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2011.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de pedido cautelar incidental proposto em *01.07.2009* pelo CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do Sindicato dos Servidores das Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional do Estado de São Paulo - SINSEXPRO, do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho, objetivando a *suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta e seu aditivo*, celebrados entre o Conselho requerente e os Ministérios Públicos Federal e do Trabalho, nos quais ficou estabelecido que o CREA-SP somente poderia realizar contratações de pessoal por meio de concurso público e deveria dispensar todos os empregados admitidos sem concurso após 05.10.1988.

Para tanto narra que em março de 2000 o Sindicato dos Trabalhadores das Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional - SINSEXPRO - impetrou mandado de segurança coletivo (Autos nº 2000.61.008524-9) contra o Presidente do CREA/SP, no qual foi proferida liminar para determinar à autoridade coatora "que não efetue contratações e demissões em desconformidade com os artigos 37, II e 41, parágrafo 1º da Constituição Federal".

Assim, em 08.02.2006, em estrita obediência à decisão judicial proferida, firmou com os requeridos o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - TAC MPT/MPF nº 001/2006, por meio do qual ficou estabelecido que somente poderia realizar contratações por meio de concurso público e deveria dispensar todos os funcionários que foram admitidos sem concurso após 05.10.1998.

No entanto, em 01.09.2008 foi publicado acórdão proferido pela Primeira Turma deste Tribunal, *reformando a decisão de primeira instância* na qual se fundou o TAC, entendendo que a natureza celetista do vínculo empregatício e a inaplicabilidade do regime previsto na Lei nº 8.112/90 geram a *desnecessidade de realização de concurso público e de instauração de processo administrativo para demissão de funcionários.*

Dessa forma, o cumprimento do TAC implicaria em desobediência ao *decisum*, motivo pelo qual seus efeitos e de seu aditivo *devem ser suspensos* até que transite em julgado a decisão final proferida no Mandado de Segurança nº 2000.61.008524-9. Defende

que estão presentes os requisitos da cautelar. O *fumus boni iuris*, pela perda do fundamento do TAC diante do acórdão desta Corte; o *periculum in mora*, pelo fato de que o cumprimento do TAC importa na decisão de 150 funcionários e no descumprimento do acórdão proferido nos autos da ação principal, além de prejuízos patrimoniais decorrentes de novas contratações e de possíveis reintegrações fundadas no acórdão proferido na ação principal.

Assim, pleiteou a concessão de liminar, *inaudita altera pars*, determinando a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta MPT/MPF nº 001/2006 e seu aditivo, inclusive da multa fixada na cláusula 6ª, e, ao final, a procedência da demanda para suspender o TAC até que sobrevenha o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos da ação principal (MS 2000.61.008524-9).

Às fls. 187/189 o requerente pleiteia urgência na concessão da medida liminar tendo em vista a proximidade da data em que deveria cumprir o Termo de Ajustamento de Conduta (17.07.2009).

A liminar foi *deferida* pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Luiz Stefanini, em substituição regimental, para suspender o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta MPT/MPF nº 01/2006 e seu aditivo até decisão definitiva do *mandamus* (fls. 202/204).

Contestação do SINSEXPRO às fls. 216/218, na qual sustenta, em síntese, que (a) deve ser excluído do pólo passivo da ação cautelar porque não participou do Termo de Ajustamento de Conduta; (b) no mérito, pleiteia o julgamento de procedência da ação com a suspensão do Termo de Ajustamento de Conduta e que o mesmo tenha a data alterada, para que somente os trabalhadores contratados após 18.05.2001 sejam dispensados com o pagamento de todas as verbas rescisórias devidas, ou na pior das hipóteses, que seja considerada a data da concessão da liminar no mandado de segurança.

Citado, o Ministério Público do Trabalho apresentou a petição de fls. 219/220 informando que a defesa dos interesses da União é de competência da Advocacia Geral da União, não cabendo a ele adotar as providências diante da decisão liminar.

O Ministério Público Federal, uma vez citado, protocolou a petição de fls. 221/222, através da qual argúi a nulidade da intimação, pois não observou a prerrogativa processual dos membros do MPU, de receberem intimação pessoalmente nos autos, conforme art. 18, II, *h*, da Lei Complementar nº 75/93. Pleiteou a devolução do prazo para manifestação, a ser iniciado a partir do recebimento dos autos na Procuradoria Regional da República da 3ª Região.

Após, o Ministério Público do Trabalho apresentou, tempestivamente, contestação (fls. 224/250) defendendo que: (a) a citação é nula porque o Ministério Público do Trabalho a recebeu acompanhada apenas de cópias da inicial e da liminar proferida nos autos da ação cautelar incidental, sem que lhe tivessem sido remetidos os autos, como determina o art. 18, II, *h*, da Lei Complementar nº 75/93; (b) existe contradição na conduta do CREA/SP, pois reconheceu perante o MPU a irregularidade de sua conduta reiterada de contratar servidores sem a realização de concurso público, mas recorreu da sentença que manifestou esse mesmo entendimento; (b) a decisão proferida pelo TRF da 3ª Região é isolada ou extremamente minoritária, pois há muito tempo a jurisprudência reconhece a natureza autárquica federal dos Conselhos de Fiscalização Profissional e a consequente necessidade de obedecerem a todos os princípios da Administração Pública, inclusive o ao art. 37, II, da CF; (c) existe grande possibilidade de o acórdão ser alterado por instância judicial superior, inclusive porque o STF reconheceu a natureza autárquica dos Conselhos de Fiscalização Profissional ao julgar a ADI nº 1.717-6, decisão dotada de eficácia

erga omnes e efeito vinculante; (d) as normas constitucionais relativas ao concurso público têm eficácia plena e imediata desde a promulgação da Constituição e são aplicáveis a todas as autarquias, sem qualquer restrição, sejam elas corporativas ou praticantes de atividade econômica; (e) se a parte pretende desconstituir o TAC a única via cabível é a ação anulatória na qual deverá provar vícios do ato, não sendo cabível a via cautelar eleita.

O Ministério Público Federal pediu vista dos autos em 30.07.2009, sendo-lhe os autos remetidos em 13.08.2009.

Às fls. 256/268 está acostada a contestação do Ministério Público Federal na qual sustenta: (a) a ação deve ser extinta sem julgamento do mérito, pois a via eleita é inadequada à suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta, uma vez que MPF e MPT são sujeitos alheios à relação jurídica processual do mandado de segurança; fosse a presente ação uma verdadeira cautelar incidental ao mandado de segurança, deveria ter sido ajuizada em face das mesmas partes da ação principal; ademais, a interposição da ação diretamente no tribunal implica em supressão de instância porque eventual ação visando a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta deveria ter sido proposta em face do MPT e MPF em primeiro grau de jurisdição; (b) o resultado final do mandado de segurança nº 2000.61.00.008524-9 não tem o condão de afetar a validade e eficácia do Termo de Ajustamento de Conduta, pois são diversas as partes do madado de segurança e os sujeitos do TAC; do contrário, a coisa julgada estaria a prejudicar terceiros estranhos à relação jurídica processual; (c) o Termo de Ajustamento de Conduta não tem qualquer cláusula condicionado seus efeitos à decisão do Mandado de Segurança nº 2000.61.00.008524-9, assim, uma vez ultrapassado o prazo para o seu cumprimento, não existe qualquer óbice à execução do ajuste; (d) o acórdão proferido pelo TRF 3ª Região não proibiu o CREA de demitir funcionários que não realizaram concurso público e de realizar o concurso, de forma que impossível ver no TAC desrespeito à decisão judicial; (e) a postura do CREA é contraditória ao firmar o TAC, reconhecendo a irregularidade da conduta de contratar servidores sem prévio concurso público, e depois recorrer da sentença que adotou esse entendimento.

Em face da decisão concessiva da liminar o Ministério Público Federal interpôs *agravo regimental* a fim de que seja ela reformada, permitindo-se a imediata exigência do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta MPT/MPF nº 001/2006. Para tanto sustenta que: (a) a via eleita é inadequada à suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta, uma vez que MPF e MPT são sujeitos alheios à relação jurídica processual do mandado de segurança; fosse a presente ação uma verdadeira cautelar incidental ao mandado de segurança, deveria ter sido ajuizada em face das mesmas partes da ação principal; (b) a interposição da ação diretamente no tribunal implica em supressão de instância porque eventual ação visando a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta deveria ter sido proposta em face do MPT e MPF em primeiro grau de jurisdição; (c) a concessão de medida liminar sem a oitiva dos réus viola o contraditório e só se justifica se se verificar que o réu, sendo citado, poderá tornar ineficaz a medida; (d) não há *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Destaco que a presente cautelar foi proposta perante a 1ª Turma *antes* do julgamento dos embargos de declaração no mandado de segurança originário, o que ocorreu em *04.08.2009*.

Dispensei a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de pedido cautelar incidental proposto pelo CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do Sindicato dos Servidores das Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional do Estado de São Paulo - SINSEXPRO, do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho objetivando a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Conselho requerente e os Ministérios Públicos Federal e do Trabalho - no qual ficou estabelecido que o CREA-SP somente poderia realizar contratações de pessoal por meio de concurso público e deveria dispensar todos os empregados admitidos sem concurso após 05.10.1988 - até a decisão definitiva do mandado de segurança nº 2000.61.008524-9.

Para tanto sustenta, em síntese, que o Termo de Ajustamento de Conduta foi firmado com base em decisão proferida primeira instância, mas que restou *reformada* por este Tribunal, no julgamento do recurso de apelação, motivo pelo qual o cumprimento do TAC implicaria em desobediência à decisão desta Corte.

Conforme se denota da leitura do acórdão proferido no mandado de segurança nº 2000.61.00.008524-9, ao qual esta ação cautelar foi proposta incidentalmente, o *writ* foi impetrado pelo Sindicato dos Servidores das Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional no Estado de São Paulo - SINSEXPRO - em face de ato coator do Presidente do CREA/SP, objetivando que o impetrado se abstivesse de realizar admissões sem concurso público, inclusive para os cargos de confiança, bem como para que fosse obrigado a facultar aos envolvidos o direito de defesa no caso de novas demissões.

Em primeira instância a liminar foi deferida ao fundamento de que as demissões e contratações realizadas pelo CREA devem observar os ditames dos arts. 37, II e 41, parágrafo único, da CF/88. Em face da decisão, a autoridade impetrada interpôs agravo de instrumento, ao qual o Exmo Relator, Desembargador Oliveira Lima, negou efeito suspensivo.

Tendo em vista a decisão concessiva da liminar no mandado de segurança originário, o Ministério Público da União e o CREA/SP firmaram Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, datado de 08.02.2006, para *atender o princípio da obrigatoriedade de concurso público*. Assim, ficou estipulado, dentre outras providências, que todas as contratações de servidores supervenientes deveriam ser precedidas de concurso público, bem como que seriam demitidos, no prazo de 12 meses, os empregados considerados "irregulares", aqueles admitidos sem concurso público depois de 05.10.1988.

Em sentença, o MM. Magistrado *a quo* concedeu aquela segurança para determinar à autoridade impetrada a proibição de admissões de servidores sem concurso público e dispensas imotivadas sem prévia sindicância e inquérito onde se assegure o amplo direito de defesa.

Em face da sentença o CREA/SP interpôs recurso de apelação, que coube à relatoria do então Juiz Convocado Alessandro Diaferia.

Esse apelo recebeu PROVIMENTO por esta Turma, bem como à remessa oficial, para *julgar improcedente o pedido e denegar a segurança*. Assim o fez por considerar que os funcionários de conselhos de fiscalização profissional, além de não se sujeitarem à Lei nº 8.112/90, não ocupam cargo ou emprego público, não se lhes aplicando o art. 37, II, da Constituição Federal.

Cumpre transcrever o acórdão:

"ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DE SÃO PAULO. REGIME JURÍDICO DO QUADRO DE FUNCIONÁRIOS. NATUREZA CELETISTA DO VÍNCULO. INAPLICABILIDADE DO REGIME PREVISTO NA LEI Nº 8.112/90. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO E DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA DEMISSÃO DOS FUNCIONÁRIOS DO CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO.
I - Funcionários do CREAA/SP não exercem cargo ou emprego público, possuindo vínculo de natureza trabalhista, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, razão pela qual não se lhes aplica o regime jurídico dos servidores públicos da União, previsto na Lei nº 8.112/90.
II - Em conseqüência, desnecessária é a realização de concurso para a admissão de novos funcionários e a instauração de processo administrativo em caso de demissão.
III - Precedentes desta 1ª Turma.
IV - Remessa oficial e apelo voluntário aos quais se dá provimento."

Os embargos de declaração opostos pelo SINSEXPRO foram conhecidos e improvidos, encontrando-se os autos atualmente conclusos na Vice-Presidência para processamento de recurso excepcional.

Feito este relato, passo à análise das preliminares processuais aventadas pelos réus em suas contestações.

Inicialmente, em virtude do princípio da instrumentalidade das formas, rejeito a preliminar de nulidade da citação e intimação aventada pelo Ministério Público do Trabalho. Em que pese não lhe terem sido remetidos os autos, a citação e intimação da liminar atingiram a sua finalidade, pois o MPT integrou a lide e ofereceu contestação tempestivamente.

Rejeito, também, a preliminar de ilegitimidade passiva do SINSEXPRO, pois em que pese não ter participado do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o CREA/SP e o Ministério Público da União, é parte da relação jurídica processual cujo efeito da decisão se pretende resguardar através da presente ação cautelar incidental, mediante a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta.

Através da presente ação cautelar incidental o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo pretende suspender os efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre ele e o Ministério Público da União até o julgamento final do mandado de segurança nº 2000.61.008524-9.

O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta MPT/MPF nº 001/2006 foi firmado em 08.02.2006 "visando regularizar a situação dos empregados admitidos sem concurso público após o *dia 05 de outubro de 1998*, em função da decisão judicial liminar prolatada nos autos do processo nº *2000.61.008524-9*, bem como atender ao princípio da obrigatoriedade do concurso público (...)". Nele ficou expressamente consignado, em síntese, que a partir da celebração da avença, todas as contratações supervenientes deverão ser precedidas da realização de concurso público, bem como que os empregados admitidos sem concurso público a partir de 05 de outubro de 1988 deverão ser demitidos

no prazo de 12 meses, sendo substituídos pelos aprovados em concurso público a ser realizado no mesmo prazo (cláusulas 1ª, parágrafo 1º e cláusula 2ª).

Já a ação principal, à qual esta cautelar é incidental, consiste em um *mandado de segurança coletivo* impetrado pelo SINSEXPRO contra atos do Presidente do CREA/SP, objetivando que se abstenha de proceder admissões de servidores sem concurso público, inclusive para cargos de confiança, bem como que se abstenha de realizar novas demissões sem facultar aos envolvidos a ampla defesa mediante prévia sindicância e processo administrativo.

É evidente, portanto, que tanto o mandado de segurança, quanto o Termo de Ajustamento de Conduta, originados de uma mesma situação fática, envolveu todos aqueles que o ora requerente indicou como requeridos, razão pela qual todos devem permanecer na presente medida cautelar.

Ademais, o mandado de segurança originário tratou-se de autêntica ação coletiva que poderia perfeitamente ter como autores o Ministério Público Federal ou o Ministério Público do Trabalho, já que têm legitimidade concorrente; ainda, o desfecho final do mandado de segurança, procedente ou improcedente, fará coisa julgada em relação a todos os que se envolveram na situação que abrange o *mandamus* e o conseqüente Termo de Ajustamento de Conduta, ato que, a bem da verdade, teve como causa próxima a decisão de 1º grau proferida no *writ*.

Assim, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva do Ministério Público Federal e do Trabalho.

Não há que se falar também em inadequação da via eleita, pois não se pretende com o presente pedido anular o Temo de Ajustamento de Conduta, mas sim suspender os seus efeitos, uma vez que o acordo firmado contrasta com o acórdão proferido por este Tribunal no mandado de segurança coletivo nº 2000.61.008524-9.

Ora, um acerto celebrado entre o Ministério Público e o CREA/SP, atingindo interesses de categoria profissional abrigada no SINSEXPRO, não pode sobrepujar uma decisão judicial de 2ª Instância que tem eficácia já que os recursos cabíveis não têm efeito suspensivo próprio; destarte, foi adequado o manejo da cautelar na forma do artigo 800, § único do Código de Processo Civil.

A propósito convém salientar que a providência prevista no § único do artigo 800 do Código de Processo Civil não equivale a uma autêntica "ação", tratando-se mais de uma "providência acautelatória" dos interesses do CREA/SP, que entende estar desvinculado de cumprir o Termo de Ajustamento porque a sentença que lhe deu causa restou revista pelo Tribunal.

Passo ao exame da matéria de fundo.

Uma vez que o acórdão proferido por este E. Tribunal no julgamento da ação principal entendeu pela desnecessidade da realização de concurso público para a admissão de novos funcionários e a instauração de processo administrativo em caso de demissão, e na medida em que o Termo de Ajustamento de Conduta foi firmado em vista da liminar proferida naquele mandado de segurança, confirmada em sentença, vedando o CREA/SP de efetuar contratações e demissões em desconformidade com os arts. 37, II e 41, § 1º, da Constituição Federal, está presente o *fumus boni iuris suficiente* para autorizar a suspensão dos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta, já que o cumprimento do ajuste inevitavelmente implica em violação aos termos do acórdão prolatado por esta1ª Turma e que se acha eficaz pois os recursos excepcionais não dispõem de efeitos suspensivo.

Ademais, como já apontado na decisão concessiva da liminar, "o julgamento do apelo *revertendo a decisão liminar embasadora da celebração do Termo*, torna-o insubsistente".

É verdade. O calço jurídico do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o CREA/SP e os dois órgãos do Ministério Público da União, de interesse do SINSEXPRO, consistia em liminar confirmada por sentença, mas nenhuma das duas subsistiu na medida em que a segunda foi reformada por acórdão do Tribunal, o que substituiu a decisão de 1ª instância; assim, é justa a pretensão do CREA/SP em se ver livre os efeitos do compromisso celebrado, até o desfecho final da causa, que se encaminha para Corte Superior através de recurso desprovido de efeito suspensivo.

Outras questões são de apreciação descabida neste procedimento, devendo ser reservadas para a instância recursal excepcional da ação originária.

O *periculum in mora* é patente no caso *sub examine*, pois se mantida a eficácia do Termo de Ajustamento de Conduta - que absurdamente sobrepujaria um acórdão - haveriam de ser demitidos os empregados do CREA/SP admitidos sem concurso público após o advento da Constituição Federal, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 para cada empregado "irregular" existente, medida de difícil reversão posterior.

Portanto, o pleito acautelatório deve receber amplo acolhimento na medida do que foi pedido.

Não há que se cogitar de encargos de sucumbência pois se trata apenas de providência cautelar acessória, sem índole de "ação".

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido cautelar, confirmando a liminar concedida, restando prejudicado o agravo regimental*.

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0017474-13.2010.4.03.0000
(2010.03.00.017474-1)

Agravante: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AI 408924
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REQUERIMENTO. REGISTRO. RESTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
A legitimidade ativa do Ministério Público decorre do disposto no inciso III do artigo 129 da Constituição da República, combinado com os artigos 81, parágrafo único, I e II e artigo 82, inciso I da Lei 8.078/90. Precedente: STF, RE 511961, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213.
De acordo com o Decreto-lei 8.933/46 não apenas os agentes, mas também os advogados e os próprios interessados podem requerer o registro junto ao INPI.
Tanto a Lei 5.648/70, que criou o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, como a Lei 5.772/71, que instituiu o Código da Propriedade Industrial, não faz qualquer menção à profissão de agente da propriedade industrial.
Qualquer pessoa pode, em seu nome ou através de um procurador legalmente constituído, pleitear o registro junto ao INPI.
Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL* contra decisão que, em ação civil pública, concedeu tutela antecipada para determinar ao ora agravante que se abstenha de impedir a atuação de qualquer cidadão junto aos seus registros de marcas e concessão de patentes, independentemente da exigência de "habilitação especial", afastando a aplicação da Portaria Ministerial nº 32/1998, das Resoluções INPI nºs 194/08, 195/08 e 196/08.

Assevera a agravante que o Decreto-Lei nº 8.933/46 não foi revogado. Afirma, ainda, que o referido diploma legal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Atesta que a vigência do Decreto-Lei nº 8.933/1946 e a sua competência para fiscalizar as condutas dos agentes de propriedade industrial foram reconhecidas em recente acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 2007.51.01.031549-8 (fls. 758/763).

Afirma que qualquer pessoa física ou jurídica pode pleitear diretamente o registro de marcas e patentes, sem nomeação de qualquer procurador ou intermediário.

Declara que a exigência de comprovação da qualificação técnica, mediante a realização de prova, e a necessidade de submissão a um controle de ética profissional, preconizados pelo Decreto-Lei nº 8.933/46 e regulamentados pelas Resoluções INPI 194/08, 195/08 e 196/08, dizem respeito, unicamente, ao exercício do procurador, qualificado como "Agente de Propriedade Industrial".

Dessa forma, declara que a decisão agravada afastou a aplicação das normas regulamentadoras da habilitação profissional para permitir a qualquer profissional, sem a comprovação de conhecimentos técnicos mínimos, o exercício de mandato em favor de terceiros.

Às fls. 860/862, o então relator indeferiu o pedido de efeito suspensivo.

Rejeitados os embargos de declaração opostos contra a citada decisão (fl. 885).

Com contraminuta.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

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

"Nos termos do art. 558 do CPC, a suspensão da eficácia de decisão agravada encontra-se condicionada à presença de dois fatores: a relevância da fundamentação e a configuração de situação que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, que, neste aspecto, deve ser certa e determinada, capaz de comprometer a eficácia da tutela jurisdicional.

No presente caso, discute-se a necessidade da atuação de 'agente de propriedade industrial' para fins de registro junto ao INPI.

Preliminarmente, e numa análise inicial da questão, rejeito qualquer alegação relacionada à falta de legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura da referida ação civil pública.

Como bem ressaltou a MM. Juíza em sua decisão, a legitimidade ativa decorre do disposto no inciso III do artigo 129 da Constituição da República, combinado com os artigos 81, parágrafo único, I e II e artigo 81, inciso I da Lei 8.078/90.

No mesmo sentido, o E. STF no julgamento do RE 511961, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692, ao tratar do exercício da profissão de jornalista assentou que 'O Supremo Tribunal Federal possui sólida

jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação'.

Superada essa questão, adentro à análise do mérito recursal. Para tanto, essencial destacar-se o seguinte dispositivo constitucional:

'Art. 5º ...

Inciso XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.'

A respeito da aplicação desse dispositivo, recentemente pronunciou-se a Corte Constitucional no julgamento do RE 511961, através do voto do E. Relator, Ministro Gilmar Mendes:

'A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação nº 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977'.

Portanto, para que se possa verificar a adequada restrição ao exercício de determinada atividade profissional é preciso a existência de uma lei 'strictu sensu', além da presença da razoabilidade e proporcionalidade com o fim almejado.

O Decreto-lei 8.933/46, ao tratar da reorganização do Departamento Nacional de Propriedade Industrial (atual INPI), dispôs no artigo 3º que 'só poderão exercer quaisquer atos perante o Departamento: I - os próprios interessados, pessoalmente; II - os agentes de Propriedade Industrial; III - os advogados legalmente habilitados'. Assim, de acordo com referido diploma, não apenas os agentes, mas também os advogados e os próprios interessados podem requerer o registro junto ao INPI.

Por sua vez, tanto a Lei 5.648/70, que criou o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, como a Lei 5.772/71, que instituiu o Código da Propriedade Industrial, não fazem qualquer menção à profissão de agente da propriedade industrial. Ressalte-se que, esta última, ao tratar do autor ou requerente dispõe:

'Art. 5º Ao autor de invenção, de modêlo de utilidade, de modêlo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código.

§ 1º Para efeito de concessão de patente, presume-se autor o requerente do privilégio.

§ 2º O privilégio poderá ser requerido pelo autor, seus herdeiros e sucessores, pessoas jurídicas para tanto autorizadas, ou eventuais cessionários, mediante apresentação de documentação hábil, dispensada a legalização consular no país de origem, sem prejuízo de autenticação ou exibição do original, no caso de fotocópia.

§ 3º Quando se tratar de invenção realizada por duas ou mais pessoas, em conjunto, o privilégio poderá ser requerido por tôdas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação de tôdas para ressalva dos respectivos direitos.'

Verifica-se, portanto, que não há qualquer impedimento ao autor da invenção para o requerimento do registro junto ao INPI. Obviamente, nos termos do que assegura o Código Civil Brasileiro, o mandato é uma das espécies de contrato admitida no ordenamento jurídico. 'Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato' (artigo 653 do CC).

Desse modo, qualquer pessoa pode, em seu nome ou através de um procurador legalmente constituído, pleitear o registro junto ao INPI. Isso não afasta, contudo, numa análise inicial que se faz da questão jurídica controvertida, o regular exercício da atividade de agente de propriedade industrial. O que me parece não existir é a *exclusividade*, ou seja, que o registro somente pode ser requerido por agente devidamente registrado ou cadastrado pelo INPI, o que afasta, no momento, a relevância da questão atinente às condições previstas para o exercício dessa atividade, nos termos do inciso XIII do artigo 5º da Constituição, que não é objeto da demanda.

A respeito, destaco o parecer de Gilberto Ulhôa Canto: 'Penso ter deixado claro que, mesmo que se admitisse não mais seja vedada a atuação por mandatário sem a qualidade de advogado ou agente de propriedade industrial, ainda assim a profissão de agente não poderia ser extinta, pois a exclusividade não é condição indispensável à existência da profissão' (fls. 175 do AI 0017474-13.2010.4.03.0000). Assim, nada impede que o INPI tenha seus cadastrados, e a eles imponha regulamentação tal qual ocorre com os músicos ou com os jornalistas. O que não se pode, porém, é exigir exclusividade, condicionando o registro à atuação desse profissional porque assim não diz a lei, nem assim se compatibiliza com a Constituição da República.

Ora, do mesmo modo que não se pode presumir a 'imperícia, irresponsabilidade ou falta de ética de procuradores não habilitados' (fls. 13 do AI - 0017474-13.2010.4.03.0000), a atuação de agentes cadastrados também não gera a presunção da inocorrência de problemas por ocasião dos registros, levando-se em consideração o grande número de ações judiciais envolvendo a realização de registros junto ao INPI. Nesse sentido destaque-se a informação trazida pela própria Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial no Agravo de Instrumento 0017474-13.2010.4.03.0000: 'preocupado com a ação de golpistas e maus agentes, que tentam extorquir os usuários do Instituto, o INPI está preparando um pacote de medidas para punir as práticas irregulares. Entre elas, a principal será permitir a cassação do registro dos agentes que praticarem atos ilegais após três suspensões. A mudança faz parte da revisão do Código de Conduta dos Agentes da Propriedade Industrial, que incluirá também o aumento da suspensão máxima de 90 para 180 dias' (fls. 210).

Ressalte-se, a fiscalização e a disciplina a respeito do registro fica a cargo do INPI, independentemente de quem for realizar ou buscar o registro. O que não me parece ocorrer, no momento, de acordo com a legislação vigente e com a Constituição da República, é a exclusividade da atuação do agente de propriedade industrial,

que certamente, conforme sua competência e disponibilidade, continuará atraindo interessados em seus serviços.

A decisão agravada, ao determinar que o INPI 'se abstenha de impedir que todo e qualquer cidadão possa atuar junto aos seus registros de marcas e concessões de patentes, independentemente da exigência de habilitação especial', afastando a Portaria Interministerial nº 32/1998 e as Resoluções nºs INPI 194, 195 e 196, se compatibiliza com os incisos XXII (direito de propriedade), XXVII (direitos autorais) e XXIX (proteção aos autores de inventos, criações industriais, marcas e nomes) do artigo 5º da Constituição, de forma a ser preservada.

Ante o exposto, ausentes os requisitos legais, indefiro o pedido de efeito suspensivo."

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

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

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL
0024514-41.1994.4.03.6100
(96.03.064118-9)

Apelante: GRIFFE ENGENHARIA LTDA.
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO
Classe do Processo: AC 333342
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/12/2011

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA - INEXIGIBILIDADE DE NOTA PROMISSÓRIA - CONSTATADA DISCREPÂNCIA ENTRE OS VALORES CONTIDOS NO EXTRATO DA CONTA-CORRENTE E OS LANÇADOS EM NOTA DE DÉBITO, QUEDOU-SE INERTE A CEF A ELUCIDAR A RESPEITO - ÔNUS DO CREDOR INATENDIDO - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO PRIVADO

1 - Logra êxito o brado recursal ao flagrar discrepância entre os valores lançados pela Caixa Econômica Federal, uma vez que o extrato de fls. 116 expressa débito da ordem de R$ 1,15D, em agosto/1994, cenário que tal mui distante da cifra firmada na Nota de Débito acostada a fls. 117, que a descrever saldo devedor de R$ 77.222,05, para 17/08/1994, montante originário este a alicerçar a Nota Promissória hostilizada.

2 - O silêncio da parte ré, quando instada a elucidar a divergência dos valores em litígio, a cristalinamente significar laborou em equívoco ao proceder ao apuratório de uma dívida irreal, culminando, então, no desfecho de procedência ao pedido privado, restando prejudicados os demais temas suscitados.

3 - Provimento à apelação, reformada a r. sentença, para julgamento de procedência ao pedido, sujeitando-se a parte economiária ao reembolso de custas e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 5.000,00, atualizados monetariamente até o efetivo desembolso, observada a equidade, artigo 20, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Turma do Projeto Mutirão Judiciário em Dia da Primeira Seção do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 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 ordinária, ajuizada por Griffe Engenharia Ltda. em face da Caixa Econômica Federal - CEF.

A r. sentença, fls. 135/137, julgou improcedente o pedido, asseverando que a Nota Promissória foi emitida em favor da ré como garantia de pagamento de encargos ao ajuste firmado, transação esta legítima, tendo o título de crédito atendido aos requisitos indispensáveis à sua validade. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor atribuído à causa.

Apelou a parte autora, fls. 142/146, alegando, em síntese, houve cerceamento de defesa, vez que protestou pela produção de prova pericial, irrealizada, firmando que a Nota Promissória é inexigível, tendo sido repassada a cambial ao recorrido em branco, carecendo de liquidez a exigência, pois presente erro no lançamento do valor, consoante os extratos ao feito carreados.

Não apresentadas as contrarrazões, fls. 148, subiram os autos a esta C. Corte.

A fls. 153, a CEF foi instada a prestar esclarecimentos sobre os valores apontados nos extratos, onde seu silêncio traduziria o sucesso do recurso aviado, quedando-se inerte dito pólo, fls. 165.

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). De início, para deslinde da controvérsia, do seguinte teor o despacho de fls. 153:

> "Em sede de discussão atinente à inexigibilidade de nota promissória, brotada de contrato de abertura de crédito rotativo, extrai-se dos extratos ao feito coligidos que o saldo devedor da conta-corrente da parte autora reiteradamente estava negativo, fls. 89/114.
> Por outro lado, aponta o extrato de fls. 115 valor creditado da ordem de R$ 77.222,05 C, fato este que positivou a conta-corrente em prisma, ao passo que a nota de débito de fls. 117 aponta como saldo devedor (isso mesmo) aquela importância de R$ 77.222,05.
> Neste passo, por fundamental, esclareça a CEF, em até cinco dias (feito Meta CNJ), o motivo pelo qual um valor lançado no extrato como sendo um crédito (R$ 77.222,05), fls. 115, a ter sido considerado, para fins de protesto do título cambial guerreado, como negativo, fls. 117, seu silêncio traduzindo de sucesso a irresignação do demandante."

Realmente, logra êxito o brado recursal ao flagrar discrepância entre os valores lançados pela Caixa Econômica Federal, uma vez que o extrato de fls. 116 expressa débito da ordem de R$ 1,15D, em agosto/1994, cenário que tal mui distante da cifra firmada na Nota de Débito acostada a fls. 117, que a descrever saldo devedor de R$ 77.222,05, para 17/08/1994, montante originário este a alicerçar a Nota Promissória hostilizada, fls. 120.

Ou seja, o silêncio da parte ré, quando instada a elucidar a divergência dos valores em litígio, a cristalinamente significar laborou em equívoco ao proceder ao apuratório de uma dívida irreal, culminando, então, no desfecho de procedência ao pedido privado, restando prejudicados os demais temas suscitados.

Deste modo, os esforços jus-argumentativos da parte recorrente, bem assim os elementos ao feito carreados com sua tese, resultam em modificação do quadro objetivamente constatado pelo E. Juízo *a quo*, assim de sucesso a intenção recursal ajuizada.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como os artigos 43 e 44, Decreto 57.663/66, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, *pelo provimento à apelação*, reformada a r. sentença, para julgamento de procedência ao pedido, sujeitando-se a parte economiária ao reembolso de custas e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 5.000,00, atualizados monetariamente até o efetivo desembolso, observada a equidade, artigo 20, CPC.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0007831-68.1995.4.03.6107
(2003.03.99.007480-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelado: ALCIDES PARRO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARAÇATUBA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY
Classe do Processo: ApelReex 861729
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2011

EMENTA

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INCRA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL ADQUIRIDO PELO PROCESSO DE ASSENTAMENTO DE FAMÍLIAS. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMPROCEDENTE. OCUPAÇÃO QUE ATINGE OS OBJETIVOS POSTOS PELA REFORMA AGRÁRIA. ART. 5º, LINDB.
1. Não obstante as normas que disciplinam a forma de alienação de área destinada a assentamento agrícola determinem limites à transferência do imóvel, tal circunstância não retira do juiz, diante de caso concreto, a possibilidade de considerar idônea a alienação da propriedade à luz das provas dos autos. (Art. 5º, LINDB)
2. Caso concreto em que restou comprovado que o réu, além de ter adquirido o bem de boa-fé, possui condições legais para o exercício da posse do imóvel, cuja destinação agrícola mostra-se compatível com os objetivos do programa de assentamento rural, não sendo de se justificar o desapossamento.
3. Remessa oficial e Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de setembro de 2011.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pelo *INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA* contra sentença que julgou improcedente o pedido de reintegração de posse sobre o imóvel objeto da lide.

Declara que o réu é pessoa estranha ao processo de assentamento, não figurando nem mesmo na lista de espera dos candidatos selecionados, de modo que o seu ingresso no imóvel que se pretende reintegrar viola o mecanismo fundamental à preservação da reforma agrária oficial, tal como regulamenta a lei.

Aduz que a referida sentença, ao fundamentar-se em argumentos que se afastam da norma positivada do direito, tem a neutralidade de seu julgamento comprometida, não devendo prevalecer o entendimento nela explanado.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.
Nesta Corte, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.
É O RELATÓRIO.
Realizada a revisão.
Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator):
A sentença há de ser mantida.

Não obstante as normas que disciplinam a forma de alienação de área destinada a assentamento agrícola restrinjam a transferência dentro de um lapso temporal, tal circunstância não retira do juiz, diante de caso concreto, a possibilidade de considerar idônea a alienação da propriedade à luz das provas dos autos, em cotejo com o disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376, de 2010).

No caso concreto, durante a instrução processual foi realizada prova pericial que concluiu que "o lote Agrícola nº 12, ocupado pelo réu é totalmente produtivo e está sendo explorado de acordo com a aptidão agrícola, perante o imóvel e a região em que o mesmo situa-se (*sic*)" (fl. 146).

Portanto, se num primeiro momento a transferência pudesse ser inquinada de vício, o certo é que a verificação da situação, *in concreto*, veio a demonstrar que a transferência continua a atender os objetivos postos pela Reforma Agrária.

Como bem posto pela sentença, além das condições objetivas da propriedade rural, que comprovam a destinação agrícola à área objeto da lide, destaca-se o fato de o réu possuir as condições legais para o exercício da posse, não se desincumbindo o INCRA de demonstrar nenhum impedimento ao exercício desse direito, *verbis*:

> "O réu demonstra ser pessoa humilde, habituado à lida rural, tanto que trabalhou, por cerca de vinte anos, como "campeiro" em propriedades alheias (fls. 71/72). Necessita da terra para prover sua subsistência. Possui, como demonstrado, vocação agrícola e reside na parcela explorada, exigências conditas nos arts. 16 a 64 do próprio Decreto nº 59.428/66, com base no qual o INCRA pretende desalojá-lo.
> ...
> Ademais, em nenhum momento restou demonstrado pelo INCRA que o requerido fosse: a) proprietário de terreno rural; b) proprietário de estabelecimento de indústria e comércio; ou c) funcionário público e autárquico, civil e militar da administração federal, estadual ou municipal, causas impeditivas da atribuição de lotes, nos termos do art. 64 do Decreto nº 59.428/66."
> (fls. 235/236).

Ademais, a transação teria ocorrido no ano de 1.994, possuindo o recorrido, desde então, a área como sua e dando a ela destinação agrícola compatível com os objetivos do programa de assentamento rural, não se mostrando adequado aos princípios sociais e ao atendimento da finalidade da lei o desapossamento após decorridos mais de 16 (dezesseis) anos.

A interpretação dada pela sentença aos fatos deve ser prestigiada.

Assim, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial para manter a sentença, tal como lançada.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY – Relator

- Sobre a reintegração de posse por alienação de imóvel destinado ao programa de reforma agrária, veja também o seguinte julgado: AI 2006.03.00.075847-4/SP, Relatora Desembargadora Federal Vesna Kolmar, publicado na RTRF3R 90/127.

APELAÇÃO CÍVEL
0031587-49.2003.4.03.6100
(2003.61.00.031587-6)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: JOSÉ DO EGITO FERREIRA DE ALMEIDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: AC 1500640
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/12/2011

EMENTA

DANO MORAL. AGÊNCIA BANCÁRIA. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPORTAMENTO ABUSIVO. CARACTERIZAÇÃO. PROVA. NECESSIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. OBJETIVOS: RESSARCIR A VÍTIMA E DESESTIMULAR A REINCIDÊNCIA. MONTANTE ÍNFIMO OU QUE ACARRETE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INADMISSIBILIDADE.
1. O aborrecimento e o transtorno decorrentes do travamento de porta giratória não ensejam reparação por danos imateriais, sendo necessária a demonstração de que o comportamento dos agentes da instituição bancária tenha causado ao consumidor vergonha e humilhação (STJ, AgRg no Ag nº 524457, Rel. Min. Castro Filho, j. 05.04.05; REsp nº 689213, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 07.11.06; TRF da 3ª Região, AC nº 2005.61.00.015178-5, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 26.09.11).
2. A indenização por dano moral tem duplo objetivo: ressarcir a vítima e desestimular a reincidência. O montante da reparação não pode, assim, ser ínfimo nem exagerado, acarretando o enriquecimento sem causa da parte prejudicada.
3. De acordo com os depoimentos colhidos às fls. 76/84, o autor tentou ingressar em uma agência bancária da empresa ré, mas as muletas que utiliza para se locomover possuem encaixes de ferro por ser “portador de deficiência física (poliomielite MID)” (fl. 2) acionaram o sistema de detecção de metais da porta giratória instalada no local, que impediu a sua passagem. Os agentes da instituição bancária exigiram, então, comprovação da deficiência por meio de documento e lhe negaram o ingresso na agência pela porta de deficientes mesmo ou após a exibição de sua deficiência.
4. Caberia ao banco disponibilizar outros meios a seus funcionários para que possam franquear, com segurança, a entrada de pessoas portadoras de necessidades especiais em suas agências, e não os treinar para que exijam de tais cidadãos a exibição pública de referidas “deficiências” ou mesmo de documentos, tendo em vista que tal exigência fere a dignidade da pessoa humana, e nem todos as pessoas em referida condição possuem documentos comprobatórios para tanto (STJ, AI nº 1257124, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 30.06.10; TRF da 3ª Região, AC nº 200461000190488, Rel Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 13.07.11; TRF da 3ª Região, AC nº 200761100018034, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 19.11.09; TRF da 3ª Região, AC nº 2006.61.14.000706-7, Rel. Des. Fed. Ricardo China, j. 11.01.10; TRF da 5ª Região, AC nº 200283000100672, Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira, j. 28.03.07).
5. Os agentes da Caixa Econômica Federal - CEF trataram o autor de maneira

desrespeitosa e ofensiva, agindo de maneira a causar-lhe humilhação. O ocorrido não lhe trouxe apenas mero aborrecimento e irritação, como quer fazer crer a instituição, pois não se trata de situação de mero travamento da porta giratória, e sim de comportamento abusivo e discriminatório por parte de seus funcionários. Demonstrada a ação abusiva por parte da ré, de rigor a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

6. O montante da indenização, fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido pela Selic, mostra-se adequado e suficiente para ressarcir a vítima e desestimular a reincidência, sem acarretar o enriquecimento sem causa da parte prejudicada.

7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de novembro de 2011.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 116/121, que julgou procedente o pedido para condenar a CEF a pagar ao autor o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescidos da taxa Selic, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Alega-se, em síntese, que não restou caracterizado o dano moral e que o valor da indenização deve ser reduzido (fls. 125/130).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 137/156).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Dano moral. Agência bancária. Travamento de porta giratória. Não caracterização. Comportamento abusivo. Caracterização. Prova. Necessidade.* O aborrecimento e o transtorno decorrentes do travamento de porta giratória não ensejam reparação por danos imateriais, sendo necessária a demonstração de que o comportamento dos agentes da instituição bancária tenha causado ao consumidor vergonha e humilhação:

"AGRAVO INTERNO - VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL - TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA - AUSÊNCIA DE CULPA DO BANCO - SÚMULA 7/STJ.

I - Não há que se falar em omissão ou ausência de fundamentação, não constando do acórdão embargado os defeitos contidos nos artigos 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Só o fato de a decisão embargada conter conclusão, diferente da pretendida pelo agravante não justifica embargos de declaração.
II - Em princípio, em época em que a violência urbana atinge níveis alarmantes, a existência de porta detectora de metais nas agências bancárias é medida que se impõe para a segurança de todos, a fim de prevenir furtos e roubos no interior desses estabelecimentos de crédito. Nesse sentido, as impositivas disposições da Lei nº 7.102/83. Daí, é normal que ocorram aborrecimentos e até mesmo transtornos causados pelo mau funcionamento do equipamento, que às vezes trava, acusando a presença de não mais que um molho de chaves. E, dissabores dessa natureza, por si só, não ensejam reparação por dano moral.
II - O dano moral poderá advir, não pelo constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas, dos desdobramentos que lhe possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que ela assuma contornos de uma mera contrariedade, ou, de outro modo, agravá-los, degenerando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estes sim, de reparação. É o que se verifica na hipótese dos autos, diante dos fatos narrados no aresto hostilizado, em que o preposto da agência bancária, de forma inábil e na presença de várias pessoas, fez com que a ora agravada passasse por situação, conforme reconhecido pelo acórdão, que lhe teria causado profunda humilhação.
III - Rever as premissas da conclusão assentada no acórdão, na intenção de descaracterizar o dano, demandaria o reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em sede de especial, em consonância com o que dispõe o enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.
Agravo a que se nega provimento."
(STJ, AgRg no Ag nº 524457, Rel. Min. Castro Filho, j. 05.04.05)

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA EM AGÊNCIA BANCÁRIA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO INTERNO. DECISÃO DO RELATOR COM BASE NO ART. 557, § 2º, DO CPC. MULTA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.
1. O Tribunal de origem julgou que, quando do travamento da porta giratória que impediu o ingresso do ora recorrente na agência bancária, 'as provas carreadas aos autos não comprovam que o preposto do banco tenha agido de forma desrespeitosa com o autor', e que 'o fato em lide poderia ser evitado pelo próprio suplicante, bastando que se identificasse junto ao vigilante; trata-se de caso de mero aborrecimento que não autoriza a indenização moral pretendida' (Acórdão, fls. 213).
2. Como já decidiu esta Corte, 'mero aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, estão fora da órbita do dano moral'. Precedentes.
3. Rever as conclusões contidas no aresto recorrido, implicaria em reexame fático-probatório, incabível no especial, ante o disposto no enunciado sumular nº 07/STJ.

4. Julgados monocraticamente pelo relator os embargos de declaração, opostos contra acórdão que decidiu a apelação, mostra-se incabível impor multa no julgamento do agravo interno, com base no art. 557, do CPC, haja vista que o agravo visava o pronunciamento do órgão colegiado. Exclusão da multa aplicada.
5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido."
(STJ, REsp nº 689213, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 07.11.06)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA 297 DO C. STJ. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PORTA GIRATÓRIA. EXCESSO DO EXERCÍCIO DO EXERCÍCIO DO DIREITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.
I - A responsabilidade civil da Caixa Econômica Federal - CEF, por se tratar de instituição financeira prestadora de serviços bancários, é objetiva, independendo da comprovação de culpa, pois está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor.
II - Necessidade da presença dos seguintes pressupostos da responsabilidade civil: dano, ilicitude e nexo de causalidade, para configurar o dever de indenizar.
III - Com o advento da Lei nº 7.102/83, a instalação de equipamentos de segurança em instituições financeiras e bancárias passou a ter previsão legal, sendo pública e notória a instalação de mecanismos detectores de metais, não havendo que se falar em eventual vexame decorrente de seu normal funcionamento.
IV - O mero travamento da porta não acarreta por si só danos morais, mas sim os desdobramentos de tal fato, com o excesso do exercício do direito.
V - A prova oral colhida sob o crivo do contraditório, comprova que houve abuso, por parte de prepostos da ré, no uso do controle de entrada na agência bancária. Com efeito, nada, a tanto equivalendo a mera paralização do mecanismo, fazia suspeitar fosse um ladrão ou delinqüente e é óbvio que seu ingresso no recinto foi impedido não por verdadeira questão de segurança, mas por descaso à pessoa.
VI - O *quantum* da indenização deve ser fixado com vistas à situação econômica das requeridas e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao sofrimento suportado no caso concreto, de forma suficiente a reparar o dano causado, sem gerar enriquecimento ilícito, servindo de desestímulo ao agente danoso e de compensação às vítimas.
VII - *Mutatis mutandis*, considera-se razoável a condenação no valor equivalente em até 50 (cinqüenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Conforme parâmetros adotados pelo E. Superior Tribunal de Justiça.
VIII - Em atenção às especificidades do caso, reputo suficiente manter o pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).
IX - Agravo legal não provido."
(TRF da 3ª Região, AC nº 2005.61.00.015178-5, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 26.09.11)

Dano moral. Valor da indenização. Objetivos: ressarcir a vítima e desestimular a reincidência. Montante ínfimo ou que acarrete o enriquecimento sem causa. Inadmissibilidade. A indenização por dano moral tem duplo objetivo: ressarcir a vítima e

desestimular a reincidência. O montante da reparação não pode, assim, ser ínfimo nem exagerado, acarretando o enriquecimento sem causa da parte prejudicada:

> "AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO.
> 1. A indenização ora fixada coaduna-se com seu duplo escopo, de reparar o dano sofrido e dissuadir o causador na reiteração da prática, evitando-se, ademais, enriquecimento sem causa. *Quantum* indenizatório reduzido para R$ 10.000,00 (...)."
> (STJ, AGA nº 979.631, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.09.09)

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - BLOQUEIO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA E INSCRIÇÃO NO SERASA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - VIABILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - INVIABILIDADE - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - DEMAIS ALEGAÇÕES - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.
> (...)
> II - Não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto, de modo que a reparação seja estabelecida em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa, justificando-se a intervenção deste Tribunal, para alterar o valor fixado, tão-somente nos casos em que o *quantum* seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição para cada feito. Assim, não há necessidade de alterar o *quantum* indenizatório no caso concreto, em face da razoável quantia, fixada pelo Acórdão 'a quo' em R$ 10.054,09 (dez mil, cinqüenta e nove reais e nove centavos) (...)."
> (STJ, AgREsp nº 959.307, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21.10.08)

> "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. DANO MORAL. DISPENSABILIDADE DA PROVA. VALOR DO RESSARCIMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONDENAÇÃO EM MONTANTE INFERIOR AO PLEITEADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA INEXISTENTE. SÚMULA 326 DO STJ. HONORÁRIOS DEVIDOS.
> 1. No que tange à fixação do *quantum* indenizatório, de acordo com a jurisprudência pátria, o valor arbitrado a título de danos morais deve guardar dupla função, uma de ressarcir a parte lesada e outra de desestimular o agente lesivo à prática de novos atos ilícitos. Desta forma, o *quantum* não pode ser ínfimo, mas também não pode ser de tal forma alto a implicar enriquecimento sem causa à parte lesada (...)."
> (TRF da 3ª Região, AC nº 2007.61.10.006287-4, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 27.10.09)

Do caso dos autos. A sentença não merece reforma. De acordo com os depoimentos

colhidos às fls. 76/84, o autor tentou ingressar em uma agência bancária da empresa ré, mas as muletas que utiliza para se locomover possuem encaixes de ferro por ser "portador de deficiência física (poliomielite MID)" (fl. 2) acionaram o sistema de detecção de metais da porta giratória instalada no local, que impediu a sua passagem. Os agentes da instituição bancária exigiram, então, comprovação da deficiência por meio de documento e lhe negaram o ingresso na agência pela porta de deficientes mesmo ou após a exibição de sua deficiência.

Caberia ao banco disponibilizar outros meios a seus funcionários para que possam franquear, com segurança, a entrada de pessoas portadoras de necessidades especiais em suas agências, e não os treinar para que exijam de tais cidadãos a exibição pública de referidas "deficiências" ou mesmo de documentos, tendo em vista que tal exigência fere a dignidade da pessoa humana, e nem todos as pessoas em referida condição possuem documentos comprobatórios para tanto (STJ, AI nº 1257124, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 30.06.10; TRF da 3ª Região, AC nº 200461000190488, Rel Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 13.07.11; TRF da 3ª Região, AC nº 200761100018034, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 19.11.09; TRF da 3ª Região, AC nº 2006.61.14.000706-7, Rel. Des. Fed. Ricardo China, j. 11.01.10; TRF da 5ª Região, AC nº 200283000100672, Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira, j. 28.03.07).

Restou claro, portanto, que os agentes da Caixa Econômica Federal - CEF trataram o autor de maneira desrespeitosa e ofensiva, agindo de maneira a causar-lhe humilhação. O ocorrido não lhe trouxe apenas mero aborrecimento e irritação, como quer fazer crer a instituição, pois não se trata de situação de mero travamento da porta giratória, e sim de comportamento abusivo e discriminatório por parte de seus funcionários. Demonstrada a ação abusiva por parte da ré, de rigor a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

O montante da indenização, fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido pela Selic, mostra-se adequado e suficiente para ressarcir a vítima e desestimular a reincidência, sem acarretar o enriquecimento sem causa da parte prejudicada.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

- Sobre indenização por dano moral, advindo de constrangimento acarretado pelo travamento da porta giratória em agência bancária, veja também os seguintes julgados: AC 0006781-19.2005.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicada na RTRF3R 102/461 e AC 2002.61.13.002386-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 88/316.

DIREITO CONSTITUCIONAL

APELAÇÃO CÍVEL
0058641-29.1999.4.03.6100
(1999.61.00.058641-6)

Apelantes: MULTIPLIC S/A E MULTIPLIC CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS S/A
Sucedidas: MULTIPLIC DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 1112709
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/11/2011

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PIS. EECC 10/96 E 17/97. MP 517/94 E REEDIÇÕES. ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. ÓRGÃO ESPECIAL. SUSPENSÃO E CONTINUIDADE DO EXAME DA CAUSA NA TURMA. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE.

1. Em relação à inconstitucionalidade da própria EC 10/96, quanto ao seu artigo 2º, e da própria EC 17/97, quanto ao seu artigo 4º, o Órgão Especial da Corte rejeitou ambas as arguições, que estavam fundadas na alegação de violação aos princípios da irretroatividade e anterioridade, em consonância com pronunciamentos da Suprema Corte.

2. Sobre não serem tais emendas constitucionais auto-aplicáveis, por dependerem de lei ordinária, e por caber apenas a esta instituir tributo, vedada a atuação do constituinte, o que se pode afirmar é que, mesmo que fosse tal a situação decorrente de tais emendas, ainda assim não haveria ofensa ao princípio da legalidade, como já decidiu a Suprema Corte na ADI 2.031, Rel. Min. ELLEN GRACIE. E, no caso, saliente-se, o que se discute é a exigibilidade do PIS em função da base de cálculo, objeto da MP 517/94 e reedições, e não por força e com exclusivo amparo em norma constitucional, tanto assim que o contribuinte impugnou a validade constitucional de tal base de cálculo, tratada por ato normativo infraconstitucional.

3. Acerca da majoração da base de cálculo do PIS, a que se refere o artigo 72, V, ADCT, objeto da ECR 1/94 e EECC 10/96 E 17/97, em que discutida a inconstitucionalidade da MP nº 517/94 e de suas reedições, o Órgão Especial acolheu a pretensão do contribuinte, no INAMS 95.03.052376-1, em 1997. Todavia, em recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a MP 517/94 e, assim, afastou a pretensão do contribuinte de não se sujeitar ao recolhimento do PIS com alterações promovidas pelo constituinte e legislador.

4. Apelação desprovida.

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, 29 de setembro de 2011.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, na sessão de 17/12/2009, assim relatei a presente ação ordinária (f. 163/4):

> "Trata-se de apelação em ação ordinária ajuizada por instituições financeiras, impugnando a aplicação das EECC nºs 10/96 e 17/97, a fim de que possam: (1) 'calcular e efetuar o recolhimento da Contribuição ao PIS nos moldes da Lei Complementar nº 7/70 - nos períodos de janeiro/96 (quando já havia expirado o prazo de vigência da E. C .R. nº 1/94) até quando decorridos 90 (noventa) dias da publicação da Lei nº 9.701/98 - afastando-se a exigência dessa exação com base nas Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97, por não serem auto-aplicáveis; bem como com base nas Medidas Provisórias que as pretenderam regulamentar (as de nºs 1.274/96 a 1.674-57/98), por inconstitucionais'; ou (2) 'seja reconhecida a inconstitucionalidade das Medidas Provisórias nºs 1.274/96 a 1.674-57/98 (todas fruto da reedição da Medida Provisória nº 517/94), mas, admitindo-se a auto-aplicabilidade das Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97, seja declarado o direito das Autoras de recolher a Contribuição ao PIS somente sobre a receita bruta operacional (= faturamento), conforme previsto nas normas constitucionais em questão'; ou (3) 'admitindo-se a constitucionalidade das Medidas Provisórias nºs 1.274/96 a 1.674-57/98 - o que se nega - seja declarado o direito das Autoras de recolher a Contribuição ao PIS nos moldes ali estabelecidos somente quando decorridos 90 (noventa) dias da publicação da Lei nº 9.701/98, conforme preceitua o artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição Federal'.
> Alegaram, em suma, que: (1) as EECC nºs 10/96 e 17/97 não podem criar ou modificar contribuição social, pois limitaram-se a vincular as receitas e prorrogar o Fundo Social de Emergência e o Fundo de Estabilização Fiscal, atribuindo à União a competência para instituir ou alterar a tributação, o que se aperfeiçoou através de medidas provisórias (nº 517/94 até 1.674-57/98), porém a contribuição ao PIS, vinculada a tais fundos, não poderia ter eficácia no período de janeiro/96 (quando expirado o prazo de vigência da ECR nº 1/94) a outubro/98 (enquanto pendente a conversão em lei da última medida provisória); (2) ainda que exigível a nova contribuição, com base apenas em emendas constitucionais, estas não poderiam ter efeito retroativo ou imediato sem observância da regra de anterioridade nonagesimal, nem violar ato jurídico perfeito ou direito adquirido, daí que inválida a tributação entre 01.01.96 a 06.06.96 e de 01.07.97 a 24.02.98; (3) somente em 17.11.98, com a edição da Lei nº 9.701/98, observada a regra da anterioridade mitigada e cumprida a da legalidade, é que poderia ser cobrado o novo PIS na forma prevista nas emendas constitucionais; (4) medidas provisórias não são adequadas para tributos sujeitos à anterioridade pela incompatibilidade do prazo de 90 dias com o requisito constitucional de urgência e com a própria vigência temporária do ato normativo (30 dias), tanto assim que o artigo 73 do ADCT, incluído pela ECR nº 1/94, vedou a utilização de medida provisória para regulamentar tal emenda, valendo a restrição ainda que não reiterada pelas EECC nº 10/96 e 17/97, inclusive diante do que dispõe o artigo 246, incluído pela EC nº 6/95; (5) é inconstitucional a sucessiva reedição de medidas provisórias, como as que, desde a

instituição do Fundo Social de Emergência, cuidaram da alteração da base de cálculo e alíquota da contribuição ao PIS; e (6) as medidas provisórias repetiram a expressão 'receita bruta operacional', a que se referem as emendas constitucionais, porém de forma implícita, ao tratarem de exclusões ou deduções possíveis, ampliaram a base de cálculo para 'receita operacional bruta' (faturamento + receitas financeiras + variações monetárias etc.).

A r. sentença julgou improcedente o pedido, fixada a verba honorária de 10% sobre o valor da causa.

Apelaram as autoras, alegando, em suma, que: (1) emendas constitucionais não podem instituir ou majorar tributos, função reservada apenas à lei; (2) houve retroação e previsão de aplicação imediata da nova contribuição, sem observância dos princípios da irretroatividade e anterioridade nonagesimal; (3) o Órgão Especial desta Corte na INAMS nº 95.03.052376-1 reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1º da MP nº 517/94, por ampliação indevida da base de cálculo da contribuição ao PIS, com inclusão de receitas financeiras em detrimento da previsão constitucional de incidência somente sobre receita de venda de bens e serviços (receita bruta operacional = faturamento); e (4) somente lei complementar poderia criar nova hipótese de tributação (artigo 195, § 4º c/c artigo 154, I, CF), e não medida provisória diante do que prevêem os artigos 246 da Carta Federal e 73 do ADCT.

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

Em face da argüição de inconstitucionalidade, foram os autos com vista à Procuradoria Regional da República (artigo 480, CPC), que opinou, no incidente, em favor da tese das autoras e, no mérito, pelo provimento parcial da apelação.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório."

Por unanimidade de seus integrantes, a Turma acolheu a arguição de inconstitucionalidade conforme acórdão assim ementado (f. 169 e v.):

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. EC Nº 10/96. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E ANTERIORIDADE MITIGADA. PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO. ACOLHIMENTO DO INCIDENTE. REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÕES REMANESCENTES. EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO ANTERIOR DO ÓRGÃO ESPECIAL E DESTA TURMA EM OUTRA ARGÜIÇÃO.

1. Compete, privativamente, ao Órgão Especial declarar a inconstitucionalidade de norma no âmbito deste Tribunal, quando admitida, perante a Turma, a argüição em caso concreto, observado o disposto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil.

2. É relevante a alegação de inconstitucionalidade da EC nº 10/96, no que permitiu a eficácia imediata e retroativa às alterações no regime da contribuição ao PIS, majorando a carga fiscal, com o fim de assegurar continuidade normativa à ECR nº 1/94, que criou o Fundo Social de Emergência e cuja vigência temporária já havia cessado meses antes da promulgação de tal emenda constitucional, em 04/03/1996.

3. É juridicamente fundada a tese de que a majoração de carga fiscal, ainda que por ato do constituinte derivado, deve observar os princípios fundamentais instituídos para a proteção do contribuinte, garantindo segurança jurídica, a qual se rompe sempre que o Estado promove alterações no regime fiscal sem observância da regra fundamental, segundo a qual a tributação deve observar o direito vigente ao tempo do respectivo fato gerador, e que impede, portanto, a retroação da eficácia do tributo instituído ou majorado e, no caso das contribuições sociais, a cobrança sem assegurar a anterioridade mínima.
4. As demais alegações de inconstitucionalidade não permitem admitir a argüição, pois presente pronunciamento anterior do Órgão Especial solucionando a controvérsia (art. 1º da MP nº 517/94 e reedições) ou decisão anterior desta própria Turma em incidente idêntico (art. 4º da EC nº 17/97), cabendo, pois, apenas aguardar o retorno dos autos para a conclusão do presente julgamento.
5. Acolhimento, em parte, da argüição de inconstitucionalidade com a remessa dos autos ao Órgão Especial da Corte para o exame do respectivo mérito, suspendendo-se o julgamento da apelação até a solução definitiva da matéria prejudicial."

Na sessão de 29/09/2010, decidiu o Órgão Especial por rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do acórdão assim lavrado (f. 203 e v.):

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. EC Nº 10/96. ARTIGO 2º. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGADOS DA SUPREMA CORTE. IMPROCEDÊNCIA.
1. Decidiu a 3ª Turma desta Corte ser relevante a alegação de inconstitucionalidade da EC nº 10/96, no que permitiu a eficácia imediata e retroativa às alterações no regime da contribuição ao PIS, majorando a carga fiscal, com o fim de assegurar continuidade normativa à ECR nº 1/94, que criou o Fundo Social de Emergência e cuja vigência temporária já havia cessado meses antes da promulgação de tal emenda constitucional, em 04/03/1996. Assim porque juridicamente fundada a tese de que a majoração de carga fiscal, ainda que por ato do constituinte derivado, deve observar os princípios fundamentais instituídos para a proteção do contribuinte, garantindo segurança jurídica, a qual se rompe sempre que o Estado promove alterações no regime fiscal sem observância da regra fundamental, segundo a qual a tributação deve observar o direito vigente ao tempo do respectivo fato gerador, e que impede, portanto, a retroação da eficácia do tributo instituído ou majorado e, no caso das contribuições sociais, a cobrança sem assegurar a anterioridade mínima.
2. Não obstante a fundamentação adotada na Turma de origem, sucede que, acerca da questão constitucional, envolvendo a EC nº 10/96 e a contribuição ao PIS, decidiu a Suprema Corte no sentido da respectiva constitucionalidade, tal como anteriormente julgara o próprio Excelso Pretório, relativamente à EC nº 17/97, tornando, assim, inviável o acolhimento da presente arguição.
3. Arguição de inconstitucionalidade julgada improcedente, com o retorno dos autos à Turma para que prossiga no julgamento da causa."

Houve trânsito em julgado em 12/04/2011 (f. 210), sendo os autos conclusos para

o prosseguimento do julgamento perante a Turma em 12/05/2011 (f. 219-v).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, a ação pretende, em suma, garantir o recolhimento do PIS, por instituições financeiras, com base na LC 7/70, por não serem auto-aplicáveis as EECC 10/96 e 17/97, por serem inconstitucionais as medidas provisórias (a partir da MP 517/94, com reedições), ou por terem sido violados, em tais emendas constitucionais, os princípios da irretroatividade ou anterioridade, devendo o prazo de exigibilidade ser contado somente a partir da Lei 9.710/98.

Quanto à inconstitucionalidade da própria *EC 10/96*, no tocante ao seu artigo 2º, foi rejeitada pelo Órgão Especial, conforme o julgamento constante dos autos (f. 181/3, 192/8, 200/1 e 203 e v.).

Certo que, recentemente, o Pleno da Suprema Corte, na sessão de 02/02/2011, julgou o RE 587.008, acórdão publicado no DJE 05/05/2011, em que se reconheceu a violação da anterioridade mitigada (artigo 195, § 6º, CF), pela *EC 10/96*, relativamente à *CSL*. Tal inconstitucionalidade fora declarada nesta Turma, nos termos do voto que proferi, admitindo e remetendo a arguição para o julgamento no Órgão Especial, no qual, como relator, reiterei tal entendimento e ressalvei o ponto-de-vista pessoal quanto à inconstitucionalidade. Todavia, diante de decisões da Suprema Corte, e para respeitá-las, na medida em que eficazes, até então, é que o Órgão Especial declarou, em conformidade com os parâmetros existentes, a constitucionalidade do artigo 2º da EC 10/96.

Houve, quanto à questão constitucional, preclusão, no âmbito deste processo, a partir do que decidido pelo Órgão Especial, cujo acórdão determinou o prosseguimento do julgamento, perante a Turma, considerada a conclusão em prol da constitucionalidade do artigo 2º da EC 10/96. A dispensa de vinculação, de que trata o artigo 176, parágrafo único, do Regimento Interno, aplica-se aos processos ainda a serem julgados, e não ao próprio feito em que, certificada a irrecorribilidade (f. 210), se estabeleceu, no âmbito da Corte e no caso em exame, preclusão sobre a questão constitucional, estando a Turma impedida de reformar ou rescindir o que, nestes autos, foi decidido, nos termos do artigo 97 da Carta Federal, pelo Órgão Especial. Se houvesse mero erro material, poderia o próprio Órgão Especial corrigi-lo de ofício, porém não pode a Turma revisar tal acórdão ou deixar de aplicá-lo neste processo, com exame e acolhida da alegação de *error in judicando*, pois, para tanto, existe o *devido processo legal*.

Evidente que o contribuinte pode, a partir do acórdão da Turma que aplicar a decisão de constitucionalidade proferida pelo Órgão Especial, interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. A preclusão, que impede a revisão do acórdão do Órgão Especial, opera-se para esta Turma e para o feito em exame, pela lógica elementar inerente ao preceito regimental, que claramente se refere a precedente, que se distingue de decisão para os efeitos nele previstos.

Vale lembrar que a decisão, tal como a que se proferiu na arguição, produz efeitos no caso concreto em julgamento, assim vinculando a Turma no feito em que submetido o seu exame ao Órgão Especial, isto independentemente de norma regimental, pois é a

Constituição Federal e o Código de Processo Civil, que definem a competência exclusiva do Órgão Especial para decidir a arguição de inconstitucionalidade e a da Turma para, em seguida, aplicar a respectiva decisão (e não precedente) na continuidade do julgamento. Nem teria lógica que fosse diferente, ou seja que a Turma pudesse reformar ou simplesmente ignorar, como se pretende, acórdão do Órgão Especial proferido para a solução do caso concreto. Para *outros feitos*, da mesma ou de outra Turma, tal acórdão configura mero *precedente*, ou seja decisão proferida entre outras partes e outro processo, cuja aplicação, por lógica funcional e isonomia, destina-se a evitar a renovação da arguição ou a adoção de solução discrepante diante da mesma premissa e, para alcançar tal propósito, é que a norma regimental cria a vinculação, a qual cessa se houver divergência entre precedentes de diferente hierarquia funcional, caso em que prevalece o da Suprema Corte sobre o do Órgão Especial. Aqui, não é caso de precedente contra precedente, mas de decisão específica do Órgão Especial, que vincula a Turma, portanto por motivo constitucional e legal, e não por norma regimental.

Acerca da inconstitucionalidade do artigo 4º da EC 17/97, a matéria foi assim decidida, pelo Órgão Especial, nos autos do AMS 2005.03.99.047020-5, julgado na mesma sessão de 29/09/2010:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. EC Nº 17/97. *CAPUT* DO ARTIGO 4º. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGADOS DA SUPREMA CORTE. IMPROCEDÊNCIA.
> 1. Para admitir a arguição de inconstitucionalidade do artigo 4º da EC nº 17/97, quanto à contribuição ao PIS, decidiu a 3ª Turma, nos seguintes termos: a contribuição ao PIS, apurada na forma da LC nº 7/70, foi expressamente recepcionada pelo artigo 239 da Constituição Federal, sem prejuízo da possibilidade de alterações por legislação infraconstitucional, conforme assentado pela jurisprudência nas mais variadas hipóteses. As alterações foram, porém, promovidas através de emenda constitucional, a primeira delas a ECR nº 1, de 01/03/1994, que, ao instituir o Fundo Social de Emergência, alterou o regime de diversas incidências fiscais, dentre os quais a contribuição ao PIS, afetando contribuintes especificados (artigo 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91: bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas), em relação aos quais, para o exercício financeiro de 1994 e 1995, se previu a tributação à alíquota de 0,75% sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto de renda. A EC nº 10, de 04/03/1996, ampliou a vigência do Fundo Social de Emergência até 30/06/1997, financiado, entre outras fontes, pela contribuição ao PIS, dos contribuintes acima citados, calculada com a aplicação da alíquota de 0,75%, mas sujeita a alteração por lei ordinária, sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto de renda. A partir de 01/07/1997, cessada a eficácia da regra de vigência temporária, não mais poderia subsistir o regime de apuração da contribuição ao PIS, para tais contribuintes, com as alterações constitucionais promovidas a partir da ECR nº 1/94,

restabelecendo-se, assim, a exigibilidade fiscal com base na legislação anterior, qual seja, a LC nº 7/70 e suas alterações infraconstitucionais. Todavia, a EC nº 17, de 22/11/1997, foi promulgada, buscando prorrogar, em continuidade aos períodos abrangidos pela ECR nº 1/94 e EC nº 10/96, a vigência do Fundo Social de Emergência e de suas fontes de financiamento, no período imediato de 01/07/1997 a 31/12/1999, com evidente efeito retroativo à promulgação e publicação, tanto assim que foi expresso o *caput* do artigo 4º de tal emenda constitucional em dispor que: 'Os efeitos do disposto nos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação dada pelos arts. 1º e 2º desta emenda, são retroativos a 01/07/1997'. A própria FAZENDA NACIONAL reconheceu, nos autos, que houve retroação dos efeitos da EC nº 17/97, buscando, porém, desqualificar a tese de inconstitucionalidade, alegando, em suma, que não se aplica o princípio da irretroatividade nem o da anterioridade a emendas constitucionais, mas apenas a leis; não houve violação de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada; e mera prorrogação de texto normativo preexistente, sem qualquer inovação material, não representa violação a princípios constitucionais de proteção do contribuinte. Tais alegações são de evidente improcedência, pois o regime constitucional, que majorou a contribuição ao PIS para certos contribuintes, tinha vigência temporária, tanto que houve necessidade de prorrogação, pela EC nº 10/96 e, depois, pela EC nº 17/97. Se houve um determinado período entre a cessação da eficácia da emenda constitucional anterior e a promulgação de outra, evidente que o contribuinte adquiriu direito a ser tributado segundo a lei do tempo do fato gerador, e não por outra posterior mediante retroatividade, por cláusula que, prevista seja em lei seja em emenda constitucional, evidencia manifesta contrariedade ao princípio da segurança jurídica, que consubstancia direito individual fundamental (artigo 60, § 4º, IV, CF). O fato de ter sido reproduzido, literalmente, o teor da EC nº 10/96 não impede a aplicação do princípio da segurança jurídica, em favor do contribuinte, pois o determinante, para tal efeito, não é a reprodução literal de um texto revogado, mas a verificação objetiva de que a promulgação da EC nº 17/97 restabeleceu uma forma de apuração da contribuição ao PIS que não mais vigia, até então, inovando a tributação, considerando o regime fiscal que se estabeleceu a partir de 01/07/1997. Entre a publicação da EC nº 17/97 e a cessação da eficácia da EC nº 10/96, a vigência da LC nº 7/70, com suas alterações, na disciplina tributária da contribuição ao PIS torna líquido e certo o direito do contribuinte de recolher a exação conforme a lei do tempo do fato gerador, padecendo de inconstitucionalidade a retroação dos seus efeitos e, até mesmo, a aplicação sem observância da anterioridade mitigada, a qual somente seria dispensada se houvesse - como sempre decidiu o Supremo Tribunal Federal nas reedições de medidas provisórias, ao tempo da redação anterior do texto constitucional, que não fixava limitação neste aspecto -, uma cadeia sucessiva ininterrupta na vigência das emendas constitucionais, o que não ocorreu no caso concreto. Se a EC nº 10/96 produziu efeitos até 30/06/1997 e a EC nº 17, de 22/11/1997, somente foi publicada no DOU de 25/11/1997, correta a conclusão de que a contribuição ao PIS, na forma prevista em tal emenda constitucional, somente poderia ser restabelecida a partir de 23/02/1998, em observância ao princípio da anterioridade mitigada (artigo 195, § 6º, CF) e, evidentemente, sem efeito retroativo a 01/07/1997, dada a garantia de

irretroatividade da lei fiscal que, na espécie, foi violada pelo *caput* do artigo 4º.
2. Não obstante a fundamentação adotada na Turma de origem, sucede que, acerca da questão constitucional, envolvendo a EC nº 17/97 e a contribuição ao PIS, decidiu a Suprema Corte no sentido da respectiva constitucionalidade, assim como veio a ocorrer com a EC nº 10/96, tornando, assim, inviável o acolhimento da presente arguição.
3. Arguição de inconstitucionalidade julgada improcedente, com o retorno dos autos à Turma para que prossiga no julgamento da causa."

Em relação à supracitada *EC 17/97*, prevalecem, ainda, os julgados anteriores da Suprema Corte em que se fundou o acórdão do Órgão Especial, que foi proferido no AMS 2005.03.99.047020-5.

Sobre não serem tais emendas constitucionais auto-aplicáveis, por dependerem de lei ordinária, e por caber apenas a esta instituir tributo, vedada a atuação do constituinte, o que se pode afirmar é que, mesmo que fosse tal a situação decorrente de tais emendas, ainda assim não haveria ofensa ao princípio da legalidade, como já decidiu a Suprema Corte na ADI 2.031, Rel. Min. ELLEN GRACIE.

Salientou, a propósito, a relatora:

"O argumento de que somente por meio de lei poder-se-ia inovar no campo tributário, criando ou majorando tributo, esbarra, no caso, no § 4º do art. 66 da Carta, que dispõe sobre o instituto do 'veto' presidencial. Se este é suscetível de rejeição pelo Parlamento, pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, a criação de tributo por emenda constitucional, com a manifestação da vontade de uma maioria qualificada de 3/5 dos membros de cada Casa, em 2 (dois) turnos de votação, supera o obstáculo que residiria na participação do Presidente da República no processo legislativo com o seu poder de veto, como observou com propriedade o Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da liminar. Ademais, entendo que a emenda constitucional pode ter por conteúdo qualquer matéria, com exceção, exclusivamente, daquelas que se caracterizam como cláusulas pétreas, como salientou com precisão o Min. Moreira Alves no seu voto de fls. 184/185. Segundo Sua Excelência, 'a não ser assim, estaríamos diante de uma situação realmente delicada: a de admitir que medida provisória pode criar tributos, mas emenda constitucional não possa fazê-lo'.
No que toca à iniciativa privativa do Presidente da República quanto às leis que disponham sobre matéria tributária, somente tem vez no que se refere aos Territórios Federais. A jurisprudência desta Corte fixou o entendimento de que o artigo 61, § 1º, II, *b*, da Constituição Federal diz respeito exclusivamente a esses Territórios (ADIn nº 2.304/RS, DJ 15.12.2000, Min. Sepúlveda Pertence e ADIn nº 352/DF, DJ 12.12.1997, Min. Celso de Mello). Se ao Congresso Nacional é facultada a iniciativa de lei sobre matéria tributária, nenhum obstáculo há para que essa faculdade seja exercida por meio de emenda constitucional."

E, no caso, saliente-se, o que se discute é a exigibilidade do PIS em função da base de cálculo, objeto da MP 517/94 e reedições, e não por força e com exclusivo amparo em norma constitucional, tanto assim que o contribuinte impugnou a validade

constitucional de tal base de cálculo, tratada por ato normativo infraconstitucional.

Acerca da inconstitucionalidade da própria MP 517/94 - e, assim, de suas reedições, e da Lei 9.701/98 -, houve pronunciamento do Órgão Especial da Corte, no INAMS 95.03.052376-1, cujo acórdão foi assim ementado:

> "TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. PIS. EMENDA DE REVISÃO DE Nº 1/94. ART. 72, V, DO ADCT. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. NORMA DE CONDUTA, PORTANTO DE APLICAÇÃO IMEDIATA. DEFINIÇÃO NA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA DO QUE SEJA RECEITA BRUTA OPERACIONAL. MODIFICAÇÃO PELO ART. 1º, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 517/94 E REEDIÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA PELO ORGÃO ESPECIAL. I - A Emenda Constitucional de Revisão nº 1 de março de 1994, incorporou o PIS ao Fundo Social de Emergência, a teor do art. 72, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com sua base de cálculo e alíquotas previamente estabelecidas. II - A base de cálculo do tributo, tal seja, a receita bruta operacional, já estava definida na legislação do Imposto de Renda (art. 44 da Lei nº 4506/64; art. 12 do Decreto-lei 1.598/77 e 226 do Decreto nº 1041/94) e, dessa forma, foi recebida pela Emenda de Revisão nº 1/94. III - A norma do artigo 72, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é entendida como regra de aplicação imediata, direta e integral, independentemente de qualquer outra legislação. IV - Dessemelhança entre os conceitos de receita operacional e receita bruta operacional, estando o segundo compreendido no primeiro, que é bem mais amplo. Logo, aceitar-se o termo receita operacional bruta implica violar o Texto Constitucional por ampliação indevida da base de cálculo. V - O artigo 72, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao adotar a receita bruta operacional como base de cálculo do PIS, vedou a lei incluir ou reduzir qualquer parcela integrante de sua definição (art. 44, da Lei nº 4.506/64). Logo, os resultados financeiros não compõem a receita bruta operacional. VI - Impossibilidade de alteração da legislação vigente a época por norma infraconstitucional, maiormente quando há vedação expressa de utilização da medida provisória. VII - Acolhida a argüição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória nº 517/94 e suas reedições."

No INAMS 95.03.052376-1, reconheceu-se a inconstitucionalidade, forte no entendimento de que o conceito de receita bruta operacional, contido no artigo 72, V, do ADCT, estava previsto na legislação do imposto de renda, a qual não poderia ser alterada por medida provisória, em função do artigo 73 do próprio ADCT ("Na regulação do Fundo Social de Emergência não poderá ser utilizado o instrumento previsto no inciso V do art. 59 da Constituição"), de tal modo que a MP 517/94 e reedições, ao alterarem o que dispôs a lei do imposto de renda, violaram a própria base de cálculo prevista no inciso V do artigo 72 do ADCT.

Diferentemente da situação que envolve o artigo 2º da EC 10/96, em que existe acórdão do Órgão Especial proferido e vinculante para o caso dos autos em concreto; no tocante à MP 517/94, tendo em vista que o presente feito é diverso e posterior àquele em que acolhida a respectiva arguição, pode a Turma, com base no artigo 176, parágrafo

único, do Regimento Interno, por se tratar de precedente e não de decisão concreta proferida nestes autos, desvincular-se do acórdão prolatado em *1996*, para aplicar a solução constitucional hoje definida pela Suprema Corte, conforme exposto em seguida.

Com efeito, não obstante o precedente do Órgão Especial de 1996, impõe-se observar que tal inconstitucionalidade foi superada em data recente, posterior ao próprio julgamento da Turma, em 2009, que se referiu ao acórdão de arguição, tendo em vista o decidido pela Suprema Corte no RE 346.983, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJE 13/05/2010:

> "EMENTA: TRIBUTO. Contribuição para o PIS. Medida Provisória nº 517/94. Fundo Social de Emergência. Matéria estranha à MP. Receita bruta. Conceito Inalterado. Constitucionalidade reconhecida. Recurso provido. A Medida Provisória nº 517/94 não dispõe sobre Fundo Social de Emergência, mas sobre exclusões e deduções na base de cálculo do PIS."

Em embargos declaratórios, rejeitados, reiterou a Suprema Corte que:

> RE 346.983 ED, Rel. Min. Min. GILMAR MENDES, DJE 29/04/2011: "Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Fundo Nacional de Emergência. 3. O acórdão embargado decidiu pela inaplicabilidade da vedação enunciada no artigo 73 do ADCT às espécies tributárias eleitas para o custeio do fundo instituído por meio do artigo 71 do ADCT. 4. Exigibilidade da contribuição ao PIS nos moldes previstos no artigo 72, inciso V, do ADCT, independentemente da edição de lei complementar. Entendimento sufragado pela maioria do colegiado. 5. Juízo de rejeição da tese vencida afasta a idéia de omissão do aspecto nela abordado. 6. Embargos de declaração rejeitados."

No mesmo sentido, decidiu a 1ª Turma da Suprema Corte:

> RE 576.213 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJE 07/04/2011: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 517/1994. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

> RE 322.806 AgR, Rel. Min. CARMÉN LÚCIA, DJE 12/04/2011: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. 1. Constitucionalidade da alteração na base de cálculo promovida pela Medida Provisória nº 517/1994. 2. Emenda Constitucional nº 10/1996. Prazo nonagesimal. Inaplicabilidade à norma que apenas prorroga alíquota cobrada anteriormente. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

Especificamente em relação a acórdão desta Corte, lavrado a partir do decidido na supracitada arguição de inconstitucionalidade, foi proferida a mesmíssima solução pela Suprema Corte:

> RE 331.496, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJE 02/08/2010:

"Vistos.
A União interpõe recurso extraordinário, com fundamento nas alíneas 'a' e 'b' do permissivo constitucional, contra acórdão da Quarta Turma do *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, assim ementado, na parte em que interessa:
'TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS). EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO Nº 1/94. INSTITUIÇÃO DO FUNDO SOCIAL DE EMERGÊNCIA. ART. 72, V, DO ADCT. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL TAL COMO DEFINIDA NA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. MODIFICAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA E SUAS REEDIÇÕES. AFRONTA AO ARTIGO 73 DO ADCT. FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE.
.....
II - O preceito constitucional em referência adotou como base de cálculo da contribuição ao PIS a receita bruta operacional, tal qual definida na legislação do imposto renda. Dessa forma, o texto magno vedou à lei a possibilidade de inclusão, redução ou exclusão de qualquer parcela integrante de sua definição (art. 44 da Lei nº 4.506/64). Destarte, os resultados financeiros não compõem a receita bruta operacional.
III - Por sua vez, o artigo 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é incisivo ao determinar que, na regulação do Fundo Social de Emergência, não poderá ser utilizada como instrumento a medida provisória. Portanto, se o PIS constitui um dos elementos integrantes do Fundo, a inconstitucionalidade afigura-se patente.
IV - Precedentes deste Tribunal (Acolhimento da Argüição de Inconstitucionalidade em Mandado de segurança nº 164500, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória nº 517/94 e suas respectivas reedições).
V - Apelação e Remessa Oficial improvidas' (fl. 250).
Alega a recorrente contrariedade ao artigo 153, § 2º, inciso I, da Constituição Federal. Afirma que 'o v. acórdão discutido ao declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 517/94 e suas reedições e ao adotar um conceito restritivo para a base de cálculo do PIS contrariou o art. 153, § 2º, inciso I' (fl. 271).
Contra-arrazoado (fls. 347 a 387), o recurso extraordinário (fls. 254 a 272) foi admitido (fl. 471).
Opina o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira, pelo desprovimento do recurso extraordinário.
Decido.
Anote-se, inicialmente, que o acórdão recorrido foi publicado em 30/3/99, como expresso na certidão de folha 252, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07.
A irresignação merece prosperar.
A Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que o Fundo Social de Emergência não pode ser regulado por Medida Provisória, nos termos do artigo 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Verifica-se que a

Medida Provisória nº 517/94 não contrariou aquele dispositivo constitucional, haja vista que somente dispôs sobre a contribuição para o Programa de Integração Social - PIS. Nesse sentido, confira-se:

'EMENTA: TRIBUTO. Contribuição para o PIS. Medida Provisória nº 517/94. Fundo Social de Emergência. Matéria estranha à MP. Receita bruta. Conceito Inalterado. Constitucionalidade reconhecida. Recurso provido. A Medida Provisória nº 517/94 não dispõe sobre Fundo Social de Emergência, mas sobre exclusões e deduções na base de cálculo do PIS' (RE nº 346.983/RJ, Segunda Turma Relator o Ministro Cezar Peluso, DJE de 14/5/10).

'Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. PIS. Constitucionalidade. MP nº 1.212, de 28 de novembro de 1995. 3. Inexistência de violação ao artigo 239 da Carta Magna. 4. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI nº 617.899/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJE de 7/3/08).

'TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.212/95 E REEDIÇÕES. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO' (AI nº 450.090/MG-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 16/2/07).

'I. PIS: MPr 1212/95: firmou-se o entendimento do STF, a partir do julgamento da ADIn 1417 (Gallotti, DJ 23.03.01), no sentido da constitucionalidade das alterações incorporadas à disciplina do PIS pela MPr 1.212/95 e suas reedições. II. Contribuição social: instituição ou aumento por medida provisória: prazo de anterioridade (CF, art. 195, § 6º). O termo a quo do prazo de anterioridade da contribuição social criada ou aumentada por medida provisória é a data de sua primitiva edição, e não daquela que - após sucessivas reedições - tenha sido convertida em lei: precedentes' (AI nº 520.091/SP-AgR-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/5/06).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para reformar o acórdão recorrido e denegar a segurança.

....."

Como se observa, encontra-se superada a inconstitucionalidade que o Órgão Especial desta Corte pronunciou em relação à MP 517/94 e reedições, por ter sido declarado válida, pela Suprema Corte, a edição de medida provisória para tratar da base de cálculo do PIS, a que se referiu o artigo 72, V, ADCT.

Na espécie, a sentença julgou improcedente o pedido, solução esta que, considerando a jurisprudência aplicável, deve ser confirmada.

Ante o exposto, na continuidade do julgamento, nego provimento à apelação.

Diante do pedido de vista, faço, nesta data, 27/05/2011, a liberação dos autos, com relatório e voto, para encaminhamento ao Desembargador Federal MÁRCIO MORAES.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES:

Cuida-se de apelação interposta por Multiplic S/A e outros, em face de sentença

proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal de São Paulo/SP, que julgou improcedente pedido veiculado em ação ordinária visando: a) o reconhecimento do direito ao recolhimento das contribuições ao PIS nos moldes da LC 7/70 nos períodos de janeiro/96 até quando decorridos noventa dias da publicação da Lei nº 9.710/98, afastando a exigência da exação com base nas EC's nºs 10/96 e 17/97, por não serem auto-aplicáveis; bem como com fundamento nas Medidas Provisórias que as regulamentaram; ou b) fosse reconhecida a inconstitucionalidade das Medidas Provisórias nºs 1.274/96 a 1.674-57/98 (todas fruto da reedição da MP nº 517/94) e, em sendo admitida a auto-aplicabilidade das EC's nºs 10/96 e 17/97, a declaração do direito da autora a recolher a contribuição ao PIS somente sobre a receita bruta operacional; ou, ainda, c) caso admitida a constitucionalidade das Medidas Provisórias nºs 1.274/96 a 1.674-57/98, fosse declarado o direito das vindicantes a recolher a exação nos moldes nelas estabelecidos somente quando decorridos 90 (noventa) dias da publicação da Lei nº 9.701/98, nos termos do artigo 195, § 6º, da CF/88.

Neste Tribunal, distribuídos os autos ao eminente Desembargador Federal Carlos Muta, houve sujeição a julgamento do feito na sessão de 17/12/2009, ocasião em que a Turma, preliminarmente, reconheceu, em parte, à unanimidade, a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º da EC nº 10/96, submetendo a questão constitucional ao exame do Órgão Especial desta Corte, nos termos dos artigos 97 da Constituição Federal, 481 do Código de Processo Civil e 11, parágrafo único, letra "g" do RITRF - 3ª Região, suspendendo, em conseguinte, o julgamento do apelo até solução definitiva da matéria prejudicial.

Submetida a julgamento perante o Órgão Especial na sessão de 29/09/2010, a arguição de inconstitucionalidade culminou por ser julgada improcedente, ressalvado entendimento pessoal do Relator em sentido oposto. Aludida deliberação supedaneou-se em precedentes do Excelso Pretório, no âmbito dos quais restou arredada a pecha de inconstitucionalidade tanto da EC nº 10/96 como da EC nº 17/97 (Recursos Extraordinários nºs 595.673; 495.724; e AI nº 440.336).

Retomado o julgamento perante esta Turma, em 26 de maio do fluente, o e. Relator negou provimento à apelação para manter a sentença, alinhando, em prol de seu pensar, os seguintes argumentos:

1 - certo que o Pleno do E. Supremo Tribunal Federal, na sessão de 02/02/2011, ao apreciar o RE nº 587.008, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, reconheceu a violação da anterioridade mitigada (artigo 195, § 6º, da CF/88) pela EC nº 10/96, relativamente à CSL;

2 - a temática constitucional relacionada ao art. 2º da EC nº 10/96 acha-se, à atualidade, albergada pela preclusão, vendo-se a Turma impedida de alterar a decisão haurida no Órgão Especial, "ex vi" do art. 97 da Constituição, sendo certo que a dispensa de vinculação de que trata o art. 176, parágrafo único, do RITRF - 3ª Região, respeita a processos que ainda pendem de julgamento, e não ao próprio feito em que já houve a palavra do Órgão quanto à conformidade à Carta Magna;

3 - no que tange ao artigo 4º da EC nº 17/97, o Órgão Especial desta Corte, ao apreciar o AMS nº 2005.03.99.047020-5, em 29/09/2010, decidiu pela sua constitucionalidade, prevalecendo, à atualidade, os julgados da Suprema Corte em que se fundamentou.

4 - a inconstitucionalidade da MP nº 517/94, e de suas reedições, restou decantada pelo Órgão Especial em sede distinta à presente, cabendo salientar que a reportada

mácula acabou rejeitada pelo Excelso Pretório, que, em mais de uma oportunidade, declarou a validade de edição dos atos presidenciais a trato da base de cálculo do PIS, a que se reporta o art. 72, inc. V, do ADCT.

Na oportunidade, pedi vista dos autos, para melhor me assenhorear da matéria em debate, e, agora, trago meu voto.

Impressionou-nos, a princípio, a assertiva contida no Voto do E. Relator, no sentido de que o Pleno do E. Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 02/02/2011, ao apreciar o RE nº 587.008, de relatoria do E. Ministro Dias Toffoli, agasalhou entendimento diverso ao esgrimado pelo Órgão Especial na espécie dos autos, tal seja o de que a EC nº 10/96 deveria observância ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Nesse cenário, poder-se-ia argumentar que restou cessada a vinculação da Turma aos lindes da declaração de constitucionalidade da EC nº 10/96 pelo Órgão Especial deste Tribunal, nos termos do parágrafo único do artigo 176 do Regimento Interno desta Corte.

Remarque-se, por oportuno, que se cuida, primordialmente, de questão procedimental, ao se perquirir da possibilidade da Turma apartar-se da deliberação haurida no Órgão Especial, por conta de possível esvaziamento da força vinculativa da argüição de inconstitucionalidade.

Com essa observação introdutória, prossiga-se.

Dispõe o art. 176 do RITRF-3ªRegião:

> "A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pelo Plenário, aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário.
> Parágrafo único - Cessará a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente."

Com respeito à aplicabilidade desse preceito, entendemos, com a devida vênia do E. Relator, que, havendo decisão do E. STF a respeito da matéria, a Turma Julgadora fica desvinculada da declaração de constitucionalidade afirmada pelo Órgão Especial, ainda que tal manifestação tenha se dado no caso concreto, não havendo, dessarte, que se falar em preclusão da questão no âmbito deste processo. Mirando-se a norma regimental, não entrevejo amparada a conclusão alçada pela ilustrada relatoria, pois no dispositivo não consta, textualmente, que a desvinculação da Turma dar-se-á apenas no que atina a feitos outros que não aquele em que sucedeu a delibação do Órgão Especial sobre a temática constitucional, em vereda oposta à encampada pela Superior Instância. A par de não ser lícito ao exegeta gizar restrição quando a própria norma não o fez, raciocinar desta forma implicaria descurar a interpretação guindada pela Corte incumbida da guarda do Texto Excelso, abrindo, futuramente, margem ao aviamento de ações rescisórias, presente o fato de que o óbice ventilado na Súmula nº 343 do STF não incide quando em jogo matéria de índole constitucional. Em tal medida, a linha de pensamento não consultaria à própria economicidade processual e à racionalidade que hão de imperar no desate dos litígios.

Certo que a questão comportaria, de nossa parte, maiores digressões. Fato, porém, que tal discussão, na espécie, se mostra inócua.

Isso porque a declaração do E. Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10/97 se deu relativamente ao inciso III do artigo 72 do

ADCT, sendo certo que o objeto deste feito é a inconstitucionalidade da referida emenda frente ao inciso V do referido artigo da norma transitória, o que não legitima a incidência da norma regimental supratranscrita.

Com efeito, o precedente trazido pela impetrante (RE 587.008) encontra-se assim ementado:

> "Recurso extraordinário - Emenda Constitucional nº 10/96 - Art. 72, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) - Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) - Alíquota de 30% (trinta por cento) - Pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 - Alegada violação ao art. 195, § 6º, da Constituição Federal. 1. O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo. 2. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado. 3. A emenda Constitucional nº 10/96, *especialmente quanto ao inciso III do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* - objeto de questionamento - é um novo texto que veicula nova norma, e não mera prorrogação da emenda anterior. 4. Hipótese de majoração da alíquota da CSSL para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91. 5. Necessidade de observância do princípio da anterioridade nonagesimal contido no art. 195, § 6º, da Constituição Federal. 6. Recurso Extraordinário a que se nega provimento." (destaquei)

Nota-se, assim, que a questão vertida no julgado do STF - inconstitucionalidade, por ofensa ao artigo 195, § 6º, da CF/88, da EC nº 10/96, quanto ao inciso III do artigo 72 do ADCT, *que diz respeito à CSSL* - não é idêntica à discutida nestes autos - inconstitucionalidade da EC nº 10/96, quanto ao inciso V do artigo 72 do ADCT, *que trata da contribuição ao PIS*.

Observe-se, por oportuno, que a Suprema Corte, mesmo após o julgamento do RE nº 587.008 acima referenciado, vem decidindo, monocraticamente pela constitucionalidade das disposições da EC nº 10/96, relativamente à contribuição ao PIS conforme se verifica nos seguintes excertos de julgado daquela E. Corte:

> "(...)
> 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que considerou constitucional a cobrança do PIS com base na Medida Provisória 517/94, convertida na Lei 9.701/98, declarou a inconstitucionalidade da cobrança da referida contribuição com base nos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.448/88, e determinou, para efeito de compensação dos valores indevidamente recolhidos, a aplicação da Taxa Selic e de expurgos inflacionários (fls. 265-271). (...) 5. O recurso não merece prosperar. Preliminarmente, verifico que, com exceção dos artigos 5º, II, 48, I, 60, § 3º, 61, § 1º, II, *a*, 84, IV, e 150, I, da CF/88, os demais dispositivos aos quais se alegou violação não se encontram prequestionados, porque não abordados pelo acórdão recorrido e, embora suscitados nos embargos de declaração opostos para

satisfazer o requisito do prequestionamento, não foram oportunamente apontados nas razões do recurso de apelação. Incidem, na espécie, as Súmulas STF 282 e 356. 6. *Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da constitucionalidade das alterações promovidas no regime legal da contribuição para o PIS pela Emenda Constitucional 10/96*. (...)
7. A respeito da alegada violação ao art. 195, § 6º, da CF/88, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a prorrogação da data originariamente prevista para vigorar o tributo não equivale a sua instituição ou majoração, razão pela qual a anterioridade nonagesimal não incide nessa hipótese. (...) 11. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do CPC)."
(RE 540555, Relatora Min. ELLEN GRACIE, j. 30/03/2011, DJe 04/04/2011).

"DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. CONTRIBUIÇÃO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 517/1994. EFEITOS RETROATIVOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 10/96. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (...) 4. Razão jurídica não assiste aos Recorrentes. 5. Anote-se, ainda, que, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.420, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ 19.12.1997, este Supremo Tribunal assim se manifestou quanto à eficácia retroativa da Emenda Constitucional nº 10/96: 'Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Cautelar. 2. Fundo Social de Emergência. 3. Arguição de inconstitucionalidade de expressões constantes dos arts. 71 e § 2º; 72, incisos III e V, do ADCT da Constituição de 1988, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 10, de 4.3.1996. 4. Controle de validade de emenda à Constituição, à vista do art. 60 e parágrafos, da Constituição Federal. Competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 'a'). Cláusulas pétreas. 5. Os arts. 71, 72 e 73 foram incluídos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994. 6. *A Emenda Constitucional nº 10/1996 alterou os arts. 71 e 72, do ADCT, prorrogando-se a vigência do Fundo Social de Emergência, no período de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997. 7. A inicial sustenta que, exaurido o prazo de vigência do Fundo Social de Emergência a 31.12.1995, não poderia a Emenda Constitucional nº 10, que é de 4.3.1996, retroagir, em seus efeitos, a 1º de janeiro de 1996, pois, em assim dispondo, feriria o direito adquirido dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que concerne à participação no Fundo a que se refere o art. 159, inciso I, da Constituição, e à incidência do art. 160 da mesma Lei Maior, no período de 1º de janeiro até o início de vigência da aludida Emenda Constitucional nº 10, de 4.3.1996*. (...)' *Nada há a prover quanto às alegações dos Recorrentes*. 6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)."
(RE 390111, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. 26/04/2011, DJe 09/05/2011)

Dessarte, não se tratando de matéria idêntica, inaplicável, na espécie, o quanto previsto no parágrafo único do artigo 176 do RITRF - 3ª Reg., devendo, assim, ser

observado o provimento exarado pelo Órgão Especial, que decidiu pela constitucionalidade da EC nº 10/96.

Idêntico entendimento há de ser adotado no tocante à EC nº 17/97, cuja constitucionalidade também foi reconhecida pelo Órgão Especial desta Corte.

Nada obstante tenha o ilustre Ministro Dias Toffoli decidido, monocraticamente, pela inconstitucionalidade da aludida norma (RE nº 517537, j. 09/05/2011), utilizando, como razões de decidir, o julgamento proferido no RE nº 587008, fato é que, como visto, cuida-se de normatização e exação distintas.

Aliás, mesmo posteriormente ao advento dessa última decisão singular, possível avistar que o Excelso Pretório reafirmou a orientação referente à inocorrência de ofensa, por parte da EC nº 17/97, ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Confiram-se os termos do decisório, no que de pertinência à presente sede:

> "Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição federal) interposto de acórdão, proferido por Tribunal Regional Federal, cuja ementa possui o seguinte teor:
> (...)
> O recurso não merece seguimento.
> (...)
> Quanto ao entendimento relativo às regras da irretroatividade e da anterioridade nonagesimal, especial ou mitigada (art. 195, § 6º da Constituição), o acórdão recorrido não discrepa da orientação firmada por esta Corte. Confira-se:
> 'EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. EC 17/97. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. O termo 'a quo' do prazo de anterioridade previsto no art. 195, § 6º, da CB/88 flui da data da publicação da medida provisória, que não perde a eficácia, se não convertida em lei, mas editado outro provimento da mesma espécie, dentro do prazo de validade de trinta dias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.' (RE 595.673-AgR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 07.08.2009).
> Do exposto, nego seguimento ao presente agravo.
> (...)".
> (AI nº 844.901/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 10/05/2011, DJe 18/05/2011).

Por derradeiro, tocante à problemática alusiva à aplicabilidade da Medida Provisória nº 517/94 e reedições, cumpre-nos acompanhar o entendimento sustentado pelo eminente Relator, sem maiores digressões. De efeito, singrando o posicionamento destacado por Sua Excelência, nada obstante anterior deliberação do Órgão Especial deste Tribunal, a acenar à presença de inconstitucionalidade na situação em enfoque, exato é que a jurisprudência do Excelso Pretório firmou-se em sentido diverso, apontando a higidez da modificação da base de cálculo pelo ato presidencial em destaque.

Acreditamos oportuno aditar, aos precedentes hauridos pelo ilustrado Relator, o paradigma que subsegue:

> "(...)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. CONTRIBUIÇÃO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 517/1994. EFEITOS RETROATIVOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 10/96. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base nas alíneas *a* e *c* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou apelação e remessa necessária em mandado de segurança, nos termos seguintes:

(...)

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

4. Razão jurídica não assiste aos Recorrentes.

(...)

O julgado recorrido está em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou que a Medida Provisória nº 517/94 não teria disposto sobre Fundo Social de Emergência, mas sobre exclusões e deduções na base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS.

(...)

6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se."

(RE 390111/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. 26/04/2011, DJe 09/05/2011).

Por todo o exposto, acompanho o E. Relator, para negar provimento ao apelo da vindicante, mantendo a sentença recorrida, nos termos da fundamentação "supra".

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES:

Trata-se de apelação e remessa oficial em ação declaratória com o objetivo de assegurar o recolhimento da contribuição ao PIS na forma da Lei Complementar nº 7/70, de janeiro/96 até 90 (noventa) dias após a publicação da Lei nº 9.701/98, afastando a cobrança prevista nas Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97 e medidas provisórias regulamentadoras, ou, subsidiariamente, o direito de recolhê-la considerando apenas a receita bruta operacional (faturamento), afastando as disposições da Medida Provisória nº 517/94 e de suas reedições, e, ainda, admitida a aplicação das referidas medidas provisórias, seja declarada que a referida contribuição só possa ser exigida quando decorridos 90 dias do advento da lei retromencionada, como preceitua o art. 195, § 6º, da CF/88.

Adoto o relatório do eminente Relator.

A controvérsia acerca da ofensa perpetrada pela EC nº 10/96 aos princípios da

retroatividade e da anterioridade mitigada encontra-se superada no âmbito desta Corte, haja vista que, na sessão de 29/09/10, o Órgão Especial julgou improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade suscitada no presente feito.

Por seu turno, o questionamento acerca do mesmo tema, porém no que tange à EC nº 17/97, também se encontra superado no âmbito desta Corte, haja vista que, nessa mesma sessão, o Órgão Especial julgou improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos da ApelReex nº 2005.03.99.047020-5.

Mister salientar que, ainda que se trate de arguição de inconstitucionalidade instaurada e apreciada no bojo dos autos, em homenagem à disciplina do art. 176 do Regimento Interno desta Corte e, eventual manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria pode ser aplicada de imediato ao caso concreto se o julgamento ainda não se consumou no âmbito do órgão fracionário, pois, de outra feita, restariam comprometidas a celeridade processual e a autoridade das decisões proferidas pela Corte Suprema.

Cumpre ressaltar que, no julgamento do RE nº 587.008, apreciando controvérsia acerca da majoração de alíquota da CSL devida pelas instituições financeiras, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a EC nº 10/96 violou os princípios da irretroatividade e da anterioridade mitigada, sinalizando, dessarte, que o referido entendimento poderá eventualmente ser aplicado em relação ao PIS e à EC nº 17/97, todavia, como tal linha de raciocínio não ultrapassa o campo das cogitações e considerando que a questão versada nos autos diz respeito unicamente à contribuição ao PIS, impõe-se a prevalência da constitucionalidade das Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97, como reconhecida pelo Órgão Especial desta Corte.

Por outro lado, a despeito do meu entendimento acerca da matéria, firme no sentido de que a base de cálculo do PIS devido pelas instituições financeiras abarca não só o conceito de receita bruta operacional, mas todas as receitas típicas da atividade econômica exercida por tais entidades, vinha me manifestando no sentido de que a referida a controvérsia, ainda que apresentada com a abordagem da Emenda Constitucional nº 17/97, já fora objeto de deliberação do Órgão Especial desta Corte por ocasião do julgamento do INAMS 95.03.052376-1 e que tal precedente seria suficiente para reconhecer em parte o direito vindicado pelo contribuinte.

Assim me manifestei por entender que não havia pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, quer porque o entendimento firmado pela Segunda Turma no julgamento do RE nº 346.983 fora objeto de embargos de declaração do contribuinte, na época pendentes de apreciação, quer porque controvérsia análoga a essa, ou seja, a extensão do conceito de receita bruta para fins de apuração da base de cálculo do PIS devido pelas instituições financeiras, nos termos da Lei nº 9.718/98, fora também apreciada pela referida Turma no RE nº 400.479 e posteriormente afetada ao Plenário.

Entretanto, conquanto outrora tenha me manifestado pela prevalência da decisão proferida pelo Órgão Especial no INAMS 95.03.052376-1, impende salientar que a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal vem se firmando em sentido oposto e reconhecendo a constitucionalidade da MP nº 517/94, como se denota dos precedentes indicados nos votos proferidos pelos eminentes desembargadores que me antecederam (fls. 223/231 e 234/238), motivo pelo qual revejo o meu ponto de vista para adotar o referido entendimento.

Ante o exposto, acompanhando o voto proferido pelo eminente Relator, nego provimento à apelação.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES

- Sobre a arguição de inconstitucionalidade do artigo 4º da EC nº 17/97, que trata da contribuição ao PIS, veja também o seguinte julgado: ARGINC 0057589-66.1997.4.03.6100/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicada na RTRF3R 106/584.
- Sobre a arguição de inconstitucionalidade da MP nº 517/94 e suas reedições, veja também o seguinte julgado: ARGINC AMS 95.03.052376-1/SP, Relatora Juíza Lucia Figueiredo, publicada na RTRF3R 33/169.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0025470-28.2011.4.03.0000
(2011.03.00.025470-4)

Agravante: JOÃO THOMAZ
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Autor: JOÃO THOMAZ
Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SANTORO FACCHINI
Classe do Processo: AI 450112
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE OS RÉUS E A SOCIEDADE BRASILEIRA ASSIM COMO COM AS VÍTIMAS DA DENOMINADA OPERAÇÃO BANDEIRANTES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR OS PEDIDOS - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE REGRESSO PRETENDIDO.
1. A competência cível estendida à Justiça Militar Estadual pela Emenda Constitucional nº 45, restringe-se a questões envolvendo infrações disciplinares, do que ora são se trata. Precedente (Conflito de Competência nº 100.682/MG; Primeira Seção; Rel. Min. Castro Meira; v. u.; DJe: 18/06/2009).
2. A análise dos pedidos formulados na inicial indica a necessidade de decisão uniforme da lide, tanto para a União, quanto para o Estado de São Paulo. Trata-se, pois de litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 47 e seguintes do CPC, fato que remete a competência do julgamento para a Justiça Federal.
3. O Ministério Público Federal pretende, por meio do reconhecimento do pretenso direito de regresso, proteger o patrimônio público em razão das indenizações desembolsadas pelas pessoas jurídicas de direito público, como reparação civil de condutas criminosas que, no aspecto individual, são atribuídas ao agravante. Legitima-se a atuação do "parquet" federal pela inércia, em tese, das próprias pessoas jurídicas de direito público em buscar a recomposição do erário público - Constituição Federal, artigo 129, III; Lei Complementar nº 75/1993, artigo 6º, inciso VII, "b", "d".
4. O Brasil não subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a Humanidade de 1968, e somente reconheceu a autoridade da Corte Interamericana em 2002, através do Decreto nº 4.463/2002. Pode-se, por outro lado, afirmar que os fatos narrados nos autos não indicam a ocorrência de tortura, como fato ocasional ou delimitado, mas, ao revés, revelam a sua prática, sistematizada e institucionalizada, contra parte da própria população nacional, composta, à época, por opositores do governo militar instalado no Brasil em 1964.
5. Em princípio, tais condutas não podem ser excluídas daquelas previstas no tratado que conduziu à criação do Tribunal Penal Internacional. Neste passo, o Brasil é signatário do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, criado pela

Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em julho de 1.988. O referido tratado, assinado pelo Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 112, que, a seu turno, foi promulgado pelo Decreto Presidencial 4.388, de 25.09.2002.

6. Em tese, as condutas descritas na ação civil pública podem ser tipificadas no referido Tratado Internacional, que, a seu turno, contém, dentre outros, os princípios da imprescritibilidade dos crimes e da responsabilização individual dos perpetradores, independentemente da responsabilização dos Estados.

7. Considerando as disposições do artigo 5º, inciso LXXVIII e respectivos parágrafos, da Constituição Federal, as disposições sobre direitos humanos têm aplicação imediata no Brasil. Exemplos de tal aplicação imediata de tratados internacionais sobre direitos humanos extraem-se de julgados do Supremo Tribunal Federal, que afastaram a prisão civil prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, por conflitar com disposições advindas de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (STF, RExt 349.703 e 466.343 e HC 87.585).

8. A questão que se coloca é se a incorporação do referido tratado no ordenamento nacional também abrange os crimes praticados antes de sua vigência, e, no caso, antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal. A resposta, neste caso, é negativa, tanto que o Ministério Público não ofereceu denúncia criminal contra o agravante, firmando-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a recepção, pela Constituição Federal, da Lei 6.683/79, a chamada lei da anistia, não obstante a adesão, pelo Brasil, ao referido tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, e do reconhecimento da autoridade das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

9. Não reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a aplicação do referido Tratado sobre os crimes de tortura descritos na inicial, não existem fundamentos para afirmar que os seus efeitos civis possam ter repercussão no ordenamento nacional.

10. A questão da alegada imprescritibilidade de se obter a indenização pelos crimes pretensamente praticados pelo agravante deve ser analisada sob o enfoque da própria legislação constitucional brasileira, excluindo-se, como visto, as disposições contidas nos Tratados Internacionais supracitados.

11. Como já anotado, a lei de anistia - Lei nº 6.683/79, editada em momento anterior, foi recepcionada pela atual Carta Constitucional, segundo decisão do E. Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153. Argumenta-se que a referida concedeu, apenas, a anistia penal, mas não afastou a responsabilização civil.

12. A tese da imprescritibilidade da indenização civil encontra eco no E. Supremo Tribunal Federal, “ex vi” da decisão proferida pelo Eminente Ministro Ayres Britto, na Reclamação nº 12131, publicado no DJe em 06/10/2011, quando analisou o que fora decidido na ADPF nº 153.

13. No âmbito constitucional, o crime de tortura não é imprescritível (artigo 5º, inciso XVIII da CF), resultando, ainda, que o fundamento para a imprescritibilidade não reside em tratados internacionais.

14. A pretensão do Ministério Público Federal escorou-se, ainda, na aplicação do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal. Não se extrai, da dicção do artigo

37, parágrafo 5º, da Constituição Federal referido normativo constitucional, que existam restrições ao direito de ressarcimento em decorrência de atos ilícitos, praticados por agentes públicos, que causem prejuízos ao Erário.

15. A nova ordem constitucional pode respeitar ou não o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito ocorridos na ordem anterior. No caso da atual Carta Constitucional, promulgaram-se as disposições constitucionais transitórias para disciplinar o chamado direito de transição entre a velha e a nova ordem constitucional. Não há nenhuma disposição no sentido de estender a imprescritibilidade da indenização devida por agentes públicos aos fatos pretéritos, nem quando foi disciplinada, especificamente, a questão da anistia e da reparação a ser paga pelo Estado aos perseguidos políticos, conforme o artigo 8º, do ADCT.

16. No que tange a aplicação da legislação ordinária, mesmo que se considerasse o prazo máximo de vinte anos de prescrição previsto no artigo 177 do então vigente Código Civil de 1916, e que tal prazo somente fosse contado a partir da promulgação da nova Constituição Federal, ter-se-ia sua fluência em outubro de 2008.

17. Prescrição da pretensão de responsabilização civil/administrativa dos supostos torturadores da OBAN e do DOI/CODI, ante a ausência de posição sedimentada pela Excelsa Corte sobre o tema. Prejudicadas as demais questões alvitradas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de outubro de 2011.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por João Thomaz em face de decisão proferida nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal.

Conforme relatório identificado na decisão recorrida, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face de "INNOCENCIO FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, HOMERO CESAR MACHADO, MAURÍCIO LOPES LIMA, JOÃO THOMAZ, UNIÃO FEDERAL e ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando: a) declaração de existência de relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira, assim como com as vítimas da Operação Bandeirantes, em razão de suas responsabilidades pessoais pelas violações aos direitos humanos; b) condenação dos quatro primeiros réus ao pagamento regressivo à UNIÃO e ao ESTADO DE SÃO PAULO dos valores por tais entes pagos a título de indenização às vítimas da repressão, em razão do estipulado pelas Leis 9.140/95 e 10.559/02; c) condenação destes mesmos réus à reparação dos danos morais coletivos; d) condenação destes à perda dos cargos e funções públicas ou proventos de aposentadoria ou inatividade,

em razão dos atos praticados; e) condenação da UNIÃO e do ESTADO DE SÃO PAULO a repararem danos imateriais à população brasileira, através de pedido formal de desculpas, publicado em veículos de imprensa; f) condenação destes dois últimos réus a tornarem públicas as informações relativas à Operação Bandeirantes.

Citadas a UNIÃO e o ESTADO DE SÃO PAULO, estes não manifestaram interesse em compor o pólo ativo da ação, em razão dos pedidos de seu interesse, pelo que sanada eventual impossibilidade de cumulação de pedidos no presente feito.

Apresentadas as contestações por todos os réus, validamente citados, foram trazidas à baila as seguintes preliminares: a) incompetência absoluta da Justiça Federal em relação ao pedido de perda do cargo ou proventos de inatividade dos militares; b) inépcia da inicial, uma vez que os pedidos formulados estariam dissociados da causa de pedir; c) inépcia da inicial por não ter sido acompanhada por documentos essenciais para o conhecimento do pleito; d) inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido declaratório, vez que nosso ordenamento jurídico não teria a previsão de declaração de fato, mas somente de relação jurídica; e) ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, uma vez que não poderia ingressar com ação regressiva em favor da UNIÃO, além de não poder pretender defender direitos que, em verdade, são individuais homogêneos; f) ilegitimidade passiva dos réus pessoa física, uma vez que não teriam praticado os atos descritos na inicial; g) inadequação da via eleita, uma vez que não seria possível pedido declaratório por ação civil pública; h) ausência de interesse de agir, uma vez que os interesses seriam meramente políticos, sem qualquer utilidade ou necessidade; i) indispensabilidade do inquérito civil previamente à propositura da ação civil pública; j) prescrição da pretensão regressiva, uma vez que não se aplicaria a imprescritibilidade alegada pelo MPF, em razão de os fatos terem ocorrido antes desta previsão constitucional.

Foram ainda elencadas como preliminares pelo corréu JOÃO THOMAZ a carência de ação em razão de inexistência de direito de ressarcimento ao erário, por força do art. 12 da Lei 9.140/95 e também em razão da Lei de Anistia, que impediria a responsabilização pessoal pedida na inicial. Entretanto tais questões dizem respeito, em verdade, ao mérito, pelo que serão analisadas por ocasião da prolação da sentença de mérito" - fls. 1.133/1.134.

O Juízo de origem assim se pronunciou sobre as questões postas:

> "Ante o exposto, JULGO EXTINTO O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO em relação ao pedido de declaração de existência de relação jurídica entre os corréus INNOCÊNCIO, HOMERO, MAURÍCIO e JOÃO THOMAZ e as vítimas da OBAN, assim como seus familiares, tendo em vista a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para postular referido pedido, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.
> JULGO, ainda, EXTINTO O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO em relação ao pedido de desculpas formais pela UNIÃO e pelo ESTADO DE SÃO PAULO, por ausência de interesse de agir, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.
> Analisadas as preliminares e não havendo vícios ou nulidades a serem sanadas, passo a fixar os pontos controvertidos.
> Os corréus INNOCÊNCIO, HOMERO, MAURÍCIO e JOÃO THOMAZ refutam em suas contestações sua participação na OBAN e/ou nos atos de tortura descritos

na inicial. Assim é controvertida a participação destes nos eventos que fundam os pedidos declaratórios e condenatórios existentes na inicial.

Sendo tais questões de índole fática, deve a prova versar sobre estes pontos, uma vez que as demais questões trazidas na inicial e rebatidas nas contestações são eminentemente de direito" - fl. 1.138, verso.

Nas razões do recurso, em apertada síntese, sustenta-se que os pagamentos efetuados nos termos das Leis 9.140/95 e 10.559/2002, pela União Federal não podem ser cobrados, em ação de regresso contra o agravante, com base no artigo 37, parágrafo 5º, da CF, porque não se trata da ocorrência de dano direto ao Erário, pelo ato ou omissão do servidor público. Nas referidas leis apenas se cogitou da renúncia do prazo prescricional em desfavor da própria União Federal, que não pode prejudicar terceiros, a teor do artigo 191 do Código Civil. Assim, qualquer pedido de indenização contra o agravante está prescrito, nos termos do que dispõe o Código Civil, e nos próprios termos da atual Constituição Federal, porque o crime de tortura não é imprescritível, como deflui do seu artigo 5º, inciso XVIII.

Ademais decisões estrangeiras não podem ser aplicadas no Brasil, por afronta ao princípio da legalidade. O Brasil não subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a Humanidade de 1.968, e somente reconheceu a autoridade da Corte Interamericana em 2.002, pelo Decreto 4.463/2002.

Defende também a incompetência da Justiça Federal para julgar o pedido de perda do cargo ou de proventos de militares, de competência da Justiça Militar, conforme disposto pela Emenda Constitucional 45 de 2.003, ao alterar a redação do artigo 125, parágrafo 4º, da CF.

São ainda argüidas as preliminares de inépcia da inicial por ausência de documentos essenciais, e que a inicial deve ser indeferida (artigo 295, inciso II parágrafo único do CPC), pois que os pedidos são genéricos, verificando-se a inadequação da medida - (declaração de fatos) e ingerência indevida nas esferas dos demais poderes da República, bem como impossibilidade dos pedidos, em face da lei de anistia - Lei 6.683/79 -, e da própria Lei 9.140/95, que não prevê o ressarcimento dos valores pagos, rematando-se que se trata, no caso, de interesse político e não jurídico.

Recurso processado sem efeito suspensivo. Intimado, o Ministério Público Federal apresentou resposta ao recurso.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Em face do julgamento do mérito, fica prejudicado o pedido de efeito suspensivo do recurso.

Inicia-se com a apreciação da competência da Justiça Federal para processar e julgar todos os pedidos contidos na petição inicial.

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face de "INNOCENCIO FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, HOMERO CESAR MACHADO, MAURÍCIO LOPES LIMA, JOÃO THOMAZ, UNIÃO FEDERAL e ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando:

a) declaração de existência de relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira, assim como com as vítimas da Operação Bandeirantes, em razão de suas responsabilidades pessoais pelas violações aos direitos humanos;
b) condenação dos quatro primeiros réus ao pagamento regressivo à UNIÃO e ao ESTADO DE SÃO PAULO dos valores por estes pagos a título de indenização às vítimas da repressão, em razão do estipulado pelas Leis 9.140/95 e 10.559/02;
c) condenação destes mesmos réus à reparação dos danos morais coletivos;
d) condenação destes à perda dos cargos e funções públicas ou proventos de aposentadoria ou inatividade, em razão dos atos praticados;
e) condenação da UNIÃO e do ESTADO DE SÃO PAULO a repararem danos imateriais à população brasileira, através de pedido formal de desculpas, publicado em veículos de imprensa;
f) condenação destes dois últimos réus a tornarem públicas as informações relativas à Operação Bandeirantes."

Segundo o agravante, é competente a Justiça Militar Estadual para processar e julgar os pedidos formulados, especialmente aquele ligado a cassação da sua reserva remunerada, porquanto é Capitão reformado da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Tal assertiva confronta-se com o entendimento sedimentado no STJ. Segundo a Corte Superior, a competência cível estendida à Justiça Militar pela Emenda Constitucional 45, restringe-se a questões envolvendo infrações disciplinares, do que ora são se trata. Nesse sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO MP CONTRA SERVIDORES MILITARES. AGRESSÕES FÍSICAS E MORAIS CONTRA MENOR INFRATOR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLICIAL. EMENDA 45/05. ACRÉSCIMO DE JURISDIÇÃO CÍVEL À JUSTIÇA MILITAR. AÇÕES CONTRA ATOS DISCIPLINARES MILITARES. INTERPRETAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FRACIONAMENTO DA COMPETÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 125, § 4º, *IN FINE*, DA CF/88. PRECEDENTES DO SUPREMO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.
1. Conflito negativo suscitado para definir a competência - Justiça Estadual Comum ou Militar - para julgamento de agravo de instrumento tirado de ação civil por improbidade administrativa proposta contra policiais militares pela prática de agressões físicas e morais a menor infrator no âmbito de suas funções, na qual o Ministério Público autor requer, dentre outras sanções, a perda da função pública.
2. São três as questões a serem examinadas neste conflito: (a) competência para a causa ou competência para o recurso; (b) limites da competência cível da Justiça Militar; e (c) necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.
3. Competência para a causa ou competência para o recurso:
3.1. O julgamento do conflito de competência é realizado *secundum eventum litis*, ou seja, com base nas partes que efetivamente integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar. De igual modo, o conflito deve ser examinado com observância ao estágio processual da demanda, para delimitar-se, com precisão, se no

incidente se discute a competência para a causa ou a competência para o recurso.
3.2. Na espécie, o juízo estadual de primeira instância concedeu em parte o requerimento de suspensão cautelar dos réus na ação de improbidade, o que gerou recurso de agravo interposto pelo MP perante a Corte Estadual que, sem anular a decisão de primeira instância, determinou a remessa dos autos ao Tribunal Militar.
3.3. Discute-se, portanto, a competência para o recurso, e não a competência para a causa. Nesses termos, como o agravo ataca decisão proferida por juiz estadual, somente o respectivo Tribunal de Justiça poderá examiná-lo, ainda que seja para anular essa decisão, encaminhando os autos para a Justiça competente. Precedentes.
4. Neste caso, excepcionalmente, dada a importância da matéria e o fato de coincidirem a competência para o recurso e a competência para a causa, passa-se ao exame das duas outras questões: especificamente, os limites da jurisdição cível da Justiça Militar e a necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.
5. Limites da jurisdição cível da Justiça Militar:
5.1. O texto original da atual Constituição, mantendo a tradição inaugurada na Carta de 1946, não modificou a jurisdição exclusivamente penal da Justiça Militar dos Estados, que teve mantida a competência apenas para 'processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei'.
5.2. A Emenda Constitucional 45/04, intitulada 'Reforma do Judiciário', promoveu significativa alteração nesse panorama. A Justiça Militar Estadual, que até então somente detinha jurisdição criminal, passou a ser competente também para julgar ações civis propostas contra atos disciplinares militares.
5.3. Esse acréscimo na jurisdição militar deve ser examinado com extrema cautela por duas razões: (a) trata-se de Justiça Especializada, o que veda a interpretação tendente a elastecer a regra de competência para abarcar situações outras que não as expressamente tratadas no texto constitucional, sob pena de invadir-se a jurisdição comum, de feição residual; e (b) não é da tradição de nossa Justiça Militar estadual o processamento de feitos de natureza civil. Cuidando-se de novidade e exceção, introduzida pela 'Reforma do Judiciário', deve ser interpretada restritivamente.
5.4. Partindo dessas premissas de hermenêutica, a nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual abrange, tão-somente, as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares, vale dizer, ações propostas para examinar a validade de determinado ato disciplinar ou as consequências desses atos.
5.5. Nesse contexto, as ações judiciais a que alude a nova redação do § 4º do art. 125 da CF/88 serão sempre propostas contra a Administração Militar para examinar a validade ou as consequências de atos disciplinares que tenham sido aplicados a militares dos respectivos quadros.
5.6. No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou consequência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados. Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de 'indisciplina' e não ato disciplinar.
6. Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade:
6.1. Em face do que dispõe o art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente (de Justiça ou Militar, conforme o caso) a tarefa de 'decidir sobre

a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças', resta saber se há, ou não, necessidade de fracionar-se o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.
6.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação dos praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar, conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar. Precedentes do Tribunal Pleno do STF e de suas duas Turmas.
6.3. Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, *verbis*: 'O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo'.
6.4. Se a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve incidir quando a perda da patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.
6.5. Não há dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, sem afronta ao que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88.
7. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado."
(Conflito de Competência nº 100.682/MG; Primeira Seção; Rel. Min. Castro Meira; v. u.; DJe: 18/06/2009)

Logo, a Justiça Comum e não a Militar, é competente para apreciar e julgar todos os pedidos contidos na inicial.

Por outro lado, a organização dos Tribunais Regionais Federais, dos Juízes Federais, bem como a competência da Justiça Federal, está delimitada a partir do artigo 106 do Texto Constitucional. Por seu turno, dispõe o artigo 109 da Constituição Federal:

"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;
(...)"

A análise dos pedidos formulados na inicial indica a necessidade de decisão uniforme da lide, tanto para a União, quanto para o Estado de São Paulo. Trata-se, pois de litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 47 e seguintes do CPC, fato que remete a competência do julgamento para a Justiça Federal, segundo iterativo entendimento das Cortes Federais e Tribunais Superiores (dentre outros, AC 200880000057348 AC - Apelação Civel - 478796 DJE - Data: 25/02/2010 - Página 683 - TRF 5).

As funções do Ministério Público, dentre eles o Ministério Público Federal, integrante do Ministério Público da União, estão previstas no artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

> "Art. 129. 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;
> (...)"

Por seu turno, a Lei Complementar nº 75/1993, ao disciplinar a organização e atribuições do Ministério Público da União, evidencia a atribuição da instituição para a defesa de direitos constitucionais, dentre eles a proteção do patrimônio público, inclusive mediante a propositura de ação civil pública:

> "Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:
> VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:
> b) *a proteção do patrimônio público* e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> (...)
> d) *outros interesses individuais indisponíveis*, homogêneos, sociais, difusos e coletivos" (grifei).

O Ministério Público Federal pretende, por meio do reconhecimento do pretenso direito de regresso, proteger o patrimônio público em razão das indenizações desembolsadas pelas pessoas jurídicas de direito público, como reparação civil de condutas criminosas que, no aspecto individual, são atribuídas ao agravante. Legitima-se a atuação do "parquet" federal pela inércia, em tese, das próprias pessoas jurídicas de direito público em buscar a recomposição do erário público.

Há legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar a ação proposta.

A questão central reside na imprescritibilidade ou não do direito de regresso pretendido.

O Ministério Público Federal enumera diversos tratados internacionais - Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, estabelecida pela Assembléia Geral das Nações Unidas, assinada em 23/09/1985, e aprovada pelo Decreto Legislativo 4/89, bem como a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, de 9/12/1985, assinada pelo Brasil em 24/01/1986, e aprovada pelo Decreto Legislativo 5/89, ou, ainda, o Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 25/09/1992, e aprovado pelo Decreto Legislativo 27/92, e promulgado pelo Decreto 678/92.

Observa-se que nenhum desses tratados ou convenções trata da imprescritibilidade do crime de tortura.

É certo, ainda, que o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a Humanidade de 1968, e somente reconheceu a autoridade da Corte Interamericana em 2002, através do Decreto nº 4.463/2002.

Pode-se, por outro lado, afirmar que os fatos narrados nos autos não indicam a

ocorrência de tortura, como fato ocasional ou delimitado, mas, ao revés, revelam a sua prática, sistematizada e institucionalizada, contra parte da própria população nacional, composta, à época, por opositores do governo militar instalado no Brasil em 1964.

Em princípio, como afirma o agravado, tais condutas não podem ser excluídas daquelas previstas no tratado que conduziu à criação do Tribunal Penal Internacional.

Neste passo, o Brasil é signatário do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em julho de 1.988. O referido tratado, assinado pelo Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 112, que, a seu turno, foi promulgado pelo Decreto Presidencial 4.388, de 25.09.2002.

Bem descreve artigo publicado pelo eminente jurista, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski (*), os fundamentos do referido Tratado, *in verbis*:

> "... Princípios fundamentais: A atuação do Tribunal Penal Internacional assenta-se sobre alguns princípios fundamentais, sendo talvez o mais importante o da complementariedade. De acordo com o mesmo, a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção. Este postulado, à primeira vista, parece chocar-se com os fins colimados no Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto do Tribunal, até para que a repressão se faça de modo mais eficaz. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente, agindo sobretudo na hipótese em que ocorre 'a falência das instituições nacionais' (15).
> Outro é o princípio da universalidade, pelo qual os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações. *O Estatuto contempla também o princípio da responsabilidade penal individual*, segundo o qual o indivíduo responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado. O princípio da irrelevância da função oficial, por sua vez, permite que sejam responsabilizados chefes de Estado ou de governo, ministros, parlamentares e outras autoridades, sem qualquer privilégio ou imunidade. Já o princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores exige que todos os chefes militares, mesmo que não estejam fisicamente presentes no local dos crimes, envidem todos os esforços ao seu alcance para evitá-los, sob pena de neles ficarem implicados. Por fim, o princípio da imprescritibilidade, de acordo com o qual a ação criminosa jamais terá extinta a punibilidade pelo decurso do tempo, embora ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado.
> Os crimes em espécie O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado 'com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso', compreendendo: (1) matar membros do grupo; (2) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (3) submeter intencionalmente grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; (4) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (5) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.
> Os crimes contra humanidade, qualificados como 'qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com

conhecimento de tal ataque', incluem: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de populações; (5) encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; *(6) tortura*; (7) estupro; (8) escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; (9) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; (10) desaparecimento de pessoas; (11) *apartheid*; e (12) outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas.

São crimes de guerra os praticados em conflitos armados de índole internacional ou não, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política para cometê-los em grande escala, abrangendo violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente: (1) homicídio doloso; (2) tortura e outros tratamentos desumanos; (3) ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; (4) tomada de reféns; (5) guerra sem quartel; (6) saques; (7) morte ou ferimento de adversários que se renderam; (8) utilização de veneno e de armas envenenadas; (9) manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas; (10) uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; (11) emprego de escudos humanos; (12) morte de civis por inanição; (13) organização de tribunais de exceção; e (14) recrutamento de crianças menores de 15 anos.

O crime de agressão, depois de muita discussão, acabou sendo inserido no Estatuto, mas não foi definido, pelo que não pode ser aplicado, diante da exigência de estrita tipificação das figuras delituosas que vigora no campo penal. Esse delito poderá ser mais tarde incluído na jurisdição do Tribunal, se for devidamente caracterizado por ocasião da reforma do Estatuto, que ocorrerá dentro de sete anos depois de sua entrada em vigor. Deverá, no entanto, amoldar-se à Carta das Nações Unidas, que prevê algumas hipóteses de guerra justa, a exemplo da intervenção para prevenir ou reprimir ameaças à paz.

Os crimes em espécie: O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado 'com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso', compreendendo: (1) matar membros do grupo; (2) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (3) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; (4) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (5) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Os crimes contra humanidade, qualificados como 'qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque', incluem: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de populações; (5)encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; (6) tortura; (7) estupro; (8) escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; (9) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; (10) desaparecimento

de pessoas; (11) *apartheid*; e (12) outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas ...)." (*) disponível na Rede Mundial de Computadores

Registre-se, outrossim, que o artigo 29 do referido tratado define como imprescritíveis os crimes nele referidos.

Em tese, as condutas descritas na petição inicial podem ser tipificadas no referido Tratado Internacional, que, a seu turno, contém, dentre outros, os princípios da imprescritibilidade dos crimes e da responsabilização individual dos perpetradores, independentemente da responsabilização dos Estados.

Considerando as disposições do artigo 5º, inciso LXXVIII e respectivos parágrafos, da Constituição Federal, tais disposições sobre direitos humanos têm aplicação *imediata* no Brasil.

Exemplos de tal aplicação imediata de tratados internacionais sobre direitos humanos extraem-se de julgados do Supremo Tribunal Federal, que afastaram a prisão civil prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, por conflitar com disposições advindas de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (STF, RExt 349.703 e 466.343 e HC 87.585).

A questão que se coloca é se a incorporação do referido tratado no ordenamento nacional também abrange os crimes praticados antes de sua vigência, e, no caso, antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal.

A resposta, neste caso, é negativa, tanto que o Ministério Público não ofereceu denúncia criminal contra o agravante, firmando-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a recepção, pela Constituição Federal, da lei 6.683/79, a chamada lei da anistia, não obstante a adesão, pelo Brasil, ao referido tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, e do reconhecimento da autoridade das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a aplicação do referido Tratado sobre os crimes de tortura descritos na inicial, não existem fundamentos para afirmar que os seus efeitos civis possam ter repercussão no ordenamento nacional.

A questão da alegada imprescritibilidade de se obter a indenização pelos crimes pretensamente praticados pelo agravante deve ser analisada sob o enfoque da própria legislação constitucional brasileira, excluindo-se, como visto, as disposições contidas nos Tratados Internacionais supracitados.

Como já anotado, a lei de anistia - Lei nº 6.683/79, editada em momento anterior, foi recepcionada pela atual Carta Constitucional, segundo decisão do E. Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153.

Argumenta-se que a referida concedeu, apenas, a anistia penal, mas não afastou a responsabilização civil. Entrementes, tal responsabilização civil é imprescritível?

Certamente, a tese da imprescritibilidade da indenização civil encontra eco no E. Supremo Tribunal Federal. Vejam-se excertos da decisão proferida pelo Eminente Ministro Ayres Britto, na Reclamação nº 12131, publicado no DJe em 06/10/2011, quando analisou o que fora decidido na ADPF nº 153:

"(...)

Daí surgir a seguinte questão: o que ficou decidido na referida ação de natureza abstrata?

> 7. Resposta: ficou decidido, contra meu voto, pela 'integração da anistia da Lei de 1979 na nova ordem constitucional'. Lei de anistia, contudo, que não trata da responsabilidade civil pelos atos praticados no chamado 'período de exceção'. E é certo que a anistia como causa de extinção da punibilidade e focada categoria de direito penal não implica a imediata exclusão do ilícito civil e sua consequente repercussão indenizatória.
> (...)"

Nessa referida decisão monocrática, tratou-se de ação de indenização por danos morais, em face da tortura praticada nas dependências do DOI/CODI, hipótese que não se amolda perfeitamente ao presente caso.

No âmbito constitucional, o crime de tortura não é imprescritível (artigo 5º, inciso XVIII da CF), resultando, ainda, que o fundamento para a imprescritibilidade não reside em tratados internacionais, como acima assentado.

Resta, pois, que a pretensão do Ministério Público Federal deve escorar-se na aplicação do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, como alvitrado juízo de primeiro grau, na decisão ora hostilizada.

O § 5º do artigo 37 da Constituição Federal tem a seguinte redação, *in verbis*:

> "§ 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."

Não se extrai, da dicção do referido normativo constitucional, que existam restrições ao direito de ressarcimento em decorrência de atos ilícitos, praticados por agentes públicos, que causem prejuízos ao Erário. É possível, no entanto, aplicar tal dispositivo para ressarcimento de atos ilícitos praticados antes da promulgação da atual Constituição?

De modo geral, uma nova ordem constitucional pode respeitar ou não o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito ocorridos na ordem anterior. No caso da atual Carta Constitucional, promulgaram-se as disposições constitucionais transitórias para disciplinar o chamado direito de transição entre a velha e a nova ordem constitucional. Não há nenhuma disposição no sentido de estender a imprescritibilidade da indenização devida por agentes públicos aos fatos pretéritos, *nem quando foi disciplinada, especificamente, a questão da anistia e da reparação a ser paga pelo Estado aos perseguidos políticos, conforme o artigo 8º, do ADCT*.

No que tange a aplicação da legislação ordinária, mesmo que se considerasse o prazo máximo de vinte anos de prescrição previsto no artigo 177 do então vigente Código Civil de 1916, e que tal prazo somente fosse contado a partir da promulgação da nova Constituição Federal, ter-se-ia sua fluência em outubro de 2008.

Considerando-se, assim, que a decisão proferida pelo Eminente Ministro Ayres Britto, na Reclamação nº 12131 não trata de hipótese idêntica à do presente caso, e que o eminente Ministro votara contrariamente à própria integração da lei de anistia no ordenamento constitucional, pede-se *vênia* para preservar, no momento, o entendimento de que prescrita a pretensão de responsabilização civil/administrativa dos supostos torturadores da OBAN e do DOI/CODI, conforme os fatos narrados na petição inicial da ação civil pública, ante a ausência de posição sedimentada pela Excelsa Corte sobre o tema.

Logo, em resumo, a responsabilização civil do agravante não é imprescritível, razão pela qual há de se prover o agravo, neste ponto, restando prejudicadas as demais questões alvitradas.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento, para reconhecer a prescrição em favor do agravante, extinguindo o processo com julgamento de mérito, com base no artigo 269, inciso IV do CPC. Sem condenação em honorários advocatícios. Pois, "... Em consonância com a jurisprudência assente no STJ, não se mostra cabível a condenação do Parquet em honorários quando se tratar de ação civil pública, execução e correlatos embargos, exceto quando houver prova da má-fé do Ministério Público. (Precedente: REsp 896.679/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12.5.2008.) AC 200885000022746AC - Apelação Civel - 478995 DJE - Data: 30/03/2010 - Página: 646 Desembargador Federal Leonardo Resende Martins."

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

DIREITO PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0009846-48.2002.4.03.6112
(2002.61.12.009846-3)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E NAOR REINALDO ARANTES
Apelados: OSVALDO DE ÁVILA FILHO E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: ACR 42313
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2011

EMENTA

PENAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. LEI Nº 9.437/1997, ARTIGO 10, § 1º, INCISO III. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ARTIGO 514. CRIME QUE NÃO SE CLASSIFICA COMO DE RESPONSABILIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. ERRO TÉCNICO. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

1. O artigo 514 do Código de Processo Penal tem aplicação aos crimes de responsabilidade de funcionário público, hipótese diversa da que cuidam os presentes autos. Ainda que assim não fosse, a preliminar deveria ser rejeitada com fundamento na Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há cerceamento de defesa se as diligências pretendidas são inviáveis e inúteis; tampouco quando as providências podem ser alcançadas pela própria parte, sem o concurso do Poder Judiciário.

3. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito previsto no artigo 10, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.437/1997, é de rigor a manutenção da solução condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição.

4. No cálculo da pena-base, sendo desfavorável ao réu a análise acerca da culpabilidade, das circunstâncias e das conseqüências, é imperiosa a fixação de *quantum* superior ao mínimo legal.

5. As circunstâncias agravantes devem ser consideradas antes das causas especiais de aumento de pena. Erro técnico passível de correção *ex officio*, pelo tribunal.

6. Se as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, pode-se aplicar o regime prisional semiaberto mesmo para pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos; e se as circunstâncias evidenciarem a insuficiência da pena para a prevenção e a repressão do crime, deve ser denegado o direito à substituição.

7. Recurso defensivo desprovido. Recurso ministerial provido. Pena revista *ex officio*.

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, a) NEGAR PROVIMENTO à apelação do réu Naor Reinaldo Arantes; b) DAR PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal para, em relação aos três apelados, agravar o regime prisional e afastar a substituição da pena; c) de ofício, proceder à correção de

erro técnico praticado no cálculo das penas do réu Naor Reinaldo Arantes, reduzindo-as para 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 31 (trinta e um) dias-multa; e d) também de ofício, reduzir para 18 (dezoito) dias-multa as penas pecuniárias impostas aos corréus Osvaldo de Ávila Filho e Paulo Henrique Moennich, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau de jurisdição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2011.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelações interpostas por Naor Reinaldo Arantes e pelo Ministério Público Federal, em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Presidente Prudente, SP, que condenou o réu como incurso nas disposições do art. 10, § 1º, inciso III, e § 4º, da Lei nº 9.437/1997, c. c. os arts. 61, inc. II, alínea "a", 62, inc. I, e 29, todos do Código Penal, a 3 (três) anos de detenção, a serem cumpridos inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e pagamento de 10 (dez) cestas básicas em favor de entidade com destinação social.

A par disso, o MM. Juiz de primeira instância condenou os corréus Osvaldo de Ávila Filho e Paulo Henrique Moennich, como incursos nas disposições do art. 10, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.437/1997, impondo a ambos o cumprimento de 1 (um) ano e 6 (seis) de detenção, inicialmente em regime aberto, e o pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e pagamento de 10 (dez) cestas básicas em favor de entidade com destinação social.

Consta da denúncia que Lúcia Machado Castralli, Delegada Chefe da Polícia Federal em Presidente Prudente, SP, sendo a responsável pela avaliação de desempenho profissional dos policiais federais do referido município, dentre eles do réu Naor Reinaldo Arantes, emitiu, no dia 4 de novembro de 2002, parecer sobre sua atuação, oportunidade em que lhe atribuiu, "no quesito 4, que dizia respeito a pontualidade/disciplina, 10 pontos, em um total que variava de 05 a 25 pontos (fls. 461)" (f. 4).

Narra, também, a exordial acusatória que o réu Naor Reinaldo Arantes ficou insatisfeito com a avaliação negativa, razão pela qual planejou uma "retaliação" e, para tanto, entrou em contato com os corréus Osvaldo de Ávila Filho e Paulo Henrique Moennich, "arquitetando em seguida o plano criminoso para a realização dos disparos contra a residência da Dra. Lúcia" (f. 4).

Extrai-se, outrossim, da denúncia que o réu Naor Reinaldo Arantes informou ao acusado Osvaldo de Ávila Filho o endereço de Lúcia Machado Castralli, "tendo este se deslocado até lá, analisando o movimento de pessoas, trajeto a ser seguido, horários, a rotina da casa e da vizinhança" (f. 4).

Ainda segundo a peça acusatória, "na véspera dos disparos, o APF Naor estava trabalhando na delegacia de polícia federal em Presidente Prudente, tendo sido constatado que foram feitas algumas ligações da delegacia para o celular de Osvaldo de Ávila,

inclusive quando ele se encontrava na Erb 35 (correspondente ao local do crime)" (f. 4).

A petição ministerial relata, ainda, que:

a) o réu Naor Reinaldo Arantes entregou ao acusado Osvaldo de Ávila Filho a arma utilizada no crime, bem como um par de luvas, "para que não ficasse qualquer resíduo de pólvora em suas mãos" (f. 5);

b) "estabelecida a forma como ocorreria o ato, Osvaldo combinou com Paulo Henrique Moennich, para na noite dos fatos se deslocarem até a residência da delegada Lúcia, para que fossem disparados tiros contra sua casa" (f. 5);

c) no dia 12 de novembro de 2002, "Paulo foi dirigindo o veículo Volkswagem, tipo Saveiro, placas JHF 0884, de Brasília, reconhecido a fls. 379, tendo como acompanhantes Osvaldo Ávila, que portava a arma fornecida por Naor" (f. 5), quando, então, "Paulo estacionou o veículo em frente à residência da delegada Lúcia, tendo Osvaldo sacado uma arma calibre 380 e efetuado seis disparos contra a casa, tendo quatro projéteis atingido as proximidades da janela da sala, um projétil atingiu a parede do escritório e o último projétil atingiu o carro da delegada, consoante positiva o exame pericial de fls. 557/561" (f. 5);

d) conforme extrato de f. 425, "no dia dos disparos, Osvaldo voltou a ligar para o celular 18-97728766 e para o telefone fixo 21744858, ambos do policial federal Naor Reinaldo" (f. 5-6).

Expõe, igualmente, a acusação que, "de acordo com o laudo de confronto microbalístico, juntado aos autos a fls. 549/556, um projétil de arma de fogo, calibre 380, apreendido na residência de Osvaldo Ávila Filho (fls. 200/206) e outro projétil, também calibre 380, apreendido na residência do APF Naor Reinaldo Arantes (fls. 198/199), foram percutidos pela mesma arma de fogo que efetuou os disparos contra a casa da delegada federal" (f. 5).

Por fim, descreve a inicial acusatória que "a razão do crime é fútil (avaliação negativa), caracterizando um motivo de mínima importância, manifestamente desproporcional à gravidade do fato e à intensidade do motivo, evidenciado ainda nexo de causalidade entre o crime e a função de natureza pública exercida pelo policial federal Naor, que buscava intimidar a Dra. Lúcia Castralli em razão de atos de ofício por esta praticados, na condução da chefia da Delegacia de Polícia Federal em Presidente Prudente" (f. 6).

O Ministério Público Federal, em suas razões recursais, pugna pela reforma da sentença, para que "seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e que o regime inicial de cumprimento de pena seja o semiaberto" (f. 2.212), aduzindo que "todos os argumentos lançados por ocasião da sentença, reconheceram com relação aos três recorridos, a extrema gravidade da conduta praticada. Veja que não há como se comparar o disparo de arma de fogo em via pública, com um disparo ocorrido contra a residência de uma delegada federal, a mando de um agente federal, seu subordinado, tendo este agido por motivo fútil" (f. 2.210), valendo ressaltar, inclusive, "que a própria sentença condenatória determinou a perda do cargo público do agente de polícia federal Naor Reinaldo Arantes" (f. 2.209).

Em suas razões recursais, a defesa do réu Naor Reinaldo Arantes pugna, preliminarmente, sejam conhecidos, por este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os fatos anteriores e ensejadores dos delitos imputados pela "descabida e injusta" acusação, informando que: 1) "nos meses de novembro e dezembro de 2002, circularam cartas anônimas denunciando e pedindo investigação sobre inúmeros ilícitos criminais e administrativos

imputados à delegada Lúcia Barbosa (*sic*) Castralli, recém empossada na chefia da Delegacia de Polícia Federal (junho de 2002) e a um grupo de policiais federais lotados na delegacia da Polícia Federal de Presidente Prudente" (f. 2.268); 2) o apelante reenviou estes dados a inúmeras autoridades, o que gerou um Procedimento Criminal Diverso, o qual foi encaminhado à Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, SP, "que, sem explicações encaminhou a determinação judicial de investigação à própria denunciada, à delegada Lúcia Barbosa (*sic*), que não cumpriu a determinação e sim, abriu apuração para se chegar aos autores e aos divulgadores das cartas anônimas com as denúncias contra ela, conforme resposta a consulta da Comissão Disciplinar do PAD 11/2004, onde se evidencia que nenhuma denúncia das referidas cartas foi investigada até aquela data, seja em procedimento criminal ou administrativo" (f. 2.271); 3) "mesmo as representações estando embasadas em sua totalidade em documentos públicos e oitivas oficiais, o ilustre MPF e tampouco o DPF agiram" (f. 2.276).

Quanto ao mérito, a defesa do réu Naor Reinaldo Arantes pleiteia a reforma da sentença, com base nas seguintes alegações:

a) "a sentença observou os autos sob a ótica da acusação" (f. 2.276), valendo ressaltar que houve cerceamento do direito de defesa, especialmente porque: 1) foram desrespeitados os preceitos do Código de Processo Penal quando da realização de buscas e apreensões efetuadas na residência do apelante; 2) a Autoridade Policial coagiu os corréus Osvaldo de Ávila Filho e Paulo Henrique Moennich nos respectivos depoimentos inquisitoriais e deturpou os fatos narrados, objetivando incriminar o réu Naor Reinaldo Arantes; 3) ocorreram "'visitas' suspeitas da 'vítima', também Autoridade Policial, às testemunhas Rebeca, Juliana e Cristina Azevedo, que foram acrescentando partes e fatos após tais visitas" (f. 2.277); 4) houve "uso de documentos públicos com informações falsas" (f. 2.277);

b) o pedido de aplicação do disposto no art. 514 do Código de Processo Penal foi indeferido pelo MM. Juiz de primeira instância e, no mesmo sentido, não foram acolhidos os pleitos de realização de diligências imprescindíveis para a defesa do réu, notadamente as seguintes: 1) "confirmação da nulidade total da perícia das cápsulas deflagradas efetuadas pelo Setor de Criminalística da Polícia Federal" (f. 2.278); 2) "diligência judicial para obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a apresentar extratos telefônicos dos réus Naor e Osvaldo" (f. 2.278);

c) o MM. Juiz de primeira instância não levou em consideração o teor dos depoimentos das testemunhas de defesa, sendo que pelo menos quatro delas informaram "fatos extremamente graves na 'apuração' feita pela Autoridade Policial" (f. 2.279), dentre eles: 1) a coação exercida pelo Delegado Vilton em face da testemunha Márcio Freitas dos Santos, chamada a identificar o veículo do corréu Paulo Henrique Moennich, bem assim contra a testemunha Vânia Colanzi de Carvalho e o corréu Osvaldo de Ávila Filho; 2) a falsidade do termo de apreensão das cápsulas de calibre 380, realizada na residência do apelante Naor Reinaldo Arantes, conforme testemunhos prestados por Ricardo de Melo Freitas e Mara Lúcia Brandini Machado;

d) o MM. Juiz de primeira instância valorou apenas os pontos passíveis de incriminar o réu Naor Reinaldo Arantes;

e) surge o questionamento: "Osvaldo realmente disparou contra a casa da delegada? Ou o aparato policial foi usado para 'construir' um caso judicial de forma a penalizar o réu Naor por reenviar a autoridades diversas denúncias que estagnariam a carreira da delegada?" (f. 2.281);

f) "não havendo provas sólidas de autoria por parte de Osvaldo e Paulo, o réu Naor sequer poderia ter sido citado na presente ação" (f. 2.283);

g) não merece prosperar o entendimento segundo o qual o apelante teria arquitetado o crime para se vingar da avaliação negativa efetuada pela Delegada Lúcia Machado Castralli, vez que: 1) o réu "interpôs recurso de reconsideração por haver rasuras no mesmo e por, fundamentadamente explanado, entender que havia ocorrido um erro. A resposta de sua chefia de que não havia erro seria dada muito após o registro dos fatos na casa da delegada chefe" (f. 2.284); 2) o acusado é servidor efetivo e estável, de sorte que a referida avaliação em nada lhe prejudicaria, não havendo, portanto, razão para o cometimento do crime; 3) ao tempo dos fatos, o apelante não tinha qualquer animosidade com a vítima;

h) o réu possui bons antecedentes judiciais, sendo que todos os procedimentos disciplinares instaurados em seu desfavor o foram por ordem da Delgada Lúcia Machado Castralli, "autoridade policial que impôs sua vingança pessoal" (f. 2.286).

O MM. Juiz de primeira instância, por meio da decisão de f. 2.234, acolheu pedido ministerial e determinou a intimação por edital dos acusados Paulo Henrique Moennich e Osvaldo de Ávila Filho (f. 2.237-2.238), os quais, entretanto, não recorreram da sentença, de sorte que o presente julgamento diz respeito, apenas, ao réu Naor Reinaldo Arantes.

Tanto o *Parquet* federal como os corréus apresentaram contrarrazões, sendo que a defesa do acusado Paulo Henrique Moennich pugna, preliminarmente, pela decretação de extinção da punibilidade, ante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva; quanto ao mais, pleiteia a manutenção da sentença.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Maria Iraneide Olinda S. Facchini, opina pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo provimento da apelação ministerial.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): A primeira alegação a ser enfrentada diz com a cogitada inobservância do artigo 514 do Código de Processo Penal.

A respeito do tema, o MM. Juiz de primeiro grau pronunciou-se no sentido da inaplicabilidade do aludido dispositivo de lei, haja vista não se tratar de crime funcional (f. 978).

Não merece reparo a decisão. O artigo 514 do Código de Processo Penal não configura prerrogativa pessoal do funcionário público, mas regra que protege a função pública. Precisamente por isso, não há falar em defesa escrita antes do recebimento da denúncia em casos como o dos presentes autos, em que não se tem crime de responsabilidade de funcionário público.

Ainda que assim não fosse, lembre-se de que o artigo 514 do Código de Processo Penal tem por objetivo impedir o indevido recebimento da denúncia, finalidade de todo superada a essa altura dos acontecimentos, já com instrução realizada e feito sentenciado em primeiro grau de jurisdição.

Acrescente-se, mais, que não se exige o cumprimento do aludido dispositivo legal quando a denúncia vier precedida de inquérito policial (Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça).

Do mesmo modo, não merece acolhida a alegação de cerceamento de defesa.

Com efeito, ao indeferir as diligências requeridas pela defesa na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, o MM. Juiz *a quo* fundou-se na impossibilidade material de verificar-se o fato perquirido e na inutilidade da requisição de informações à companhia telefônica (f. 2.036), *verbis*:

> "Na fase do artigo 499, do Código de Processo Penal, o corréu Naor Reinaldo Arantes requereu que (1) se oficie ao Ministério Público Federal, para que o mesmo informe sobre o andamento das investigações referentes a inúmeras representações criminais, versando sobre fatos relacionados com os presentes autos, apresentadas àquele Órgão; (2) perícia para constatar eventual inviolabilidade do material periciado (cápsulas) e, por fim, (3) ofício à empresa VIVO para que forneça as ligações realizadas através de seu telefone celular e o do co-réu Osvaldo de Ávila Filho, no período de 01/01/2002 a 28/02/2003.
> Quanto ao 1º período, as informações foram fornecidas pelo Ministério Público Federal e encontram-se à fl. 2034.
> Com relação ao 2º pedido, é pouco provável que tenha ocorrido violação, do contrário, o fato teria sido denunciado quando da realização da perícia. Além do mais, inviável qualquer perícia a essa altura visando apurar uma possível violação, vez que o material já foi aberto, como vem observado pelo douto Procurador da República.
> No que se refere ao 3º pedido, não vejo utilidade em tais informações para a Defesa. Ainda que venham para os autos o registro de ligações telefônicas feitas entre ambos no período pelo réu declinado, isso não afasta as ligações que precederam e sucederam o fato. Somente viria confirmar relacionamento de amizade entre eles, o que já foi admitido nos autos, pelo acusado.
> Ante o exposto, indefiro as diligências requeridas" (f. 2036).

Ora, seria mesmo inviável qualquer aferição em torno de suposta violação do material periciado, mesmo porque, para ser periciado, dito material precisou ser manipulado.

De outra parte, além das razões expendidas pelo julgador de primeiro grau, a obtenção de registros telefônicos poderia ser alcançada pela própria defesa, não sendo necessário o concurso do Poder Judiciário.

Convém destacar que cerceamento da atividade probatória só existe quando a parte restar impedida de produzir prova possível, útil e relevante para o julgamento. Nenhuma dessas hipóteses existiu nos presentes autos.

No que concerne ao mérito da causa, incensurável se mostra a r. sentença de primeiro grau ao concluir pela procedência da pretensão punitiva deduzida na denúncia. É da sentença o seguinte texto:

> "A materialidade do delito restou positivada através do laudo pericial das fls. 534/538 e laudo de confronto microbalístico, juntado aos autos às fls. 526/533.
> Induvidosa também se apresenta a prova da autoria, em relação aos três acusados. A prova oral produzida é firme, coesa e harmoniosa, não deixando dúvida em relação a participação dos réus na prática da conduta ilícita a eles imputada.

Interrogado em Juízo, Paulo Henrique Moennich admitiu expressamente que dirigia o veículo que também era ocupado por Osvaldo, o qual disparou várias vezes, uma arma de fogo em direção a uma residência: '... que no dia do fato estava em companhia de Osvaldo quando ele pediu ao interrogando que diminuísse a velocidade do carro; que ao diminuir a velocidade do carro, o Osvaldo sacou uma pistola e fez seis disparos contra uma casa; (...) que somente no dia seguinte veio a saber que a casa atingida era de uma delegada da polícia federal; que indagou ao Osvaldo a razão dos disparos, tendo ele permanecido calado; que então deixou o Osvaldo imediatamente em casa, tendo solicitado que deixasse seu veículo; que somente no dia seguinte o Osvaldo disse ter disparado contra a casa da delegada porque esta estava reprimindo o tráfico de drogas na cidade.' (fls. 823/824).

O fato não foi também negado por Osvaldo. Ao responder ao interrogatório judicial, declarou que '... no dia dos fatos encontrava-se em companhia de Paulo Henrique Moennich em um carro, no local descrito na denúncia, e que efetuou disparos de arma de fogo após sair de um jogo de futebol, mas não sabia e nem tinha intenção de atirar próximo à residência da delegada de polícia federal descrita na denúncia.' (fl. 995).

Confirmada pelos acusados em Juízo a versão apresentada em sede policial, fica afastada a alegação da Defesa de que Osvaldo teria sido pressionado e coagido a confessar a autoria na Delegacia de Polícia.

A explicação de Osvaldo de que não sabia que se tratava da casa da delegada não pode ser levada em conta. Que razão o levaria a disparar uma arma de fogo em residência cujo proprietário ele desconhecia?

Nenhuma. Entretanto, o fato de Osvaldo ter telefonado para Naor logo após o fato, conforme comprovado nos autos, indica relação entre ambos, a menos que tenha ocorrido uma incrível coincidência, o que e pouco provável, até porque, os elementos dos autos dão conta da existência de uma relação amistosa entre Naor, Osvaldo e Vânia, os dois últimos casados entre si. A intimidade não somente é revelada pelas visitas mútuas, o que Naor confessa em seu interrogatório, como também porque figuram como réus em processo crime onde foram denunciados por trafico ilícito de entorpecentes e onde, ao que consta, o casal já foi condenado (fls. 1796/1798).

Além disso, outros dois fatos indicam a ligação entre Naor e Osvaldo: o envolvimento deles na divulgação de cartas anônimas contra a Delegada Castralli e o depoimento como testemunha do primeiro em favor do segundo, em processo crime onde este responde pela prática de delito de natureza sexual, conforme interrogatório de Osvaldo.

Do cotejo dos interrogatórios de Paulo e Osvaldo, com os depoimentos testemunhais, prova toda ela produzida em Juízo, extrai-se a certeza da execução da infração penal por ambos, a mando do co-réu Naor.

De fato, a testemunha Wagner Antônio Pardini declarou que: ' ... lembra-se de que o réu Oswaldo, presente nesta audiência, se gabava na rua de ter atirado contra a casa da Delegada Lúcia Castrali e que nada aconteceria com ele. Sabe disto por ouvir de informantes da polícia federal. (...) A respeito da participação de Paulo, sabe apenas que Osvaldo contou desta participação quando foi ouvido na Policia Federal de Ponta Porã, mas não participou desta oitiva. Com relação a Osvaldo,

lembra-se também de que houve busca e apreensão na casa dele, na qual foi apreendido o projétil fixado na parede próxima à laje que coincidia com o da arma utilizada no crime em questão. Sabe que o agente Naor era amigo do réu Osvaldo e da companheira de Osvaldo, Vânia, e isto constou do processo disciplinar contra o agente Naor.' (fl. 1254).

Reforça a prova da acusação o depoimento de Juliana Azevedo, testemunha que disse ter-se sentido constrangida por Naor, ao afirmar que: '... Sabe que o agente Naor é muito amigo de Osvaldo e da companheira de Osvaldo, Vânia. (...) Osvaldo espalhava na vizinhança que tinha as costas quentes e podia fazer o que quisesse porque tinha amigos na Polícia Federal e se referia especificamente a amizade com Naor, que era chamado pelo apelido de "Doguinho". Ouviu de sua irmã Rebeca que esta foi informada por Osvaldo de que ele era o responsável pelos tiros na Delegada, logo após que a notícia apareceu na televisão. Sabe mais a respeito de cartas anônimas espalhadas na cidade contra a Delegada Castrali, e foi testemunha em várias investigações sobre estas cartas. Recebeu o conteúdo destas cartas por e-mail enviado por Naor, com vários destinatários alem da depoente. Depois de ter sido ouvida pela primeira vez pela Policia Federal, passou a se sentir constrangida por Naor, que passou a lhe procurar insistentemente e frequentemente, tarde da noite ou no final das tardes de domingo.' (fl. 1259).

Rebeca Azevedo, irmã de Juliana, disse ter ouvido do próprio Osvaldo que ele, junto com Naor, atentara contra a casa da delegada Lúcia. Embora não tenha dado crédito, no inicio, passou a acreditar depois que o fato foi publicado na imprensa: '... Nesta época, cerca de um mês apos Osvaldo começar a frequentar a casa de sua avó, ouviu dele que teria atentado contra a casa da delegada Lúcia Castrali, junto do agente Naor. o tom dessa afirmação foi gozador e não acreditou, (...) Não sabe se Osvaldo era amigo do agente Naor, mas ele dizia que sim e dizia que tinha costa quente por causa desta amizade. Lembra-se que Osvaldo perguntou à depoente se ela tinha ouvido a notícia do atentado ao que respondeu negativamente. Passou a acreditar no que Osvaldo havia dito depois da noticia começar a ser veiculada na imprensa e depois de Osvaldo ter sido preso. (...) No dia que Osvaldo disse ter cometido o atentado, mostrou à depoente uma arma prateada e disse que com ela teria feito os disparos contra a casa da delegada. (...) Osvaldo disse ter feito os disparos na companhia de uma pessoa desconhecida da depoente e que Naor sabia dos fatos. Expressou-se mal quando disse que Osvaldo disse ter feito os disparos junto de Naor. Queria dizer que Naor apenas sabia do fato. Osvaldo disse que Naor sabia que Osvaldo iria fazer os disparos antes dos mesmos terem sido feitos.'

Inicialmente, Rebeca disse que Osvaldo lhe confidenciara ter praticado o atentado junto com Naor. Ao final, retificou e disse que expressou-se mal. Na verdade, o que Osvaldo lhe dissera foi que Naor sabia que aquele iria efetuar os disparos contra a casa da Dra. Lúcia.

Já a testemunha Maria Aparecida Silva Arcanjo, informou que Osvaldo e Paulo passaram a acompanhar o noticiário na imprensa, um dia após o atentado. Disse que um ar de sarcasmo no semblante de Osvaldo. Vânia, sua companheira, chegou a comentar que não acreditava que Junior havia feito aquilo.

Lembro que Osvaldo é também conhecido por 'Junior', como ele próprio admite em seu interrogatório judicial.

Importante reproduzir trecho de tal depoimento: '... Que depois de ter sido publicado no jornal a notícia sobre os disparos, recorda-se de que Júnior chegou em uma das manhãs com um exemplar que foi apreendido pelos Policiais Federais na última segunda-feira; que recorda-se inclusive que Júnior leu a matéria sobre os disparos em voz alta na presença da depoente e de Vânia; que logo em seguida chegou Paulão e falou para Júnior: E ai?, que Júnior respondeu:
Nada, que Paulão pegou o jornal para ler e não fez comentários; que o jornal só foi com prado naquele dia, pois Vânia e Junior não são assinantes, que ouviu de sua patroa Vânia o seguinte: "os disparos na casa da Delegada foram efetuados por Júnior e um amigo"; Que Vânia disse a depoente que Júnior havia efetuado os disparos e as balas atingiram as paredes e um veículo, sendo que inclusive foi visto uma pessoa na janela. (...) Que, recorda-se, ainda que na manhã dos fatos viu no armarinho do banheiro uma luva cor bege, que teria sido utilizada por Júnior, para que não ficasse resíduos de pólvora por ocasião dos disparos.' (fl. 1360).
Vânia, a própria companheira de Osvaldo disse à testemunha, então empregada doméstica, que o mesmo era o autor do atentado, relatando detalhes da façanha. Disse, ainda, a depoente, que presenciou Naor ir à casa de Osvaldo, levando luvas - que depois ela viu no armarinho do banheiro -. Lá preparavam as cartas anônimas alusivas à delegada Lúcia.
O depoimento de Lúcia Machado Castralli, embora sendo vítima, também converge para a autoria em relação a Naor. Falou sobre o comportamento do acusado; os procedimentos que seriam instaurados contra ele e que as investigações apontavam para ele, como mandante da ação criminosa (fl. 1422).
O depoimento da testemunha Maria Cristina de Azevedo é contundente, pois, soube do próprio Osvaldo, que foi ele o autor dos disparos contra a residência da delegada, com o auxílio de uma terceira pessoa, atentado que levou a cabo para assustar a vítima, a mando de Naor (fls. 1161/1162).
Dai não se poder acreditar na versão de Paulo, de que desconhecia que Osvaldo pretendia atirar contra a casa da Delegada. Ora, quando Osvaldo disse ter sido auxiliado por terceira pessoa, era a Paulo que estava se referindo.
Vale ressaltar, ainda, as declarações de Vilton Gomes de Souza e de Achilles José Larena. Tendo ambos conduzido os trabalhos de investigação do atentado contra a casa da autoridade policial, apontaram detalhes bastante esclarecedores e que conduzem à demonstração da autoria em relação aos acusados (fls. 1227/1233 e 1234).
Se restasse alguma dúvida quanta a autoria dos fatos imputada aos acusados, esta estaria afastada pela prova pericial realizada nas cápsulas encontradas nas residências de Osvaldo e Naor, na medida em que se comprovou que foram percutidas pela mesma arma que foi utilizada no atentado (fls. 526/533).
A tese da Defesa querendo fazer crer que as cápsulas apreendidas nas casa dos réus foram lá 'plantadas', não pode prevalecer, considerando que a arma utilizada para a prática da infração jamais foi apreendida e nem Osvaldo, autor confesso dos disparos, disse tê-la entregado a quem quer que seja.
Ademais, como bem lembrou a Acusação, 'as cápsulas deflagradas na casa da delegada Lúcia foram apreendidas e enviadas à perícia, ainda quando não se tinha conhecimento da autoria.'
E prossegue: 'Se a perícia apontou expressamente o número de cápsulas recebidas

por ocasião do envio da polícia federal, não há como se ter criado estas cápsulas, como sugere a Defesa de Naor.'

O conjunto probatório e as circunstâncias apontam para o co-réu Naor Reinaldo Arantes, como mandante do crime: era desafeto da vítima; foi por ela avaliado negativamente; respondia por processos administrativos disciplinares por ela instaurados; e apontado como idealizador de cartas anônimas ofensivas à honra da Delegada e responde por crime de tráfico juntamente com Osvaldo, que confidenciou a algumas testemunhas ter sido o autor do atentado contra a casa da Dra. Lúcia, por determinação de Naor.

Restou comprovado, assim, que os acusados agiram em concurso, com unidade de desígnios e identidade de propósitos. Naor coordenou as ações, como autor intelectual do delito. Coube a Osvaldo efetuar os disparos contra a residência da Delegada, enquanto Paulo dirigia o veículo utilizado na empreitada criminosa.

Razão assiste ao douto Procurador da República quando diz que 'A razão do crime é fútil (avaliação negativa), caracterizando um motivo de mínima importância, manifestamente desproporcional à gravidade do fato e à intensidade do motivo, evidenciando ainda nexo de causalidade entre o crime e a função de natureza pública exercida pelo policial federal Naor, que buscava intimidar a Dra. Lícia Castralli em razão de atos de ofício por ela praticados, na condução da chefia da Delegacia de Polícia Federal em Presidente Prudente' (f. 2.200-2.203)."

As razões expendidas pela defesa não abalam a solidez da fundamentação da sentença, que, de forma coerente e lógica e, mais, perfeitamente amparada na prova dos autos, concluiu pela demonstração da materialidade e da autoria delitiva.

A defesa busca, num primeiro momento, desqualificar a vítima e, num segundo, lançar dúvidas sobre as provas colhidas na fase investigatória, tachando-as de nulas.

Nesse passo, porém, diga-se que, independentemente de qualquer consideração que se faça a respeito da pessoa da vítima, o certo é que as evidências constantes dos autos e mencionadas na sentença tornam induvidosa a prática delitiva pelo réu.

A par disso, saliente-se que a tese de conspiração, desenhada pela defesa, não encontra eco nos autos, nada comprovando a afirmação de que o réu apelante teria sido perseguido e prejudicado por haver enviado, a autoridades diversas, denúncias que supostamente estagnariam a carreira da delegada.

As testemunhas arroladas pela defesa e inquiridas a partir de f. 1.466 não trazem elementos concretos que contaminem a investigação e a essência dos seus resultados. Longe disso, elas chegam a confirmar o vínculo entre os réus Naor Reinaldo Arantes, ora apelante e apelado, e Osvaldo de Ávila Filho.

Sob outro ângulo, as cápsulas encontradas na casa da delegada foram apreendidas ao tempo em que não se conhecia a autoria dos disparos; e aquelas recolhidas nas casas dos réus não poderiam ali ter sido "plantadas", mesmo porque a arma jamais foi apreendida ou mesma achada.

Assim, é contundente a prova técnica, que atestou, com segurança, que tanto umas quanto outras cápsulas foram percutidas pela mesma arma.

Nessas condições, não há como prover-se o recurso da defesa, merecendo confirmação a conclusão condenatória exarada em primeira instância.

No que tange à dosimetria, há justificativas à exasperação da pena-base para além

do mínimo legal, como bem destacou o juiz sentenciante ao pontuar que "a tentativa de intimidar uma autoridade policial federal representa séria ameaça à ordem pública e verdadeiro risco para o Estado Democrático de Direito", devendo, ainda, ser considerada a elevada censurabilidade da conduta, porquanto praticada por agente de polícia federal, investido no cargo precisamente para zelar pela segurança pública.

Não bastassem tais circunstâncias, anote-se que o número de disparos (seis), o fato de o crime ter sido praticado em concurso de pessoas e, ainda, as consequências danosas produzidas reforçam a necessidade de fixar-se pena-base acima do mínimo legal. Deve, pois, ser mantida a pena-base de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção.

Na sequência do cálculo, verifica-se erro técnico praticado pelo d. julgador, que fez incidir a causa de aumento prevista no § 4º do artigo 10 da Lei nº 9.437/1997 antes de computar as agravantes.

Com efeito, as agravantes têm lugar na segunda fase do cálculo; e as causas de aumento, na terceira. É de rigor, portanto, a correção da sentença nesse particular.

Sobre a pena-base de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção incidem as duas agravantes referidas na sentença e que merecem ser mantidas: motivo fútil (Código Penal, artigo 61, inciso II, alínea "a") e promoção, organização e direção da atividade dos comparsas (Código Penal, artigo 62, inciso I).

Nesse ponto, o MM. Juiz agravou a pena em 9 (nove) meses, o que não poderia ocorrer, já que ultrapassaria o limite máximo de 2 (dois) anos, vilipendiando o enunciado 213 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Por isso, reduzo o *quantum* do agravamento para 3 (três) meses de detenção, resultando em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção.

Sobre esse resultado incide, aí sim, a causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 10 da Lei nº 9.437/1997. Assim, majorada a pena em metade, equivalente a 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de detenção, chega-se ao resultado final de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção para o réu Naor Reinaldo Arantes.

Na conformidade do que acentuado na fixação da pena-base, ressalte-se que a culpabilidade, as circunstâncias e os motivos desfavorecem o réu sobremaneira, repercutindo sobre o regime prisional inicial, que passo para o semiaberto, com fundamento no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

A culpabilidade, as circunstâncias e os motivos do crime, já mencionados, revelam, outrossim, que a substituição da pena não é suficiente à prevenção e à repressão do crime, razão pela qual afasto, da sentença, o aludido benefício, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, aplicado *a contrario sensu*.

A pena de multa, fixada, na sentença, em 60 (sessenta) dias-multa deve ser reduzida, observando-se a correspondência de um dia-multa por mês de condenação, ou seja, 31 (trinta e um).

Avançando, mantenho a sentença no tópico em que decretou a perda do cargo público, *verbis*:

> "Tendo o crime sido praticado com violação do dever para com a Administração Pública, visto que o acusado, policial federal, uniu-se a pessoas envolvidas no meio criminoso para organizar um atentado contra sua superiora hierárquica, Delegada de Polícia Federal, tudo em razão das funções policiais, traindo por completo a confiança nele depositada, violando os deveres de sua função de policial federal,

decreto a perda do seu cargo de agente de polícia federal, conforme determina o artigo 92, I, 'a', do Código Penal" (f. 2.204).

Quanto aos corréus Osvaldo de Ávila Filho e Paulo Henrique Moennich, não há falar em prescrição, como cogitado, porquanto não decorridos quatro anos entre quaisquer dos marcos interruptivos previstos em lei.

Por outro lado, é caso de agravar-se o regime prisional inicial e de afastar-se a substituição da pena.

Deveras, as já mencionadas circunstâncias judiciais, que justificam a exasperação da pena-base, de um lado autorizam a imposição do regime prisional inicial semiaberto (Código Penal, artigo 33, § 3º) e, de outro, afastam o direito à substituição, medida que seria insuficiente para a prevenção e a repressão do delito (Código Penal, artigo 44, inciso III, do Código Penal, *a contrario sensu*).

Por fim, de ofício, adoto, para os corréus que não apelaram, o mesmo critério de fixação da pena de multa, calculada à base de um dia-multa por mês de pena privativa de liberdade: 18 (dezoito).

Ante o exposto: a) *NEGO PROVIMENTO* à apelação do réu Naor Reinaldo Arantes; b) *DOU PROVIMENTO* ao recurso do Ministério Público Federal para, em relação aos três apelados, agravar o regime prisional e afastar a substituição da pena; c) de ofício, procedo à correção de erro técnico praticado no cálculo das penas do réu Naor Reinaldo Arantes, reduzindo-as para 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 31 (trinta e um) dias-multa; e d) também de ofício, reduzo para 18 (dezoito) dias-multa as penas pecuniárias impostas aos corréus Osvaldo de Ávila Filho e Paulo Henrique Moennich. Quanto ao mais, fica mantida a r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0006045-52.2005.4.03.6102
(2005.61.02.006045-1)

Apelantes: EVANIR PINTO DE OLIVEIRA E OUTRO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACR 33307
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2011

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECLARAÇÃO FALSA ÀS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS. UTILIZAÇÃO DE RECIBOS MÉDICOS FALSOS. CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, IV, DA LEI 8.137/90. VIA ADMINISTRATIVA EXAURIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. REDUÇÃO DAS PENAS IMPOSTAS AS CO-RÉS. APELAÇÃO DAS RÉS PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO DO RÉU DESPROVIDO.
1. Exaurida a via administrativa, resta atendida a condição de procedibilidade da ação penal, nos crimes contra a ordem tributária.
2. Os diversos documentos acostados aos autos demonstraram a materialidade delitiva e a autoria, consubstanciados na representação fiscal para fins penais, no termo de início de ação fiscal, no auto de infração, no termo de encerramento de ação fiscal, nos recibos de prestação de serviços médicos, autos de infração, e nas declarações de rendimentos nos anos-bases de 1999 e 2000 do co-réu (fls. 05/72).
3. Tais provas apresentam-se suficientes a demonstrar a tipicidade delitiva prevista no artigo 1º, IV, da Lei nº 8.137/90, cuja conduta exige apenas que o agente fraude a fiscalização tributária e reduza ou suprima o tributo. Não havendo a supressão do tributo, o réu responde por crime tentado, por se tratar de delito de natureza material.
4. O crime de sonegação fiscal consiste em reduzir ou suprimir tributo por meio de uma das condutas arroladas na norma penal.
5. No caso dos autos, é inegável a vontade livre e consciente do réu de reduzir tributo, estando evidente que conhecia, antecipada e perfeitamente, a finalidade a que se destinavam os documentos - e nem seria verossímil outra versão, pois não haveria outra serventia para os recibos médicos falsos. Em outras palavras, restou demonstrado o elemento subjetivo do tipo penal.
6. Além do mais, conforme consta dos autos da Representação Fiscal, o dano causado ao erário público, relativo aos anos-calendários de 1999 e 2000 alcançou a soma de R$ 7.191,92 (sete mil, cento e noventa e um reais e noventa e dois centavos).
7. O réu não comprovou quaisquer dos fatos alegados, no que se refere aos efetivos procedimentos realizados pelas profissionais indicadas, nos recibos que apresentou ao Fisco. Desse modo, todos os elementos constantes dos autos, documentos, depoimentos e informações levantadas pela acusação, levam a convicção de que não houve o efetivo pagamento das despesas médicas aqui indicadas.

8. Na sentença, restou consignado que o réu Evanir poderia juntar aos autos, ainda que minimamente ou não exaustivamente, algum demonstrativo das despesas médicas, quer por meio de números dos canhotos dos cheques, quer por meio de alguns extratos bancários caso o pagamento tivesse sido realizado por meio de moeda corrente. Poderia, ainda, arrolar testemunhas que relatassem as suas doenças suas (fisioterapia) e de seu filho (fonoaudiologia), que justificassem a prestação dos serviços médicos supostamente desempenhados pelas rés.
9. Na sentença, o MM. Juízo *a quo* analisou as provas produzidas na fase inquisitorial em consonância com o depoimento prestado da testemunha de acusação, concluindo que, diante dos elementos probatórios, a ação era de ser julgada procedente, para condenar as rés, nos termos da denúncia. Assim, a condenação não se baseou *exclusivamente* na prova documental realizada na fase inquisitória.
10. A testemunha de acusação Wladimir Machado de Oliveira, auditor fiscal, embora não tenha presenciado assinatura das acusadas no termo de autuação, tinha conhecimento pleno dos fatos, servindo o seu depoimento, pois, de suporte para o édito condenatório, ao lado das demais provas coligidas.
11. E, em nenhum momento, restou comprovado que as rés Cleuza Maria e Raquel Jacinto foram obrigadas a assinar documento, perante a Receita Federal, confessando que emitiam recibos ideologicamente falsos, para fins espúrios. Ressalte-se que a prova da alegação incumbe àquele que a fizer (artigo 156 do Código de Processo Penal).
12. Os elementos de prova coligidos na fase extrajudicial e judicial formam, no caso dos autos, um conjunto harmônico a apontar as acusadas como autoras dos delitos.
13. No que diz respeito a dosimetria das penas, assim se pronunciou o magistrado *a quo*: *Isso deságua, também, num juízo de grande reprovação quanto aos motivos determinantes do delito, pois visaram elas a obtenção de ganhos de natureza voluptuária, já que o agente mantinha fonte legítima para seu sustento.* (fl. 251). É que se mostra evidente que as acusadas emitiram os recibos mediante paga, obtendo ganhos para beneficiar fraudulentamente o contribuinte do IR, sendo certo que não precisavam lançar mão desse expediente criminoso, já que tinham meios lícitos de prover seu sustento na atividade de fisioterapia e fonoaudiologia, que desempenhavam.
14. Tal circunstância inviabiliza a fixação de suas penas no patamar mínimo legal, como pretende a defesa. Impõe-se, desse modo, a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, mas não no patamar fixado em primeiro grau, que se mostrou exacerbado. A pena-base, para as rés deve ser fixada, pois, em 02 anos e 06 meses de reclusão, além do pagamento de 26 dias multa.
15. Tal pena privativa de liberdade torna-se definitiva para a ré Cleuza Maria, face à ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição de pena. Quanto à acusada Raquel Jacinto, verifico que ela desenvolveu suas condutas por mais de uma vez, durante os anos-calendários de 1999 e 2000. Assim, resta caracterizada a continuidade delitiva, elevando-se a pena na terceira fase no percentual de 1/6. Resulta, pois, a pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, além do pagamento de 30 dias-multa. Saliento que o número de dias-multa não pode ser elevado, sob pena de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*.

16. Ao contrário do que restou consignado na decisão recorrida, inexistem circunstâncias a exasperar a pena-base desse acusado, Evanir, e tampouco antecedentes criminais, consoante, aliás, se depreende da leitura de fls. 92 e ss. Ressalte-se que as ações penais e os inquéritos policiais em andamento não podem exasperar a pena-base, ante a edição da recente Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. O fato de o réu ter reduzido *a parcela daqueles ganhos que, por lei, deveria verter aos cofres públicos para que o Estado pudesse cumprir sua função constitucional de promover o bem comum* se confunde com as próprias elementares do tipo penal, não denotando qualquer culpabilidade mais intensa. O mesmo pode ser dito com relação à reparação do dano, que pode, dependendo das circunstâncias, caracterizar circunstância atenuante ou causa de diminuição da pena. Se a reparação do dano beneficia o réu, a sua não reparação não possui o condão de exasperar a pena-base. Todavia, em face do pequeno prejuízo causado ao Erário, o magistrado estabeleceu a pena-base no mínimo legal, que se elevou em 1/6, em razão da causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal. Desse modo, quanto a dosimetria da pena fixada para o réu Evanir, não merece qualquer reparo.

17. Os apelantes se limitaram a pedir a substituição dessa pena pela prestação de cestas básicas (pena de prestação pecuniária), e não expuseram nenhum motivo que levasse à conclusão de que as penas substitutivas aplicadas lhes fossem muito gravosas. Tais pedidos, desse modo, devem ser indeferidos, até porque a pena de prestação de serviços à comunidade é suficiente para a prevenção e reprovação do delito, não se mostrando demasiadamente pesada para os réus. Ressalvo que, caso se comprove a impossibilidade de cumprir as penas restritivas de direitos por parte dos agentes, poderão eles solicitar a sua substituição por outras, perante o Juízo das Execuções, conforme assegurado pela Lei 7.210/84.

18. Por fim, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva estatal, tendo em vista que, após a consumação dos delitos, o prazo prescricional esteve suspenso enquanto tramitou o procedimento administrativo fiscal, até a data da efetiva constituição do débito, que só veio a ocorrer em 10/12/2002 (fl.62).

19. Apelação do réu Evanir Pinto de Oliveira desprovida. Apelação das rés Cleuza Maria e Raquel parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, *ACORDAM* os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, à unanimidade, negar provimento ao recurso do réu EVANIR PINTO DE OLIVEIRA, e dar parcial provimento ao recurso interposto pelas rés, para reduzir a pena que foi imposta a CLEUZA MARIA CUNHA DE ALMEIDA para 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 26 dias-multa, e para reduzir a pena imposta a RAQUEL JACINTO para 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 30 dias-multa, mantendo, quanto ao mais, a r. decisão de primeiro grau.

São Paulo, 14 de novembro de 2011.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

Trata-se de apelações criminais interpostas por EVANIR PINTO DE OLIVEIRA, RAQUEL JACINTO e CLEUZA MARIA CUNHA DE ALMEIDA em face r. decisão de primeiro grau proferida pelo MM Juiz Federal da 7ª Vara Federal de Ribeirão Preto, que julgou procedente a denúncia e condenou os réus como incursos no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90. A ré Raquel Jacinto foi condenada como incursa no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90, c. c. os artigos 29 e 71 do Código Penal, à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, além do pagamento de trinta dias-multa, cada dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; a ré Cleuza Maria Cunha de Almeida foi condenada como incursa no artigo no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90, c. c. o artigo 29 do Código Penal ao cumprimento de uma pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, além do pagamento de 30 dias-multa, cada dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; (fls. 246/254); o réu Evanir Pinto de Oliveira foi condenado como incurso no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90, c.c. os artigos 29 e 71 do Código Penal, ao cumprimento de uma pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 30 dias-multa, cada dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos.

Consta da denúncia que:

> "(...) o denunciado EVANIR suprimiu o pagamento de tributo mediante o fornecimento de informações falsas à autoridade fazendária, por 2 (duas)vezes em concurso material, referente às declarações de ajuste anual do Imposto de Renda de Pessoa Física de 2000 a 2001, anos-calendários 1999 e 2000.
> Segundo o apurado, a fraude consistiu no pedido indevido de deduções relativas a despesas médias (fatos geradores em 1999, 2000) fictícias, em relação às quais foram apresentados recibos ideologicamente falsos emitidos pelas denunciadas RAQUEL e CLEUZA.
> O denunciado, em sua defesa, alegou que os documentos referentes ao exercício 2000/1999 não existem; que as despesas realizadas foram quitadas em dinheiro, não havendo comprovantes bancários; que os comprovantes referentes a 2001/2000 já foram enviados a Delegacia.
> Da análise das respostas dadas pelo averiguado, bem como pelos levantamentos efetuados pelo Auditor Fiscal da Receita Federal, verificou-se que a documentação apresentada era ineficaz, possuindo como propósito exclusivo usufruir vantagem através da redução do montante do imposto devido na tributação da sua pessoa física. Com efeito, conforme apurado, as denunciadas emitiram fraudulentamente recibos relativos a despesas médicas. Desta verificação, resultaram as Súmulas Administrativas de Documentação Tributariamente Ineficaz (Processo nº 13855.000902/2002-15, Ato Declaratório nº 36, de 20/06/2002 referente a CLEUZA; Processo nº 13855.000943/2002-01, Ato Declaratório nº 37, de 25/06/2002 referente a RAQUEL).
> Conclui-se, portanto, que houve supressão de tributos, mediante a prestação de informações falsas.

A materialidade e a autoria delitiva restaram comprovadas pelo Auto de Infração (fls. 19/23), Declarações de Ajuste Anual dos Anos de 2000 e 2001 (fls. 28/33) e pelos documentos de fls. 09/15" (fls. 02/04).

A denúncia foi recebida em 13.06.2005 (fl. 74).

Os réus foram interrogados (fls. 111/113, 114/116 e 117/118), tendo somente o acusado Evanir apresentado defesa prévia (fls. 127).

A testemunha de acusação foi ouvida a fls. 148/149.

Na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal requereu que os réus apresentassem os registros ou anotações que constem o histórico de atendimento e a realização do tratamento; que fosse intimado o contador João Paulo Fortes como testemunha e que fosse expedido ofício à Receita Federal em Franca/SP solicitando informações sobre a situação atual de crédito tributário em questão (fls. 152/154). O Ministério Público Federal desistiu da oitiva da testemunha João Paulo Fortes, às fls. 186. As defesas não se manifestaram.

Em alegações finais (fls. 189/193), o Ministério Público Federal pugnou pela condenação dos acusados, ao passo que as defesas pugnaram pela absolvição sumária dos mesmos, por falta de provas e subsídios (fls. 198/202 e 203/205).

A sentença condenatória foi proferida a fls. 246/254 e publicada em 22/04/2008 (fls. 255).

Em razões de apelação (fls. 261/267), sustenta a defesa de Evanir Pinto de Oliveira que:

a) o réu não desenvolveu a conduta descrita no inciso IV do artigo 1º da Lei 8.137/90, tendo em vista que apresentou os documentos (recibos) perante o Fisco, com a convicção de que os mesmos eram provenientes da efetiva prestação de serviços a seu favor e a seus dependentes;

b) as declarações prestadas pelas corrés na seara administrativa não tem o condão, por si só, de servir como base para a condenação;

c) as declarações dos réus em Juízo, de outro lado, são claras e enfáticas no sentido de que os serviços foram efetivamente prestados;

d) houve preterição dessas provas em favor daquelas coligidas na fase extrajudicial;

e) o depoimento prestado pela testemunha de acusação não deve ser considerado, já que não presenciou as declarações das corrés de que não haviam recebido dinheiro de Evanir;

f) os apelantes foram uníssonos em afirmar que os pagamentos da prestação de serviços médicos eram feitos em dinheiro, em espécie; porém, como a efetiva prestação se deu nos anos de 1999 e 2000, impossível seria que alguma das partes trouxesse aos autos provas de tais recebimentos, depois de passados 08 anos do ocorrido;

g) além de ter sido efetivamente prestado o serviço que deu origem a emissão dos recibos, o réu não poderia nem teria como saber da existência de problemas das emitentes (corrés) junto a Receita Federal, tendo agido na mais absoluta boa-fé;

h) o réu é pessoa honesta e trabalhadora, com o passado sem máculas, paga seus impostos e não tem dívidas com a Justiça;

i) alternativamente, em caso de manutenção da sentença condenatória, requer seja a pena de prestação de serviços à comunidade convertida em pagamento de cestas básicas a instituição de caridade local.

Em razões de apelação (fls. 268/276), as rés Cleuza Maria e Raquel pretendem a reforma da decisão de primeiro grau, para que sejam absolvidas, aduzindo essencialmente que:

a) as rés não poderiam ter sido enquadradas no artigo 1º, IV da Lei 8.137, haja vista que efetivamente prestaram os serviços especificados nos recibos;

b) perante a autoridade administrativa fazendária em Franca, as rés foram pressionadas a assinar as declarações apresentadas à Receita Federal, com o intuito único de gerar os Atos Declaratórios mencionados na sentença, sendo certo que, naquele momento, sequer estavam acompanhadas de advogado;

c) as rés sequer leram o que assinaram no procedimento administrativo fiscal, de modo que tais declarações não se prestam para sustentar a condenação;

d) tais declarações foram desmentidas em Juízo e, no procedimento administrativo, inexiste contraditório;

e) o réu Evanir foi ouvido em Juízo, tendo explicado com riqueza de detalhes os serviços realizados por Cleuza Maria e Raquel;

f) o depoimento da testemunha de acusação deve ser visto com reservas, já que informou não ter presenciado a assinatura por parte das acusadas;

g) os apelantes foram uníssonos em afirmar que os pagamentos da prestação de serviços eram feitos em dinheiro, em espécie; porém, como tal se deu nos anos de 1999 e 2000, impossível seria que alguma das partes trouxesse aos autos provas de tais recebimentos, depois de passados 08 anos do ocorrido;

h) as apelantes possuem passado límpido e sem máculas, são cidadãs honestas e não têm dívidas com a Justiça, nem com a sociedade;

i) alternativamente, em caso de manutenção da sentença condenatória, requer seja reduzida a pena para o mínimo legal, como também seja a pena de prestação de serviços à comunidade convertida em pagamento de cestas básicas a instituição de caridade local.

Com contrarrazões (fls. 279/282), vieram os autos a esta E. Corte Regional, onde o parecer do Ministério Público Federal foi pelo provimento dos recursos (fls. 289/294).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

Inicialmente, observo que, a fl. 161, registra-se a informação oriunda da Delegacia da Receita Federal em Franca, no sentido de que o procedimento fiscal administrativo instaurado em face dos acusados encontra-se encerrado. Confira-se:

> "O processo administrativo nº 13855.002096/2002-10 trata de representação fiscal para fins penais, realizada em razão de infração apurada durante procedimento de fiscalização, e que foi encaminhado ao Ministério Público da União para providências de sua alçada. Os débitos fiscais apurados foram lançados em auto de infração, cujo processo administrativo recebeu o nº 13855.002092/2002-23. *Não tendo apresentado impugnação e nem pagamento no prazo devido, os débitos foram inscritos em Dívida Ativa da União*. Atualmente, referido processo administrativo encontra-se localizado na Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional

em Franca - PSFN/FCA, órgão competente para prestar outras informações a respeito do mesmo. Nesse sentido, encaminharemos v. solicitação a PSFN/FCA (fls. 161 - grifei)."

Por sua vez, a súmula vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal possui a seguinte redação:

"*Súmula Vinculante 24*
Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

No caso dos autos, é evidente a presença de tal condição vez que, constituído o crédito tributário, o contribuinte não efetuou o seu pagamento, bem como deixou transcorrer o prazo para eventual recurso.

Resulta, desse modo, incontestável o fato de que está autorizada a persecução penal em face dos réus.

Mérito da ação penal.

Os diversos documentos acostados aos autos demonstraram a materialidade delitiva e a autoria, consubstanciados na representação fiscal para fins penais, no termo de início de ação fiscal, no auto de infração, no termo de encerramento de ação fiscal, nos recibos de prestação de serviços médicos, autos de infração, e nas declarações de rendimentos nos anos-bases de 1999 e 2000 (fls. 05/72).

Tais provas apresentam-se suficientes a demonstrar a tipicidade delitiva prevista no artigo 1º, IV, da Lei nº 8.137/90, cuja conduta exige apenas que o agente fraude a fiscalização tributária e reduza ou suprima o tributo. Não havendo a supressão do tributo, o réu responde por crime tentado, por se tratar de delito de natureza material.

De fato, o crime de sonegação fiscal consiste em reduzir ou suprimir tributo por meio de uma das condutas arroladas na norma.

De qualquer modo, no caso destes autos, é inegável a vontade livre e consciente do réu de reduzir tributo, estando evidente que conhecia, antecipada e perfeitamente, a finalidade a que se destinavam os documentos - e nem seria verossímil outra versão, pois não haveria outra serventia para os recibos médicos falsos. Em outras palavras, restou demonstrado o elemento subjetivo do tipo penal.

Além do mais, conforme, consta dos autos da Representação Fiscal, o dano causado ao erário público, relativo aos anos-calendários de 1999 e 2000 alcançou a soma de R$ 7.191,92 (sete mil, cento e noventa e um reais e noventa e dois centavos).

Por outro lado, o réu não comprovou quaisquer dos fatos alegados, no que se refere aos efetivos procedimentos realizados pelas profissionais indicadas, nos recibos que apresentou ao Fisco. Desse modo, todos os elementos constantes dos autos, documentos, depoimentos e informações levantadas pela acusação, levam a convicção de que não houve o efetivo pagamento das despesas médicas aqui indicadas.

Como bem argumentou o i. procurador da república:

"O réu EVANIR em seu depoimento (fls. 111/113) asseverou que realizara os tratamentos referidos nos recibos apresentados, bem como que efetuara o pagamento com dinheiro. Contudo, o apelante nada trouxe aos autos que comprovasse a real

prestação dos serviços médicos, nem o adimplemento das despesas em dinheiro, conforme sustentado, restando sua tese infundada.

As rés CLEUZA (fls.114/116) e RAQUEL (fls. 117/118), diferentemente do que alegaram em sede de procedimentos fiscais - em que *confirmaram* a inidoneidade dos recibos já que não haviam prestado qualquer serviço no período de 01/01/1999 a 31/12/2000 - informaram à autoridade judicial que houve a realização dos tratamentos médicos, assim como o pagamento em dinheiro.

Entretanto, não foram capazes de comprovar a tese ora esposada. Não carrearam aos autos suas contabilidades pessoais ou registros bancários que pudessem elidir a declaração de inidoneidade dos recibos" (fls. 281).

Na r. decisão de primeiro grau, restou consignado que:

"O réu asseverou que realizou os tratamentos e efetuou o pagamento em dinheiro. É certo que tal modalidade de pagamento não é tão cabalmente documentada quanto, por exemplo, o pagamento mediante a emissão de cheques. *Mas não menos certo é que os tais saques são documentados*, e ele poderia ter apresentado à fiscalização ou nesses autos de processo penal, uma consolidação de extratos de sua conta corrente, destacando os saques de numerário destinados àquela finalidade. E não estamos falando sequer de algo contabilmente exato, centavo a centavo, mas pelo menos uma demonstração com um mínimo de razoabilidade, para dar coerência à sua versão." (fls. 249 - grifei).

E, na sentença, restou consignado que o réu Evanir poderia juntar aos autos, ainda que minimamente ou não exaustivamente, algum demonstrativo das despesas médicas, quer por meio de números dos canhotos dos cheques, quer por meio de alguns extratos bancários caso o pagamento tivesse sido realizado por meio de moeda corrente. Poderia, ainda, arrolar testemunhas que relatassem as doenças suas (fisioterapia) e de seu filho (fonoaudiologia), que justificassem a prestação dos serviços médicos supostamente desempenhados pelas rés.

Registre-se que, inicialmente, perante a Receita Federal, o réu afirmou que as consultas médicas constantes do recibo foram realizadas para a sua mulher, vindo a modificar sua versão por ocasião de seu interrogatório, ocasião em que forneceu uma exposição detalhada de um suposto problema na sua coluna.

O réu, ademais, foi intimado (fls. 51 e 55) a apresentar as provas de sua versão, e não adotou tal providência, o que impede o acolhimento de seu pedido de absolvição.

De fato, os recibos indicam valores vultosos - ainda mais para a época, beirando algumas vezes a importância de um mil reais. Por esse motivo, a prova desses pagamentos poderia ter sido realizada facilmente pelo réu, com a apresentação de canhotos de cheques, microfilmes ou extratos bancários.

Ressalte-se que, quando do início do procedimento fiscal, ou até mesmo da ação penal, na fase da defesa prévia, o réu poderia ter produzido prova infirmando a imputação contida na denúncia. Tais momentos não se distanciavam muito da época em que o tributo foi reduzido. Não adotando tal providência, não se pode acolher a sua tese exculpatória, que sustenta o pedido de absolvição.

Quanto as rés Cleuza Maria e Raquel Jacinto, merecem ser transcritos os seguintes excertos da sentença condenatória:

> "As acusadas Raquel e Cleuza foram quem emitiram e assinaram os recibos de fls. 15/21, utilizando pelo co-réu, nos exercícios 2000 e 2001, para suprimir ou reduzir imposto de renda pessoa física. Tal conduta está tipificada no art. 1º, inc. IV da Lei nº 8.137/90, pois ela prevê os atos de emitir documento falso ou, pelo menos, inexato, com a especial finalidade de reduzir a incidência tributária, destacando-se desde já que tal tributo pode ser devido pelo próprio agente ou terceiro (...).
> A materialidade e autoria do delito são incontestes, pois as rés não foram capazes de comprovar o efetivo recebimento dos fatores representados pelos recibos. Não trouxeram aos autos sua contabilidade pessoal, registros bancários dos depósitos, enfim, nenhum elemento de convicção concreto capaz de elidir a declaração administrativa de inidoneidade dos documentos. E tal demonstração era absolutamente necessária para elidir a materialidade do delito. Além disso, houve a confissão no âmbito do procedimento fiscal que culminou na expedição das súmulas administrativas" (fls. 250/251).

É certo que o artigo 155, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690, de 09.06.2008, disciplinou a matéria, dispondo que:

> "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

Ocorre que, na sentença (fls. 246/254), o Juízo *a quo* analisou as provas produzidas na fase inquisitorial em consonância com o depoimento prestado da testemunha de acusação, concluindo que, diante dos elementos probatórios, a ação era de ser julgada procedente, para condenar as rés, nos termos da denúncia. Assim, a condenação não se baseou *exclusivamente* na prova documental realizada na fase inquisitória.

Com efeito, a testemunha de acusação Wladimir Machado de Oliveira, auditor fiscal, embora não tenha presenciado assinatura das acusadas no termo de autuação, tinha conhecimento pleno dos fatos, servindo o seu depoimento, pois, de suporte para o édito probatório, ao lado das demais provas coligidas. Confira-se:

> "Tem conhecimento dos fatos em razão de ter sido o auditor responsável pela elaboração do acusado Evanir Pinto de Oliveira. *A autuação do referido acusado foi antecedida de levantamentos efetivados na cidade de Igarapava os quais sinalizam a emissão de recibos fraudulentos por vários profissionais liberais. Os mesmos foram convocados prestando informações, tendo sido levantada a movimentação financeira dos mesmos. Em razão desses levantamentos chegaram às acusadas Raquel Jacinto e Cleuza Maria Cunha de Almeida*, tendo sido lavrado ato declaratório pelo Sr. Delegado da Receita Federal de Franca, dando por inidôneos os recibos emitidos pelas mesmas. *Em seguida, convocaram as pessoas que utilizaram-se desses recibos, sendo que no tocante ao acusado Evanir, o mesmo não comprovou a efetiva prestação de serviços por parte daquelas profissionais, alegando ainda que o pagamento dos honorários profissionais por conta*

dos aludidos serviços fora em dinheiro. Como as rés declararam não ter recebido dinheiro de Evanir, foi efetivada a glosa desses valores nos exercícios correspondentes, junto a declaração de ajuste anual do imposto de renda da pessoal física em questão, o que gera um aumento no valor do imposto a pagar." (fl. 148).

E, em nenhum momento, restou comprovado que as rés Cleuza Maria e Raquel Jacinto foram obrigadas a assinar documento, perante a Receita Federal, confessando que emitiam recibos ideologicamente falsos, para fins espúrios. Ressalte-se que a prova da alegação incumbe àquele que a fizer (artigo 156 do Código de Processo Penal).

Assim, os elementos de prova coligidos na fase extrajudicial e judicial formam, no caso dos autos, um conjunto harmônico a apontar as acusadas como autoras dos delitos.

Dosimetria da pena

Raquel Jacinto e Cleuza Maria

Quanto às rés Raquel Jacinto e Cleuza Maria, faço consignar que não possuem antecedentes militando em seu desfavor.

É que, a par dos apontamentos existentes em relação a ambas as rés, registrando uma série de ações penais movidas em face delas, inexiste condenação nem mesmo decretada em primeiro grau de jurisdição (fls. 78/86, 93/97, 213/214, 221/227).

Ressalte-se que as ações penais e os inquéritos policiais em andamento não podem exasperar a pena-base, ante a edição da recente Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que se encontra assim redigida:

"*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*"

De outro lado, observo que o magistrado "a quo" entendeu que elas agiram com culpabilidade exacerbada, praticando condutas complexas, perpetradas por agentes com elevado grau de instrução e que já contavam com fonte de renda legítima.

Assim se pronunciou o magistrado "a quo": "Isso deságua, também, num juízo de grande reprovação quanto aos motivos determinantes do delito, pois visaram elas a obtenção de ganhos de natureza voluptuária, já que o agente mantinha fonte legítima para seu sustento." (fl. 251)

É que se mostra evidente que as acusadas emitiram os recibos mediante paga, obtendo ganhos para beneficiar fraudulentamente o contribuinte do IR, sendo certo que não precisavam lançar mão desse expediente criminoso, já que tinham meios lícitos de prover seu sustento na atividade de fisioterapia e fonoaudiologia, que desempenhavam. Tal circunstância inviabiliza a fixação de suas penas no patamar mínimo legal, como pretende a defesa.

Impõe-se, desse modo, a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, mas não no patamar fixado em primeiro grau, que se mostrou exacerbado. A pena-base, para as rés deve ser fixada, pois, em 02 anos e 06 meses de reclusão, além do pagamento de 26 dias multa.

Tal pena privativa de liberdade torna-se definitiva para a ré Cleuza Maria, face à

ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição de pena.

Quanto à acusada Raquel Jacinto, verifico que ela desenvolveu suas condutas por mais de uma vez, durante os anos-calendários de 1999 e 2000. Assim, resta caracterizada a continuidade delitiva, elevando-se a pena na terceira fase no percentual de 1/6.

Resulta, pois, a pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, além do pagamento de 30 dias-multa. Saliento que o número de dias-multa não pode ser elevado, sob pena de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Evanir Pinto de Oliveira.

Ao contrário do que restou consignado na decisão recorrida, inexistem circunstâncias a exasperar a pena-base desse acusado, e tampouco antecedentes criminais, consoante, aliás, se depreende da leitura de fls. 92 e ss.

Ressalte-se que as ações penais e os inquéritos policiais em andamento não podem exasperar a pena-base, ante a edição da recente Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

O fato de o réu ter reduzido "a parcela daqueles ganhos que, por lei, deveria verter aos cofres públicos para que o Estado pudesse cumprir sua função constitucional de promover o bem comum" se confunde com as próprias elementares do tipo penal, não denotando qualquer culpabilidade mais intensa. O mesmo pode ser dito com relação à reparação do dano, que pode, dependendo das circunstâncias, caracterizar circunstância atenuante ou causa de diminuição da pena.

Se a reparação do dano beneficia o réu, a sua não reparação não possui o condão de exasperar a pena-base.

Todavia, em face do pequeno prejuízo causado ao Erário, o magistrado estabeleceu a pena-base no mínimo legal, que se elevou em 1/6, em razão da causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal.

Desse modo, quanto a dosimetria da pena fixada para o réu Evanir, não merece qualquer reparo.

Substituição da pena alternativa por outra.

De acordo com o artigo 46, § 3º do Código Penal, a prestação de serviços à comunidade será cumprida à razão de 01 hora de tarefa por dia de condenação, fixada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado.

Tal pena não se mostra desproporcional, e sequer prejudica a jornada de trabalho dos réus. Os apelantes se limitaram a pedir a substituição dessa pena pela prestação de cestas básicas (pena de prestação pecuniária), e não expuseram nenhum motivo que levasse à conclusão de que as penas substitutivas aplicadas lhes fossem muito gravosas.

Tais pedidos, desse modo, devem ser indeferidos, até porque a pena de prestação de serviços à comunidade é suficiente para a prevenção e reprovação do delito, não se mostrando demasiadamente pesada para os réus.

Ressalvo que, caso se comprove a impossibilidade de cumprir as penas restritivas de direitos por parte dos agentes, poderão eles solicitar a sua substituição por outras, perante o Juízo das Execuções, conforme assegurado pela Lei 7.210/84.

Por fim, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva estatal, tendo em

vista que, após a consumação dos delitos, o prazo prescricional esteve suspenso enquanto tramitou o procedimento administrativo fiscal, até a data da efetiva constituição do débito, que só veio a ocorrer em 10/12/2002 (fl.62).

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso do réu EVANIR PINTO DE OLIVEIRA, e *dou parcial provimento* ao recurso interposto pelas rés, para reduzir a pena que foi imposta a CLEUZA MARIA CUNHA DE ALMEIDA para 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 26 dias-multa, e para reduzir a pena imposta RAQUEL JACINTO para 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 30 dias-multa, mantendo, quanto ao mais, a r. decisão de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0004051-88.2007.4.03.6111
(2007.61.11.004051-6)

Apelantes: JOÃO SIMÃO NETO E JUSTIÇA PÚBLICA
Apelados: OS MESMOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACR 32627
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/11/2011

EMENTA

PENAL. OPERAÇÃO OESTE. ARTIGO 344 DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINARES AFASTADAS. MATERIALIDADE. AUTORIA. PROVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Preliminares rejeitadas. O fato do juiz "a quo", uma vez alertado de que o coréu, ora vítima, fora interpelado de forma grave pelo acusado momentos antes de sua oitiva (processo nº 2007.61.11.002996-0), ter adotado providências no sentido de encaminhá-lo ao Departamento de Polícia Federal, não gera impedimento ou suspeição.

2. Incompetência do Juízo da 3ª Vara Federal de Marília não reconhecida. Incide na espécie a hipótese do artigo 76, II, do Código de Processo Penal.

3. Incabível a suspensão condicional do processo, considerando que o acusado responde a outras ações penais. Precedentes.

4. Não é nula a sentença que, fundamentadamente, acolhe tese contrária à da defesa e condena o réu.

5. Não há que se falar em indispensabilidade da presença de advogado no ato, de modo a acarretar a nulidade do processo, se o indivíduo foi ouvido na qualidade de vítima, ou seja, não figurava como investigado ou indiciado.

6. Rejeitada a argüição de impedimento do Procurador da República arrolado como testemunha de acusação, uma vez que apenas acompanhou a tomada do depoimento prestado pela vítima, limitando-se a assinar o respectivo termo, e sequer ofereceu a denúncia.

7. Materialidade e autoria comprovadas. Dos elementos de prova coligidos aos autos, depreende-se que o suporte probatório é apto para justificar a condenação do acusado pelo cometimento do crime de coação no curso do processo, a despeito da retratação da vítima, apresentando uma versão inverossímil.

8. Condenação mantida. Restou comprovado que o acusado usou de grave ameaça para intimidar o réu (processo nº 2007.61.11.002996-0), com o fim de favorecer interesse próprio e alheio em processos judiciais decorrentes da "Operação Oeste", incorrendo no tipo penal descrito no artigo 344 do Código Penal.

9. Dosimetria da pena. Majoração da pena-base para 3 (três) anos de reclusão, considerando que a conduta ilícita do réu merece maior censurabilidade e reprovação social, que restou definitiva, ante a ausência de atenuantes, agravantes, bem como de causas de aumento e diminuição de pena. Mantida a pena de multa, ante a falta de recurso ministerial quanto a esse aspecto.

10. Mantido o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

11. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o réu não preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

12. Apelação do réu a que se nega provimento. Apelação ministerial parcialmente provida.

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 as preliminares e, por maioria, negar provimento à apelação de João Simão Neto, e dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, a fim de majorar a pena para 3 (três) anos de reclusão, conforme o voto da relatora, acompanhada pelo voto da Juíza Federal Convocada Silvia Rocha, vencido o Desembargador Federal José Lunardelli, que dava provimento à apelação da defesa para absolver o réu e negava provimento à apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2011.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* e *JOÃO SIMÃO NETO*, contra a r. sentença (fls. 731/761), proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal de Marília, Dr. Leonardo Pessorrusso de Queiroz, que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e 20 (vinte) dias multa, cada qual no valor mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 344 do Código Penal.

Opostos embargos de declaração por João Simão Neto (fls. 771/777), foram rejeitados (fls. 798/800). Dessa decisão foram novamente interpostos embargos de declaração pelo réu (fls. 805/819), que também foram rejeitados (fls. 837/839).

Nas razões de apelação, o Ministério Público Federal pleiteia a fixação da pena privativa de liberdade definitiva não inferior a 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto (fls. 847/869).

Por sua vez, nas razões de recurso (fls. 889/968), a defesa, preliminarmente, alega nulidade do processo sob os seguintes fundamentos:

a) impedimento e suspeição do magistrado sentenciante, nos termos dos artigos 252, inciso II, e 254, inciso IV, ambos do Código de Processo Penal;

b) incompetência do juízo, em razão da ausência de conexão em relação aos fatos apurados no processo relativo à “Operação Oeste”;

c) não concessão do “sursis” processual, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95;

d) cerceamento de defesa, tendo em vista que o juízo “a quo” não apreciou as teses argüidas em alegações finais;

e) imprestabilidade da declaração prestada por Sílvio César Madureira na data dos fatos;

f) imprestabilidade do depoimento do Procurador da República Fabrício Carrer.

No mérito, pleiteia a absolvição, ante a ausência de provas, inexistência de crime e falta de dolo. Subsidiariamente, requer a fixação da pena no mínimo legal e a substituição por uma restritiva de direitos, porquanto a existência de outros processos instaurados em face do réu não pode ensejar sua majoração.

Contrarrazões acostadas às fls. 883/888 e 1053/1076.

A Procuradoria Regional da República, por seu ilustre representante, Dr. Pedro Barbosa Pereira Neto, opinou pelo desprovimento da apelação do réu e pelo provimento do recurso do Ministério Público Federal para majorar a pena (fls. 1083/1093).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): JOÃO SIMÃO NETO foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 344 do Código Penal.

Consta da inicial que:

> "... na data de 05/07/2007, nas dependências da Justiça Federal em Marília/SP, o denunciado JOÃO SIMÃO NETO usou de grave ameaça para intimidar o réu e testemunha SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, em razão das declarações fornecidas por este no bojo de investigação realizada pela Polícia Federal acerca de fatos ocorridos na região de Marília/SP ('Operação Oeste').
>
> No referido dia, JOÃO SIMÃO NETO adentrou uma das salas daquele local (mais especificamente, o interior da 'sala de espera' destinada a testemunhas e réus, que se localiza ao lado da sala de audiências), onde se localizava SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, quando então se dirigiu a este e disse, em bom tom e lhe apontando o dedo indicador, que compareceria no período da tarde para presenciar seu depoimento. A intimidação foi tamanha, que o ato judicial em questão (o interrogatório do réu delator) necessitou ser cancelado por falta de condições psicológicas (o grave temor gerado em face das ameaças perpetradas contra SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA e seus familiares).
>
> Importante salientar que, tempos antes dessa coação, SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA havia tecido diversos relatados sobre a corrupção praticada pelo Delegado de Polícia Federal WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, juntamente com JOÃO SIMÃO NETO e JAIRO ANTONIO 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' praticados justamente por JAIRO ANTONIO ZAMBON através de interposta pessoa ('laranja') de nome MARIA GENI DE AGUIAR.
>
> Tais fatos podem ser constatados pelos depoimentos prestados por SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA (seja informalmente, no dia 21/07/2005, perante a sede da Procuradoria Regional da República em São Paulo/SP; seja formalmente, nos dias 18/06/2007 e 05/07/2007, perante as sedes da Polícia Federal em São Paulo e Marília, respectivamente), conforme documentação que segue em anexo.

Os atos de corrupção passiva e ativa mencionados por SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA foram todos corroborados por inúmeros outros meios probatórios, razão pela qual o Ministério Público Federal, na data de 10/08/2007, ofertou denúncia contra WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, JOÃO SIMÃO NETO e JAIRO ANTÔNIO ZAMBON (*vide* Autos nº 2007.61.11.004028-0).
Sobre a materialização da coação no curso do processo, esclarecedor é o depoimento prestado por SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA junto à sede da Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, na data de 05/07/2007, quando noticiou que foi ameaçado pelo advogado JOÃO SIMÃO NETO nas dependências do Fórum da Justiça Federal desta cidade, enquanto aguardava o início de sua audiência (...).
No dia 17/07/2007, perante a Superintendência de Polícia Federal em São Paulo/SP, SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA ratificou o depoimento prestado no dia 05/07/2007 (...).
Também em idêntico sentido foi o depoimento prestado pelo Procurador da República ANDRÉ LIBONATI, que estava na 'sala de espera' localizada ao lado da 'sala de audiências' da Justiça Federal em Marília/SP quando se efetivou a coação no curso do processo.
(...)
Embora não tenha sido testemunha presencial dos fatos, o Agente de Polícia Federal JÚLIO CÉSAR EDER foi claro ao tecer as circunstâncias ocorridas após o delito cometido por JOÃO SIMÃO NETO.
(...)
Em igual sentido foi o depoimento prestado pelo Agente de Polícia Federal CLÁUDIO HENRIQUE EIRAS MIRANDA (...).
Por fim, convém esclarecer que o denunciado JOÃO SIMÃO NETO é contumaz praticante do delito tipificado pelo art. 344 do 'Codex' Penal (coação no curso do processo), havendo inclusive decreto de prisão expedido pela Justiça Estadual em Marília, onde o citado denunciado é réu em processo criminal de tentativa de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, I e IV c/c 14, II, ambos do CP), perpetrada contra o jornalista JOSÉ URSÍLIO DE SOUZA, na qualidade de mandante (...).
A conjugação dos depoimentos prestados por SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA e pelas demais testemunhas arroladas nestes autos deixam claro não só que o denunciado não só intimidou o delator SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA (cujas declarações, em comunhão ao vasto acervo probatório alinhavado, deu ensejo à instauração da Ação Penal nº 2007.61.11.004028-0), como também foi responsável pelo cancelamento da audiência de interrogatório deste, que estava designada para a data do fato delituoso (05/07/2007, às 14:00 horas), por falta de condições psicológicas (...)."

Por primeiro, analiso as preliminares suscitadas pelo apelante João Simão Neto.

Da nulidade do processo, em razão de impedimento e de suspeição do magistrado sentenciante

A alegação de impedimento e suspeição do magistrado sentenciante, nos termos dos artigos 252, inciso II, e 254, inciso IV, ambos do Código de Processo Penal, não merece acolhida.

No caso vertente, o magistrado de primeiro grau jamais serviu como testemunha ou aconselhou qualquer das partes, conforme trecho da sentença destacado (fls. 748/749):

> "... impõe-se esclarecer que naquela data, antes do interrogatório de Sílvio Madureira no processo nº 2007.61.11.002996-0, feito este denominado 'Caso Golpe 3x1', ele próprio comunicou a este Magistrado que tinha sido vítima de crime, motivo pelo qual, na presença dos Procuradores da República e da analista judiciário Lillian Cristina Stroppa Barros, decidi encaminhá-lo imediatamente para a Polícia Federal de Marília, a fim de que relatasse a sua versão dos fatos. Tendo sido designado para atuar nos feitos da 'Operação Oeste', e não vigorando no nosso País o Sistema dos Juizados de Instrução, cancelei o seu interrogatório e, considerando que JOÃO SIMÃO NETO era um advogado do caso, e que ali se encontravam, no mínimo, mais uns 10 causídicos, além de agentes da escolta, não havia ambiente para interrogar Sílvio, sendo redesignado o ato sem constar o ocorrido, melhor acomodando a pauta do juízo, encaminhando, repita-se, imediatamente Madureira à Delegacia."

Aliás, o Ministério Público Federal em contrarrazões ressaltou com precisão:

> "Não constitui hipótese de impedimento/suspeição (arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal - hipóteses objetivas e taxativas, não admitindo interpretação extensiva) o fato de juiz *a quo* ter *autorizado a escolta do réu-delator-preso* Sílvio Madureira até a Delegacia da Polícia Federal de Marília, tendo em vista que o citado réu comunicou ao magistrado de que havia sido vítima de crime, até porque é sabido que não vigora em nosso País o Sistema do Juizado de Instrução, conforme bem fundamentou o juiz *a quo* nas fls. 748/749."

Assim, o fato do juiz "a quo", uma vez alertado de que o co-réu Sílvio César Madureira, ora vítima, fora interpelado de forma grave pelo ora acusado momentos antes de sua oitiva (processo nº 2007.61.11.002996-0), ter adotado providências no sentido de encaminhá-lo ao Departamento de Polícia Federal, não gera impedimento ou suspeição.

Da nulidade do processo, ante a incompetência do juízo

Inicialmente, observo que distribuídos os autos do inquérito policial nº 15-0450/2007 à 1ª Vara Federal de Marília, foi determinada a sua "redistribuição por dependência aos autos da representação no qual foi decretada a prisão preventiva do investigado, no Juízo da 3ª Vara Federal de Marília/SP", nos seguintes termos (fls. 183/184):

> "Nos termos do despacho da autoridade policial proferido à fl. 28, embora a prisão de João Simão Neto não tenha sido determinada no bojo do presente inquérito policial, os fatos aqui apurados mantém relação com aqueles que compõem o procedimento no qual o ato privativo de liberdade foi determinado - no Juízo da 3ª Vara Federal desta Subseção Judiciária, em pedido formulado pelos coordenadores da 'operação oeste'.
> Assim, afigura-se competente por prevenção, para processamento do presente feito,

o Juízo da 3ª Vara Federal de Marília, consoante o disposto no art. 83 do CPP, *in verbis*:

DA COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, *c*)."

Em decorrência disso, os presentes autos foram distribuídos por dependência ao processo nº 2007.61.11.003190-4 (fls. 185), tendo o MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal de Marília ressaltado (fls. 193):

"...este juízo é competente para o processamento e julgamento do presente feito, pois incide na espécie a hipótese do artigo 76, II, do CPP."

De fato, como bem asseverado pelo *parquet* federal (fls. 1057):

"No que tange à competência, houve obediência aos critérios previamente estabelecidos na legislação processual penal, pois vislumbrou conexão material/objetiva (art. 76, inciso II, do Código de Processo Penal) com os fatos criminosos dos Autos nº 2007.61.11.004028-0, que já estavam em trâmite na 3ª Vara Federal de Marília (fl. 193). Ainda, há que mencionar a prevenção do Juízo da 3ª Vara Federal de Marília para processar e julgar o presente feito, tendo em vista que anteriormente à denúncia, o sobredito Juízo decretou a prisão preventiva do apelante JOÃO SIMÃO NETO (Autos nº 2007.61.11.003190-4 - art. 83 do Código de Processo Penal - fl. 183).

Donde a improcedência da invocação de ofensa ao postulado constitucional do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da Carta Política)."

Desse modo, a alegação de incompetência do Juízo da 3ª Vara Federal de Marília não merece prosperar.

Da nulidade do processo, em razão da não concessão do "sursis" processual, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95

A defesa alega que o acusado tem direito à suspensão do processo, ao argumento de que não devem ser considerados maus antecedentes outras demandas que pendem de julgamento definitivo diante da garantia constitucional da presunção de inocência.

Todavia, não lhe assiste razão.

A propósito, manifestou-se o Ministério Público Federal (fls. 1057/1058):

"É sabido que para suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95) exige-se que o beneficiário não esteja sendo processado e, *in casu*, conforme demonstram as folhas de antecedentes acostadas alhures, o apelante JOÃO SIMÃO NETO ostenta a condição de réu em processos criminais pela prática de

corrupção ativa (art. 333 do Código Penal), extorsão (art. 158, § 1º, do Código Penal - fls. 208/215) e tentativa de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, I e IV c/c art. 14, II, ambos do Código Penal).
Assim, o apelante JOÃO SIMÃO NETO não faz jus ao sobredito benefício processual."

Com efeito, "tratando-se de benefício legal, pode a lei, estabelecer requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo, não importando, pois, qualquer violação do princípio constitucional da presunção de inocência, a exigência de não estar o réu respondendo a outro processo" (STJ, HC 18.590/MG, 6ª Turma, relator Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 25/2/02).

Nesse sentido, o aresto que destaco:

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. DIREITO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. TRANSAÇÃO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS. APRECIAÇÃO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. INCABIMENTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRO PROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente pode ter lugar, quando o motivo legal invocado mostrar-se na luz da evidência, *primus ictus oculi*. 2. O mero depósito ou exposição à venda de 'matéria-prima ou mercadoria' imprópria para o consumo, com prazo de validade vencido (cf. artigo 18, parágrafo 6º, da Lei nº 8.078/90), configura, em tese, o delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, que é de perigo abstrato ou presumido. Precedentes do STJ. 3. Não restando afastadas, de plano, a tipicidade e a materialidade delitivas, deve a questão, por induvidoso, ser decidida em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, e à luz de todos os elementos de convicção a serem colhidos no desenrolar de toda a instrução criminal, sendo, pois, de todo incabível o abortamento precipitado do feito, à moda de absolvição sumária do denunciado. 4. Não é cabível o instituto da transação penal ao delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, que não é considerado como de menor potencial ofensivo, eis que a pena cominada é de 2 a 5 anos de reclusão. *5. Incabe suspensão condicional do processo, se responde o acusado a outra ação penal e a pena mínima cominada ao novo crime que lhe imputa o Ministério Público superior a um ano, como é da letra da norma inserta no artigo 89 da Lei 9.099/95. Precedentes do STJ e do STF. 6. Não importa qualquer violação do princípio constitucional da presunção de inocência, a exigência de não estar o réu respondendo a outro processo para a concessão da suspensão condicional do processo (Precedentes).* 7. Recurso improvido."
(STJ - Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* - 15087. Órgão Julgador: 6ª Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Data da Decisão: 21/02/2006. Por unanimidade - DJ: 05/02/2007)

Assim, no caso vertente, o acusado não faz *jus* à suspensão condicional do processo, considerando que responde a outras ações penais.

Da nulidade do processo, por cerceamento de defesa

Afirma o apelante João Simão Neto que o juízo "a quo" não apreciou as teses argüidas em alegações finais.

Ocorre que, não é nula a decisão que, fundamentadamente, acolhe tese contrária à da defesa e condena o réu.

Segundo preleciona o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, "para cumprir a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, é desnecessário que o Magistrado transcreva ou responda a toda sorte de alegações suscitadas no transcorrer do processo penal, bastando que examine as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, podendo, na fundamentação, apresentar tese contrastante com aquela defendida pelas partes, valer-se da doutrina e da jurisprudência, além, por óbvio, das provas produzidas, desde que fique claro, pela sua exposição, as razões que embasaram o seu convencimento". E ressalta, "o colendo STF, por sua vez, já afirmou que, quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas" (HC 89.324/PE).

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

> "CRIMINAL. HC. ENTORPECENTES. NULIDADE. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTO À TESE DA DEFESA DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES QUE DEFERIRAM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. DECRETO CONDENATÓRIO QUE REFUTOU AS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA. Hipótese em que o Julgador de 1º grau ressaltou a caracterização inequívoca da autoria dos delitos, apoiando-se em elementos de convicção reputados relevantes para fundamentar o édito condenatório, sendo certo que afastou a alegação de falta de fundamentação das decisões que deferiram os pedidos de interceptação telefônica, não havendo necessidade de dizê-lo de forma expressa. *Não se tem como omissa a sentença condenatória que, embora não se referindo, expressamente, às teses das defesa, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios reputados válidos para caracterizar os crimes narrados na denúncia e sua autoria. Embora seja necessário que o Magistrado aprecie todas as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou tese contrária*. Ordem denegada."
> (STJ - *Habeas Corpus* - 24534. Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data da Decisão: 06/05/2003. Por unanimidade)

Destarte, não há que se falar em nulidade da sentença, por falta de fundamentação.

Da nulidade da declaração prestada por Silvio César Madureira

Sustenta a defesa a nulidade da declaração prestada por Sílvio César Madureira na data dos fatos, porquanto colhida sem a presença de advogado.

Contudo, tal argüição não merece prosperar.

A respeito, o *parquet* federal asseverou (fls. 1058/1061):

"Apurou-se que no dia 05 de julho de 2007, nas dependências da Justiça Federal em Marília/SP, o apelante JOÃO SIMÃO NETO usou de grave ameaça para intimidar o então réu e testemunha SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio. É que SILVIO CÉSAR MADUREIRA já havia delatado várias práticas delituosas praticadas por investigados (inclusive JOÃO SIMÃO NETO) pela Polícia Federal na região de Marília/SP ('Operação Oeste'). No referido dia, o apelante JOÃO SIMÃO NETO adentrou numa das salas daquele local (mais especificamente, no interior da 'sala de espera' destinada a testemunhas e réus, que se localiza ao lado da sala de audiências), onde se localizava SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, quando então se dirigiu a este e disse, em *bom tom e lhe apontando o dedo indicador, que compareceria no período da tarde para presenciar seu depoimento*.
Em ato contínuo, após sofrer a coação vinda do apelante JOÃO SIMÃO NETO, a vítima SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA rumou à sala de audiências da 3ª Vara Federal em Marília/SP, onde seria interrogado como co-réu nos Autos nº 2007.61.11.002996-0 ('Golpe 3x1', ocorrido no 'Hotel Estoril'). Naquela oportunidade, antes que se iniciasse a audiência - *mas agora na presença do ilustre magistrado LEONARDO PESSORUSSO DE QUEIROZ, da Analista Judiciária LILIAN CRISTINA STROPPA e dos Procuradores da República ANDRÉ LIBONATI, CÉLIO VIEIRA DA SILVA, FABIO BIANCONCINI DE FREITAS e FABRÍCIO CARRER* (Ver fls. 244, 354/355 e 595) -, SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA foi categórico ao dizer que não tinha as condições mínimas para ser interrogado, pois estava profundamente transtornado com a intimidação realizada pelo apelante JOÃO SIMÃO NETO. Pediu, aliás, que seu interrogatório fosse marcado em último lugar, pois iria falar a verdade sobre tudo o que lhe fosse perguntado e inclusive iria esclarecer todos os fatos, inclusive os relacionados ao 'Golpe 3x1' do 'Hotel Estoril', que havia ocorrido em Marília/SP no dia 23 de novembro de 2005. SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA disse também que não mais suportava as pressões que estava sofrendo em face das 'delações' que realizou à Polícia Federal.
(...)
Em tal oportunidade, os membros do Ministério Público Federal foram todos contrários ao adiamento da audiência de interrogatório de SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, requerendo inclusive que fossem colhidos em termo judicial os fatos por ele ali narrados. Todavia, o ilustre Magistrado em questão cancelou a audiência e *determinou que a vítima SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, QUE SE ENCONTRAVA PRESA EM RAZÃO DE OUTRO PROCESSO, fosse levada à Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP para colheita de depoimento acerca dos fatos (a coação no curso do processo que houvera ocorrido) no intuito de que fossem tomadas as providências cabíveis (instauração de inquérito policial)*.
E de fato assim ocorreu (!).
Também naquele dia 05 de julho de 2007, SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA foi enviado à Polícia Federal em Marília/SP, quando prestou depoimento acerca dos fatos, o qual se encontra às fls. 20/21 destes Autos de Ação Penal.
(...)

> Ressalte-se que o apelante JOÃO SIMÃO NETO menciona uma 'evidente nulidade e imprestabilidade da declaração prestada por Sílvio Madureira, na data dos fatos'. Com a devida vênia, tal afirmação decorre de *interpretação claramente equivocada dos arts. 6º, inciso IV, e 201, caput*, ambos do Código de Processo Penal. Ora, mesmo que se adira à corrente doutrinária segundo a qual os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados já limiar do inquérito policial, é forçoso reconhecer que naquela oportunidade não se justificava a presença de um advogado, já que Madureira figurava e figura como sujeito passivo secundário da ação delituosa levada a efeito pelo apelante JOÃO SIMÃO NETO, e não como investigado/indiciado."

De fato, consoante o termo de declarações de fls. 14/15, em 05 de julho de 2007, Sílvio César Madureira foi ouvido na qualidade de vítima, ou seja, não figurava como investigado ou indiciado, motivo pelo qual não há que se falar em indispensabilidade da presença de advogado no ato, de modo a acarretar a nulidade do processo.

Da nulidade do depoimento do Procurador da República Fabrício Carrer

Alega a defesa a nulidade do depoimento prestado pelo Procurador da República Fabrício Carrer, ao argumento de que "funcionou formalmente no inquérito que precedeu a ação penal, assinando o pedido de prisão preventiva em representação ministerial (fls. 413/422), assinou a Portaria número 107/2007, datada de 12 de julho de 2007 (fls. 13), acompanhou diretamente o depoimento prestado por Sílvio Madureira às fls. 20/21, assinando o respectivo termo e, seu depoimento como testemunha de acusação serviu de motivação para a condenação".

Todavia, não lhe assiste razão.

Assinalo que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, no sentido de que "se o Promotor que funcionou no inquérito policial pode oferecer denúncia, evidentemente que poderá servir como testemunha do que presenciou, pois quem pode o mais, pode o menos".

A propósito, a jurisprudência destacada:

> "'HABEAS-CORPUS'. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE DEPOIMENTO PRESTADO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE PARTICIPOU, NA POLÍCIA, DO ATO DA PRISÃO EM FLAGRANTE: INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL COMPROMETIDO PELO EXCESSO DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO: INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM OUTROS ELEMENTOS DA PROVA: IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NO *WRIT*. 1. O Membro do Ministério Público Estadual que assiste a lavratura do auto de prisão em flagrante, convidado pela autoridade policial para assegurar a legalidade do ato, não está impedido de prestar depoimento, na fase da instrução penal, reportando-se aos fatos que ouviu quando dos depoimentos prestados na fase investigatória. 2. Se a jurisprudência do STF já assentou que não configura impedimento de Promotor de Justiça, que acompanhou inquérito policial, para em seguida oferecer denúncia (RHC 61.110, DJ de 26.08.83 e HC 60.364, DJ de 13.05.83), com muito mais razão e propriedade poderá prestar depoimento do que antes

presenciara, se outro foi o Promotor de Justiça que firmara a peça acusatória. 3. Inaplicabilidade, no caso, da norma contida no artigo 252 do CPP que diz respeito às hipóteses em que o juiz não poderá exercer a jurisdição. 4. Se o juiz ouviu uma testemunha a mais além do limite para a acusação do que para a defesa, mas a essa facultou que também o fizesse, precluindo o direito, não pode alegar posteriormente cerceamento de defesa, se inclusive não emprestou qualquer valia ao depoimento deduzido pela testemunha excedente. Violação do princípio isonômico que não se caracterizou. 5. Sentença que se funda no conjunto probatório e não apenas no depoimento contraditado, para se avaliar que peso teve no convencimento do juiz, traduz-se em revolvimento probatório, circunstância que torna imprestável e inviável a via estrita do 'habeas corpus'. 'Habeas corpus' que se conhece, mas a que se nega deferimento."
(HC 73.425-PR, relator: Ministro Maurício Correa)

Ainda que assim não fosse, verifico que a decisão de fls. 413/422, que decretou a prisão preventiva de João Simão Neto, à qual faz remissão o acusado, refere-se a processo diverso (autos nº 2007.61.11.003190-4). Outrossim, no caso vertente, a denúncia sequer foi oferecida pelo Procurador da República Fabrício Carrer, que apenas acompanhou a tomada do depoimento prestado por Sílvio César Madureira, limitando-se a assinar o respectivo termo. Ademais, a citada Portaria nº 107/2007 não foi assinada unicamente pelo Procurador da República Fabrício Carrer, mas sim, em conjunto, com os Procuradores da República Célio Vieira da Silva e Fábio Bianconcini de Freitas.

Assim sendo, rejeito a argüição de nulidade, por não vislumbrar o alegado impedimento.

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito.

A autoria e a materialidade delitivas restaram demonstradas pelas provas colhidas tanto na fase do inquérito policial quanto no decorrer da ação penal.

Tanto em sede policial (fls. 161/162), quanto em juízo (fls. 237/244), JOÃO SIMÃO NETO negou os fatos que lhe foram imputados, conforme os trechos destacados:

"... QUE, no dia dos fatos o interrogando estava participando de audiência na 3ª Vara Criminal Federal de Marília/SP defendendo os acusados ADEMILSON DOMINGOS DE LIMA, ARINEU ZOCANTE e CARLOS ALBERTO DA SILVA, em razão de uma ação penal intentada em face deles e da pessoa de SILVIO CÉSAR MADUREIRA, que também era réu nesta mesma ação e audiência; QUE, num dos intervalos da audiência para que se pudesse tomar um lanche, o que foi autorizado pelo Juiz Presidente da audiência, o interrogando se dirigiu até a sala aonde estava alguns presos, seus parentes e diversos advogados, entre eles VITÓRIO RIGOLDI NETO, WILSON DE MELO CAPPIA, MARCOS GIMENES e outros; QUE, ali chegando, o interrogando cumprimentou a família de SILVIO MADUREIRA, bem como ele próprio, chegando até a brincar porque ele estaria com o cabelo muito comprido e até aparentemente assustado; QUE, prosseguiu o interrogando conversando com os familiares e com SILVIO explicando a ele que havia conseguido reduzir a pena que lhe fora imposta pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Marília/SP, para quatro anos, pois o Tribunal Regional Federal em São Paulo/SP havia dado provimento parcial no recurso de apelação que foi preparado

pelo interrogando em favor de SILVIO; QUE, o interrogando deseja esclarecer que em momento algum ameaçou ou pelo menos fez qualquer gesto ou lançou olhar com o propósito de atemorizar SILVIO, especialmente pelo fato dele já ter sido defendido tanto criminal, quanto cível e mesmo na área trabalhista, pelo interrogando; QUE, as pessoas presentes naquele momento assistiram a tudo e certamente poderão informar quanto ao ocorrido, ficando ainda bem esclarecido por parte do interrogando que desde o momento em que conversou com SILVIO e sua família até o instante em que saiu da sala, lá não havia nenhum Procurador da Justiça; QUE, o interrogando deseja esclarecer ainda que SILVIO pode ter se confundido com algum outro gesto ou ato de outro advogado, mas não houve de parte do interrogando nenhum gesto ou ato de coação ou ameaça dela, mesmo porque SILVIO era RÉU na ação penal em que se aguardava o seu interrogatório; QUE, na ocasião havia no interior da sala um Policial Federal, ao qual não sabe informar o nome; QUE, ratifica que o Procurador da República ANDRÉ LIBONATI não estava na sala no momento em que o interrogando conversou com SILVIO e seus familiares; QUE, tem interesse em esclarecer finalmente, que o contato estabelecido entre os familiares e advogados das pessoas presas foi autorizado pelo Juiz do feito, Dr. LEONARDO (...)."

"... Nego integralmente as acusações que me são irrogadas na denúncia. No dia dos fatos, após a audiência da manhã, referente à ré Elaine Cristina de Oliveira, dirigi-me até a sala de espera, onde estava o Sílvio Madureira, a mulher dele, o Sérgio, irmão dele, a Dona Ilda, mãe dele, o Dr. Wilson Cappia e o Dr. Marcos Gimenes, até então advogado de Madureira. Poderiam estar lá também alguns familiares do Madureira, dos quais eu não me recordo. Entramos na sala eu e o Dr. Vitório Rigoldi Neto. Notei que Madureira estava bem cabeludo e assustado pela situação que estava vivendo. Cumprimentei ele e a família dele e expliquei que eu consegui reduzir a sua pena em recurso em São Paulo, pois, consegui afastar o contrabando por inépcia da denúncia. Na sala estava também o APF Júlio. Pedi permissão a ele para entrar na sala. De forma alguma apontei o dedo para Madureira, conforme descrito na denúncia. Os Procuradores da República André Libonati e Fabrício Carrer não estavam na sala. Ainda na sala, a família de Madureira me pediu para acompanhá-lo no período da tarde, porque ele estava dispensando o Marcos Gimenes da defesa dele. Respondi que não sabia se poderia prestar assistência jurídica para Sílvio porque poderia talvez haver algum conflito na defesa, já que advogava para Ademilson Domingos Lima. Os Procuradores da República não viram nada e se falaram alguma coisa faltaram com a verdade. Posteriormente, em São Paulo, fiquei sabendo que o APF Júlio teria chamado a atenção do Marcos Gimenes, no sentido de advertência. O APF Júlio, ao ver o Marcos Gimenes conversando com Madureira, percebeu que havia um clima meio ruim e o advertiu no sentido de que eles terminassem a conversa. O Sílvio foi induzido, certamente, pelos procuradores da república a dar sua versão dos fatos na sede da Delegacia de Polícia Federal em Marília. Eu confortei Sílvio na sala. Fiz o recurso relativo ao contrabando 'de graça' para Sílvio Madureira, porque ele estava passando por dificuldades financeiras.
(...)

> Somente o APF Júlio estava na sala. A ratificação dada por Sílvio no dia 17/07/2007 se deu em virtude de os delegados que atuavam na operação terem usado e abusado da fraqueza de Madureira. Tais autoridades usaram como moeda de troca a libertação da mãe dele. Prometeram para ele uma autêntica advocacia administrativa, prometendo a ele uma empresa de segurança em Brasília.
> (...)
> Em momento algum eu conversei com Madureira perto do Dr. Libonati.
> (...)
> Eu não falei ao Madureira a seguinte frase naquele dia: 'à tarde estarei aí para acompanhar o seu depoimento'. Se porventura tivesse falado, nada mais estaria fazendo que o meu trabalho. Eu poderia fazer perguntas ao co-réu, que era o Madureira.
> (...)
> Quando comuniquei ao Sílvio o resultado do recurso que fiz no TRF, o qual livrou Sílvio da acusação de contrabando, ele não entendeu nada porque estava 'aéreo'. Expliquei, então, tal resultado aos familiares, que ficaram satisfeitos. Sílvio comentou naquela oportunidade que estava isolado e sem tomar banho de sol na Superintendência da Polícia Federal há vários dias. O comentário dos advogados era de que os procuradores estavam conversando com Madureira e que iam acusar algum dos advogados por alguma coisa. Nenhum agente da polícia federal ou procurador da república fez menção de dar voz de prisão a algum advogado naquele dia, nem falaram de ameaça ao Sílvio. Durante o tempo em que Madureira ficou na sala de audiências, quando foi ouvido reservadamente com o juiz e o MPF, a pedido dele, e o momento em que saiu deste Fórum, eu fiquei conversando com a família dele e com os advogados que estavam juntos, sobre o processo dele no TRF; expliquei que o regime de pena imposto a Sílvio seria o semi-aberto, pois ele havia pego 4 anos e 4 meses. A família de Sílvio me disse que ele não estava bem, estava mal e fora de si. Nesse ínterim a família não pôde falar com Sílvio. Também nesse ínterim a família insistiu para que eu advogasse para Sílvio e a resposta foi a mesma dada anteriormente. Marcos Gimenes estava bastante nervoso naquela ocasião com a postura de Sílvio objetivando dispensá-lo de sua defesa."

Entretanto, o conjunto probatório carreado aos autos mostra de forma segura que o réu praticou o crime em comento.

Em 05/07/2007, Silvio César Madureira em depoimento prestado na Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, na presença dos Procuradores da República Célio Vieira da Silva e Fabrício Carrer, declarou (fls. 14/15):

> "... QUE em oportunidade na qual o declarante encontrava-se reservadamente em uma sala do Fórum que fica ao lado da sala de audiência, com um policial federal e um membro do Ministério Público Federal, por volta do meio-dia de hoje, o advogado JOÃO SIMÃO NETO entrou na sala e, em 'bom tom' e apontando o dedo, disse 'a tarde estarei aí para acompanhar o seu depoimento', QUE o declarante tem a informar que já relatou o que aconteceu com o empresário JAIRO ZAMBON em inquérito presidido pelo DPF WASHINGTON; QUE o declarante tem a informar que possui medo de represálias, temendo por sua própria vida e de seus

familiares; QUE ficou sabendo da existência de um processo contra o citado advogado, no qual este teria participado da tentativa de homicídio contra o jornalista JOSÉ URSÍLIO; QUE todos na cidade de Marília temem JOÃO SIMÃO NETO."

Em 17/07/2007, na Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo, Sílvio César Madureira ratificou o depoimento prestado em 05/07/2007, conforme trecho destacado (fls. 27/29):

"... ratifica inteiramente o teor do termo de declarações prestado em 05/07/2007 na sede da Delegacia de Polícia Federal em Marília; (...) o advogado João Simão Neto o abordou quando aguardava o início de sua audiência em uma sala localizada ao lado da sala de audiências do Fórum da Justiça Federal de Marília; (...) o advogado João Simão Neto ficou na entrada da sala onde o declarante se encontrava e apontando o dedo indicador para o declarante disse em alto e bom som 'a tarde estarei aí para acompanhar o seu depoimento, hein'; (...) sentiu-se coagido e ameaçado pelos gestos, palavras e tom de voz imposta pelo advogado João Simão Neto; (...) o Procurador da República o Dr. André e o APF Cláudio ou Julio estavam presentes na sala no momento em que João Simão Neto ameaçou o declarante; QUE apenas referidas pessoas presenciaram os fatos; (...)"

Entretanto, em 16/08/2007, Sílvio César Madureira foi reinquirido e prestou o seguinte depoimento (fls. 230/231):

"... QUE não ratifica integralmente as declarações contidas no Termo de Declarações do dia 17/07/2007, ora lhe apresentado; QUE esclarece que no citado dia 'não estava bem psicologicamente', razão pela qual não entendeu direito que JOÃO SIMÃO NETO havia sido contratado por seus familiares para defendê-lo; QUE posteriormente foi informado por seu irmão SÉRGIO que este teria contratado o advogado JOÃO SIMÃO NETO, sendo amigo da família, e tendo sido advogado do declarante em outros processos; QUE não entendeu o motivo pelo qual foi parar na delegacia porque não foi coagido pelo advogado JOÃO SIMÃO NETO; QUE somente na audiência seguinte que haveria no Fórum de Marília, ou seja, dias depois de ter prestado as citadas declarações sobre a coação na Delegacia de Polícia Federal de Marília, é que ficou sabendo que JOÃO SIMÃO NETO seria seu advogado; QUE com relação à Operação Oeste desconhece que o advogado JOÃO SIMÃO NETO tenha feito qualquer petição a seu favor ou participado de alguma audiência; QUE posteriormente a esses fatos ficou sabendo que seu irmão SÉRGIO fez uma escritura pública de declaração afirmando que havia contratado JOÃO SIMÃO NETO; QUE não sabe informar o conteúdo dessa escritura, pois não teve acesso a ela; QUE não sabe informar o que motivou o seu irmão a elaborar essa escritura, acreditando que assim procedeu para desfazer o mal entendido sobre a coação; QUE não se recorda do advogado JOÃO SIMÃO NETO ter lhe apontado o dedo e dito 'à tarde estarei aí para acompanhar o seu depoimento'."

Em juízo, Silvio César Madureira foi ouvido na qualidade de ofendido e negou que tenha sido ameaçado por João Simão Neto em 05/07/2007 nas dependências da Justiça

Federal em Marília. Afirmou que "depois que saiu do fórum, foi até a delegacia da Polícia Federal em Marília e lá chegando prestou depoimento, não se recordando do que foi perguntado". Disse, ainda, que "não estava mentindo na Polícia Federal quando prestou o depoimento de fls. 04 dos autos originais, pois assinou um documento sem ler" (fls. 540/542).

A defesa juntou aos autos escritura pública de declaração prestada em 23/07/2007, firmada por Sergio Carlos Madureira, na qual afirma que (fls. 42):

> "... no último dia 05 de julho do corrente ano, nas dependências do prédio onde se encontra instalada a Justiça Federal na cidade de Marília (SP), onde se encontrava, juntamente com sua cunhada Andréa Felix Madureira e também sua mãe Ilda Messias Madureira, além dos advogados Wilson de Mello Cáppia, Marcos C. P. Gimenes, Vitório Rigoldi Neto e João Simão Neto e de seu irmão Sílvio César Madureira, que na ocasião seria interrogado em uma ação penal, todos conversavam de forma muito amistosa, tendo até, naquela oportunidade, o Dr. João Simão passado palavras de conforto e esperança ao seu irmão Silvio (...); Declara ainda, que, após, estando já distante de seu irmão Sílvio, que encontrava-se na sala reservada para testemunhas, acompanhado de agente da Polícia Federal, dirigiram-se novamente ao Dr. João Simão Neto, advogado militante com escritório localizado nesta cidade de Marília (SP), a quem pediram encarecidamente para acompanhar o interrogatório de seu irmão Sílvio César Madureira, que seria realizado naquele dia, logo após o interrogatório de Elaine Cristina de Oliveira, em razão de já ter o Dr. João Simão Neto prestado serviços profissionais ao seu irmão Sílvio César, que muito o admirava, e reconhecia ser muito competente no desempenho de sua profissão. Na ocasião, Dr. João Simão Neto nos informou que não poderia defendê-lo, por impedimento profissional, vez que patrocinava a defesa de outro réu naquele processo, mas que, se sua presença pudesse trazer confiança e esperança à Sílvio, poderia sim estar presente em seu interrogatório; Declara ainda, que, sem saber do pedido, seu irmão teria acreditado que o Dr. João Simão, quando foi avisá-lo de que acompanharia seu depoimento, pudesse estar tentando intimidá-lo em seu depoimento, confusão afinal esclarecida quando se encontraram com Sílvio (...)."

No mesmo sentido, as declarações escritas de Marcos Claudinei Pereira Gimenes (fls. 85/86) e de Wilson de Mello Cappia (fls. 87/88).

Em sede policial (fls. 168), Sergio Carlos Madureira ratificou os termos da escritura pública de declaração, conforme trecho destacado:

> "... QUE, o declarante é irmão de SILVIO CÉSAR MADUREIRA; QUE, na oportunidade ratifica o inteiro teor da ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO, elaborada perante o 2º Tabelião de Notas de Protesto de Letras de Títulos de Marília/SP, alcançada à fls. 34 e verso; QUE, na ocasião em que se deram os fatos, o declarante encontrava-se no 'rol' de entrada do FORUM da JUSTIÇA FEDERAL, todavia, não presenciou qualquer tipo de diálogo estabelecido entre o advogado JOÃO SIMÃO NETO e seu irmão SILVIO CESAR, embora tenha conhecimento de que o advogado JOÃO SIMÃO tenha conversado com SILVIO; QUE, embora seja expressão de foro íntimo, o declarante não acredita que o advogado

JOÃO SIMÃO NETO tenha, de alguma forma, constrangido ou ameaçado o irmão do declarante SILVIO MADUREIRA, sendo que possivelmente o irmão SILVIO tenha interpretado de forma errônea as palavras proferidas pelo advogado por ocasião do diálogo estabelecido entre JOÃO SIMÃO e SILVIO MADUREIRA."

Em sede policial (fls. 169/170), Andréa Felix Bueno Madureira declarou:

"... QUE, a declarante é esposa de SILVIO CESAR MADUREIRA cujo relacionamento adviram três filhos; QUE, na data de 05/06/07, por ocasião em que seu marido seria inquirido na JUSTIÇA FEDERAL em MARÍLIA, compareceu no local para acompanhar os procedimentos e ver o marido; QUE, todavia, esclarece que tomou conhecimento do diálogo estabelecido entre SILVIO MADUREIRA e o advogado JOÃO SIMÃO NETO, entretanto não presenciou os fatos; QUE, informa que no dia citado, no período da manhã, a declarante chegou a conversar com o advogado JOÃO SIMÃO NETO, com a finalidade de solicitar que o causídico acompanhasse os atos processuais relativos a SILVIO MADUREIRA; QUE, todavia, o advogado mencionou que já acompanhava uma outra pessoa envolvida no mesmo processo, e por essas razões estava impossibilitado de fazê-lo; QUE, inclusive, na mesma conversa, o advogado JOÃO SIMÃO relatou a declarante que teria conseguido no TRIBUNAL a redução de pena em favor de SILVIO MADUREIRA, no tocante a um processo em que SILVIO foi condenado por porte de arma e contrabando; QUE, embora sendo impressão de cunho íntimo, a declarante não acredita que o advogado JOÃO SIMÃO NETO tenha, de alguma forma, coagido ou ameaçado o seu marido SILVIO CESAR MADUREIRA; QUE, finalmente tem o direito em que seja consignado que JOÃO SIMÃO NETO, além de advogado de SILVIO MADUREIRA possuía vínculo de amizade com toda a família."

A testemunha de defesa Octavio Torrecilla nada soube informar sobre os fatos descritos na denúncia (fls. 589/590).

Já a testemunha de defesa Wilson de Mello Cappia declarou que no dia dos fatos não presenciou qualquer ameaça contra Sílvio César Madureira, e tampouco ouviu este dizer que fora ameaçado por João Simão ou por qualquer outra pessoa. Afirmou que "o Dr. João não esteve na sala em que Madureira estava durante o intervalo". Franqueada a vista dos autos, Wilson reconheceu a sua assinatura na declaração de fls. 87/88, esclareceu que fora elaborada pelo Dr. Vitório Rigoldi e retificou-a nos seguintes termos (fls. 591/596):

"A conversa que Sérgio teve com o Dr. João, na verdade, foi no corredor, em frente à porta da sala de audiência. Além disso, esclareço que a única conversa que presenciei entre João Simão e Sílvio foi a que descrevi acima. Com relação a presenciar a audiência, ouvi a conversa de Sérgio com o Dr. João no corredor. No mais, confirmo o restante da declaração de fls. 87/88".

Por outro lado, em sede policial, a testemunha de acusação, o Procurador da República André Libonati, prestou as seguintes declarações (fls. 149/150):

"...QUE é integrante da Força Tarefa do Ministério Público Federal que atua nos

Processo Criminais referentes à Operação Oeste; QUE, no dia 05/07/2007, pela parte final da manhã, compareceu na sede da Justiça Federal em Marília quando foi procurado por um Agente da Polícia Federal, o qual dizia que o réu SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA insistia terminantemente em conversar com um Procurador da República; QUE então o depoente se dirigiu à sala de espera, que fica ao lado da sala de audiências, quando então, pela primeira vez, viu pessoalmente o réu em questão; QUE a sala encontrava-se abarrotada de pessoas, familiares, amigos etc, ocasião então que MADUREIRA disse que gostaria de conversar a sós sobre as pressões que sua família estaria sofrendo em razão da postura por ele assumida na investigação; QUE então foi determinada a retirada de seus familiares, pelo próprio MADUREIRA, ocasião em que ficou apenas o declarante, um policial do qual não se recorda o nome, mas o descreve como sendo alto, pelo clara, cabelos claros e cumpridos, juntamente com MADUREIRA; QUE a partir deste momento, MADUREIRA teceu comentários genéricos acerca de perseguições e ameaças veladas que sua família estaria sofrendo, *quando então adentrou um passo para dentro da sala um senhor que o depoente não conhecia, o qual se dirigiu ao réu MADUREIRA e disse que no período da tarde estaria novamente na justiça para acompanhar o depoimento que seria prestado pelo réu*; QUE imediatamente após a saída de tal indivíduo, o réu MADUREIRA mudou seu semblante e mostrou-se assustado, quando então dirigiu-se ao depoente e expressou reclamação no sentido de que não estaria mais agüentando a situação; QUE o depoente então questionou MADUREIRA o porquê de tal assertiva, sendo certo que MADUREIRA disse que a pessoa que havia adentrado na sala era justamente o causídico JOÃO SIMÃO NETO, e que na verdade aquilo se tratava de uma intimidação, pois era assim que aquele advogado costumava agir; QUE posteriormente ao ocorrido, os fatos foram levados ao conhecimento do MM Juiz da causa, Dr. LEONARDO, o qual na própria sala de audiência, na presença do depoente, dos procuradores, Dr. FÁBIO, Dr. FABRÍCIO e Dr. CÉLIO, bem como de seu Serventuário de Justiça, ouviu do réu MADUREIRA não só as reclamações acerca da intimidação realizada pelo advogado JOÃO SIMÃO, como também sobre a pressão que sua família estaria sofrendo e a existência de outro advogado, que não JOÃO SIMÃO, o qual estaria lhe encarando nas dependências da Justiça Federal em outro momento não presenciado pelo depoente; QUE na oportunidade, inclusive, foi solicitado ao MM Juiz da causa que constasse o ocorrido na Ata de Audiência, mas o Magistrado entendeu por bem suspender a realização da audiência e remeter todos os presentes à Polícia Federal para registro da ocorrência; QUE o depoente não tem nada contra JOÃO SIMÃO NETO, pois sequer o conhece, mas o reconhece como sendo a pessoa que adentrou na sala e se dirigiu ao réu MADUREIRA na forma acima descrita."

Em juízo, o Procurador da República André Libonati confirmou integralmente o depoimento prestado na fase policial. Confira-se (fls. 348/357):

"... Quando cheguei na Justiça, havia muita gente no corredor na parte térrea do fórum, defronte à secretaria da 3ª Vara. Veio um agente da Polícia Federal me procurar, cujo nome eu não me recordo. Foi muito rápido. Eu tinha acabado de chegar e tal agente disse que o Madureira queria falar com um membro do Ministério

Público. Adentrei a sala de espera de reunião, ao lado dessa sala de audiência, quando então Madureira me foi apresentado. Até então eu não o conhecia. Madureira começou a se queixar de uma forma desesperada, dizendo que ele e principalmente sua família estavam sofrendo pressões, intimidações, que vinham dar recados para a família dele, tudo isso em razão do depoimento que ele tinha prestado, da postura que ele adotou na Operação Oeste. Ele me disse que entregou muita gente da Operação e que eles estariam pressionando. Senti que a reclamação maior de Sílvio era de que a família dele estava sendo pressionada. Quando entrei na sala, o local estava abarrotado de gente: tinha criança, tinha no mínimo uma pessoa idosa, outras pessoas não trajadas de forma forense. Tinha um policial dentro da sala, mas não era o mesmo que me chamou quando cheguei no fórum. Esse policial que estava na sala era alto, cabelo comprido, castanho claro, pele alva. Não me recordo se havia algum advogado dentro da sala. Sílvio queria falar comigo reservadamente. Ele falou pessoalmente para mim que estava sendo intimidado e que não agüentava mais a pressão. Sílvio pediu para esse agente tirar o pessoal da sala. Eles saíram e Sílvio sentou numa cadeira no canto da sala e eu sentei numa cadeira no outro canto da sala. O mesmo policial ficou encostado na parede ao lado da porta, em pé dentro da sala. Esse mesmo policial disse que ia restringir o acesso à sala porque senão ele perderia o controle de entrada e saída, porque havia muita gente querendo entrar e sair. Aí o Sílvio começou a lamentar para mim dizendo que diversas pessoas estavam procurando familiares dele, que os familiares dele estavam nervosos e que ele não agüentava mais aquela situação e desejava alguma providência nossa. Nessa conversa que deve ter durado uns cinco minutos, ele alternava sistematicamente as pressões que sofria e o inconformismo decorrente da repercussão gerada pelo auxílio que ele prestou para a Justiça. De quem mais Sílvio falava era da mãe dele, que estaria sofrendo. Aí entrou um senhor que eu nunca tinha visto na minha vida. Ele entrou meio passo para dentro da sala e disse para o Madureira que estaria à tarde para acompanhar o depoimento dele. A postura do advogado não me causou nenhuma surpresa. O que me causou surpresa foi a postura do Madureira. Foi instantâneo, Madureira ficou irritado. Ele começou a falar de forma desandada que estava acontecendo de novo na minha frente. Perguntei a ele por que estava acontecendo aquilo com ele. Ele disse que quem tinha adentrado na sala era João Simão, contra quem ele tinha deposto e que aquilo era uma intimidação e era assim que ele agia. Eu imediatamente me levantei e saí no corredor, mas não vi mais o advogado ali. Não sei se ele foi ao banheiro, foi para a sala de audiência ou foi para fora do átrio do fórum. Imediatamente comuniquei os outros colegas sobre o acontecido e eles foram também conversar com Madureira. Esse assunto chegou também a todo o pessoal da escolta. O chefe da escolta, a partir daquele momento, proibiu a entrada de qualquer pessoa na sala em que Madureira estava. Madureira ficou bastante irritado, nervoso, e disse que não tinha mais condições de depor. Pediu para que fizesse o seu depoimento outro dia e foi claro nessa sala de audiência que queria estar mais calmo nesse dia porque iria falar toda a verdade. A audiência não ocorreu por total falta de condições por parte da testemunha. Ela ficou toda desequilibrada. Imediatamente ela foi para a Polícia Federal prestar depoimento. Posteriormente, em outra data, fui para a Polícia Federal prestar minha versão sobre os fatos. O Dr.

Fabrício Carrer chegou à sala em que Madureira estava depois que João Simão não mais estava ali.
(...)
O Dr. João Simão estendeu o braço em direção a Sílvio Madureira, mas não vi se ele apontou o dedo para ele. Pode ter apontado. O que me chamou a atenção foi a imediata reação de Madureira. Ele já estava tenso e a partir dessa circunstância ficou descontrolado. Madureira é uma pessoa que fala bem, se expressa bem, se faz entender muito bem e tem facilidade para conversar. Até a chegada do Dr. João Simão na sala, Madureira estava preocupado, mas estava normal. Ele não aparentava estar sofrendo transtornos psíquicos. A postura do Madureira até esse fato (em tese, essa coação) foi a mesma adotada por ele em inúmeros outros atos relativos à Operação. Destemperado, nervoso, assustado, eu só vi naquele dia. Nem quando ele compareceu nessa sala de audiência em outro processo da Operação Oeste e relatou que tinha sido ameaçado pelo Delegado Washington e pelo agente Emerson Lopes, ele se comportou com o pavor, o destempero que ele apresentou naquele dia. Só vi Madureira destemperado, amedrontado, sem nenhuma condição de depor, após os fatos descritos na denúncia. Houve insistência de minha parte com Madureira que ele fizesse seu depoimento naquele dia, mas ele não quis, disse que não tinha condições de forma nenhuma. *MPF*: Madureira falou para todo mundo que o Dr. João Simão tinha apontado o dedo para ele e o ameaçado. Isso ele falou para mim, para todos os procuradores, para todos os guardas da escolta, para todos os vigilantes do prédio, para todas as pessoas na PF no dia em que foi ouvido. Ele ficou irresignado. Sílvio se alterou inteirinho após a entrada de João Simão na sala. Alterou o comportamento, o semblante, velocidade da fala. No momento em que fui ouvir Madureira, a sós, conforme ele pediu, não tinha nenhum advogado na sala. Estava eu, ele e o agente.
(...)
Eu tinha conhecimento de que antes dos fatos narrados na denúncia, Madureira já tinha delatado João Simão e Washington no caso 'Jairo Zambon'. *Defesa*: Acredito que o policial que ficou em pé encostado na parede ao lado da porta tenha presenciado o Dr. João Simão entrar na sala e gesticular a Madureira. Este policial foi um dos que mais ouviu as inquietações, lamentações, irritações de Madureira. Ele ficou cuidando de Madureira. A postura do Dr. João Simão não foi cordial, amigável e nem ameaçadora; foi uma postura bem firme. Posso dizer com absoluta certeza que João Simão entrou na sala a meio passo da porta e estendeu o braço em rumo ao Madureira e disse em tom firme que estaria a tarde para acompanhar o depoimento de Madureira. Não me recordo com precisão se João Simão apontou o dedo, os dedos, o punho. Só posso afirmar que ele apontou o braço rumo ao Madureira.
(...)
Depois que o Dr. João Simão saiu da sala é que o Madureira começou a desandar, a falar tudo, ele ficou totalmente nervoso, ocasião em que mencionou também a situação desta pessoa que o estava encarando. O que mais assustou Madureira, na ótica dele, foi a postura do Dr. João Simão. Logo depois do acontecido, Madureira estava assustado, irritado, se lamentando sem parar e dizendo que não queria depor porque estava nervoso. Viemos todos para a sala de audiência a pedido

do próprio Madureira. Ele disse que não queria depor porque não tinha condições, mas que fosse designada uma outra data que ele iria dizer a verdade sobre tudo. Foram para a sala policiais da escolta, procuradores, juiz, serventuária da justiça (a qual eu não sei declinar se é analista ou técnica, mas que se chama Lílian). No mesmo dia, uma ou duas horas depois, o Madureira foi levado à Polícia Federal pela escolta da PF de São Paulo para colher todas as circunstâncias em termo e dar ensejo à instauração de inquérito policial para esse fim (...)."

Em juízo, a testemunha de acusação, o Procurador da República Fabrício Carrer declarou que (fls. 358/364):

"Nesse dia, estávamos iniciando os depoimentos do caso '3 por 1'. Na parte da manhã, tinha sido ouvida a Elaine, co-ré naquele processo, de modo que na parte da tarde seria ouvido como réu, Sílvio César Madureira. Ao término dos trabalhos da parte da manhã, fui chamado até a sala onde estava o Madureira. Saí da sala de audiências e fui na sala onde estava o Madureira, o André Libonati e um policial federal. Não me recordo se este policial estava sentado ou se estava na porta da sala. Quando eu entrei na sala, o Dr. André me perguntou se eu tinha visto quem tinha saído dali. Perguntou-me também se eu sabia se se tratava do Dr. João Simão. Eu respondi que não. Tanto André Libonati como Madureira me disseram que João Simão teria comparecido na sala e dito alguma coisa assim: 'estarei aí a tarde e quero ver o que você vai falar'. Quando eu entrei na sala, Madureira me disse que estava sendo pressionado pelo Dr. João Simão. Ele disse que se sentia ameaçado pelo Dr. João Simão pela frase que lhe havia sido dirigida por esse advogado. O próprio André Libonati não sabia até aquele momento quem era João Simão. Eu já sabia quem ele era pelo contato em audiência e por contato que eu tive com Simão na Polícia Federal uns dias antes. Nessa ocasião na PF, fui informado por um funcionário da PF que tinha um advogado querendo conversar com o Dr. Vinícius. Tomei a iniciativa de ir até o advogado e dizer para ele aguardar um pouco que já estava terminando. Passados alguns minutos, tal advogado veio até mim e se identificou como sendo Dr. João Simão. Até então eu não sabia quem era Dr. João Simão. Nessa oportunidade, ele me perguntou se naquele dia a oitiva do cliente dele seria relativa às denúncias que o Sílvio César Madureira teria feito em relação ao Dr. Washington. Eu comentei que era. Aí Dr. João Simão disse que isso era um absurdo porque o cliente dele pagaria para ser indiciado. O cliente do Dr. João Simão seria o Sr. Jairo Zambon. Eu não presenciei Dr. João Simão praticando a coação narrada na denúncia, mas presenciei Madureira falando isso sobre João Simão. Nesse momento Madureira estava completamente fora de si, nervoso, preocupado. Disse até que seus familiares estariam sendo pressionados, mas não sei por quem.

(...)

Aqui na sala de audiência, Madureira pediu para ser ouvido ao término dos interrogatórios. Naquela ocasião ele até mencionou que queria ser ouvido por último alegando que era o réu delator.

(...)

Salvo engano, Sílvio fez uma delação no caso do 'Jairo Zambon' e depois foi

> arrolado como testemunha. Quando Sílvio esteve na Polícia Federal ele prestou informação sobre os mais variados crimes. Numas das vezes em que Madureira foi ouvido, ele narra que existia um inquérito contra Jairo Zambon e que por causa deste inquérito foi oferecido dinheiro para o delegado Washington. Isto resultou no oferecimento de denúncia. O Dr. João Simão esteve na PF em Marília para pedir informação. Ele queria saber se a inquirição de Zambon se referia às declarações feitas pelo Madureira contra o Dr. Washington.
> (...)
> Madureira dizia que Sr. Jairo teria pago ao Dr. Washington por intermédio do Dr. João Simão.
> (...)
> No final da audiência da Elaine, eu saí da sala de audiências, e quando passei perante a sala em que Sílvio estava, o Dr. André estava conversando com ele, oportunidade em que ambos me narraram o comportamento do Dr. João Simão. Sílvio me contou a forma como o Dr. João Simão se dirigiu a ele. Sílvio imitou o gesto com o dedo indicador que Simão teria dirigido a ele.
> (...)
> No momento em que entrei na sala, Sílvio estava bastante assustado, bastante nervoso. Ele usou a seguinte expressão: 'não agüento mais isso'."

Em sede policial, os Agentes de Polícia Federal Julio César Eder (fls. 155/156) e Cláudio Henrique Eiras Miranda (fls. 157/158) afirmaram que muito embora não tenham presenciado o ocorrido, tiveram conhecimento do fato por intermédio dos relatos de Silvio César Madureira e de um Procurador da República. Em juízo, os citados agentes, testemunhas arroladas pela acusação, ratificaram integralmente os depoimentos prestados perante a autoridade policial (fls. 398/399 e 400/401).

Com efeito, a versão dos fatos inicialmente apresentada por Silvio César Madureira, em 05/07/2007 e em 17/07/2007, restou plenamente corroborada pela prova testemunhal colhida, em especial pelo depoimento prestado pelo Procurador da República André Libonati, que presenciou o ocorrido.

Dos elementos de prova coligidos aos autos, depreende-se que o suporte probatório é apto para justificar a condenação do acusado pelo cometimento do crime de coação no curso do processo, a despeito da retratação de Silvio César Madureira, apresentando uma versão inverossímil.

A propósito, o magistrado sentenciante refutou adequadamente as alegações defensivas nos seguintes termos:

> "... importante ressaltar que Sílvio Madureira é o principal delator dos crimes apurados na 'Operação Oeste', tendo inclusive entregado JOÃO SIMÃO NETO num caso de corrupção, em tese ofertada por este ao Delegado de Polícia Federal Washington da Cunha Menezes, como objetivo de favorecer, de maneira ilícita, o empresário Jairo Antonio Zambon, seu cliente, no curso do Inquérito Policial nº 2002.61.11.000761-8, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Marília. Tal delação propiciou, inclusive, a deflagração de ação penal perante a 3ª Vara desta Subseção Judiciária (Autos nº 2007.61.11.004028-0).
> A retratação operado pelo ofendido, seja ainda no seio da Polícia Federal (fls.

313/314), seja perante o Juízo de Taubaté/SP (fls. 540/542), tentando eximir a responsabilidade do réu, é absolutamente dissonante do encadeamento probatório já apreciado, sendo frágil para amparar um dispositivo absolutório.

Com efeito, o conteúdo de suas declarações, prestadas na condição de informante, é tão absurdo, beirando à ilogicidade, pois chegou ao ponto de dizer não ter entendido o motivo pelo qual foi parar na Delegacia. Ora, necessário rememorar, sem embargo do farto panorama desfavorável ao réu e já apreciado, que Madureira comunicou ter sido vítima do crime a este Juízo, o qual imediatamente o encaminhou à sede da Polícia Federal, como alhures asseverado.

E mais. Além de modificar integralmente a sua versão dos fatos, disse não recordar-se das perguntas feitas a ele pelo Delegado de Polícia Federal, Dr. Vinícius Loque Sobreira, na data do acontecido. Todavia, confirmou ter assinado tal depoimento sem ler, o qual foi inclusive acompanhado de perto por membros do Ministério Público Federal (fls. 14/15).

(...)

A cinematográfica retratação de Madureira choca-se frontalmente com as suas próprias declarações logo após a ocorrência do crime e vai de encontro à firmeza dos testemunhos já explicitados. Não obstante, trata com descaso a Justiça Federal e os demais integrantes do sistema punitivo estatal.

(...)

Assim, resta fragilizada, à evidência, a retratação efetivada em favor do réu, pois não se coaduna com as demais provas carreadas aos autos.

(...)

Dando seqüência à tentativa de desnaturar a tipicidade da conduta aposta na denúncia, no dia 26 de julho de 2007, requereu a defesa a revogação da prisão preventiva do acusado, arrimando-se principalmente na escritura pública adrede citada e nas novas declarações emanadas de Marcos Claudinei Pereira Gimenes (fls. 85/86) e Wilson de Mello Cappia (fls. 87/88), sendo que as duas últimas, de idêntico conteúdo, corroboraram integralmente a primeira, assinada por Sérgio Madureira (fls. 75/82). Alternativamente, solicitou ao Juízo a reinquirição de Sílvio César Madureira, de seus familiares e de advogados referidos nas declarações que juntou, com o fito de 'sanar o equívoco causado pelas circunstâncias em que se deram os fatos'.

Novamente, em observância à proibição do Sistema dos Juizados de Instrução, este Juízo encaminhou o pleito a DD. Autoridade Policial (fls. 75). Nas dependências da Penitenciária II do Complexo de Tremembé/SP, local onde se encontrava detido, Sílvio foi reinquirido no dia 16 de agosto de 2007, apresentando pela primeira vez a sua falaciosa retratação.

Do exame dos fatos processuais expostos na digressão ora realizada, depreende-se, sem sombra de dúvidas, que o ofendido, dentro da cadeia, sabe-se lá por quais razões, veio a modificar a versão dos fatos traçados na denúncia. Noutras palavras, tentou ludibriar a Verdade Substancial de todo o ocorrido, visando talvez obter a absolvição do réu.

Cabe destacar que as mencionadas escrituras públicas e declarações assinadas com firma reconhecida, por terem sido produzidas unilateralmente pela defesa, sem o

manto constitucional do contraditório, assumem, no espectro das provas, meros indícios que, entretanto, no vertente caso se desvencilham até mesmo do interrogatório do acusado.

Assim é que o réu negou ter dito ao ofendido que iria acompanhar o seu depoimento no período da tarde, confirmando, no mais, os idênticos relatos apostos nas declarações assinadas pelos advogados citados. Contudo, nas declarações em testilha exsurge contradição com citada negativa do réu, pois em ambas há expressa menção direcionando que (...) o Dr. João Simão passou pela sala de testemunha onde se encontrava Sílvio César Madureira e avisou a este que iria acompanhar o seu depoimento (...) (fls. 85/88).

Assinale-se, mais a mais, a colocação da testemunha Wilson de Mello Cappia em juízo, admitindo que a declaração de fls. 87/88 foi elaborada pelo defensor do acusado. É certo que aludida testemunha retificou parcialmente os termos nela contidos, mas a correção por ele feita espelha bem a fragilidade de toda versão apresentada pelo réu."

Deste modo, não resta dúvida de que o acusado JOÃO SIMÃO NETO usou de grave ameaça para intimidar o réu e testemunha SÍLVIO CÉSAR MADUREIRA, com o fim de favorecer interesse próprio e alheio em processo judiciais decorrentes da "Operação Oeste", incorrendo no tipo penal descrito no artigo 344 do Código Penal, pelo que fica mantida a condenação.

Passo à análise da dosimetria da pena.

O Ministério Público Federal pleiteia a fixação de pena privativa de liberdade definitiva não inferior a 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto.

Por seu turno, a defesa requer a fixação da pena no mínimo legal e sua substituição por uma restritiva de direitos, porquanto a existência de outros processos instaurados em face do réu não pode ensejar sua majoração.

O recurso ministerial merece parcial provimento.

O MM. Juiz "a quo" fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão, tendo em vista que o réu ostenta maus antecedentes ("o acusado responde a outros processos penais, sendo que em um deles foi denunciado por tentativa de homicídio") e que "as circunstâncias em que o crime restou perpetrado, ou seja, no interior de repartição do Poder Judiciário, aos olhos de autoridades públicas, recomendam a elevação da sua reprimenda".

Ressalvo que, não obstante seja vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, uma vez que não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, a majoração da pena-base é de rigor.

Com efeito, como bem asseverou o Ministério Público Federal nas razões de apelação (fls. 868), a conduta ilícita do réu merece maior censurabilidade e reprovação social, considerando "a culpabilidade (reprovabilidade da conduta do agente) *demonstrou ter alto índice de censurabilidade, já que o apelado (advogado há mais de 30 anos) sabia o que estava fazendo*; o motivo do crime foi a '*necessidade*' *de empreender intimidação à vítima (testemunha e réu) para obter modificação de depoimentos de fatos criminosos e comprometedores ao apelado, que seriam delatados à Justiça Federal*; a personalidade do apelado demonstrou ser *calculista e voltada para influenciar*

negativamente o devido processo legal; os comportamentos das vítimas (Sílvio César Madureira e a Justiça Federal) *em nada contribuíram para a prática criminosa*; e finalmente, *as conseqüências do crime foram danosas à Justiça Federal, pois o réu delator e testemunha se negou a prestar depoimento, face à grande intensidade da intimidação feita pelo apelado*".

Assim sendo, a insurgência ministerial merece parcial provimento, pelo que aumento a pena-base para 3 (três) anos de reclusão, que torno definitiva, ante a ausência de atenuantes, agravantes, bem como causa de aumento e diminuição de pena.

Fica mantida a pena de multa, ante a falta de recurso ministerial quanto a esse aspecto.

Mantenho o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme assinalado na r. sentença "a quo", por não preencher o réu os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Por estes fundamentos, rejeito as preliminares; nego provimento à apelação de João Simão Neto; e dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para majorar a pena para 3 (três) anos de reclusão.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI: Em sessão realizada em 18 de outubro de 2011, esta Egrégia Turma, à unanimidade, rejeitou as preliminares, no mérito, por maioria, negou provimento à apelação de João Simão Neto, e deu parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para majorar a pena para 3 (três) anos de reclusão, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto da Juíza Federal Convocada Sílvia Rocha.

O meu voto foi no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento à apelação da defesa para absolver o réu e negar provimento ao recurso do Ministério Público Federal.

Os fatos comprovados em juízo não caracterizam o delito de coação no curso do processo. Senão vejamos.

Silvio César Madureira em depoimento prestado na Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, na presença dos Procuradores da República Célio Vieira da Silva e Fabrício Carrer, declarou (fls. 14/15):

> "... QUE em oportunidade na qual o declarante encontrava-se reservadamente em uma sala do Fórum que fica ao lado da sala de audiência, com um policial federal e um membro do Ministério Público Federal, por volta do meio-dia de hoje, o advogado JOÃO SIMÃO NETO entrou na sala e, em 'bom tom' e apontando o dedo, disse 'a tarde estarei aí para acompanhar o seu depoimento', QUE o declarante tem a informar que já relatou o que aconteceu com o empresário JAIRO ZAMBON em inquérito presidido pelo DPF WASHINGTON; QUE o declarante tem a informar que possui medo de represálias, temendo por sua própria vida e de seus familia-

res; QUE ficou sabendo da existência de um processo contra o citado advogado, no qual este teria participado da tentativa de homicídio contra o jornalista JOSÉ URSÍLIO; QUE todos na cidade de Marília temem JOÃO SIMÃO NETO."

Na Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo, Sílvio César Madureira ratificou o depoimento prestado anteriormente (fls. 27/29).

Entretanto, em 16/08/2007, Sílvio César Madureira foi reinquirido e prestou o seguinte depoimento (fls. 230/231):

"*... QUE não ratifica integralmente as declarações contidas no Termo de Declarações do dia 17/07/2007, ora lhe apresentado; QUE esclarece que no citado dia 'não estava bem psicologicamente', razão pela qual não entendeu direito que JOÃO SIMÃO NETO havia sido contratado por seus familiares para defendê-lo*; QUE posteriormente foi informado por seu irmão SÉRGIO que este teria contratado o advogado JOÃO SIMÃO NETO, sendo amigo da família, e tendo sido advogado do declarante em outros processos; QUE não entendeu o motivo pelo qual foi parar na delegacia porque não foi coagido pelo advogado JOÃO SIMÃO NETO; QUE somente na audiência seguinte que haveria no Fórum de Marília, ou seja, dias depois de ter prestado as citadas declarações sobre a coação na Delegacia de Polícia Federal de Marília, é que ficou sabendo que JOÃO SIMÃO NETO seria seu advogado; QUE com relação à Operação Oeste desconhece que o advogado JOÃO SIMÃO NETO tenha feito qualquer petição a seu favor ou participado de alguma audiência; QUE posteriormente a esses fatos ficou sabendo que seu irmão SÉRGIO fez uma escritura pública de declaração afirmando que havia contratado JOÃO SIMÃO NETO; QUE não sabe informar o conteúdo dessa escritura, pois não teve acesso a ela; QUE não sabe informar o que motivou o seu irmão a elaborar essa escritura, acreditando que assim procedeu para desfazer o mal entendido sobre a coação; QUE não se recorda do advogado JOÃO SIMÃO NETO ter lhe apontado o dedo e dito 'à tarde estarei aí para acompanhar o seu depoimento'." Grifei.

Em juízo, Silvio César Madureira foi ouvido na qualidade de ofendido e negou que tenha sido ameaçado por João Simão Neto em 05/07/2007 nas dependências da Justiça Federal em Marília. Afirmou que "depois que saiu do fórum, foi até a delegacia da Polícia Federal em Marília e lá chegando prestou depoimento, não se recordando do que foi perguntado". Disse, ainda, que "não estava mentindo na Polícia Federal quando prestou o depoimento de fls. 04 dos autos originais, pois assinou um documento sem ler" (fls. 540/542).

A defesa juntou aos autos escritura pública de declaração prestada em 23/07/2007, firmada por Sergio Carlos Madureira, na qual afirma que (fls. 42):

"... no último dia 05 de julho do corrente ano, nas dependências do prédio onde se encontra instalada a Justiça Federal na cidade de Marília (SP), onde se encontrava, juntamente com sua cunhada Andréa Felix Madureira e também sua mãe Ilda Messias Madureira, além dos advogados Wilson de Mello Cáppia, Marcos C. P.

> Gimenes, Vitório Rigoldi Neto e João Simão Neto e de seu irmão Sílvio César Madureira, que na ocasião seria interrogado em uma ação penal, todos conversavam de forma muito amistosa, tendo até, naquela oportunidade, o Dr. João Simão passado palavras de conforto e esperança ao seu irmão Silvio (...); Declara ainda, que, após, estando já distante de seu irmão Sílvio, que encontrava-se na sala reservada para testemunhas, acompanhado de agente da Polícia Federal, dirigiram-se novamente ao Dr. João Simão Neto, advogado militante com escritório localizado nesta cidade de Marília (SP), a quem pediram encarecidamente para acompanhar o interrogatório de seu irmão Sílvio César Madureira, que seria realizado naquele dia, logo após o interrogatório de Elaine Cristina de Oliveira, em razão de já ter o Dr. João Simão Neto prestado serviços profissionais ao seu irmão Sílvio César, que muito o admirava, e reconhecia ser muito competente no desempenho de sua profissão. Na ocasião, Dr. João Simão Neto nos informou que não poderia defendê-lo, por impedimento profissional, vez que patrocinava a defesa de outro réu naquele processo, mas que, se sua presença pudesse trazer confiança e esperança à Sílvio, poderia sim estar presente em seu interrogatório; Declara ainda, que, sem saber do pedido, seu irmão teria acreditado que o Dr. João Simão, quando foi avisá-lo de que acompanharia seu depoimento, pudesse estar tentando intimidá-lo em seu depoimento, confusão afinal esclarecida quando se encontraram com Sílvio (...).”

No mesmo sentido, as declarações escritas de Marcos Claudinei Pereira Gimenes (fls. 85/86) e de Wilson de Mello Cappia (fls. 87/88).

Em sede policial (fls. 168), Sergio Carlos Madureira ratificou os termos da escritura pública de declaração, conforme trecho destacado:

> “... QUE, o declarante é irmão de SILVIO CÉSAR MADUREIRA; QUE, na oportunidade ratifica o inteiro teor da ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO, elaborada perante o 2º Tabelião de Notas de Protesto de Letras de Títulos de Marília/SP, alcançada à fls. 34 e verso; QUE, na ocasião em que se deram os fatos, o declarante encontrava-se no ‘rol’ de entrada do FORUM da JUSTIÇA FEDERAL, todavia, não presenciou qualquer tipo de diálogo estabelecido entre o advogado JOÃO SIMÃO NETO e seu irmão SILVIO CESAR, embora tenha conhecimento de que o advogado JOÃO SIMÃO tenha conversado com SILVIO; QUE, embora seja expressão de foro íntimo, o declarante não acredita que o advogado JOÃO SIMÃO NETO tenha, de alguma forma, constrangido ou ameaçado o irmão do declarante SILVIO MADUREIRA, sendo que possivelmente o irmão SILVIO tenha interpretado de forma errônea as palavras proferidas pelo advogado por ocasião do diálogo estabelecido entre JOÃO SIMÃO e SILVIO MADUREIRA.”

Em sede policial (fls. 169/170), Andréa Felix Bueno Madureira declarou:

> “... QUE, a declarante é esposa de SILVIO CESAR MADUREIRA cujo relacionamento adviram três filhos; QUE, na data de 05/06/07, por ocasião em que seu marido seria inquirido na JUSTIÇA FEDERAL em MARÍLIA, compareceu no local para acompanhar os procedimentos e ver o marido; QUE, todavia, esclarece que tomou conhecimento do diálogo estabelecido entre SILVIO MADUREIRA e o

> advogado JOÃO SIMÃO NETO, entretanto não presenciou os fatos; QUE, informa que no dia citado, no período da manhã, a declarante chegou a conversar com o advogado JOÃO SIMÃO NETO, com a finalidade de solicitar que o causídico acompanhasse os atos processuais relativos a SILVIO MADUREIRA; QUE, todavia, o advogado mencionou que já acompanhava uma outra pessoa envolvida no mesmo processo, e por essas razões estava impossibilitado de fazê-lo; QUE, inclusive, na mesma conversa, o advogado JOÃO SIMÃO relatou a declarante que teria conseguido no TRIBUNAL a redução de pena em favor de SILVIO MADUREIRA, no tocante a um processo em que SILVIO foi condenado por porte de arma e contrabando; QUE, embora sendo impressão de cunho íntimo, a declarante não acredita que o advogado JOÃO SIMÃO NETO tenha, de alguma forma, coagido ou ameaçado o seu marido SILVIO CESAR MADUREIRA; QUE, finalmente tem o direito em que seja consignado que JOÃO SIMÃO NETO, além de advogado de SILVIO MADUREIRA possuía vínculo de amizade com toda a família."

A testemunha de defesa Octavio Torrecilla nada soube informar sobre os fatos descritos na denúncia (fls. 589/590).

Já a testemunha de defesa Wilson de Mello Cappia declarou que no dia dos fatos não presenciou qualquer ameaça contra Sílvio César Madureira, e tampouco ouviu este dizer que fora ameaçado por João Simão ou por qualquer outra pessoa. Afirmou que "o Dr. João não esteve na sala em que Madureira estava durante o intervalo". Franqueada a vista dos autos, Wilson reconheceu a sua assinatura na declaração de fls. 87/88, esclareceu que fora elaborada pelo Dr. Vitório Rigoldi e retificou-a nos seguintes termos (fls. 591/596):

> "A conversa que Sérgio teve com o Dr. João, na verdade, foi no corredor, em frente à porta da sala de audiência. Além disso, esclareço que a única conversa que presenciei entre João Simão e Sílvio foi a que descrevi acima. Com relação a presenciar a audiência, ouvi a conversa de Sérgio com o Dr. João no corredor. No mais, confirmo o restante da declaração de fls. 87/88"

O Procurador da República André Libonati, em juízo, confirmou integralmente o depoimento prestado na fase policial. Confira-se (fls. 348/357):

> "... Quando cheguei na Justiça, havia muita gente no corredor na parte térrea do fórum, defronte à secretaria da 3ª Vara. Veio um agente da Polícia Federal me procurar, cujo nome eu não me recordo. Foi muito rápido. Eu tinha acabado de chegar e tal agente disse que o Madureira queria falar com um membro do Ministério Público. Adentrei a sala de espera de reunião, ao lado dessa sala de audiência, quando então Madureira me foi apresentado. Até então eu não o conhecia. Madureira começou a se queixar de uma forma desesperada, dizendo que ele e principalmente sua família estavam sofrendo pressões, intimidações, que vinham dar recados para a família dele, tudo isso em razão do depoimento que ele tinha prestado, da postura que ele adotou na Operação Oeste. Ele me disse que entregou muita gente da Operação e que eles estariam pressionando. Senti que a reclamação maior de Sílvio era de que a família dele estava sendo pressionada. Quando

entrei na sala, o local estava abarrotado de gente: tinha criança, tinha no mínimo uma pessoa idosa, outras pessoas não trajadas de forma forense. Tinha um policial dentro da sala, mas não era o mesmo que me chamou quando cheguei no fórum. Esse policial que estava na sala era alto, cabelo comprido, castanho claro, pele alva. Não me recordo se havia algum advogado dentro da sala. Sílvio queria falar comigo reservadamente. Ele falou pessoalmente para mim que estava sendo intimidado e que não agüentava mais a pressão. Sílvio pediu para esse agente tirar o pessoal da sala. Eles saíram e Sílvio sentou numa cadeira no canto da sala e eu sentei numa cadeira no outro canto da sala. O mesmo policial ficou encostado na parede ao lado da porta, em pé dentro da sala. Esse mesmo policial disse que ia restringir o acesso à sala porque senão ele perderia o controle de entrada e saída, porque havia muita gente querendo entrar e sair. Aí o Sílvio começou a lamentar para mim dizendo que diversas pessoas estavam procurando familiares dele, que os familiares dele estavam nervosos e que ele não agüentava mais aquela situação e desejava alguma providência nossa. Nessa conversa que deve ter durado uns cinco minutos, ele alternava sistematicamente as pressões que sofria e o inconformismo decorrente da repercussão gerada pelo auxílio que ele prestou para a Justiça. De quem mais Sílvio falava era da mãe dele, que estaria sofrendo. Aí entrou um senhor que eu nunca tinha visto na minha vida. Ele entrou meio passo para dentro da sala e disse para o Madureira que estaria à tarde para acompanhar o depoimento dele. A postura do advogado não me causou nenhuma surpresa. O que me causou surpresa foi a postura do Madureira. Foi instantâneo, Madureira ficou irritado. Ele começou a falar de forma desandada que estava acontecendo de novo na minha frente. Perguntei a ele por que estava acontecendo aquilo com ele. Ele disse que quem tinha adentrado na sala era João Simão, contra quem ele tinha deposto e que aquilo era uma intimidação e era assim que ele agia**.** Eu imediatamente me levantei e saí no corredor, mas não vi mais o advogado ali. Não sei se ele foi ao banheiro, foi para a sala de audiência ou foi para fora do átrio do fórum. Imediatamente comuniquei os outros colegas sobre o acontecido e eles foram também conversar com Madureira. Esse assunto chegou também a todo o pessoal da escolta. O chefe da escolta, a partir daquele momento, proibiu a entrada de qualquer pessoa na sala em que Madureira estava. Madureira ficou bastante irritado, nervoso, e disse que não tinha mais condições de depor. Pediu para que fizesse o seu depoimento outro dia e foi claro nessa sala de audiência que queria estar mais calmo nesse dia porque iria falar toda a verdade. A audiência não ocorreu por total falta de condições por parte da testemunha. Ela ficou toda desequilibrada. Imediatamente ela foi para a Polícia Federal prestar depoimento. Posteriormente, em outra data, fui para a Polícia Federal prestar minha versão sobre os fatos. O Dr. Fabrício Carrer chegou à sala em que Madureira estava depois que João Simão não mais estava ali.

(...)

O Dr. João Simão estendeu o braço em direção a Sílvio Madureira, mas não vi se ele apontou o dedo para ele. Pode ter apontado. O que me chamou a atenção foi a imediata reação de Madureira. Ele já estava tenso e a partir dessa circunstância ficou descontrolado. Madureira é uma pessoa que fala bem, se expressa bem, se faz entender muito bem e tem facilidade para conversar. Até a chegada do Dr. João

Simão na sala, Madureira estava preocupado, mas estava normal. Ele não aparentava estar sofrendo transtornos psíquicos. A postura do Madureira até esse fato (em tese, essa coação) foi a mesma adotada por ele em inúmeros outros atos relativos à Operação. Destemperado, nervoso, assustado, eu só vi naquele dia. Nem quando ele compareceu nessa sala de audiência em outro processo da Operação Oeste e relatou que tinha sido ameaçado pelo Delegado Washington e pelo agente Emerson Lopes, ele se comportou com o pavor, o destempero que ele apresentou naquele dia. Só vi Madureira destemperado, amedrontado, sem nenhuma condição de depor, após os fatos descritos na denúncia. Houve insistência de minha parte com Madureira que ele fizesse seu depoimento naquele dia, mas ele não quis, disse que não tinha condições de forma nenhuma. *MPF*: Madureira falou para todo mundo que o Dr. João Simão tinha apontado o dedo para ele e o ameaçado. Isso ele falou para mim, para todos os procuradores, para todos os guardas da escolta, para todos os vigilantes do prédio, para todas as pessoas na PF no dia em que foi ouvido. Ele ficou irresignado. Sílvio se alterou inteirinho após a entrada de João Simão na sala. Alterou o comportamento, o semblante, velocidade da fala. No momento em que fui ouvir Madureira, a sós, conforme ele pediu, não tinha nenhum advogado na sala. Estava eu, ele e o agente.

(...)

Eu tinha conhecimento de que antes dos fatos narrados na denúncia, Madureira já tinha delatado João Simão e Washington no caso 'Jairo Zambon'. *Defesa*: Acredito que o policial que ficou em pé encostado na parede ao lado da porta tenha presenciado o Dr. João Simão entrar na sala e gesticular a Madureira. Este policial foi um dos que mais ouviu as inquietações, lamentações, irritações de Madureira. Ele ficou cuidando de Madureira. A postura do Dr. João Simão não foi cordial, amigável e nem ameaçadora; foi uma postura bem firme. Posso dizer com absoluta certeza que João Simão entrou na sala a meio passo da porta e estendeu o braço em rumo ao Madureira e disse em tom firme que estaria a tarde para acompanhar o depoimento de Madureira. Não me recordo com precisão se João Simão apontou o dedo, os dedos, o punho. Só posso afirmar que ele apontou o braço rumo ao Madureira.

(...)

Depois que o Dr. João Simão saiu da sala é que o Madureira começou a desandar, a falar tudo, ele ficou totalmente nervoso, ocasião em que mencionou também a situação desta pessoa que o estava encarando. O que mais assustou Madureira, na ótica dele, foi a postura do Dr. João Simão. Logo depois do acontecido, Madureira estava assustado, irritado, se lamentando sem parar e dizendo que não queria depor porque estava nervoso. Viemos todos para a sala de audiência a pedido do próprio Madureira. Ele disse que não queria depor porque não tinha condições, mas que fosse designada uma outra data que ele iria dizer a verdade sobre tudo. Foram para a sala policiais da escolta, procuradores, juiz, serventuária da justiça (a qual eu não sei declinar se é analista ou técnica, mas que se chama Lílian). No mesmo dia, uma ou duas horas depois, o Madureira foi levado à Polícia Federal pela escolta da PF de São Paulo para colher todas as circunstâncias em termo e dar ensejo à instauração de inquérito policial para esse fim (...)."

Também a testemunha de acusação, o Procurador da República Fabrício Carrer,

declarou que em juízo (fls. 358/364):

> "Nesse dia, estávamos iniciando os depoimentos do caso '3 por 1'. Na parte da manhã, tinha sido ouvida a Elaine, co-ré naquele processo, de modo que na parte da tarde seria ouvido como réu, Sílvio César Madureira. Ao término dos trabalhos da parte da manhã, fui chamado até a sala onde estava o Madureira. Saí da sala de audiências e fui na sala onde estava o Madureira, o André Libonati e um policial federal. Não me recordo se este policial estava sentado ou se estava na porta da sala. Quando eu entrei na sala, o Dr. André me perguntou se eu tinha visto quem tinha saído dali. Perguntou-me também se eu sabia se se tratava do Dr. João Simão. Eu respondi que não. Tanto André Libonati como Madureira me disseram que João Simão teria comparecido na sala e dito alguma coisa assim: 'estarei aí a tarde e quero ver o que você vai falar'. Quando eu entrei na sala, Madureira me disse que estava sendo pressionado pelo Dr. João Simão. Ele disse que se sentia ameaçado pelo Dr. João Simão pela frase que lhe havia sido dirigida por esse advogado. O próprio André Libonati não sabia até aquele momento quem era João Simão. Eu já sabia quem ele era pelo contato em audiência e por contato que eu tive com Simão na Polícia Federal uns dias antes. Nessa ocasião na PF, fui informado por um funcionário da PF que tinha um advogado querendo conversar com o Dr. Vinícius. Tomei a iniciativa de ir até o advogado e dizer para ele aguardar um pouco que já estava terminando. Passados alguns minutos, tal advogado veio até mim e se identificou como sendo Dr. João Simão. Até então eu não sabia quem era Dr. João Simão. Nessa oportunidade, ele me perguntou se naquele dia a oitiva do cliente dele seria relativa às denúncias que o Sílvio César Madureira teria feito em relação ao Dr. Washington. Eu comentei que era. Aí Dr. João Simão disse que isso era um absurdo porque o cliente dele pagaria para ser indiciado. O cliente do Dr. João Simão seria o Sr. Jairo Zambon. Eu não presenciei Dr. João Simão praticando a coação narrada na denúncia, mas presenciei Madureira falando isso sobre João Simão. Nesse momento Madureira estava completamente fora de si, nervoso, preocupado. Disse até que seus familiares estariam sendo pressionados, mas não sei por quem.
>
> (...)
>
> Aqui na sala de audiência, Madureira pediu para ser ouvido ao término dos interrogatórios. Naquela ocasião ele até mencionou que queria ser ouvido por último alegando que era o réu delator.
>
> (...)
>
> Salvo engano, Sílvio fez uma delação no caso do 'Jairo Zambon' e depois foi arrolado como testemunha. Quando Sílvio esteve na Polícia Federal ele prestou informação sobre os mais variados crimes. Numas das vezes em que Madureira foi ouvido, ele narra que existia um inquérito contra Jairo Zambon e que por causa deste inquérito foi oferecido dinheiro para o delegado Washington. Isto resultou no oferecimento de denúncia. O Dr. João Simão esteve na PF em Marília para pedir informação. Ele queria saber se a inquirição de Zambon se referia às declarações feitas pelo Madureira contra o Dr. Washington.
>
> (...)
>
> Madureira dizia que Sr. Jairo teria pago ao Dr. Washington por intermédio do Dr.

João Simão.
(...)
No final da audiência da Elaine, eu saí da sala de audiências, e quando passei perante a sala em que Sílvio estava, o Dr. André estava conversando com ele, oportunidade em que ambos me narraram o comportamento do Dr. João Simão. Sílvio me contou a forma como o Dr. João Simão se dirigiu a ele. Sílvio imitou o gesto com o dedo indicador que Simão teria dirigido a ele.
(...)
No momento em que entrei na sala, Sílvio estava bastante assustado, bastante nervoso. Ele usou a seguinte expressão: 'não agüento mais isso'."

O fato comprovado em juízo pelas testemunhas de acusação, qual seja, de que o ora apelante entrou meio passo dentro da sala de espera destinada a testemunhas e réus, localizada dentro da sala de audiências, e disse que no período da tarde estaria novamente na justiça para acompanhar o depoimento de Sílvio Madureira, não configura o delito de coação no curso do processo, cuja conduta típica consiste em usar de violência (física) ou grave ameaça (promessa de mal sério, justo ou injusto, com potencialidade intimidatória), com fim de favorecer interesse próprio ou alheio,contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

O conjunto probatório não demonstra que João Simão Neto tenha-se valido de uma grave ameaça apta a intimidar o réu e testemunha Sílvio César Madureira.

Tanto o irmão quanto a esposa de Sílvio Cesar Madureira não confirmam os fatos narrados na inicial e ainda informam ter solicitado ao advogado João Simão Neto, ora apelante, que acompanhasse os atos processuais relativos a Sílvio Madureira, mas que o causídico mencionou que já acompanhava uma outra pessoa envolvida no mesmo processo, e por essas razões estava impossibilitado de fazê-lo. A esposa de Sílvio César Madureira afirmou, inclusive, que o ora apelante, João Simão lhe informou que teria conseguido, no Tribunal, a redução de pena em favor de Sílvio, no tocante a um processo em que foi condenado por porte de arma e contrabando.

Verifica-se pelas declarações do irmão e da esposa de César Madureira que João Simão realmente tinha motivos para retornar ao Fórum e acompanhar o depoimento de César Madureira, porquanto atuaria como advogado de outra pessoa envolvida no mesmo processo.

As testemunhas de acusação disseram que imediatamente após João Simão Neto ter dito que voltaria à tarde para acompanhar o depoimento de César Madureira, este teria mudado seu semblante e se mostrado assustado, tendo expressado reclamação no sentido de que não estaria mais agüentando a situação. Indagado sobre o motivo de sua reclamação, disse que a pessoa que havia adentrado na sala era justamente o causídico João Simão Neto, e que na verdade aquilo se tratava de uma intimidação, pois era assim que aquele advogado costumava agir.

Não estou convencido de que o fato de um advogado adentrar na sala de espera do Fórum e dizer que retornará à tarde para acompanhar o depoimento de um dos réus/testemunhas, configura uma grave ameaça, por mais que as testemunhas de acusação tenham dito que o suposto ameaçado tenha mudado seu semblante e se mostrado assustado.

Entendo que tal fato não configura grave ameaça, além de não ter sido provado,

nos autos, sua potencialidade intimidatória, pois o suposto ameaçado nega a existência da ameaça em juízo, cuja negativa é ratificada pelas declarações de seu irmão e de sua esposa. Além de o apelante possuir motivos para retornar e acompanhar a audiência, na qualidade de advogado de outra pessoa envolvida no mesmo processo.

Por tais razões, dou provimento ao recurso e João Simão Neto para absolvê-los das imputações descritas na inicial, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

- Sobre coação no curso do processo, veja também os seguintes julgados: ACr 2000.03.99.050637-8/SP, Relator Juiz Federal Souza Ribeiro, publicada na RTRF3R 67/434 e HC 2002.05.00.029719-6/CE, Relator Desembargador Federal Petrucio Ferreira, publicado na RTRF3R 67/435.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0016209-85.2009.4.03.6183
(2009.61.83.016209-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ELIANA CLAUDETE BARACHO STRAUSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: ApelReex 1680613
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - DEVOLUÇÃO DOS VALORES - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I - Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

II - O art. 18 da Lei 8.213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

III - As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

IV - Não se trata de renúncia, uma vez que a autora não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

V - A desaposentação não se legitima com a devolução dos valores recebidos porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

VI - Apelação do INSS e remessa oficial providas. Sem honorários advocatícios e custas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

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 à apelação do INSS e à remessa oficial para julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de novembro de 2011.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de ação de desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso, de procedimento ordinário, movida contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em que a autora requer seja o réu condenado a reconhecer seu direito à renúncia ao benefício nº 107.991.413-4, espécie 42 (aposentadoria proporcional), bem como a recalcular o novo benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, aplicando as disposições dos arts. 29 e 53 da Lei nº 8.213/1991, implantando-o a partir do ajuizamento da ação e no valor que apresenta na inicial, caso o réu não comprove tecnicamente outro valor.

A inicial juntou documentos.

Deferida a gratuidade da justiça às fls. 41/42. Citação do INSS em 02-03-2010. Contestação às fls. 49/62.

O juízo *a quo* determinou o cálculo da renda mensal inicial do novo benefício, para verificar o interesse de agir, tendo em vista que a nova aposentadoria somente é possível com a comprovação de que seu valor será maior do que o auferido quando da concessão do primeiro benefício.

Remetidos os autos à Contadoria Judicial, foram elaborados os cálculos de fls. 78/88, comprovando que a renda do novo benefício pleiteado é maior do que a renda mensal recebida quando do ajuizamento da ação.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para que o INSS promova a desaposentação da autora, cancelando o benefício 42/107.991.413-4, com a implantação de benefício a partir do requerimento administrativo, observado para tanto o regramento atual, considerando em seu cálculo o tempo e salários de contribuição posteriores à primeira concessão. Determinada a restituição dos valores recebidos a título da aposentadoria renunciada, fixando-se os descontos mensais em 20% do valor do benefício recalculado após os acréscimos dos novos salários de contribuição. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição, prolatada em 29-06-2011. Indeferida a antecipação de tutela.

Apelou o INSS, pugnando pela improcedência do pedido.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): O raciocínio desenvolvido pela autora é simples e assim pode ser resumido: como venho contribuindo para o sistema, mesmo depois de aposentado, tenho o direito a considerar essas novas contribuições, ainda que, para isso, tenha de renunciar ao benefício atual com posterior requerimento de outro perante o RGPS.

Talvez o raciocínio pudesse ser empregado se estivéssemos diante de regime de previdência de capitalização, em que o segurado financia o próprio benefício para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base em tais contribuições.

Contudo, não foi esse o sistema de previdência adotado pelo constituinte de 1988, pois que optou por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições

são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. Basta constatar as disposições dos arts. 194 e 195 da Constituição desde sua redação original.

Não há espaço para imaginar que as contribuições vertidas pelos segurados seriam destinadas à composição de cotas a serem utilizadas posteriormente em uma eventual aposentadoria.

O fato de o sistema prever o cálculo do benefício segundo a média salarial percebida pelo segurado (salário-de-benefício) no período anterior ao do requerimento do benefício ou do afastamento da atividade (art. 29 da Lei 8.213/91) reflete mera escolha do legislador. Para tanto, basta observar que, para os servidores públicos, foi prevista sistemática diversa, com base na última remuneração, se observados os pressupostos.

Nesse contexto é que se insere o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, que, em todas as suas redações, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles expressamente relacionados:

> "Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:
> § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado."

Por isso, não se pode nem mesmo cogitar do pagamento de qualquer benefício que não os ali elencados, e, muito menos, de levar o período laboral utilizado para a concessão do benefício no RGPS para um outro regime.

O tema relativo às contribuições vertidas ao sistema após a aposentação foi levado à apreciação do STF por ocasião do julgamento da ADI 3105-DF, em que se apreciou a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos de que tratou a EC nº 41/2003. Segue a ementa:

> "1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que,

como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.
2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.
3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões 'cinqüenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda."
(Tribunal Pleno, ADI 3105/DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ o Acórdão Min. CEZAR PELUSO DJ 18-02-2005)

O que se questionava, dentre outros pontos, era a possibilidade de instituição de contribuições previdenciárias sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos se tais servidores jamais seriam beneficiados por elas - nas palavras do Min. Marco Aurélio: contribuições para o ALÉM.

Concluiu-se que, dentro do sistema previdenciário eleito pelo constituinte, os servidores inativos, por integrarem a sociedade, não poderiam invocar o direito de não contribuir, pois suas contribuições destinavam-se, também, a financiar todo o sistema, razão pela qual a exação foi tida por constitucional.

Embora não se trate, aqui, de contribuições incidentes sobre aposentadorias, o raciocínio a ser empregado é o mesmo, pois que, no passado, após a jubilação, o aposentado por tempo de serviço que permanecesse em atividade sujeita ao RGPS só tinha direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (arts. 18 e 81, II, da Lei 8.213/91). Com a extinção de tal benefício, pela Lei 8.870/94, passou a ter direito somente ao salário-família e à reabilitação profissional. De modo que, com o seu retorno à atividade, suas contribuições passaram a financiar todo o sistema, não se destinando ao incremento de sua aposentadoria no RGPS ou ao acréscimo de tempo de serviço a ser levado a outro regime de previdência.

Pela clareza do posicionamento, transcrevo parte do voto do Min. Cezar Peluso, relator designado para o acórdão:

> "...
> Sem avançar compromisso quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das modificações impostas, sublinho mais uma vez que, com o advento da Emenda nº 41/2003, o regime previdencial deixou de ser eminentemente contributivo para se tornar contributivo e solidário, como se infere límpido à redação que emprestou ao art. 40, *caput*, da Constituição da República.
> 15. Ditaram essa transmutação do regime previdencial, entre outros fatores político-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime.
> Essa mesma tendência, observada já à época das Emendas nº 3/93 e nº 20/98, é que esteve à raiz das transformações do regime eminentemente solidário, em vigor antes da EC nº 3/93, para outro que, como regime contributivo e solidário, adotava a contribuição dos servidores ativos (art. 40, § 6º, acrescido pela EC nº 3/93), e, depois, para regime predominantemente contributivo, o da EC nº 20/98.
> A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título de 'Averting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth', de 1994, já revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico:
> 'O aumento da insegurança na velhice é um problema mundial, mas suas manifestações são diferentes nas diversas partes do mundo. Na África e em regiões da Ásia, os idosos compõem pequena parcela da população e há muito têm sido amparados por largas medidas familiares, cooperativas de ajuda mútua e outros mecanismos informais. Planos formais que envolvem o mercado ou o governo são rudimentares.'
> Mas, assim como a urbanização, mobilidade, guerras e a miséria enfraquecem a assistência familiar e os laços comunitários, os sistemas informais sentem-lhes o impacto. E este impacto é tanto maior onde a proporção da população dos idosos cresce rapidamente, em conseqüência dos progressos da medicina e do declínio da fertilidade. Para atender a essas novas necessidades, vários países asiáticos e africanos estudam mudanças fundamentais no modo com que provêem à seguridade social do idoso. O desafio é mudar para um sistema formal baseado na chamada

garantia de renda, sem acelerar o declínio dos sistemas informais e sem trazer ao governo mais responsabilidades do que possa suportar.

Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas formais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas.

Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, acarretando difusa evasão fiscal.

O amplo setor informal da economia em muitos países da América Latina, por exemplo, reflete, em parte, os esforços de trabalhadores e empregadores para escaparem às contribuições sobre os salários. As conseqüentes distorções no mercado de trabalho, nesses países e em outras regiões, reduzem a produtividade, empurrando a carga das contribuições e o índice de evasão para níveis mais elevados, da mesma forma que a redução dos investimentos de longo prazo e da acumulação de capital refreiam o crescimento econômico. Não surpreende, então, que tais países não têm sido capazes de pagar os benefícios prometidos. A maioria diminuiu o custo dos benefícios, ao permitir que a inflação lhes corroesse os valores reais. Quando o Chile enfrentou tais problemas há quinze anos, reformou a estrutura de seu sistema. Outros países latino-americanos estão passando por mudanças estruturais similares, e alguns países do Leste Europeu os estão observando. O desafio é encontrar um novo sistema e um caminho de transição que seja aceitável pelo idoso, que foi induzido a esperar mais, e que ao mesmo tempo seja sustentável e estimule o progresso para os jovens. Países membros da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) enfrentam problemas semelhantes, estagnadas, que se encontram, a idade de suas populações e sua produtividade. Programas públicos de seguridade social que cobrem praticamente toda a população têm pago elevados proventos de aposentadorias durante as últimas três décadas de prosperidade, enquanto a pobreza se reduziu mais rápido entre os idosos que entre os jovens. Mas, através das próximas duas décadas, a carga dos tributos tende a aumentar em muitos pontos percentuais, ao passo que o valor dos benefícios tende a cair. Isso intensificará o conflito entre as gerações de aposentados (alguns dos quais ricos), que recebem pensões públicas, e os jovens trabalhadores (alguns dos quais pobres), que estão pagando altas taxas para financiar esses benefícios, mas que nunca poderão reembolsar-se.

Tais modelos de seguridade social podem, ademais, desencorajar o emprego, a poupança, e o capital produtivo, contribuindo desse modo para estagnação da economia. Muitos países da OECD parecem inclinar-se para adoção de sistema que combine planos de pensão públicos, - destinados a atender às necessidades básicas, com planos privados de pensão ou programas pessoais de poupança, para satisfazer às cada vez mais elevadas exigências das classes média e alta. O desafio é introduzir reformas que sejam boas para o país, a longo prazo, ainda que isso implique subtração de benefícios esperados por alguns grupos, em curto prazo.

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

16. Conforme já notamos, a vigente Constituição da República, moldou um sistema de seguridade social baseado nos objetivos ou princípios capitulados no art. 194, § único, que reza:

'I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados'.

O art. 195, *caput*, firmou outro principio sistemático fundamental, agora para definição do alcance das fontes de custeio, preceituando que 'a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta', e, no § 5º, editou a chamada regra de contrapartida, que dispõe: 'nenhum beneficio ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.'

O art. 40, *caput*, com a redação dada pela EC nº 41/2003, assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, regime previdenciário de 'caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial'.

E o art. 4º da EC nº 41/2003 impôs aos inativos e pensionistas, em gozo de benefícios à data de sua publicação, a obrigação de contribuir para o custeio do regime de que trata aquele art. 40.

Mas argúem, em suma, os requerentes que seria inválida tal imposição, e sua invalidez decorreria da ausência de causa suficiente para a contribuição (i), de ofensa ao direito adquirido (ii) e ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos (iii), de bitributação em relação ao imposto de renda (iv) e de lesão ao principio da isonomia (v).

17. Abstraída a demonstração, anterior e exaustiva, da sua substancial fraqueza retórica, os três primeiros argumentos (i, ii e iii) enganam-se ainda ao pressupor ao regime previdenciário constitucional, como premissa indisfarçável do raciocínio, um cunho eminentemente capitalizador e contributivo, entendido segundo a matriz da relação jurídica de direito privado, de perfil negocial ou contratual, que é domínio dos interesses patrimoniais particulares e disponíveis.

Sua lógica está em que, se o servidor contribuiu durante certo período, sob hipotética promessa constitucional de contraprestação pecuniária no valor dos vencimentos durante a aposentadoria, teria então, ao aposentar-se, direito adquirido, ou adquirido direito subjetivo a perceber proventos integrais. Desconto da contribuição, pelo outro contraente, tipificaria aí redução, sem causa jurídica, do valor da contraprestação pré-acordada.

Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da

Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado, e, tampouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentes interesses públicos ou coletivos.
18. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição da República, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se princípio estrutural da solidariedade.
Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais.
Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até a EC nº 3/93 os servidores ativos não contribuíam, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC nº 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC nº 41/2003.
Teria, com isso, a Emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa.
O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio eqüitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo.
Os elementos sistêmicos figurados no 'tempo de contribuição', no 'equilíbrio financeiro e atuarial' e na 'regra de contrapartida' não podem interpretar-se de forma isolada, senão em congruência com os princípios enunciados no art. 194, § único, da Constituição.
Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade) e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7º da EC nº 41/2003), o que, na aguda percepção do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, importa, não mera atualização, mas elevação do valor intrínseco da moeda.
Não é esse o perfil de nosso sistema previdenciário.
19. O art. 3º da Constituição tem por objetivos fundamentais da República: 'i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... iii) erradicar a pobreza e a

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais'.
A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, *caput*, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma eqüitativa (art. 194, § único, V). De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se.
Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois, o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra de contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem analisados em conjunto.
20. No caso, relevam apenas os limites quanto à sujeição passiva.
Quanto aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria, a Constituição delimita-lhes, ainda que de forma indireta, os fatos geradores e os sujeitos passivos possíveis, ao predefinir as respectivas materialidades nos arts. 145, II, III, 153, 155 e 156.
Em relação aos empréstimos compulsórios e às outras contribuições, traça-lhes apenas finalidades vinculantes, mediante outorga de competência à União para instituir os primeiros com o fito de 'atender a despesas extraordinárias' (art. 148, I) e a 'investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional' (art. 148, II), e, as segundas, para fins 'de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas' (art. 149, *caput*).
E, no que concerne às contribuições sociais, em cuja classe entram as contribuições previdenciárias, a Constituição lhes predefine algumas materialidades, com especificação do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo, reservando competência à União para instituir 'outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I' (art. 195, § 4º). Às demais contribuições limita-se a apontar a finalidade, a destinação e o regime jurídico, sem explicitar os fatos geradores nem os sujeitos passivos, os quais serão, pois, identificados dentre aqueles que guardem nexo lógico-jurídico com a finalidade constitucional do tributo.
21. Como se vê, o singular regime constitucional das contribuições responde a variantes axiológicas diversas daquelas que inspiram e orientam o dos impostos e das taxas.
O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico-tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir beneficio ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuide. Ao propósito, acentua a doutrina:
'Um segundo conceito vai definir a estrutura das contribuições. Para os impostos,

este segundo conceito é o de manifestação de capacidade contributiva; para as taxas é a fruição individual da atividade estatal e, para as contribuições, é a qualificação de uma finalidade a partir da qual é possível identificar quem se encontra numa situação diferenciada pelo fato de o contribuinte pertencer ou participar de um certo grupo (social, econômico, profissional). Isto leva à identificação de uma razão de ser diferente para cada uma das figuras.

Se alguém perguntar: por que pagam-se impostos? Eu responderia que pagam-se impostos porque alguém manifesta capacidade contributiva e, por isso, pode arcar com o ônus fiscal. Por que paga-se taxa? Paga-se taxa porque o contribuinte usufrui de certa atividade estatal ou recebe certa prestação, daí a idéia de contraprestação. E, por que paga-se contribuição? Paga-se contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo, de alguma classe, de alguma categoria identificada, a partir de certa finalidade qualificada constitucionalmente, e assim por diante. Alguém 'faz parte', alguém 'participa de' uma determinada coletividade, encontrando-se em situação diferenciada, sendo que, desta participação, pode haurir, eventualmente (não necessariamente), determinada vantagem.

O critério apóia-se numa qualidade (= "fazer parte") e não numa essência (= "fato determinado") ou utilidade (= "benefício/vantagem").' (MARCO AURÉLIO GRECO, *Contribuições*, ..., p. 83).

Com as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003, tem-se a existência teórica de três grupos de sujeitos passivos da contribuição previdenciária: i) os aposentados até a data da publicação da Emenda; ii) os que se aposentarão após a data da sua edição, tendo ingressado antes no serviço público; iii) os que ingressaram, ingressarão e se aposentarão, tudo após a publicação da Emenda.

Os do primeiro grupo aposentaram-se, de regra, com vencimentos integrais; os do segundo grupo, numa fase de transição, também poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as normas do art. 6º da EC nº 41/2003; e os componentes do terceiro grupo poderão, no caso do § 14 do art. 40 da Constituição, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência (art. 201) e equivalente a dez salários mínimos.

Os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo sócio-econômico, conexo à finalidade da previdência social; antes, porque sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos, interessa-lhes sobremodo a manutenção do sistema.

A circunstância de estarem aposentados não lhes retira *de per si* a responsabilidade social pelo custeio, senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa. Enquanto os primeiros se aposentaram com os vencimentos integrais, os que ingressarem após a edição da Emenda poderão, pelo regime público (art. 40, § 14) receber, no máximo, o valor correspondente a dez salários mínimos, com abstração do montante dos vencimentos percebidos à época da aposentadoria. E, porque os servidores só entraram a contribuir desde a Emenda Constitucional nº 3/93, existem, ou podem existir, servidores agora inativos com proventos equivalentes à última remuneração, sem nunca terem contribuído para o custeio do sistema.

Esse tratamento tributário diferenciado encontra justificação no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade

social, pela distribuição eqüitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento. Seria desproporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo iii) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam, para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência.

O caráter contributivo e solidário da previdência social impede tal distorção, que afrontaria ainda o princípio da 'equidade na forma de participação de custeio', objeto do art. 194, § único, IV, da Constituição da República."

Conforme se vê, as contribuições vertidas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

"Renúncia", no caso, é a denominação utilizada para contornar o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico. A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proibição, e não a permissão de contagem do tempo, pois que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo.

Todavia, não se trata de renúncia, uma vez que a autora não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende, em verdade, trocar o que recebe por outro mais vantajoso.

Ademais, que renúncia é essa em que não se cogita de devolução de tudo o que foi recebido a título de aposentadoria proporcional por tempo de serviço?

Ainda que tivesse a autora manifestado interesse em devolver os valores dos proventos da aposentadoria que vem recebendo, o pedido não poderia ser atendido. A ausência de previsão legal obsta a referida devolução. Isso porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

A autora fez as opções erradas - ou certas, segundo o raciocínio que empreendeu à época em que requereu a aposentadoria. Não pode, agora, pleitear que toda a coletividade arque com o pagamento de benefício para o qual não há suporte legal e, muito menos, fonte de custeio.

A adoção da tese defendida pela autora poderá levar a situações em que todo segurado do RGPS, potencialmente, todos os anos comparecerá ao Judiciário para pleitear a revisão de seu benefício, pois com a incidência do fator previdenciário sobre a média salarial, a cada ano trabalhado poderá fazer incidir sobre o mesmo a sua idade - mais avançada - e o novo tempo de contribuição - mais um ano.

O sistema previdenciário brasileiro tem se orientado no sentido de evitar a aposentadoria precoce, pois que isso vem exigindo enorme carga de contribuições da sociedade.

No caso das aposentadorias por tempo de serviço, a alternativa encontrada foi a de diminuir, drasticamente, o valor do benefício, pois isso põe o segurado a pensar se vale a pena pleitear o benefício prematuramente em troca de uma inatividade com poucos recursos.

Ora, se o objetivo sempre foi esse, qual seria a lógica da desaposentação? Conceder a desaposentação equivaleria a permitir exatamente o contrário, estimulando o aproveitamento do tempo de serviço laborado após a aposentação, para fins de incremento do valor do benefício, ao argumento de ausência de proibição legal/constitucional.

A se admitir tal tese, estaria consolidada, definitivamente, a autorização para a aposentadoria precoce, pois que nenhum trabalhador abriria mão de se aposentar mais cedo, recebendo de duas fontes - uma, pública: a aposentadoria; e a outra, privada: os salários da empresa; ou, no caso de servidor público, da remuneração do cargo ocupado -, pois que teria direito de acrescentar mais tempo de serviço àquele que considerou por ocasião da concessão do benefício originário.

E isso funcionaria em qualquer regime. No RPPS, com o cancelamento do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço proporcional ou integral), concedido no âmbito do RGPS, e expedição de certidão de tempo de serviço laborado em tal regime para averbá-lo junto ao ente público estatal. No RGPS, afastando o coeficiente de cálculo da aposentadoria proporcional ou, mesmo o FATOR PREVIDENCIÁRIO, importantes limitadores do salário-de-benefício e, consequentemente, do valor da renda mensal da aposentadoria. Tudo isso com enorme aumento do passivo do sistema sem qualquer autorização legal, em manifesta contrariedade ao que dispõe o art. 195, § 5º, da CF.

Dir-se-á que a norma é destinada aos legisladores, mas como extrair da legislação autorização de novo cálculo do benefício, com nova contagem de tempo de serviço posterior ao jubilamento sem qualquer previsão legal, mínima que seja?

Ou se dirá, ainda, que tal interpretação decorre do sistema. Mas, é precisamente a interpretação sistemática do ordenamento jurídico que conduz à conclusão da impossibilidade de majoração do valor do benefício por conta de um tempo de serviço laborado posteriormente à concessão da aposentadoria, pois que o único benefício pecuniário que era permitido - o pecúlio - foi revogado, e os coeficientes de cálculo das aposentadorias por tempo de serviço concedidas prematuramente têm sido cada vez menores por conta da incidência do FATOR PREVIDENCIÁRIO, que levam em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida do segurado ao se aposentar.

Por outro lado, se a desaposentação é permitida por nosso sistema previdenciário, qual o número de vezes em que o obreiro poderá pleiteá-la?

Sim, porque quem pleiteia uma vez, poderá fazê-lo um sem número de vezes até se aposentar compulsoriamente. E com amplo interesse, pois com a incidência, hoje, do fator previdenciário - que, como ressaltado, leva em conta, na sua fixação, fatores como o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida, -, a cada mês que passa, o obreiro poderá pleitear novo recálculo do valor do benefício, objetivando, sempre, a melhor prestação. Tudo isso sem nenhuma disciplina legal, ocasionando ampla insegurança jurídica ao ente previdenciário que, quando pensava ter, finalmente, cumprido a sua missão constitucional - atender à contingência constitucionalmente protegida - nova contingência (!?) é reclamada.

Nem se alegue que houve contribuição para isso, pois que o sistema é projetado para funcionar de forma solidária, uma vez que, se somarmos, rigorosamente, as contribuições vertidas somente pelo segurado, veremos que elas não serão suficientes para custear nem mesmo o seu benefício, sendo necessário o aporte de outros recursos, que vêm de outras fontes de financiamento.

Façamos uma conta rápida - sem considerar a inflação presente no sistema -, de

um indivíduo que começa a contribuir aos 18 anos de idade, por 35 anos, sobre R$ 1.000,00, a uma alíquota de 11%. Veremos que, ao final do período terá acumulado uma reserva de R$ 46.200,00, que será suficiente à cobertura de pouco mais de 46 meses de aposentadoria pelo mesmo valor do referido salário-de-contribuição (R$ 1.000,00). E o restante do período, quem irá custeá-lo? Daí a importância das demais fontes de financiamento - dentre elas as contribuições vertidas após a jubilação.

Antes da Lei nº 8.870/94, para estimular a formalização do emprego para os aposentados que retornavam à atividade, era prevista a devolução das contribuições sob a forma de um pecúlio. Contudo, tal benefício foi extinto sem que se previsse, legalmente, qualquer outra forma de compensação em decorrência de tal extinção, tudo a demonstrar que o sistema está cada vez mais necessitando de recursos para financiar o pagamento dos necessitados de proteção social. Daí a instituição do fator previdenciário, cujo principal objetivo é retardar o momento da aposentadoria.

Ora, se, para a instituição de um fator inibidor da aposentação foi necessária a intervenção do legislador, o que se dizer de um fator estimulador? Sim, porque, permitida a desaposentação, sem a exigência de idade mínima, permissão para a contagem de tempo de serviço desde tenra idade, dentre outros fatores estimuladores, não haverá espaço - administrativa e judicialmente - para tantos pedidos de desaposentação.

Tem-se sustentado que não se pode admitir contribuições por parte do segurado sem uma contraprestação por parte do ente segurador. O tema foi analisado no julgamento acima mencionado, agora nas palavras do Min. Eros Grau:

> "...
> 18. O que há, na hipótese, é relação institucional, adstrita a normas cogentes de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se o interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado.
> É no quadro desta relação que haveria de ser considerada a referibilidade direta da contribuição a uma atuação concreta-atual ou potencial do Estado.
> 19. O segundo aspecto diz com a afirmação de que, embora a contribuição seja um tributo, *sua incidência sobre aposentadorias e pensões importaria quebra de sinalagma*.
> *Não é porém correta a suposição de que a relação previdenciária seja dotada de caráter sinalagmático*.
> O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e a contraprestação (*obligatio ultro citroque*).
> Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].
> ...
> O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e contraprestação (*obligatio ultro citroque*).
> *Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte* [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].
> *Essa ligação funcional entre as duas prestações* – que assume relevância tanto

no momento da conclusão do contrato [sinalagma genético] quanto no momento da sua execução [sinalagma funcional] – *é típica dos contratos onerosos*, nos quais, na dicção de MOTA PINTO, 'cada uma das prestações ou atribuições patrimoniais é o correspectivo (a contrapartida) da outra, pelo que, se cada parte obtém da outra uma vantagem, está a pagá-la com um sacrifício que é visto pelos sujeitos do negócio como correspondente'.

Mas o sinalagma não significa real e objetiva equivalência entre prestação e contraprestação, sendo possível – ainda a dicção de MOTA PINTO – a 'falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais'. E prossegue: 'no negócio oneroso as partes estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem'.

Efetivamente como observa SERPA LOPES 'nos contratos bilaterais, o que prepondera é a vinculação de uma prestação a outra, característico do sinalagma, genético para uns (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)'.

Não há sinalagma no caso, visto inexistir, nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido.

20. Pois é certo que o Estado, no caso da relação previdenciária, encontra-se em situação de dever. Não é titular de quaisquer direitos no bojo dessa relação, cujo outro pólo é ocupado pelo aposentado ou pelo pensionista.

A relação previdenciária decorre da lei, sem querer [=vontade] a caracterizá-la, ainda que nela sejam apontados traços similares aos de um contrato. Mas não há sinalagma a justificá-la. Sinalagma é liame entre obrigação e obrigação. Não há, nem pode haver, sinalagma entre dever e obrigação.

O Estado, nessa relação, está vinculado pelo dever de pagar aposentadorias e pensões, nos termos da lei. Não cumpre prestação, no sentido obrigacional, próprio à teoria geral dos contratos. O conteúdo das prestações, na relação previdenciária, é conformado pela lei.

Sem penetrar considerações atuariais – cuja veracidade, de resto, é de ser presumida – anoto que o Estado está vinculado pelo dever de pagar aquelas aposentadorias e pensões, dele não sendo possível exigir-se o impossível.

21. *Além de tudo, a atribuirmos caráter contratual à relação previdenciária – e o faço apenas para argumentar, visto que ela, relação previdenciária, não decorre de nenhum ato de vontade, mas da lei – seriamos compelidos a, nas circunstâncias de fato presentes, cogitar da sua revisão, o que nos conduziria a indagar do rompimento ou não rompimento do equilíbrio econômico da relação.* Isso não seria, no entanto, admissível em ADI.

Ainda assim lembro aqui voto do Ministro PAULO BROSSARD na ADI 493 – o ato jurídico perfeito cederia diante da teoria da imprevisão. Palavras do Ministro BROSSARD: 'É interessante que a velha cláusula medieval da "rebus sic stantibus" tivesse sido, "redescoberta" em 1.912, por um jovem jurista italiano, OSTI (...)', cuja evolução autoriza a modificação substancial de cláusulas de contratos em pleno vigor, de atos jurídicos perfeitos.

Ademais, como observa FRANZ NEUMANN, nenhum sistema social, nem mesmo o mais conservador, no sentido literal do termo, pode apenas conservar, pois até

mesmo para tanto será preciso mudar.

22. *Vê-se para logo, assim, que a tese da quebra de sinalagma na relação previdenciária não é sustentável.*

Estamos diante de tributo cujo fato gerador é a percepção de determinada parcela de proventos e pensões. E, vimos acima, a percepção do beneficio pode perfeitamente ser eleita pelo direito como sua hipótese de incidência.

O paralelo entre sistema estatutário [ativos versus inativos] e sistema previdenciário [contribuintes versus beneficiários] não me parece adequado, salvo se o regime do segundo não pudesse ter sido alterado. Como isso pode se dar – pois não há direito adquirido a regime jurídico – o paralelismo perece.

A contribuição tem de ser considerada no quadro dessa relação, à qual a lei – e mais ainda emenda constitucional – aplica-se imediatamente.

A propósito, retornando a CELSO ANTÔNIO, diz ele ser nítida a 'imediata aplicação das modificações [inclusive de ordem tributária, completo eu, na linha de pensamento do eminente professor da PUC de São Paulo] que incidam sobre as situações gerais.'

23. - Passo a outro capítulo, no qual a afirmação de que o § 5º do artigo 195 da Constituição ensejaria a conclusão de que a instituição de nova exação previdenciária apenas se justificaria desde que estabelecido novo benefício. No julgamento da ADI 2.01 foi dito que '[s]em causa eficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo deve haver, necessariamente, correlação entre custo e beneficio'.

O raciocínio, contudo, não procede no regime instalado pelo artigo 195, caput da Constituição, de caráter contribuinte [contributivo] e solidário.

24. - O artigo 195 da Constituição do Brasil dispõe que 'a seguridade será financiada por toda a sociedade ...' e o § 5º desse artigo apenas impõe ao legislador a vedação de ser criado, majorado ou estendido benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Esta não é a hipótese. O benefício (da aposentadoria) já está criado.

O que se tem – isso poderia ser dito – é a instituição de outra fonte de custeio para garantir a manutenção de benefício da seguridade [para o que era exigido apenas lei complementar – artigo 195, § 4º].

Os benefícios da previdência social estão previstos no capítulo da Seguridade Social, que – repita-se – é financiada por toda a sociedade. Não há, em qualquer das disposições veiculadas pelo artigo 201, nenhuma garantia de que, concretizada a percepção de qualquer beneficio previdenciário – auxílio-reclusão, etc. – deixaria de ser exigida qualquer contribuição.

Por outro lado, o fato de ser assegurado o direito à inativação remunerada somente após longo período de contribuição não significa exaurimento da obrigação de contribuição para a seguridade social, dado que o servidor, por haver se aposentado, não está excluído da fruição de outros benefícios previdenciários mantidos pela seguridade social.

O artigo 201, § 7º ao conjugar contribuição e idade, somente deixou assente a partir de que momento estava assegurada a aposentadoria – apenas fixou os requisitos a serem atendidos para que o servidor possa aposentar-se. Em nenhum

momento o preceito assegura que, cumpridos esses requisitos, ele seria titular de direito a não mais contribuir. Isso é bem nítido também. Ademais, é bem sabido que a aposentadoria é apenas um dos benefícios da previdência social.

25. O raciocínio que estou a recusar parte de uma leitura invertida do preceito contido no § 5º do art. 195 da Constituição do Brasil, visto que a correlação presente neste dispositivo tem apenas uma via, ou seja, a de que nenhum benefício será instituído sem fonte de custeio.

Insisto em que a interpretação a contrario sensu só teria sentido em um sistema exclusivamente contributivo. E que não há, no texto constitucional, menção à situação inversa, no sentido de que a cada contribuição criada deva corresponder um benefício específico. De mais a mais e neste passo retorno ao quanto anteriormente observado – não é admissível a instalação de sinalagma na relação previdenciária, o que estaria sendo pretendido mediante a prática dessa leitura. Isso assim não pode ser, salvo se pretendêssemos voltar ao passado, para reproduzir o debate já aquietado na doutrina e na jurisprudência – a propósito da natureza da relação de emprego público, com opção pela teoria contratual, há muito vencida pela teoria estatutária [ver, por todos, RE 20.988/SP].

Lembre-se que o servidor, ao aposentar-se, não perde o vínculo que o jungia, enquanto ativo, à Administração, eis que é dela (federal, estadual ou municipal) que sairão os recursos para pagá-lo.

Essa vinculação é transferida para o pensionista, estando positivada na Constituição de 1.988 na medida em que ela define que os proventos de aposentadoria e as pensões não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (Constituição do Brasil, artigo 40, § 2º; veja-se a EC 20/98). A contribuição exigida do servidor em atividade é condição de sua aposentadoria, bem assim da pensão por morte devida aos seus dependentes. Os proventos de sua aposentadoria estão sujeitos ao teto de vencimentos fixado para a Administração Pública em geral (artigo 40, § 11) e a pensão por morte do servidor não poderá ser superior à remuneração percebida pelo *de cujus* (artigo 40, § 2º).

26. - Insisto em que essas relações decorrem da lei e não de qualquer ato de vontade, como observam os Ministros MOREIRA ALVES e CELSO DE MELLO nos arestos acima mencionados.

(...)".

Adaptando as palavras do ministro ao caso concreto, as contribuições previdenciárias vertidas ao sistema após a aposentação são tributos cujo fato gerador é a percepção de salários (no caso do RGPS) ou remuneração (no caso do RPPS), não se podendo opor a tal relação jurídica compulsória a ausência de contraprestação - que faria sentido num regime exclusivamente contributivo -, por conta, precisamente, do princípio da solidariedade, tantas vezes aqui citado.

Observe-se que o ministro ainda alude a outro fundamento constantemente manejado para afastar a incidência de contribuições, qual seja, a ausência de causa eficiente, pois que a instituição de nova exação previdenciária só se justificaria desde que estabelecido novo benefício, que, no caso em apreço, seria uma aposentadoria mais encorpada, mediante a aplicação da teoria da desaposentação. Contudo, lembra que, no julgamento

da ADI nº 2010, tal fundamento foi devidamente afastado, pois, no regime de previdência implantado pelo constituinte de 88, de caráter contributivo e solidário, não se exige, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

Aos defensores da teoria da Desaposentação impressiona o fato de serem efetuadas contribuições sem qualquer possibilidade de contraprestação ao segurado contribuinte. Daí defenderem a renúncia ao benefício e imediata concessão de outro, da mesma espécie, com acréscimo de tempo de contribuição, idade e novos salários-de-contribuição.

O tema foi exaustivamente apreciado pelo STF, no julgamento acima citado, merecendo ser transcrito, aqui - apesar de renovar outros já apresentados -, os fundamentos expostos pelo Min. Gilmar Mendes:

> "Sem dúvida, a redação dada ao *caput* do art. 40 pela Emenda nº 20 assegurou aos servidores regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Essa imposição é reproduzida no *caput* do art. 201 da Constituição.
> O princípio do 'equilíbrio financeiro e atuarial' contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões. No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIn's 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo nº 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco, nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo.
> Com efeito, existem evidentes limites factuais e normativos para a elevação das alíquotas das contribuições previdenciárias dos servidores em atividade. Destarte, evidencia-se a importância de que todos os beneficiários do regime de previdência social do servidor público, inclusive os servidores inativos, concorram para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios.
> ...
> Outro argumento que se coloca é da chamada 'causa suficiente'.
> O Ministério Público Federal reproduz, em seu parecer, argumento no sentido de uma alegada ausência de causa suficiente para a instituição da contribuição dos inativos. Para tanto, arrima-se em trecho da decisão proferida por esta Corte na ADI 2010, em que se teria assentado que 'sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição da seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício'.

Em primeiro lugar, não se afigura correta simples extensão desse entendimento firmado na ADI 2010, dirigido ao legislador infraconstitucional.

Não parece acertado pressupor, desde logo, que o legislador constituinte esteja vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e beneficio. Não se nega, obviamente, que a Constituição almeja um sistema baseado especialmente na idéia do regime contributivo, em que os potenciais beneficiários, ao longo de sua vida profissional ativa, depositam recursos em um fundo que, no futuro, lhes devolverá tais recursos na forma de proventos de aposentadoria. Essa de fato é a idéia básica e o princípio de natureza atuarial concebido para viabilizar a existência e a eficiência do sistema previdenciário.

Mas daí *não se pode chegar à conclusão de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um beneficio que corresponda de um modo exato àquele ônus*. Além da evidente inviabilidade prática desse tipo de percepção, não há exigência constitucional nesse sentido, e muito menos uma cláusula pétrea a estabelecer tal limitação específica. Não estou, obviamente, endossando entendimento no sentido de que qualquer ônus a ser estabelecido para os beneficiários da Previdência podem ser livremente fixados pelo legislador, ainda que legislador constituinte. Os parâmetros constitucionais de controle existem, inclusive as cláusulas pétreas. O que quero afastar desde logo é um argumento que com a devida vênia não parece ter esse amparo constitucional.

Isto porque, a par do caráter contributivo, vigora o princípio da solidariedade. Nesse sentido o preciso ensinamento de Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos, *verbis*:

'*Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o principio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à idéia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras.*

Pois bem: *o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na idéia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte.*

A vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Como bem captou o Ministro Sepúlveda Pertence: "Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico, contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que cumpriram o quanto lhes competia para obter o beneficio da aposentadoria.

Contribuição social é um tributo fundado solidariedade social de todos para financiar atividade estatal complexa e universal, como é a seguridade".'

Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse especifico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário. Daí não haver qualquer incoerência na inclusão dos inativos e pensionistas entre os contribuintes do sistema. Tal fato obviamente sequer desnatura o que é peculiar à contribuição previdenciária, qual seja a vinculação dos seus recursos à manutenção do regime de previdência, com a solvabilidade do sistema e, em última instância, com a capacidade econômica do sistema em honrar os benefícios previdenciários. Tal situação, por certo, jamais poderia ser confundida com a do imposto de renda.

Não vejo, portanto, qualquer razão para que seja estabelecida uma restrição absoluta à instituição para a contribuição dos inativos, tendo em vista esta alegada inexistência de causa suficiente.

(...)".

Conforme se extrai dos fundamentos, o sistema previdenciário brasileiro é contributivo, mas se baseia na solidariedade, cujo motor principal é a participação de toda a coletividade no financiamento do sistema, o que afasta a necessidade de correspondência entre custeio e benefício, próprio dos sistemas eminentemente contributivos.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido. Sem honorários advocatícios e custas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

- Sobre o direito de renúncia de benefício previdenciário, com objetivo de reivindicar outro mais vantajoso, veja também os seguintes julgados: decisão proferida no Ag 2001.03.00.005450-3/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicado na RTRF3R 48/48; AC 2000.71.00.12485-4/RS e AC 2000.71.00.015111-0/RS, Relator Juiz João Surreaux Chagas, publicadas na RTRF3R 63/380; AC 2000.61.83.004678-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicada na RTRF3R 89/177; AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; decisão proferida na ApelReex 0003440-19.2004.4.03.9999/SP, Relatora Juíza Federal Márcia Hoffmann, publicada na RTRF3R 106/99; AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564; ApelReex 0001699-14.2002.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 109/220 e o artigo doutrinário "DESAPOSENTAÇÃO. Uma reflexão necessária", de autoria do Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 109/9.

DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL
0044086-07.1999.4.03.6100
(1999.61.00.044086-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: JOSÉ CARLOS FASANO
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES
Classe do Processo: AC 784951
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2011

EMENTA

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÁLCULOS DO CONTADOR. ACOLHIDOS. TOTAL PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS. COINCIDÊNCIA DE CRITÉRIOS ADOTADOS. EMBARGOS PROCEDENTES. HONORÁRIOS DEVIDOS.

1. Do cotejo dos cálculos ofertados pela União quando da oposição dos presentes Embargos à Execução (fls. 9) e aqueles realizados pelo Contador Judicial (fls. 121/125), resta claro que ambos utilizaram os mesmos critérios, sendo certo que a divergência de valores finais refere-se única e exclusivamente à data de atualização, sendo que os cálculos da União estão atualizados até dezembro de 1998 enquanto que os da Contadoria Judicial até maio de 2000. A procedência dos embargos à execução é de rigor.

2. Precedente desta E. Corte entendendo que quando o embargante e a contadoria judicial utilizam o mesmo critério de atualização, diferenciando somente no total, por conta da data de atualização, há erro material da sentença que, ao acolher os cálculos, julga parcialmente procedentes os Embargos, quando deveria tê-los julgado, totalmente procedentes. *(TRF3 - AC-APELAÇÃO CÍVEL nº 1232846 - Processo nº 200561000227935, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, data do julgamento 28/05/2009, DJF3 CJ1:06/07/2009, página 104)*.

3. Considerando que os cálculos apresentados pela União foram confirmados, implicitamente, pela contadoria, que se utilizou dos mesmos critérios e índices e acolhidos pelo juízo de primeiro grau, conforme fundamento da sentença, não há que se falar em sucumbência, ainda que parcial da União. A sucumbência, no caso, é total do embargado, ora apelado.

4. Procedentes os embargos e não sendo o reclamante beneficiário da assistência judiciária gratuita, são devidos honorários, na forma da fundamentação do presente acórdão.

5. Apelação a que se dá provimento, decretando-se a total procedência dos embargos à execução, com a conseqüente condenação do embargado ao pagamento de honorários.

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, dar provimento ao recurso de apelação da embargante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de setembro de 2011.
Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal (embargante), em sede de embargos à execução julgados parcialmente procedentes, para adequar o valor em execução ao cálculo elaborado pela Contadoria do Juízo.

Alega a embargante, ora apelante, que a Contadoria Judicial seguiu integralmente os critérios por ela defendidos quando da oposição dos embargos à execução, aduzindo que o montante apurado pelo contador é superior ao declinado pela União em seus embargos à execução, em razão da data de atualização, sendo que os cálculos da contadoria estão atualizados até maio de 2000, enquanto os da União, até dezembro de 1998, data anterior.

Desta forma, sustenta a total procedência dos embargos à execução. Pleiteia a reforma da sentença recorrida para o fim de ser decretada a total procedência dos embargos, condenando-se o reclamante, embargado e ora apelado, nas verbas da sucumbência.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): Trata-se de apelação interposta pela União Federal em face da sentença de parcial procedência dos embargos à execução por ela opostos, concernentes à Reclamação Trabalhista versando acerca de jornada contratual de trabalho do reclamante.

Aduziu a União, em suas razões recursais, que a r. sentença acolheu integralmente os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial, que por sua vez, utilizou-se dos mesmos critérios adotados no cálculo constantes dos Embargos à Execução, pelo que deveriam ter sido julgados totalmente procedentes.

A questão cinge em saber se a alegação da recorrente procede.

De fato, do cotejo dos cálculos ofertados pela União quando da oposição dos presentes Embargos à Execução (fls. 9) e aqueles realizados pelo Contador Judicial (fls. 121/125), resta claro que ambos utilizaram os mesmos critérios, sendo certo que a divergência de valores finais refere-se única e exclusivamente à data de atualização, sendo que os cálculos da União estão atualizados até dezembro de 1998 enquanto que os da Contadoria Judicial até maio de 2000.

Desta forma, a total procedência dos embargos à execução é de rigor.

Vale citar precedentes desta E. Corte, em julgado da C. 6ª Turma, entendendo que quando o embargante e a contadoria judicial utilizam o mesmo critério de atualização, diferenciando somente no total, por conta da data de atualização, há erro material da sentença que, ao acolher os cálculos, julga parcialmente procedentes os Embargos, quando

deveria tê-los julgado, totalmente procedentes. Confira-se:

> "EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IOF. CÁLCULOS DA CONTADORIA E DA EMBARGANTE SIMILARIDADE. EMBARGOS PROCEDENTES. ERRO MATERIAL NO DISPOSITIVO DA R. SENTENÇA CORRIGIDO. RECURSO DA EMBARGANTE NÃO CONHECIDO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. IPC's. DEVIDOS RESOLUÇÃO 561/07. RECURSO DA EMBARGADA PROCEDENTE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.
> 1 - Verifica-se que os embargos foram julgados procedentes e não parcialmente procedentes como consta. A Contadoria Judicial e a embargante utilizaram o mesmo critério de atualização, diferenciando somente no total porque o cálculo da contaria foi elaborado para 03/2004, enquanto a embargante atualizou seus cálculos para 04/2004. Similaridade dos cálculos reconhecida pela embargante às fls. 37.
> 2 - Corrigido erro material no dispositivo da r. sentença, para considerar que os embargos foram julgados procedentes e, em conseqüência, não conhecido o recurso da União Federal, tendo em vista a falta de interesse recursal.
> 3 - A correção monetária visa tão somente manter o valor da moeda em função do processo inflacionário, não implicando em modificação ou majoração, sendo de rigor, a atualização dos valores pelos índices aceitos pacificamente pela jurisprudência por melhor refletirem a inflação do período.
> 4 - Se o título executivo não define os critérios de atualização, é possível a inclusão de índices expurgados na execução.
> 5 - Devida a inclusão nos cálculos de liquidação dos IPC's de janeiro/89 e março de 1990 a fevereiro de 1991, excluído-se os índices aplicados nos referidos períodos, porquanto são pacificamente aceitos pela jurisprudência e, ademais, positivados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal.
> 6 - Condenada a embargante em verba honorária no percentual de 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor a ser apurado nos termos do voto e o valor pretendido nos embargos.
> 7 - O montante a ser apurado, para a mesma data do cálculo da parte embargada, fica limitado ao valor pedido, sob pena de entregar prestação jurisdicional 'ultra petita' e ofensa ao artigo 460 do CPC.
> 8 - Erro material da r. sentença corrigido. Recurso de apelação da União Federal (Fazenda Nacional) não conhecido. Recurso de apelação da embargada provido." (TRF3- AC-APELAÇÃO CÍVEL nº 1232846 - Processo nº 200561000227935, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, data do julgamento 28/05/2009, DJF3 CJ1: 06/07/2009, página 104)

Assim, considerando que os cálculos apresentados pela União foram confirmados, implicitamente, pela contadoria, que se utilizou dos mesmos critérios e índices e acolhidos pelo juízo de primeiro grau, conforme fundamento da sentença, não há que se falar em sucumbência, ainda que parcial, da União.

A sucumbência, no caso, é total do embargado, ora apelado.

Saliente-se, ademais, que os o exeqüente, ora apelado, quando instado a se manifestar acerca dos cálculos do contador, quedou-se inerte, concordando com os critérios

adotados, os quais, como já dito, foram os mesmos utilizados pela embargante.

Em razão do exposto, não sendo o embargado beneficiário de assistência judiciária gratuita, e procedentes os embargos da União, condeno a parte embargada no pagamento de honorários advocatícios, que ora fixo, com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com moderação e equidade, no valor de R$ 550,00 (quinhentos e cinqüenta reais).

Ante o exposto, por meu voto *dou provimento ao recurso de apelação da União Federal*, decretando a total procedência dos embargos à execução por ela opostos, com a conseqüente condenação do embargado nas verbas da sucumbência.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA
0008340-74.2001.4.03.0000
(2001.03.00.008340-0)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 230/235
Interessado: GERALDO DE SOUZA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Classe do Processo: AR 1481
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. ACOLHIMENTO PARCIAL.

I - Não há contradição no *decisum* embargado, que aborda com clareza as questões suscitadas pela parte, em relação às datas de documentos considerados pelo Julgado e à apreciação do conjunto probatório acerca do vínculo empregatício impugnado. Magistrado não está obrigado a descrever de forma detalhada as provas utilizadas na formação do seu convencimento.

II - Julgado não disciplinou o direito de opção, caso a escolha do segurado venha a recair sobre a aposentadoria por tempo de serviço deferida na via administrativa, em detrimento da concedida na ação subjacente. Omissão sanável por meio dos Embargos de Declaração.

III - Com o restabelecimento da aposentadoria deferida na ação subjacente (DIB 10.01.1994), o demandado poderá optar por esta, sem desonerar-se da compensação de valores, se cabível. Caso a opção seja pelo benefício administrativo, com DIB em 01.03.1999, não haverá possibilidade de percebimento de valores remanescentes do benefício judicial (período de 10.01.1994 a 28.02.1999).

IV - Embargos acolhidos parcialmente.

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, acolheu parcialmente os embargos de declaração interpostos pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de outubro de 2011.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face do v. acórdão de fls. 230/235, proferido por esta

Egrégia 3ª Seção, que, por unanimidade, acolheu a preliminar de inépcia da inicial para julgar extinto o feito, sem resolução do mérito, quanto ao pedido de rescisão amparado no art. 485, V, do CPC e improcedente aquele formulado com fulcro no inciso VI do mesmo dispositivo, cassando a tutela antecipada.

Sustenta a embargante, em suas razões de fls. 241/244, que a decisão embargada apresenta obscuridade e omissão, uma vez que não fez consignar as datas em que emitidas as declarações de fls. 157/158, assim como o fato do réu não ter carreado aos autos a sua carteira de trabalho do menor ou cópia da ficha de registro de empregado, a fim de demonstrar a existência do vínculo empregatício impugnado. Alega, ainda, que o aresto deixou de abordar a questão relativa à impossibilidade de execução das parcelas devidas no período de 10.01.1994 a 28.02.1999, caso o requerido faça opção pelo benefício deferido na via administrativa.

Apresentado o feito em mesa, em consonância com o art. 263 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Sustenta a embargante que a decisão embargada apresenta obscuridade e omissão, por deixar de consignar as datas de emissão das declarações de fls. 157/158 e o fato do réu não apresentar aos autos sua carteira de trabalho do menor, bem como por não abordar a questão referente à execução das parcelas devidas no período de 10.01.1994 a 28.02.1999.

A decisão embargada foi fundamentada nos seguintes termos:

> "(...)
> *In casu*, pretende a Autarquia Previdenciária a rescisão do julgado desta Corte que a condenou a conceder, em favor do réu, benefício de aposentadoria por tempo de serviço.
> Sustenta que o provimento judicial baseou-se em prova falsa para a concessão da benesse, uma vez que os contratos de trabalho firmados com a firma 'Irmãos Rosolino', posteriormente denominada 'Rosolino Indústria e Comércio Ltda.', nos períodos de 10 de junho de 1957 a 30 de março de 1978 e de 02 de maio de 1978 a 30 de setembro de 1981, não correspondem a uma real prestação de serviço.
> Por fim alega que, sem a inclusão dos vínculos empregatícios impugnados, a ação subjacente não teria sido favorável ao réu, uma vez que a totalidade do tempo de serviço laborado seria correspondente a apenas 23 anos, 11 meses e 25 dias, insuficientes para a concessão do benefício.
> Assim é a ementa do acórdão atacado:
> 'PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - PROVA MATERIAL - VERBA HONORÁRIA - RECURSO DO INSS IMPROVIDO - RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. A documentação acostada aos autos demonstra que o Autor, efetivamente, exerceu atividade abrangida pela Previdência Social, tendo cumprido a carência exigida

pelo artigo 52 da Lei nº 8.213/91, para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.
2. A carteira de trabalho e Previdência Social é documento hábil a comprovar o contrato de trabalho e o tempo de serviço.
3. Honorários advocatícios majorados para 15%, valor entendido como razoável por esta Egrégia Corte, observada á Súmula nº 111 do STJ.
4. Recurso do INSS improvido.
5. Recurso do Autor parcialmente provido' (fl. 51).
As suposições levantadas pelo Ente Previdenciário apontando para a falsidade de vínculos lançados na CTPS que embasou o decreto condenatório à aposentadoria por tempo de serviço em questão, conquanto justificáveis em face dos elementos materiais de que o autor dispunha, foram seguramente afastadas pelas provas apresentadas pela defesa, senão vejamos:
A parte autora trouxe aos autos a certidão expedida pelo setor de tributação da Prefeitura Municipal de São Manuel (fl. 67), segundo a qual a empresa 'Irmãos Rossolino' teria iniciado as suas atividades em 31 de março de 1966. Com base nesse elemento de prova, pretendia demonstrar a falsidade do vínculo empregatício anotado em CTPS (fl. 24), com termo inicial em tempo anterior, visto que estabelecido no ano de 1957.
O requerido, por sua vez, justifica, com base na certidão que apresenta à fl. 158, de lavra do Diretor Administrativo da mesma municipalidade, que a firma '*João Rosolino & Filhos*' possui, como marco inicial da própria existência, a data de 1º de janeiro de 1949. Ainda de acordo com o referido documento, as empresas '*Irmãos Rosolino*' e '*Rosolino - Indústria e Comércio Ltda*.' começaram suas atividades em 1º de janeiro de 1958 e em 20 de junho de 1972, respectivamente.
A declaração de fl. 157, firmada pelo sócio-proprietário Alceu Rosolino, confirma que o requerido 'trabalhou de forma continua, no período de 1.957 a 1981, em várias funções, em *nossa empresa*' (gn).
É certo que tal declaração deve ser considerada como mero depoimento reduzido a termo sem o crivo do contraditório e não como prova absoluta do trabalho declarado. No entanto, através do seu conteúdo, o qual evidencia as alterações significativas na denominação da razão social da empresa empregadora da mesma família Rosolino, às quais a certidão acima referida já destacava, é possível perceber uma cadeia de sucessão ocorrida desde a sua origem, em janeiro de 1949, até março de 1983, quando encerrou suas atividades.
Verifica-se, desta forma, que a prova ofertada pelo réu vai de encontro com a tese sustentada pela Autarquia, no sentido de que o vínculo empregatício nunca poderia ter ocorrido em um período no qual a própria empresa sequer possuía existência.
Ademais, quando de seu depoimento pessoal, o requerido esclareceu que o contrato firmado com a empresa 'Irmãos Rosolino', cuja admissão teria ocorrido em 10 de junho de 1957, foi extraído de sua Carteira de Trabalho do Menor e transcrito para a nova CTPS ao atingir a sua maioridade, conforme íntegra que segue: 'não usei documento falso para me aposentar; trabalhei na empresa IRMÃOS ROSOLINO desde quando era menor de idade e tinha registro em carteira de menor; quando completei a maioridade, esse tempo foi objeto de registro na minha carteira de trabalho, e talvez daí advenha a diferença de nomeclatura da empresa

e de unidade monetária então existente, detalhes a que se apegou o INSS para impugnar minha aposentadoria; nesta oportunidade exibo os originais dos documentos reproduzidos a fls. 126/127 desta Carta' (fl. 193).

Tal afirmação é corroborada pela anotação feita à fl. 29 da CTPS de nº 49.950, série 167 (fl. 34 destes autos), a qual noticia a existência da Carteira de Trabalho do Menor de nº 69.121, série 4, onde constava o dia 10 de junho de 1957 como data de admissão do demandado na firma em questão.

A Autarquia autora também tece considerações a respeito do fato de que, na primeira anotação feita na CTPS sob análise, a remuneração está expressa em Cruzeiros Novos, moeda que somente passou a circular no país em fevereiro de 1967. Tal circunstância, segundo alega, comprova 'que *a data inicial do contrato foi alterada fraudulentamente*' (fl. 09).

Ora, não se pode perder de vista que a transcrição das anotações da Carteira de Trabalho do Menor para a carteira de trabalho sob análise foi efetuada em momento posterior, apenas a partir da época em que o segurado completara a maioridade e tivera emitido o seu documento. Trata-se, portanto, de mero erro material a distorção apontada pelo INSS em relação à unidade monetária então existente.

Diferente seria a conclusão se os dados tivessem sido *lançados* na carteira em época contemporânea à do exercício do labor (em 1957), quando ainda não se podia prever a mudança da moeda no país, que viria a ocorrer 10 anos depois, em 1967.

A parte autora reconhece como efetivamente trabalhado somente o período coincidente com aquele anotado no Cadastro Nacional de Informações Sociais de que dispõe (relativo ao período de 1º de março de 1968 a 30 de setembro de 1981).

Vale destacar que a simples divergência entre os dados constantes do CNIS (fl. 69) e aqueles contidos na CTPS não é suficiente para afastar a presunção relativa de veracidade de que goza a Carteira de Trabalho, em especial no caso em análise, no qual os argumentos apontados pelo autor foram repelidos pelas provas exibidas pelo réu.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados desta Corte:

'PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRELIMINARES. ATIVIDADE RURAL. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. NÃO DEVOLUÇÃO BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.

(...)

II - Não obstante o autor tenha deixado de trazer cópia integral de sua carteira profissional, as anotações em CTPS gozam de presunção legal de veracidade *juris tantum*, razão pela qual caberia ao instituto apelante comprovar a falsidade de suas informações, não sendo possível impugná-las com base em meras conjecturas. Não o fazendo, restam estas incólumes e aptas à formação da convicção do magistrado no exercício de sua função judicante.

(...)

IX - Preliminares rejeitadas. Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente'. (Terceira Seção, AR nº 2007.03.00.087404-1, Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, j. 25.03.2010, DJF3 27.04.2010, p. 58).

'PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE E CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROVA DO DIREITO LIQUIDO E CERTO.

(...)
3. Quanto à apreciação da prova, merece ser mantida a sentença que determinou fossem consideradas pela autarquia, ao analisar o documento, as anotações da CTPS do impetrante, ainda que não coincidentes com as informações do Cadastro Interno de Informações de Previdência Social - CNIS , já que a CTPS faz prova do vínculo empregatício e gera presunção *iuris tantum* de veracidade de seu conteúdo.
(...)
5. Quanto ao outro vínculo apontado no relatório de restrições da autoridade impetrada, a dúvida residia no fato de não constarem as anotações respectivas no CNIS, e não quanto a eventuais rasuras, como parece querer fazer crer o apelante em sua irresignação.
6. A inexistência de dados no CNIS obre determinado vínculo não deve invalidar a prova consistente nas anotações em CTPS, primeiramente, porque não consiste no único meio de prova do tempo de serviço e das contribuições, e em segundo lugar, mas não menos importante, porque em se tratando de segurado empregado, cabe ao empregador efetuar as contribuições devidas à Previdência, como responsável tributário, sendo assim, não pode haver prejuízo ao segurado pela conduta ilegal de terceiro, o responsável.
7. Apelação do INSS e remessa oficial a que se nega provimento'.
(Turma Suplementar da 3ª Seção, AMS nº 2004.61.19.005972-8, Rel. Juíza Convocada Louise Filgueiras, j. 30.09.2008, DJF3 13.11.2008, p. 607).
Devo destacar que a CTPS em questão não se apresenta em segunda via. Dessa forma, não se pode afirmar que a mesma tenha sido emitida com o único propósito de se incluir dados falsos, conforme prática comumente noticiada nos inquéritos policiais instaurados na Cidade de São Manuel.
Tal observação se torna relevante considerando que o próprio Instituto Autárquico ratificou o vínculo trabalhista firmado com o mesmo empregador, no período ininterrupto de 01 de março de 1968 até 30 de setembro de 1981, conforme já consignado. Ora, não se pode conceber que apenas o lapso laboral acima referido seja verdadeiro sem que se tenha qualquer notícia ou indício material de adulteração no termo inicial do contrato de trabalho da folha 10 da CTPS (02 de maio de 1978 a 30 de setembro de 1981).
O vínculo empregatício estabelecido com o empregador Rosolino Ind. Com. Ltda. foi averbado em dois lançamentos distintos, de 10 de janeiro de 1957 a 30 de março de 1978, como de auxiliar do setor de conservação (fl. 09 da CTPS), e de 02 de maio de 1978 a 30 de setembro de 1981, na função de vendas e controles, na folha seguinte (fls. 24/25) e o INSS, repita-se, reconhece como verdadeira parte do primeiro e a totalidade do segundo.
Sem evidências de falsidade material, como rasura, lavagem ou emenda, a ensejar a realização de perícia técnica, do ponto de vista formal a Carteira de Trabalho do requerido preserva a sua autenticidade.
De qualquer forma, caberia à Autarquia empreender esforços visando comprovar a falta de veracidade do conteúdo anotado no mesmo documento, de forma a demonstrar a ocorrência de falsidade ideológica, e não o fez.
Em sua inicial, a parte autora faz a seguinte narrativa:
'No dia 07 de julho de 2000, em escritório de advocacia instalado na referida

cidade, a Polícia Federal de Bauru, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido nos autos de procedimento criminal em trâmite pela 2ª Vara da Justiça Federal de Bauru - SP, apreendeu enorme quantidade de documentos sobre os quais há robustas suspeitas de falsificação.

Na oportunidade foram apreendidas mais de 1000 (mil) Carteiras de Trabalho e Previdência Social - CTPS, e vários Livros de Registros de Empregados. Tais documentos ainda estão custodiados na Delegacia de Polícia Federal de Bauru para fins de investigação policial' (fl. 07).

A mesma peça não relata que a CTPS do requerido tenha sido objeto de apreensão dentre os mais de mil documentos que mereceram a atenção da Polícia Federal de Bauru.

Ao contrário da praxe utilizada em situações nas quais tenha havido suspeita de fraude na região mencionada, no caso específico, a Autarquia Previdenciária não determinou a realização de diligências fiscais, visando averiguar a veracidade das informações contidas na CTPS, nem diligenciou junto à junta comercial ou órgãos correlatos, buscando, assim, identificar as eventuais alterações contratuais havidas no decorrer da existência da firma empregadora.

Antes mesmo do ajuizamento desta demanda, já era do conhecimento da autora a existência de uma Carteira de Trabalho do Menor, da qual o vínculo empregatício questionado fora extraído, bem como de livros da própria empresa, consoante se observa no campo 'registro nº' da fl. 9 da CTPS (fl. 24 desta demanda). Não obstante, o requerente não adotou qualquer providência no sentido de comprovar que esses dados fossem efetivamente inverídicos, limitando-se a apresentar uma certidão expedida por servidor municipal, setorizado na área de tributação, que se revela incompleta, ou seja, sem as evoluções históricas da empresa atestada à fl. 158, não se desincumbindo, portanto, do ônus que lhe compete.

Conforme disposição do art. 333, I, do Código de Processo Civil:

'Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito'.

Trata-se de norma decorrente do princípio dispositivo, o que significa dizer que o ordenamento atribuiu à parte determinada função, a qual, no presente caso, não foi cumprida.

Nem se argumente que caberia ao juiz promover a produção de tais provas, consoante autorização do art. 130 do Estatuto Processual. Note-se que não cabe ao magistrado substituir as partes no desempenho de suas atribuições, sob pena de violação aos princípios da inércia e imparcialidade.

Não se nega a possibilidade de o juiz atuar na busca da verdade dos fatos, determinando as diligências necessárias para tanto, o que, inclusive, ocorreu no presente caso, onde se determinou o envio de ofícios e colheita de depoimentos testemunhais. Porém, o que não se autoriza é premiar uma parte que se revelou desidiosa na defesa de uma causa de seu interesse.

Por derradeiro, deixo consignado que o simples fato de existir inquérito policial para apuração dos fatos noticiados (fls. 172/174) não enseja, por si só, a necessidade de exclusão dos vínculos empregatícios objetos da análise criminal da contagem de tempo de serviço do requerido. Isto, porque, prevalece em nosso ordenamento jurídico a independência das esferas civil, administrativa e criminal.

Dessa forma, por não restar infirmada a relação empregatícia mantida entre o réu e a empresa Irmãos Rosolino e Rosolino Indústria e Comércio, nos lapsos de 10 de junho de 1957 a 30 de março de 1978 e 02 de maio de 1978 a 30 de setembro de 1981, de rigor a improcedência da demanda.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte ré, no montante de R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais)

Destaco, por fim, que segundo informações encontradas nos extratos do CNIS, anexos a esta decisão, o réu passou a receber aposentadoria por tempo de serviço (NB nº 111.616.178-5) a partir de 01 de março de 1999, o que deverá ser observado por ocasião do restabelecimento do benefício aqui determinado, inclusive para efeito de compensação por ocasião dos cálculos em liquidação de sentença ou eventual opção por benefício mais vantajoso.

Ante o exposto, *acolho a preliminar de inépcia da inicial para julgar extinto o feito, sem resolução do mérito, ex vi* do art. 267, IV, c/c § 3º, do Código de Processo Civil, *quanto ao pedido de rescisão do v. acórdão amparado no art. 485, V, do Código de Processo Civil e julgo improcedente o pedido formulado com fulcro no inciso VI do mesmo dispositivo. Casso a tutela antecipada concedida à fl. 72*.

Oficie-se ao MM. Juiz de primeira instância, comunicando-se o teor desta decisão.

É como voto".

Como se observa, não há qualquer contradição no *decisum* embargado, uma vez que este aborda com total clareza todas as questões suscitadas pela parte em sede de declaratórios. Ademais, o magistrado não está obrigado a descrever de forma detalhada as provas por ele utilizadas na formação do seu convencimento.

Também não merece prosperar a alegação do Instituto Autárquico no sentido de que a decisão foi omissa por não tratar da impossibilidade de execução dos valores devidos no lapso de 10.01.1994 a 28.02.1999 na hipótese do requerido optar pelo benefício que lhe foi concedido em sede administrativa.

Ora, tal questão refoge ao objeto da demanda rescisória e, por isso, não poderia ter sido aventada pela decisão ora embargada. Na realidade, qualquer manifestação do relator neste caso estaria fadada a prolação de sentença com caráter condicional, haja vista a opção do réu por um dos benefícios que lhe foram deferidos em sede judicial e administrativa constituir evento futuro e incerto.

Dessa forma, verifica-se que o presente recurso pretende rediscutir matéria já decidida por este Tribunal, o que não é possível em sede de embargos de declaração.

É nesse sentido o entendimento de Theotonio Negrão:

"Art. 535: 4. São incabíveis embargos de declaração utilizados:

(...)

para o reexame de matéria sobre a qual a decisão embargada havia se pronunciado, com inversão, em conseqüência, do resultado final (RSTJ 30/412)".

(*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 593).

Por fim, cumpre observar que os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer

obscuridades, contradições e omissões da decisão, acaso existentes, e não a de conformar o julgado ao entendimento da parte embargante, que os opôs com o escopo de prequestionar matéria e com propósito nitidamente infringente.

Em face de todo o exposto, *rejeito os embargos de declaração*.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI: Trata-se de embargos de declaração opostos em ação rescisória, na qual o INSS pretendia a desconstituição do v. acórdão proferido pela *eg*. Quinta Turma deste *col*. Tribunal, de relatoria da eminente Desembargadora Federal Ramza Tartuce, que negou provimento ao recurso autárquico e deu provimento ao recurso do segurado, apenas para majorar o percentual da verba honorária, mantendo o resultado de procedência do pedido de aposentadoria por tempo de serviço proferido na r. sentença de primeira instância.

A *eg*. Terceira Seção desta Corte, por unanimidade, acolheu a preliminar de inépcia da inicial da rescisória para julgar extinto o feito, sem exame do mérito, "ex vi" do artigo 267, IV c/c o § 3º do CPC, quanto ao pedido de rescisão amparado no artigo 485, V do CPC, e julgou improcedente o pedido formulado com fulcro no inciso VI do mesmo artigo 485, revogando a tutela antecipada concedida à folha 72.

Constou na fundamentação do voto a notícia de que o réu, na pendência da ação, obteve administrativamente benefício previdenciário de aposentadoria.

Às folhas 241/245 a autarquia alega, via embargos de declaração, obscuridade e omissão no julgado. Sustenta ao final que "o v. aresto deixou de abordar a questão relativa à impossibilidade de execução das parcelas devidas, no período compreendido entre 10.01.94 e 28.02.1999, em recaindo a opção do Réu pelo benefício deferido na via administrativa".

O ilustre relator, Desembargador Federal Nelson Bernardes, em seu voto, rejeitou os embargos de declaração, esclarecendo, no que diz respeito ao pedido de manifestação do julgador quanto à "impossibilidade de execução dos valores devidos no lapso de 10.01.1994 a 28.02.1999 na hipótese do requerido optar pelo benefício que lhe foi concedido em sede administrativa", que "tal questão refoge ao objeto da demanda rescisória e, por isso, não poderia ter sido aventada pela decisão ora embargada" e que "qualquer manifestação do relator neste caso estaria fadada à prolação de sentença com caráter condicional, haja vista a opção do réu por um dos benefícios que lhe foram deferidos em sede judicial e administrativa constituir evento futuro e incerto".

Por sua vez, a eminente Desembargadora Federal Marianina Galante manifestou posição divergente, acolhendo parcialmente o recurso autárquico para sanar a omissão do julgado, esclarecendo que, como o réu é beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida administrativamente em 01.03.1999, com o deferimento judicial da aposentadoria, poderá o segurado optar por esta, sem contudo, desonerar-se da compensação de valores, se cabível; mas caso a opção seja pelo benefício administrativo, não haverá possibilidade de recebimento de valores remanescentes do benefício judicial.

Pedi vista dos autos para refletir melhor sobre essa questão. Trago agora o meu voto.

Penso ser importante destacar, de início, que está sendo julgada uma ação

rescisória, proposta pelo INSS para desconstituir o julgado rescindendo, que concedera ao segurado o benefício de aposentadoria por tempo de serviço; que esta *eg*. Terceira Seção concluiu rejeitar o pedido rescisório; que ficou consignado na fundamentação do voto do senhor relator a notícia de que o segurado obteve outro benefício na via administrativa (aposentadoria por tempo de contribuição).

Dessa forma, entendo que a apreciação da questão posta nestes embargos de declaração, sobre os critérios a serem aplicados no caso do interessado efetuar a opção pelo benefício concedido na via administrativa, seria uma forma de alargar o pedido rescisório, incluindo matéria que, justamente em razão de sua natureza jurídica, não está contida no âmbito da ação rescisória. Em outras palavras, no caso de uma ação rescisória, o julgador está restrito à apreciação do pedido de rescisão da decisão rescindenda e, se for hipótese de ingressar no juízo rescisório, ao novo julgamento da causa originária.

Ademais, o direito de opção é uma questão que está vinculada à fase de execução do julgado e, como concluiu o eminente relator, a sua apreciação neste momento seria tornar condicional este julgado, pois estar-se-ia decidindo sobre evento futuro e incerto.

Mas não é só. Eventual acréscimo, na fundamentação de um voto, sobre os critérios de como deveria se processar a execução, com ou sem o exercício da opção pelo benefício concedido na via administrativa, não fará coisa julgada, seja porque é um esclarecimento que não constará do dispositivo, seja porque não foi levantada como questão incidental no curso do processo.

Compreendo claramente o raciocínio jurídico dos eminentes julgadores que votaram ou votarão em sentido contrário, na busca de uma resposta para um problema prático e futuro, ainda que incerto, e até mesmo com eles concordo do ponto de vista estritamente do direito material, porém, com a devida *vênia*, ainda que este colegiado entenda ser melhor a solução de apresentar os esclarecimentos, poderá o juízo da execução apreciar a questão de modo diverso, fazendo surgir, a partir daí, a possibilidade de interposição do recurso adequado. Os esclarecimentos nestes autos são inócuos e não geram efeitos jurídicos.

Ante o exposto, acompanho o posicionamento do eminente relator, negando provimento aos embargos de declaração.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Trata-se de embargos de declaração interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de acórdão unânime da E. Terceira Seção, proferido nos autos da Ação Rescisória nº 2001.03.00.008340-0, de relatoria do e. Desembargador Federal Nelson Bernardes, cujo dispositivo é o seguinte: "Ante o exposto, acolho a preliminar de inépcia da inicial para julgar extinto o feito, sem resolução do mérito, *ex vi* do art. 267, IV, c/c § 3º, do Código de Processo Civil, quanto ao pedido de rescisão do v. acórdão amparado no art. 485, V, do Código de Processo Civil e julgo improcedente o pedido formulado com fulcro no inciso VI do mesmo dispositivo. Casso a tutela antecipada concedida à fl. 72. Oficie-se ao MM. Juiz de primeira instância, comunicando-se o teor desta decisão".

Sustenta o embargante, em síntese, a existência de contradição e omissão no

Julgado, eis que não teria consignado as datas de emissão da declaração do ex-empregador e da certidão da Prefeitura Municipal de São Manuel, além de não ter mencionado a ausência de documentos que pudessem demonstrar, ainda que de forma indiciária, a existência do vínculo empregatício impugnado.

Afirma, ainda, não ter sido abordada a matéria relativa à impossibilidade de execução de parcelas decorrentes do benefício judicial (DIB em 10.01.1994), caso o réu opte pela manutenção do benefício concedido na via administrativa, em 01.03.1999.

Na Sessão de 08.09.2011, o i. Relator rejeitou os Embargos de Declaração. Acompanhei Sua Excelência quanto à inexistência de omissão, em relação às datas de documentos considerados pelo *decisum* e à apreciação do conjunto probatório acerca do vínculo empregatício impugnado. Entretanto, pedindo *vênia* a Sua Excelência, apreciei a questão atinente ao direito de opção pelo benefício mais vantajoso, nos seguintes termos:

Com a improcedência da ação rescisória, fundada na alegação de prova falsa (art. 485, VI, do CPC), e consequente cassação da tutela antecipada, restou determinado o restabelecimento do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, concedido na ação subjacente, com DIB em 10.01.1994.

Ocorre que o réu obteve, administrativamente, o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, com DIB em 01.03.1999 (fls. 55), em face do que o Julgado embargado determinou a sua observância, "inclusive para efeito de compensação por ocasião dos cálculos em liquidação de sentença ou eventual opção por benefício mais vantajoso".

Verifica-se que o *decisum* consignou a necessidade de compensação de valores, aplicável, apenas, para a hipótese de opção pelo benefício concedido na via judicial, porquanto as parcelas vencidas alcançariam o interstício em que já adimplido o benefício concedido administrativamente.

Não houve a disciplina do direito de opção, caso a escolha venha a recair sobre a aposentadoria deferida na via administrativa, restando manifesta a omissão do Julgado, sanável por meio destes Embargos de Declaração.

Dessa forma, impõe-se esclarecer que, com o restabelecimento da aposentadoria deferida na ação subjacente (DIB 10.01.1994), o demandado poderá optar por esta, sem, contudo, desonerar-se da compensação de valores, se cabível. Caso a opção seja pelo benefício administrativo, com DIB em 01.03.1999, não haverá possibilidade de percebimento de valores remanescentes do benefício judicial (período de 10.01.1994 a 28.02.1999).

Com efeito, a opção pela aposentadoria concedida na via administrativa impede a execução das prestações vencidas do benefício concedido judicialmente, por ser vedado ao segurado retirar dos dois benefícios o que melhor lhe aprouver, ou seja, atrasados do benefício concedido na esfera judicial e manutenção da renda mensal inicial da benesse concedida na seara administrativa.

Confira-se:

> "*PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONCESSÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. TERMO FINAL DAS DIFERENÇAS.*
> I - Rejeitada a preliminar de violação aos princípios da coisa julgada, da segurança e isonomia jurídica, bem como do devido processo legal, por reconhecimento

da prescrição quinquenal, uma vez que confunde-se com o mérito.
II - Não incide a prescrição quinquenal, a teor do disposto no art. 4º, do Decreto nº 20.910/32, haja vista que entre a data do requerimento administrativo (19.05.1995) e a data do ajuizamento da ação 26.03.2003, estava pendente análise administrativa de pedido de benefício.
III - *É possível a opção do autor pelo benefício requerido na esfera administrativa em data posterior ao do benefício que fora concedido judicialmente, em face do valor da renda ser mais vantajoso ao segurado. Todavia, em tal hipótese as parcelas decorrentes da concessão do benefício judicial não são devidas ao autor*.
(...)"
(TRF 3ª Região - Décima Turma - Apelação Cível 1334063 - Processo nº 200803990365174 - DJF3 CJ1 data: 17/03/2010; página: 2105; Relator: Juiz Sergio Nascimento - *negritei*)

"*PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. BENEFÍCIO. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. OPÇÃO MAIS VANTAJOSA. RENÚNCIA AOS ATRASADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.*
1. Encontra-se pacificado o entendimento de que é facultado ao segurado fazer a opção pelo benefício que lhe seja mais vantajoso. Todavia, é evidente que a opção pelo benefício administrativo, em detrimento do benefício judicial, implica a renúncia das prestações vencidas do benefício concedido judicialmente, uma vez é vedado ao segurado retirar dos dois benefícios o que melhor lhe aprouver.
2. *Optando pelo benefício concedido administrativamente, não são devidas as parcelas decorrentes da decisão judicial, razão pela qual inexistem diferenças a ser apuradas, em eventual liquidação do julgado*.
3. No tocante aos honorários advocatícios, devem ser mantidos conforme fixados na decisão agravada, em 15% (quinze por cento) sobre a condenação, entendida esta como o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e consoante o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Precedentes desta Corte.
4. Agravo legal interposto pelo INSS não provido."
(TRF 3ª Região - Oitava Turma - APELREE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1090821 - Processo nº 200603990077500 - DJF3 CJ1 data: 03/03/2011, página: 1891 - Relator: Juiz Convocado João Consolim - *negritei*)

Dessa forma, acolho parcialmente os embargos de declaração interpostos pelo INSS, para sanar a omissão do Julgado, nos termos acima expostos.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora designada para o Acórdão

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA 0026450-24.2001.4.03.0000 (2001.03.00.026450-9)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessada: MARINETE LAURINDO DIAS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN
Classe do Processo: AR 1757
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/11/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. REDISCUSSÃO DOS FUNDAMENTOS DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DO INSS AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA RÉ, REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ADMISSIBILIDADE.

- Os embargos de declaração têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional devida, não se prestando a nova valoração jurídica dos fatos e provas envolvidos na relação processual, muito menos a rediscussão da causa ou correção de eventual injustiça.

- Quanto à alegação de falsidade ideológica contida em documento apresentado pela parte autora, o movimento recursal é todo desenvolvido sob a perspectiva de se obter nova avaliação, de resto inviável, deste órgão julgador, o qual se pronunciou expressamente sobre a matéria ora repisada pelo Instituto.

- A aventada obscuridade a partir das assertivas de que “a comprovação do exercício de atividade rural deve se dar em momento imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou ao implemento do quesito etário, não sendo aplicável o disposto na Lei 10.666/03, em se tratando de benefício postulado com base no disposto nos artigos 39, I, 48 e parágrafos e 143, da Lei 8.213/91” e “não há que se falar em comprovação da condição de segurada especial da Ré e do exercício de atividade rural, com base na aplicação do entendimento jurisprudencial no sentido de que o documento público qualificando profissionalmente o marido pode ser considerado, de modo extensivo, à esposa”, eis que “somente o trabalho rural em regime de economia familiar permite o aproveitamento do início de prova material entre os membros do núcleo familiar”, guarda pertinência ainda menor, já que ambas as alegações escapam por completo do objeto da rescisória, limitada ao fundamento da utilização de prova falsa pela ré na demanda subjacente.

- No tocante à alegada impossibilidade de condenação em verba honorária, ao argumento de que “a Fazenda Pública não pode ser reconhecida como obrigada para consigo mesma, razão pela qual não são devidos honorários sucumbenciais em razão de condenação imposta a autarquia federal, sempre que a defesa da parte contrária estiver a cargo da Defensoria Pública da União”, conquanto não se ignore o posicionamento jurisprudencial consolidado na Súmula 421 do STJ - “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença” -, a questão é complexa e aparentemente não se esgota no instituto da confusão.

- Especialmente em se tratando de polarização entre a Defensoria Pública da União e o Instituto Nacional do Seguro Social, que, tirante o fato de desempenharem, ambos, atividades sob regime de direito público, não detêm nenhum tipo de vinculação, e mormente após as alterações promovidas na Lei Complementar nº 80/94, dentre elas, a inclusão, entre as funções institucionais da Defensoria Pública, "executar e receber as verbas sucumbenciais de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-se a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores" (inciso XXI incluído no rol do artigo 4º pela Lei Complementar nº 132/2009), circunstância, de resto, ainda não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, o pagamento de honorários sucumbenciais em hipóteses como a dos autos, ao menos até que a Corte Superior se manifeste propriamente a esse respeito, apresenta-se perfeitamente possível.
- Tratando-se, o INSS, de autarquia dotada de personalidade jurídica própria, marcada, entre outras particularidades, pela autonomia financeira, a distinção que o regime de descentralização adotado na Administração Pública acarreta parece tornar proibitiva qualquer alusão à aplicação do instituto da confusão, justamente pelo fato de se tratar de sujeito distinto cuja "caracterização como pessoa jurídica importa a ausência de identidade subjetiva da autarquia em face da Administração indireta. A autarquia é titular de direitos e deveres em nome próprio. Há um patrimônio próprio da autarquia. Em termos práticos, isso significa a diferenciação entre a autarquia e a pessoa da Administração direta a que ela se vincula. Os atos praticados pela autarquia não são atribuídos à Administração direta e vice-versa" (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183).
- Precedentes dos Tribunais Regionais Federais: 1ª Região, Apelação Cível nos Embargos de Terceiro 2006.42.00.000256-2/RR, 8ª Turma, rel. Desembargadora Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 6.5.2011; 3ª Região, Apelação/Reexame Necessário 0011567-46.2008.4.03.6105/SP, rel. Desembargador Federal Baptista Pereira, j. em 4.4.2011; 4ª Região, Apelação/Reexame Necessário 5000533-80.2010.404.7110/RS, 4ª Turma, rel. Juiz Federal Guilherme Beltrami, j. em 2.8.2011; 5ª Região, Apelação/Reexame Necessário 0000645-74.2011.4.05.8500/SE, 1ª Turma, rel. Juiz Federal Francisco de Barros e Silva, j. em 30.6.2011.
- Embargos de declaração aos quais se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do voto da Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Baptista Pereira, Newton de Lucca, Marisa Santos (por outro fundamento), Sérgio Nascimento, Vera Jucovsky (por outro fundamento), Nelson Bernardes, Lucia Ursaia e Daldice Santana e os Juízes Federais Convocados Rubens Calixto, Hélio Nogueira (por outro fundamento) e Carlos Francisco.

São Paulo, 13 de outubro de 2011.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora). Embargos de declaração opostos a julgado desta Terceira Seção, assim resumida a decisão (fl. 755):

"EMENTA
AÇÃO RESCISÓRIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 485, INCISO VI. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. PROVA FALSA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A PROVA QUESTIONADA E O RESULTADO DO JULGAMENTO.
- A alegação de inépcia da petição inicial não merece guarida, decorrendo, da narração dos fatos, os fundamentos necessários à rescisão.
- Não prospera a aventada ausência de prequestionamento, visto que a rescisória é ação e não recurso, inexistindo óbice para o seu ajuizamento, sob pena de violar a garantia do amplo acesso à prestação jurisdicional.
- Ajuizada a ação dentro dos 02 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença, não há que se falar em reconhecimento de decadência.
- Rejeição da matéria preliminar.
- A desconstituição com base no inciso VI do artigo 485 do CPC dispensa a constatação dos fatos, tidos por criminosos, em sede de ação penal, bastando o procedimento investigatório na própria ação rescisória, não se exigindo, igualmente, que a questão da falsidade tenha sido suscitada no processo em que proferida a decisão rescindenda.
- Apesar da inverdade constatada na declaração firmada por ex-empregador, o labor propriamente dito restou exercido, consoante se depreende do teor das declarações colhidas em sede judicial no feito subjacente e dos relatos prestados em sede policial.
- Ausente o *modus operandi*, conhecido nesta seção especializada, utilizado pelos falsificadores que atuaram na região de São Manuel, quer porque inexistente alteração material na CTPS da segurada quer em razão da divergência de informações encontrada não decorrer de mácula realizada por pessoa estranha à relação empregatícia, nem sequer pericialmente atestada.
- Não é possível concluir que a irregularidade apontada - extemporaneidade da anotação correspondente à atividade tida como desempenhada pelos ex-empregadores - guarde ligação com expediente dissimulado porventura levado a efeito pela parte autora, ora ré, para obtenção da aposentadoria pretendida.
- Ausência do nexo de causalidade entre a prova questionada e o resultado do julgamento. Conclusão tirada pelo órgão julgador na demanda subjacente não seria objeto de modificação sem o documento.
- Ação rescisória que se julga improcedente. Prejudicado o pedido de restituição dos valores recebidos.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e julgou improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória, restando prejudicado o pedido de restituição dos valores recebidos

pela ré, bem como arbitrou os honorários advocatícios em R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), a cargo do INSS, em favor do patrono da parte ré, nos termos do voto da Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann (Relatora).
São Paulo, 28 de abril de 2011."

Segundo o INSS (fls. 764/768), o acórdão padece de obscuridades, a primeira delas porque "o período de trabalho indicado na declaração emitida em 20.08.96, por José Francisco Ceccon e assinada por Edisson Antônio Ceccon (10.77 e 09.87), não corresponde a realidade", restando "evidente a falsidade ideológica contida no documento em questão".

Ademais, segundo alega, "nos termos do preceituado nos artigos, inciso VII, § 1º, 39, inciso I, 48, §§ 1º e 2º, 142 e 143, da Lei nº 8.213/91, deveria comprovar, o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, por período equivalente a carência necessária ao deferimento do benefício, em período imediatamente anterior ao requerimento".

De igual modo, "a certidão de casamento apresentada, não obstante qualificar profissionalmente o marido da Ré como lavrador (...) não constitui prova do exercício de atividade rural por parte da Ré", pois o cônjuge "exerceu atividade laborativa na condição de empregado rural, afastando-os, assim, do conceito de segurados especiais".

Por fim, "o v. aresto mostra-se obscuro, ao condenar a autarquia no pagamento de verba honorária", porquanto "a defesa da Ré nos presentes autos vem sendo patrocinada por membro da Defensoria Pública da União", de modo que "descabe falar em condenação em verba honorária", pois, afinal, "a Defensoria Pública da União é órgão da União Federal, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra imposta a autarquia federal em causa patrocinada por membro integrante da carreira", sob pena de "confusão entre o credor e o devedor, devendo ser observado o disposto no artigo 381 do Código Civil atualmente em vigor".

Porque tempestivos, conheço dos declaratórios, nos termos dos artigos 535 e seguintes, do Código de Processo Civil, e 262, do Regimento Interno do TRF/3ª Região, trazendo-os em mesa para julgamento.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora). Os embargos de declaração são cabíveis tão-somente para completar a decisão omissa, aclarar a decisão obscura ou ambígua ou suprir a contradição presente na fundamentação.

O acórdão é omisso se deixou de decidir algum ponto levantado pelas partes ou se decidiu, mas a sua exposição não é completa. É obscuro ou ambíguo quando confuso ou incompreensível. Contraditório, quando as suas proposições são inconciliáveis, no todo ou em parte, entre si.

Os embargos declaratórios têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional devida pelo Estado-Juiz, ou, conforme Dinamarco, valendo-se dos ensinamentos de Liebman, "a função estrita de retificar exclusivamente a expressão do pensamento do juiz, sem alterar o pensamento em si mesmo" (*In*: *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 688). Não se prestam, destarte, a uma nova valora-

ção jurídica do conteúdo probatório e fatos envolvidos no processo. Ao contrário, de acordo com o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira, o provimento dos embargos se dá sem outra mudança no julgado, além daquela consistente no esclarecimento, na solução da contradição ou no suprimento da omissão (*In*: *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. V.V. Rio de Janeiro: Forense, p. 556).

Não podem rediscutir a causa, reexaminar as provas, modificar a substância do julgado. Nem sequer corrigir eventual injustiça da decisão proferida. As exceções apontadas pelos que entendem comportar reparos a afirmação de que a decisão sobre os embargos se limita, sem inovações, a revelar o verdadeiro conteúdo do acórdão atacado, referem-se a erros graves e perceptíveis a uma análise direta, objetiva, casos em que o órgão julgador, *v. g.*, dera por intempestivo recurso interposto dentro do prazo; saltara por sobre alguma preliminar, concernente a qualquer circunstância que impedisse o ingresso no mérito da causa, ou mesmo a aspecto desse (prescrição, decadência); ou, ainda, ocasiões em que deixara de apreciar matéria tal que, fosse objeto de exame, poderia conduzir a decisão distinta da proferida. Verdadeiramente, exceções, que se prestam a confirmar a regra, mas que não se ajustam à hipótese destes autos.

Ventila-se, *in casu*, a existência de obscuridades no acórdão recorrido. Não impressionam, contudo, os argumentos aduzidos, em nada recomendando o reparo da decisão.

Com efeito: quanto à alegação a partir da constatação - do embargante - de que "resta evidente a falsidade ideológica contida no documento em questão" (fl. 765, verso), o movimento recursal é todo desenvolvido sob a perspectiva de se obter nova avaliação, de resto inviável, deste órgão julgador, que se pronunciou expressamente sobre a matéria ora repisada pelo Instituto.

Confira-se, *in verbis*:

> "Que os dados inseridos na declaração de atividade, mais precisamente, o lapso de atividade anotado, não condizem com o período de duração em que efetivamente exercido o trabalho rural pela ré, parece inconteste, permitindo-se aferir, pois, *a priori*, que a anotação no documento não se ajusta, em absoluto, com a realidade. Nesse aspecto, afora os elementos colhidos pelo próprio INSS para corroborar a assertiva de falsidade do aludido vínculo empregatício, amparando-se, a autarquia federal, em Informação Fiscal, elaborada por Auditor da Previdência Social - 'os documentos indicam que o contrato de trabalho de 10/77 a 09/87, com o Sr. José Francisco Ceccon - Fazenda São João - Tapejara/PR, do período de 18/03/1981 em diante não é verdadeiro, pois a Sra. Marinete Laurindo Dias passa a residir em Lençóis Paulista/SP, havendo até nascido 2 filhos gêmeos em 16/05/1981' (fl. 44) -, tem-se por devidamente esclarecida a questão a partir dos relatos prestados em sede policial pela própria requerida e sua filha, bem como pelas demais testemunhas, duas delas ouvidas antes, no curso da instrução na demanda originária, e que chegaram inclusive a infirmar o teor dos depoimentos colhidos em juízo, declarações todas essas parafraseadas pela autoridade presidente do inquérito nos termos seguintes (fls. 590/591):
> '... foram ouvidas as testemunhas arroladas no Processo Judicial referido. Nesta oportunidade, MARIA APARECIDA DE SALES asseverou que trabalhou com MARINETE na FAZENDA SÃO JOÃO, de propriedade de JOSÉ FRANCISCO CECCON; que MARINETE residia nessa Fazenda; que não sabia quanto tempo ela

fazia que ela já estava na Fazenda, mas é certo que lá permaneceu até também mudar para a Fazenda SANTA REGINA, pois fez isso junto com a depoente; "que na audiência lhe foi perguntado se conhecia MARINETE e se havia trabalhado com ela, ao que respondeu que sim; que não se recorda de ter dito que trabalhara com MARINETE de 1980 a 1988 na Fazenda São João; que não se lembra de ter dito que MARINETE continuou trabalhando na Fazenda depois que a depoente saiu, as é certo que ela já morava e trabalhava lá, tanto na colheita como na carpa ...;".

Em consonância com o supra expendido foi o depoimento de SEBASTIÃO DOS SANTOS FONSECA, que afirmou: "... que a Fazenda [São João] naquela época não era exclusivamente de pecuária, sendo certo que além do gado também tinha a parte da lavoura, onde MARINETE trabalhava; ... que na audiência lha foi perguntado se conhecia MARINETE e se havia trabalhado com ela ao que respondeu que sim e que trabalhara com ela por cerca de 08 anos na FAZENDA SÃO JOÃO; *que não mencionou as datas em que isso aconteceu; que não disse que havia trabalhado com ela de 1980 a 1988, pois efetivamente não aconteceu*; que não leu o termo de seu depoimento até porque é analfabeto; ..."

Permitindo-me fazer uma digressão, conquanto haja elementos probatórios suficientes a acenarem ao possível cometimento do crime de falso testemunho por parte dos nominados depoentes, mormente no que pertine ao período de prestação do trabalho de Marinete, o certo é que o fato de terem negado o teor dos depoimentos (cópias as fls. 39 e 40 dos autos) e serem analfabetos, aliado ao modo lacônico como foram formalizados tais termos, sugerem a não ocorrência do delito em comento.

Retornando ao objeto destes autos, os teores dos depoimentos de JOANA DOMINGUES DE OLIVEIRA (fls. 234/235) e MARIA DE LOURDES DE MELLO SÁ (fls. 237/238) corroboram a realidade da prestação efetiva dos serviços de MARINETE ao empregador FAZENDA SÃO JOÃO, bem como reforçam a falsidade do período constante da "Declaração de Atividade" utilizada judicialmente'.

Por outro lado, como se extrai deste mesmo relato policial, ao final concluindo que 'todas as pessoas ouvidas neste apuratório foram uníssonas em afirmarem a realidade do vínculo empregatício entre MARINETE LAURINDO DIAS e a FAZENDA SÃO JOÃO, de propriedade de JOSÉ FRANCISCO CECCON', a despeito da 'falsidade dos períodos lançados na "Declaração de Atividade" subscrita por este último' (fl. 592), e conforme aduzido, ainda, pela ré, sob o patrocínio da Defensoria Pública da União, 'restou claro que a Requerida realmente trabalhou na Fazenda São João', até porque 'tratando-se de relação sem registro em carteira de trabalho, é possível que a Requerida tenha iniciado seu labor em data anterior àquele expresso no documento emitido pelo proprietário da fazenda, mas, certamente, o período de 10 anos encontra-se correto' (fl. 620).

Para que não restem dúvidas, faço transcrever, na íntegra, os depoimentos cuja menção se fez, antes reproduzindo os termos daqueles tomados em sede judicial no feito subjacente:

'A depoente conhece a requerente em razão de ter trabalhado com ela na Fazenda São João, município de Tapejara/PR, no período de 1980 a 1988. Que, quando a depoente saiu da fazenda, a requerente ainda permaneceu trabalhando por algum tempo; que, trabalhava na lavoura de café.' (Maria Aparecida de Sales, testemunha na demanda originária, fl. 27)

'O depoente afirma que trabalhou com a requerente na Fazenda São João, município de Tapejara/PR, no período de 1980 a 1988. Que quando foi trabalhar lá, em 1980, a requerente já trabalhava, desconhecendo desde que data.' (Sebastião dos Santos Fonseca, testemunha na demanda originária, fl. 28)

'Aos quinze dias do mês e outubro ano de dois mil e um ... *RESPONDEU*: QUE, até a presente data somente tirou uma carteira de trabalho, sendo que a reconhece como sendo a CTPS nº 20367, série 00124/SP, que neste ato lhe é exibida; QUE, nunca teve carteira profissional de trabalho rural; QUE, há mais de 4 (quatro) anos a declarante procurou o advogado ARNALDO VITALIANO, no escritório localizado próximo a Delegacia de Polícia na cidade de Areiópolis; QUE, procurou o advogado ARNALDO VITALIANO, porque ele "pegava de todo mundo" documentação, para o CHICO MOURA providenciar aposentadoria; QUE, a declarante morou durante 22 (vinte e dois) anos no Estado do Paraná, sendo que trabalhou com o marido ARLINDO BURATO em diversas propriedades rurais na lavoura de café principalmente; QUE, se recorda haver trabalhado por 10 (dez) anos na Fazenda São João, localizada no município de Tapejara-PR, de propriedade de JOSÉ SECCÃO, já falecido; QUE, o tempo todo em que trabalhou no Paraná, o foi sem registro em carteira de trabalho; QUE, já residindo em Areiópolis, a declarante aproveitou uma visita que fez a sua filha MARILENA, residente no município de Tepejara-PR, na Fazenda São João, para obter junto ao seu antigo patrão, uma "carta" declarando seu tempo de serviço naquela propriedade rural; QUE, a declarante entregou para ARNALO VITALIANO, a CTPS atualmente apreendida, certidão de casamento e a "carta" da Fazenda São João; QUE após um tempo somente lhe foi devolvido sua certidão de casamento, tendo ARNALDO VITALIANO explicado a declarante, que a CTPS iria ficar com CHICO MOURA; QUE, compareceu várias vezes no escritório de CHICO MOURA, sempre as primeiras terças-feiras do mês, sendo que era atendida por ele ou pelo Dr. ÉZIO; QUE, compareceu em companhia de três testemunhas a audiência no Fórum de São Manuel, não se recordando os nomes das pessoas; QUE, está recebendo o benefício de aposentadoria no valor de um salário mínimo desde o mês de maio do corrente ano, conforme carta de concessão que ora apresenta.' (Termo de Declarações prestadas por Marinete Laurindo Dias à Polícia Federal, fls. 293/294)

'Aos 15 dias do mês de maio do ano de dois mil e dois ... RESPONDEU: QUE, morou em Tapejara durante 2 períodos, um de 3 anos e outro de 2 anos e pouco, não sabendo precisar de quando a quando, mas é certo que já faz 19 ou 20 anos que veio de lá para a Fazenda SANTA REGINA, EM e Lençóis Paulistas; *QUE, em Tapejara trabalhou em várias fazendas, na época das colheitas; QUE, trabalhou na FAZENDA SÃO JOÃO, de JOSÉ FRANCISCO SEÇÃO, também em colheitas, tendo sido lá que conheceu a Srª MARINETE LAURINDO DIAS, a qual morava e trabalhava na fazenda; QUE, não sabe quanto tempo fazia que ela já estava na fazenda quando a conheceu, mas é certo que lá permaneceu até também se mudar para a fazenda SANTA REGINA, pois fez isso junto com a depoente, tendo inclusive as suas mudanças sido transportada juntas no mesmo caminhão*; QUE, também saíram da Fazenda SANTA REGINA na mesma época e se mudaram para Areiópolis; QUE, em determinada ocasião, MARINETE a procurou em sua casa e lhe pediu se poderia ser sua testemunha em um Processo de aposentadoria; QUE,

a depoente foi para a audiência juntamente com o Sr. SEBASTIÃO DOS SANTOS FONSECA e com uma mulher a qual conhece como ROBERTA, os quais também seriam testemunhas de MARINETE; QUE, a depoente já conhecia o Sr. SEBASTIÃO, pois ele também trabalhava na Fazenda SÃO JOÃO; QUE, também já vira a tal ROBERTA na mesma fazenda algumas vezes, mas não tinha muito contato com a mesma; QUE, antes de irem para o Fórum, passaram com MARINETE pelo escritório do advogado CHICO MOURA, o qual perguntou a depoente se conhecia MARINETE e se ela havia trabalhado mesmo no Paraná; QUE, foi esse advogado que os levou ao Fórum; QUE, na audiência lhe foi perguntado se conhecia MARINETE e se havia trabalhado com ela, ao que respondeu que sim; QUE não se recorda de Ter dito que trabalhara com MARINETE de 1980 a 1988 na Fazenda São João; QUE não se lembra de ter dito que MARINETE continuou trabalhando na Fazenda depois que a depoente saiu, mas é certo que ela já morava e trabalhava na lá, tanto na colheita como na carpa, enquanto a depoente somente trabalhou em algumas colheitas; QUE quando se mudou de Tapejara não era época de colheita, pois se recorda que se mudou de lá no dia de São José, 19 de março, sendo que o caminhão saiu da Fazenda com as coisas de Marinete e passou por Tapejara, onde a depoente morava, e pegou suas coisas; QUE o trabalho prestado pela depoente foi sem registro; QUE não sabe quem era a esposa do dono da fazenda, pois "nóis conhecia só o homi".' (Termo de depoimento de Maria Aparecia de Sales no IPL 7-0115/2002, fls. 477/478)

'Aos 15 dias do mês de maio do ano de dois mil e dois. ... RESPONDEU: QUE, durante 7 ou 8 anos trabalhou na Fazenda SÃO JOÃO, localizada em TAPEJARA/PR e pertencente ao Sr. JOSÉ FRANCISO SECAO/ QUE, morava nesta fazenda em 1978 se mudou para LENCOIS PAULISTA, precisamente, para a Fazenda FARTURINHA da usina BARRO GRANDE, onde passou a trabalhar; QUE, em 1990 se mudou para Areiópolis; *QUE, hoje é vizinho de MARINETE LAURINDO DIAS, não sabendo no entanto quando ela se mudou para Areiópolis e nem se veio direto da cidade de Tapejara, onde morava; QUE, ela trabalhava com o marido na mesma fazenda SÃO JOAO; QUE, quando o depoente começou a trabalhar nesta fazenda, ela já morava lá, assim como lá permaneceu quando o depoente se retirou; QUE, o depoente trabalhou em tal fazenda sem registro em carteira; QUE, a fazenda naquela época não era exclusivamente de pecuária, sendo que alguém de gado também tinha a parte de lavoura, onde MARINTE trabalhava*; QUE, foi MARINETE quem lhe pediu para ser sua testemunha em uma ação no Fórum de São Manuel; *QUE, na audiência lhe foi perguntado se conhecia MARINETE e se havia trabalhado com ela, ao que respondeu que sim e que trabalhara com ela por cerca de 8 anos, na Fazenda SÃO JOAO; QUE, não mencionou as datas em que isso aconteceu; QUE, não disse que havia trabalhado com ela de 1980 a 1988, pois isso efetivamente não aconteceu; QUE, não leu o Termo de seu depoimento, até [e porque [é analfabeto*; QUE o depoente foi para a audiência junto com MARIA APARECIDA DE SALES e MARIA ROBERTA DE TAL, que também seriam testemunhas; QUE, também foi em companhia com a própria MARINETE, que antes passou pelo escritório do advogado CHICO MOURA e conversou com o depoente apenas perguntando se tinha trabalhado com MARINETE; QUE, foi esse advogado quem os levou ao Fórum; QUE, não recebeu orientação dele ou e qualquer

outra pessoa sobre como deveria depor; QUE, não sabe quem era a mulher do dono da Fazenda São João, pois, "para falar a verdade, eu nunca vi ela por lá".' (Termo de depoimento de Sebastião dos Santos Fonseca no IPL 7-0115/2002, fl. 479)

'Aos sete dias do mês de janeiro do ano de dois mil e três. ... RESPONDEU: QUE, conhece MARINETE LAURINDO DIAS há aproximadamente 16 anos, quando veio do Estado do Paraná para o município de Lençóis Paulista; Que, conheceu MARINETE na Fazenda São Francisco, no Município de Lençóis Paulista, onde morava com sua família, sendo certo que MARINETE também morava na mesma fazenda; Que, antes de se mudar para Lençóis Paulista, a depoente morava no Município de Tapejara/PR, sendo que lá residia e trabalhava na Fazenda São Paulo, na estrada de Tapiraqui; Que, quando conheceu MARINETE, soube que ela também morava no Município de Tapejara/PR, sendo certo que a mesma comentou com a depoente que trabalhara em uma outra fazenda, cujo nome não se recorda; Que, embora morasse no mesmo município, é certo que a depoente não conheceu MARINETE enquanto esteve em Tapejara/PR, a tendo conhecido, conforme mencionado, apenas quando se mudou para Lençóis Paulista; Que, em certa oportunidade, MARINETE pediu a depoente para que fosse sua testemunha em determinada ação judicial; Que, a depoente chegou a ser ouvida, tendo sido dispensada "porque tudo estava dando errado lá dentro" (*sic*); Que, a depoente esclarece que não esteve no escritório do advogado de MARINETE antes de se dirigir ao Fórum de São Manuel; Que, foi até audiência junto com MARINETE, seu filho e outras testemunhas; Que, a depoente conhece MARIA APARECIDA DE SALES, que foi a outra testemunha, sendo certo que também a conheceu em Lençóis Paulista; Que, a depoente soube que MARIA APARECIA também veio de Lençóis Paulista, mas é certo que não a conheceu enquanto morou em Tapejara/PR; Que, a depoente não conhece MARIA DE LOURDES DE MELO DE SÁ e nem SEBASTIÃO DOS SANTOS FONSECA; Que, a depoente chegou na Fazenda São Francisco cerca de 15 dias antes de MARINETE, tendo presenciado quando chegou o caminhão proveniente de Tapejara/PR, com as mudanças de MARINETE.' (Termo de depoimento de Joana Domingues de Oliveira no IPL 7-0115/2002, fl. 523)

'Aos oito dias do mês de janeiro do ano de dois mil e três. ... RESPONDEU: *QUE, conhece MARINETE LAURINDO DIAS há bastante tempo, não se recordando contudo o ano exato em que a conheceu; Que, conheceu MARINETE no Município de Tepejara/PR, onde residia o irmão da depoente; Que, na época a depoente morava no Paraguai e visitava seu irmão de vez em quando; Que, MARINETE trabalhava em uma fazenda vizinha a propriedade em que trabalhava seu irmão; Que, melhor esclarecendo, o irmão da depoente trabalhava como pedreiro na cidade e a fazenda na qual MARINETE trabalhava ficava próxima a cidade; Que, MARINETE trabalhava na Fazenda Seção, não sabendo a depoente esclarecer se este é o nome da própria fazenda, tendo conhecido MARINETE apenas na cidade*; Que, a depoente reside em Areiópolis/SP há vinte e três anos, se recordado exatamente desse tempo pelo fato de ter se mudado para esta cidade logo após o seu casamento, que ocorreu em 20/02/1980; Que, antes de se mudar para Areiópolis/SP, a depoente morou 4 anos em São Paulo/SP; Que, antes de morar em São Paulo/SP a depoente morava no Paraguai, onde permaneceu 3 anos, tendo conhecido MARINETE, conforme já esclarecido, quando morava no Paraguai; Que,

depois que se mudou para São Paulo/SP, a depoente ficou bastante tempo sem visitar seu irmão no Município de Tapejara/PR, sendo certo que somente há 5 anos atrás é que fez nova visita, quando passou o Natal na casa do seu irmão; Que, assim sendo, depois que se mudou para São Paulo/SP, não mais se encontrou com MARINETE no Município de Tepejara/PR; Que, reencontrou MARINETE depois que se mudou para Areiópolis/SP; Que, quando a depoente se mudou para Areiópolis/SP, MARINETE já morava em uma fazenda no Município de Borebi/SP; Que, depois disso, MARINETE mudou-se para uma fazenda no Bairro da "Aguinha", em Lençóis Paulista/SP, não se recordando quando ela se mudou para Areiópolis/SP; Que, em certa oportunidade, MARINETE pediu para a depoente ser sua testemunha em um processo, mas é certo que a depoente não chegou a ser testemunha; Que, a depoente tem certeza de que quando se mudou para Areiópolis/SP, no ano de 1980, MARINETE não trabalhava mais na mencionada fazenda, localizada em Tapejara/PR.' (Termo de depoimento de Maria de Lourdes de Mello de Sá no IPL 7-0115/2002, fl. 526)

'Aos três dias do mês de agosto do ano de dois mil e quatro. ... RESPONDEU: QUE, a declarante ratifica integralmente as declarações prestadas às fls. 04/05 dos autos; *QUE, não se recorda o exato período em que laborou na propriedade agrícola de JOÃO CECON, no município de Tepejara/PR*; QUE, afirma, outrossim, que reside no município de Areiópolis/SP há aproximadamente 14 anos; QUE, antes de se mudar para Areiópolis/SP, residiu na Fazenda Santa Lúcia, pertencente à Usina São José, município de Perneiras/SP; Que, finalmente, antes de se mudar para Perneiras/SP, residiu por cerca de 1 ano em Borebi/SP, mais precisamente na Fazenda São Francisco; Que, anteriormente a esta última, *morava e trabalhava na Fazenda São João, de propriedade de JOÃO CECON, na cidade de Tapejara/PR; QUE, durante esse período, de aproximadamente 10 anos, laborou na colheita de café*; QUE, a declarante elucida que, na verdade, quem foi até o município de Tapejara/PR, na Fazenda de São João, pegar a declaração (cópia fls. 33), de Edson Antônio Cecon, foi sua filha MARIA DE LOURDES BURATO; QUE, desconhece como a data ali consignada foi obtida, se através de consulta efetuada pelo próprio declarante ou requerimento de sua filha; QUE, a expedição da declaração foi idéia da própria declarante, não sendo, portanto, solicitada por nenhum advogado; QUE, as duas testemunha que depuseram a seu favor nos autos da ação previdenciária, objeto o presente IPL, realmente a conheceram e trabalharam com ela; QUE, inclusive, a declarante e a senhora APARECIDA SALES, vieram embora na mesma época para o município de Boreri/SP, QUE, por fim, esclarece que durante todo o tempo em que residiu na Fazenda São João, o foi juntamente com seu marido, ARLINDO BURATO; QUE, ambos nunca se separaram.' (Termo de Reinquirição de Marinete Laurindo Dias no IPL 7-0115/2002, fl. 584)

'Aos três dias do mês de agosto do ano de 2004. ... RESPONDEU: QUE, até se casar, sempre residiu na mesma casa que sua mãe; QUE, casou no ano de 1985 ou 1986, no município de Pederneiras/SP; QUE, anteriormente, residiu no município de Borebi/SP, pelo período de 1 ano, cidade em que, aliás, nasceram seus irmãos gêmeos, MÁRCIO E MARCOS; QUE, em decorrência do nascimento dos gêmeos, sua mãe teve que parar de trabalhar em lavouras; QUE, antes de moraram em Borebi/SP, *moraram por volta de 10 anos na Fazenda São João, de propriedade*

de JOÃO CECON, na cidade de Tapejara/PR; QUE, enquanto lá residira, sua mãe laborava como rurícola, sobretudo, na colheita de café, sendo certo que as vezes levava a declarante com ela; QUE, a pedido de sua mãe, *ao visitar sua irmã MARIA HELENA, a qual mora na citada fazenda, na cidade de Tepejara/PR, procurou EDSON CECON e, explicando-lhe que sua mãe pretendia se aposentar, solicitou-lhe que declarasse por escrito que ela ali trabalhou; QUE, a declarante em momento algum falou qual o período de labor que deveria constar da declaração; QUE, após o seu requerimento, EDSON foi até a cidade, e ao retornar, afirmou à declarante que iria ajudar sua mãe, momento em que lhe entregou a declaração, cuja cópia encontra-se acostada à fls. 33 dos autos; QUE, a declarante não sabe esclarecer porque as datas de início e término da prestação de serviço de sua mãe não coincidem com a que efetivamente trabalhou*; QUE, nunca foi presa nem processada.' (Termo de depoimento de Maria de Lourdes Burato Victorato, filha de Marinete Laurindo Dias, no IPL 7-0115/2002, fl. 586)

Ao fim e ao cabo, tudo está a indicar que, apesar da inverdade constatada na declaração apresentada, especificamente quanto ao período em que desenvolvidas atividades por Marinete Laurindo na qualidade de trabalhadora rural junto ao estabelecimento denominado 'Fazenda São João Ltda.', em Tapejara/PR, o labor propriamente dito restou exercido, consoante se depreende do teor das declarações supra.

Acrescente-se o passamento tanto de José Francisco Ceccon, em 13 de julho de 1999, quanto de Edisson Antonio Ceccon, em 23 de julho de 2001 (certidões de óbitos, respectivamente, às fls. 149 e 150), únicas pessoas que poderiam prestar esclarecimentos mais seguros acerca de todo o ocorrido.

Por sua vez, o relato de Albina Bergamo Ceccon, viúva de José Francisco Ceccon, obtido por auditor fiscal do INSS por meio de conversa telefônica, no sentido de que 'na Fazenda São João, NUNCA teve empregada, por ser fazenda de gado' (fl. 73), deve ser tomado com reservas, à vista dos depoimentos referirem, contrariamente à informação colhida, que as atividades do estabelecimento em questão não se limitavam à agropecuária, estendendo-se também à lavoura cafeeira, que, conforme se infere inclusive do brasão do município de Tapejara/PR, ornamentado com ramos frutados do produto (fonte: Wikipédia), constituía a base da economia da região.

Mais: que o fecho das investigações conduzidas pelo Departamento de Polícia Federal na esfera penal, ao considerar 'não estar caracterizado o conhecimento do falso e a intenção de fraudar o INSS', guia-se na 'total ausência nos autos de elementos probatórios aptos a demonstrarem a responsabilidade criminal dos demais investigados pela contrafação e utilização do aludido documento, sobretudo da cognição do *falsum* e da intenção deliberada de utilizarem-no como instrumento de locupletação ilícita (*rectius*: "dolo" na conduta de usá-lo judicialmente)' (fl. 592).

Ainda: que o marido de Marinete Laurindo Dias, Arlindo Burato, é beneficiário de aposentadoria por idade, também decorrente de atividades desenvolvidas no meio rural, desde 31 de março de 1995 (NB 41/0255990944).

Ausente, enfim, segundo os elementos amealhados ao longo do processado, o *modus operandi*, por todos conhecido nesta seção especializada, utilizado pelos falsificadores que atuaram na região de São Manuel, quer porque inexistente alteração

material na CTPS da segurada - que, embora deixada com os causídicos responsáveis pelas inúmeras fraudes perpetradas, não teve inserido apontamento algum correspondente a contratos fictícios -, quer em razão da divergência de informações encontrada não decorrer de mácula realizada por pessoa estranha à relação empregatícia, nem sequer pericialmente atestada.

Tais circunstâncias, todas elas reunidas, teriam o condão, por si só, de pôr em xeque a formação de eventual convicção sobre a procedência do pleito de desconstituição, em que os fundamentos não se apresentam suficientes, não a ponto de abalar a integridade do acórdão hostilizado, impossível concluir-se, ao menos do que se tem nestes autos, que a irregularidade apontada, mais precisamente, a extemporaneidade da anotação correspondente à atividade tida como desempenhada pelos ex-empregadores, guarde ligação com expediente dissimulado porventura levado a efeito por Marinete Laurindo Dias para obtenção da aposentadoria pretendida.

A título de ilustração, retomo ementas de julgados em situações assemelhadas em que esta Seção especializada também concluiu pela improcedência do pedido de rescisão com fulcro no inciso VI do artigo 485 do diploma processual, *ipsis verbis*:

'AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISO VI. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. FALSIDADE DA PROVA NÃO DEMONSTRADA.

- Impropriedade da pretensão veiculada em contestação de condenação do ente autárquico em danos morais, que, caso a ré entenda exigível, deve encaminhar à discussão em procedimento próprio, perante o juízo competente, não suportando, a ação rescisória, a ampliação do pleito para além do objeto do processo originário.

- Embora a rescisão do julgado com fundamento no inciso VI do artigo 485 do CPC dispense a constatação dos fatos, tidos por criminosos, em sede de ação penal, bastando, apenas, a realização do procedimento investigatório na própria rescisória, não restou comprovada a falsidade dos registros de contrato atinentes ao período laborado junto à Comissão Central de Esportes de Avaré/SP.

- Elementos concretos que permitiriam apurar a fraude alegada, como o exame pericial, a fim de se constatar a adulteração presente na Carteira de Trabalho, ou depoimentos do empregador ou mesmo da segurada, com o intuito de se obter possível confissão, conquanto produzidos, autorizam concluir no sentido da não ocorrência do simulacro.

- Tal como se assentara na investigação desenvolvida no âmbito criminal, resultando no arquivamento do inquérito instaurado, também nesta rescisória os elementos de prova amealhados não se apresentam suficientes a abalar a integridade do acórdão atacado, não se permitindo concluir que a ausência de anotação da data de saída do vínculo questionado guarde ligação com expediente ardiloso porventura levado a efeito para obtenção de reconhecimento de tempo de serviço.

- Ação rescisória que se julga improcedente.'

(Ação Rescisória 2004.03.00.050267-7, rel. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. em 23.4.2009, DJF3 de 18.5.2009)

'AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINARES. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. PEDIDO RESCISÓRIO COM FULCRO NOS INCISOS V E VI DO ART. 485 DO CPC. INÉPCIA DA INICIAL RELATIVAMENTE À VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. FALSIDADE DA PROVA NÃO

COMPROVADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À RESCISÃO DO JULGADO NOS TERMOS DO ART. 485 VI DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I - Respeitado o prazo de decadência previsto no artigo 495, do CPC, têm-se por tempestivo o ajuizamento da ação rescisória.

II - A teor do que dispõe o art. 282, II e III, do CPC, a petição inicial deve indicar os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, não sendo lícito ao autor proceder de forma diversa, lançando mão de confusas narrativas para possibilitar o ajuizamento da ação rescisória fora das hipóteses de que trata o art. 485 do Código de Processo Civil, culminando por impossibilitar a intelecção da matéria por parte do julgador.

III - Reconhecida a inépcia da inicial relativamente ao pedido lastreado no inciso V do art. 485, do CPC, por não haver qualquer fundamentação quanto a esse aspecto.

IV - O art. 485, VI, do CPC permite que a apuração da falsidade da prova em que se baseou a decisão rescindenda ocorra na própria ação rescisória, independente do juízo criminal, vez que o pronunciamento sobre o falso no juízo rescindente integrará o julgado como fundamento, razão de decidir, não irradiando os efeitos da coisa julgada.

V - Os elementos trazidos aos autos não demonstram de forma cabal que as anotações dos vínculos empregatícios referentes aos períodos de 01.12.1989 a 28.08.1991, apostas na CTPS nº 063.903, série 572ª, emitida em 13.04.1978, não correspondem à verdade.

VI - Do confrontar dos depoimentos prestados pela ré e pelas testemunhas arroladas, não é possível concluir que haja veementes indícios de irregularidade nas anotações lançadas a fls. 12 da CTPS nº 063903, série 572ª, emitida em 13.04.1978 pela PRT de São Manuel/SP, em nome de Tereza de Jesus Cortenove Jana.

VII - As declarações prestadas administrativamente pelo ex-empregador da ré, utilizadas como único fundamento para o ajuizamento desta ação rescisória, restaram contraditadas em juízo, o que, de per si, acabou por fragilizar sua força probatória, não restando comprovada, pelo elementos trazidos aos autos, a falsidade da anotação contida na CTPS.

VIII - Ainda que restasse reconhecida a referida falsidade, tal situação seria insuficiente para obstar o reconhecimento do direito da requerida à aposentadoria por idade rural, nos termos em que pleiteado na demanda originária, vez que a ré, nascida em 08.05.1933, logrou comprovar o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, durante o período de 60 meses anteriores àquele em que implementou as condições para a obtenção do benefício (art. 142 e 143, da Lei nº 8.213/91), eis que já contava com 55 anos quando da edição da referida lei.

IX - Extinto o processo, sem exame do mérito, quanto ao pedido de rescisão com fulcro no inciso V (violação de literal disposição de lei), e improcedência da demanda desconstitutiva, quanto ao pleito rescisório fundamentado no inciso VI (prova falsa), do art. 485, do CPC, restando prejudicado o pedido de antecipação de tutela pleiteado pelo INSS. Honorária fixada em R$ 400,00.'

(Ação Rescisória 2000.03.00.063146-0, rel. Desembargadora Federal Marianina Galante, j. em 13.5.2010, DJF3 de 22.7.2010)

Mais recentemente ainda, na sessão de 10 de março do corrente ano, novamente teve oportunidade de se manifestar a 3ª Seção, desta vez, em caso igualmente protagonizado, no feito originário, pelos advogados Ezio Rahal Melillo e Francisco Moura, acordando-se, à unanimidade, nos autos da Ação Rescisória nº 2004.03.00.050268-9, relatado pela Desembargadora Federal Leide Polo, ainda pendente de publicação o acórdão, que 'não há que se rescindir uma decisão acobertada pelo manto da coisa julgada, por "suspeita" de anotações inverídicas na CTPS, cuja falsidade não restou comprovada nestes autos', colhendo-se, à ocasião, os votos dos Desembargadores Federais Eva Regina, Vera Jucovsky, Marianina Galante, Lucia Ursaia, Daldice Santana, Fausto de Sanctis, Diva Malerbi, Baptista Pereira, Newton de Lucca, Marisa Santos e Sérgio Nascimento e dos Juízes Federais Convocados Carlos Francisco e Márcia Hoffmann.

Mas, por mais que se verificasse má-fé na anotação extemporânea do documento, ou seja, ainda que se vislumbrasse, de fato, utilização ardilosa da declaração de atividade registrada pelos falecidos proprietários da fazenda, faltaria, a meu juízo, o nexo de causalidade entre a prova porventura tida como falsa e o resultado do julgamento.

A orientação clássica, vale repisar, para que a rescisória tenha viabilidade com base no inciso VI do artigo 485 do diploma processual, é de que 'sem a prova falsa a decisão teria de ter sido outra' (Teresa Arruda Alvim Wambier, *In Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª edição reformada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 569); incontroverso, ademais, que 'o que se exige é que a prova falsa seja indispensável para suportar a conclusão do julgamento, não cabendo a rescisória se houver outro(s) elemento(s) bastante(s)' (Flávio Luiz Yarshell, *In Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 325).

Nesse caso, o simples fato de o voto condutor do acórdão que se quer rescindir aludir, primeiramente, à existência de 'certidão de casamento da autora que, embora qualificada como doméstica, contraiu núpcias com lavrador, documento este que, segundo precedentes desta Corte, constitui razoável início de prova material da atividade desempenhada no campo em regime de economia familiar', somente após registrando que 'ademais, a autora apresentou, às fls. 08, outro documento que também constitui início razoável de prova da atividade agrícola, conforme entendimento deste Tribunal. De fato, consta dos autos declaração de empregador, atestando que a autora exerceu atividade rural de 1977 a 1987' (fls. 32/33), encaminha à constatação de que a conclusão tirada pelo órgão julgador na demanda subjacente não seria objeto de qualquer modificação sem o malfadado documento. É dizer: não se imprimiria, ao julgamento, pronunciamento diverso daquele levado a efeito pela 5ª Turma caso inexistente a declaração de atividade, que, a rigor, nem deveria ser aproveitada como início de prova material, porque, a par de não ser contemporânea aos fatos que se pretende provar, equivale a depoimento de testemunha, colhido sem o crivo do contraditório, e distante da atividade jurisdicional, daí, inclusive, não ao acaso, todo o imbróglio perpetrado na hipótese."

Como se vê, a parte embargante, inconformada com o resultado colhido nesta Seção especializada, busca, na verdade, a alteração da decisão colegiada em sua profundidade,

com o nítido intuito de rediscutir os pontos firmados pelo aresto, o que é vedado pelo ordenamento.

O Superior Tribunal de Justiça tem, pacificamente, assentado que esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa, com vistas a rediscutir os fundamentos jurídicos, com a finalidade de modificar a conclusão do julgado, conforme se depreende da decisão abaixo:

> "PROCESSUAL CIVIL - DECLARATÓRIOS - REEXAME DA MATÉRIA.
> I - Incabíveis são os declaratórios, quando se pretende rediscutir a matéria objeto de discussão no aresto embargado, ao escopo de nova solução jurídica.
> II - Embargos rejeitados."
> (EADRES 30357/SP, 2ª S., rel. Min. Waldemar Zveiter, v. u., j. 13/12/95, DJ 18/03/96, p. 7505)

Igualmente: EDRESP 235455/SP, rel. Waldemar Zveiter, DJ 04/06/01, p. 170; EDRESP 93849/RN, rel. Aldir Passarinho Júnior, DJ 28/09/98, p. 28; EERESP 156184/PE, rel. Fernando Gonçalves, DJ 28/09/98, p. 122; REsp 9233/SP, rel. Nilson Naves, RSTJ 30/412; EDRESP 38344/PR, rel. Milton Luiz Pereira, DJ 12/12/94, p. 34323.

A aventada obscuridade a partir das assertivas de que "a comprovação do exercício de atividade rural deve se dar em momento imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou ao implemento do quesito etário, não sendo aplicável o disposto na Lei 10.666/03, em se tratando de benefício postulado com base no disposto nos artigos 39, I, 48 e parágrafos e 143, da Lei 8.213/91" (fl. 766) e "não há que se falar em comprovação da condição de segurada especial da Ré e do exercício de atividade rural, com base na aplicação do entendimento jurisprudencial no sentido de que o documento público qualificando profissionalmente o marido pode ser considerado, de modo extensivo, à esposa", eis que "somente o trabalho rural em regime de economia familiar permite o aproveitamento do início de prova material entre os membros do núcleo familiar" (fl. 767), guarda pertinência ainda menor, já que ambas as alegações escapam por completo do objeto desta rescisória, limitada, refrise-se, ao fundamento da utilização de prova falsa pela ré na demanda subjacente.

Ainda que assim não o fosse, eventual incursão sobre os temas em questão em nada favoreceriam o embargante.

À primeira hipótese, a viabilidade da pretensão, por se tratar de matéria reconhecidamente controvertida, esbarraria na própria jurisprudência desta Seção especializada, que, ao se defrontar com ações rescisórias em casos assemelhados ao aqui trazido, tem reconhecido suficiente, ao insucesso da demanda, a incidência do óbice da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, à vista do dissenso jurisprudencial existente, como verificado nos julgados abaixo:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CARÊNCIA DA AÇÃO. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. SÚMULA Nº 343 DO STF.
> I - A preliminar de carência de ação confunde-se com o mérito e com ele será examinada.
> II - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese

legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula nº 343 do STF.
III - No caso dos autos, restou comprovado que a ora autora deixou a lida rural em 1979 (depoimento pessoal à fl. 55), quando tinha 40 anos de idade, bem antes, portanto, de atingir o requisito etário, correspondente a 55 anos de idade. Observo que o entendimento majoritário aponta para a necessidade da simultaneidade dos três quesitos (idade; manutenção da qualidade de segurado; e comprovação do tempo de atividade rural em período equivalente à carência) para a concessão do benefício em apreço.
IV - O disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/2003 é inaplicável para os trabalhadores rurais, uma vez que o aludido preceito legal se reporta a tempo de contribuição, ou seja, atividade laborativa sujeita ao recolhimento de contribuições previdenciárias, estando afeta, exclusivamente, ao trabalhadores urbanos.
V - Ainda que se verificasse a existência de interpretações controvertidas a respeito do tema, haveria a incidência da Súmula nº 343 do E. STF, inviabilizando a abertura da via rescisória.
VI - A controvérsia ora suscitada não envolve questão constitucional, pois não há invocação de direito adquirido.
VII - Preliminar argüida em contestação rejeitada. Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente."
(Ação Rescisória 2008.03.00.007848-4, rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. em 26.3.2009)

"AGRAVO REGIMENTAL. INVIABILIDADE NO PROCESSAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. ARTIGO 143 DA LEI 8.213/91 X ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI 10.666/03. MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.
- Suficiente, ao insucesso da rescisória, o reconhecimento do óbice da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal - 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais' -, não há que se adentrar no exame cognitivo acerca do efetivo cumprimento dos requisitos para obtenção da aposentadoria, não servindo à desconstituição, com espeque no inciso V do artigo 485 do CPC, a interpretação conferida pelo acórdão originário ao artigo 143 da Lei nº 8.213/91, a despeito da norma contida no artigo 3º, § 1º, da Lei 10.666/03.
- Agravo regimental a que se nega provimento."
(Ação Rescisória 2008.03.00.037305-6, rel. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. em 12.2.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. APOSENTADORIA POR IDADE A RURÍCOLA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NOS TERMOS DO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/91 (REDAÇÃO DA LEI 9.032/95). QUESTÃO CONTROVERSA. SÚMULA 343 DO STF. CABIMENTO. PEDIDO RESCISÓRIO. IMPROCEDÊNCIA.

- O indeferimento da aposentadoria por idade deu-se com base na não demonstração de labuta campesina, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício (artigo 143 da Lei 8.213/91, redação da Lei 9.032/95).
- Em recente julgado da 3ª Seção desta Corte (AR 4320), restou decidido que, para casos que tais, faz-se cabível a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, dada a *controvérsia jurisprudencial que permeia a matéria relativa à necessidade ou não de exercício de atividade campesina, nos termos do artigo 143 supramencionado, nos dizeres da Lei 9.063/95*.
- Sem condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais, porquanto beneficiária de gratuidade de justiça. Precedentes.
- Pedido rescisório julgado improcedente."
(Ação Rescisória 2007.03.00.015453-6, rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, j. em 13.12.2007)

"AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ART. 485, V, CPC - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI -APOSENTADORIA POR IDADE - RURÍCOLA - COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE - PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO - MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS - SÚMULA 343/STF - INCIDÊNCIA.
I. A alegação de ocorrência de violação a literal disposição de lei contrapõe-se ao posicionamento adotado no aresto rescindendo, no sentido de que a ausência de exercício de atividade rural nos anos anteriores ao requerimento da aposentadoria por idade prevista no artigo 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, traz óbice à concessão do benefício. Segundo argumenta, a orientação em questão ofende as normas postas no artigo 102, § 1º, da Lei nº 8.213/91, e no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003, pois para a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural basta o cumprimento dos requisitos atinentes à idade e à carência - no caso, daquela prevista no artigo 142 da Lei nº 8.213/91 -, sem a necessidade de que o preenchimento de tais pressupostos seja simultâneo, circunstância do que resulta ser despicienda a manutenção da condição de segurado para o rurícola fazer jus à aposentação.
II. Penso que à orientação assentada pelo aresto não se pode cominar o vício apontado pela autora.
III. E isso porque, no tocante às disposições da Lei nº 10.666/2003, cuida-se de diploma legal que resultou da conversão da Medida Provisória nº 83, de 12 de dezembro de 2002, posterior ao ajuizamento da ação originária, ocorrido em 08 de março de 2002.
IV. De todo modo, e conquanto meu entendimento pessoal, no sentido de se dar interpretação diversa daquela adotada pelo aresto rescindendo, a fim de se aproveitar o tempo de serviço exercido pelo trabalhador rural mesmo fora do período imediatamente anterior ao requerimento de aposentadoria por idade, descabe falar-se que o acórdão merece rescisão por violação a literal disposição de lei.
V. Com efeito, a controvérsia encontra-se envolta em divergência jurisprudencial de monta. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de cuja jurisprudência parece ter se originado a norma prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/2003 - 'Art. 3º A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão

das aposentadorias por tempo de contribuição e especial. § 1º Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.' -, mantém-se o posicionamento a respeito da irrelevância da manutenção da condição de segurado como pressuposto para a concessão de aposentadoria por idade, o que pressupõe a ausência de simultaneidade no preenchimento dos requisitos da idade e da carência necessários ao deferimento do benefício. Precedentes da 3ª Seção do STJ.

VI. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça também possui orientação jurisprudencial, com foros de unanimidade, no tocante à obediência ao cumprimento da exigência posta no artigo 143 da Lei nº 8.213/91, de prestação da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento da aposentadoria por idade aludida no dispositivo legal em comento. Julgados da 5ª e 6ª Turmas.

VII. Na verdade, o tema a respeito do preenchimento simultâneo dos quesitos (1) idade, (2) manutenção da qualidade de segurado trabalhador rural à época do requerimento ou do implemento da idade e (3) comprovação do tempo de atividade rural em período equivalente ao da carência tem suscitado muita controvérsia na jurisprudência desta corte e dos diversos tribunais regionais, não somente agora, como em tempos passados.

VIII. Há julgados que se inclinam pelo cumprimento dos três quesitos simultaneamente, seja à época do requerimento, seja à do implemento do quesito idade, como outros que não exigem a simultaneidade.

IX. Em face, pois, de tal dissensão, não há como negar ser a matéria ora posta a deslinde de interpretação controvertida nos tribunais, a impossibilitar o sucesso deste feito, a teor do que reza o enunciado da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal - 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais' -, do que resulta não demonstrada a violação a literal disposição de lei, bastante, nos termos do inciso V do artigo 485, CPC, a rescindir o acórdão arrostado.

X. Registre-se o posicionamento reiterado da jurisprudência no sentido de que a rescisão por ofensa a dispositivo legal requer a sua afronta direta, não se admitindo que se configure quando envolvidas interpretações possíveis do dispositivo.

XI. É também entendimento pretoriano o de não se permitir ação rescisória para o simples reexame de tese, ou com o objetivo de reparar eventual injustiça da decisão rescindenda. Precedentes do STJ e desta Corte.

XII. Ressalte-se, para evitar possíveis dúvidas, que a controvérsia trazida pela autora não envolve o tema do direito adquirido, como anotado na exordial, o que, se configurado, abriria a via da ação rescisória para o debate de sua insurgência, dada a sua índole constitucional; na verdade, a matéria versada na presente ação trata da interpretação - sistemática - de dispositivos da legislação previdenciária, de caráter infraconstitucional, com os quais pretende-se demonstrar o acerto da tese de que a perda da condição de segurado da Previdência Social não traz óbice à concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, na hipótese de ter sido comprovados os requisitos da idade e da carência prevista no artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

XIII. Dentro do mesmo espírito, esclareça-se que, ao contrário do que afirmado pela autora, a possibilidade de concessão de aposentadoria por idade aos 55 (cinqüenta e cinco) anos para a trabalhadora rural somente tornou-se viável a partir da Lei nº 8.213/91, eis que o artigo 4º, *caput*, da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, previa o deferimento do benefício a trabalhador rural, homem ou mulher, aos 65 (sessenta e cinco) anos, idade somente completada pela autora em 08 de julho de 1994.
XIV. Ação rescisória julgada improcedente."
(Ação Rescisória 2004.03.00.060517-0, rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, j. em 26.9.2007)

Em julgado recentíssimo, nos autos da Ação Rescisória de reg. nº 0089169-32.2007.4.03.0000, igualmente de relatoria da eminente Desembargadora Federal Marisa Santos, ratificou-se o entendimento, *in verbis*:

"EMENTA
AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DE LEI (ART. 485, V, DO CPC) - APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA - COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - SÚMULA 343 DO STF - INCIDÊNCIA. BENEFICIÁRIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
- Hipótese em que a autora completou 55 anos de idade em 31/10/1998 e parou de trabalhar em 1990, quando contava com 47 anos.
- O tema da comprovação do exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao ajuizamento da ação ou do implemento do quesito etário, é objeto de muita controvérsia na jurisprudência, notadamente porque o § 1º do art. 3º da Lei 10.666/2003 fala em tempo de contribuição, e o art. 143 da Lei 8.213/91 se refere a comprovação da atividade rural, dando a entender que o que se exige é a comprovação dessa atividade.
- Incide no caso o enunciado da Súmula 343 do STF no sentido de que 'não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'. Precedentes.
- A rescisão por ofensa a dispositivo legal requer a sua afronta direta, não se configurando quando envolvidas outras interpretações possíveis do dispositivo. Violação a literal disposição de lei não demonstrada.
- Ação rescisória improcedente. Não condenação da autora em honorários advocatícios por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 28 de julho de 2011."

No segundo caso, o argumento de que "o exercício de atividade rural na condição de empregado não faz pressupor o trabalho mútuo indispensável à subsistência e ao desenvolvimento econômico do grupo familiar" iria de encontro à jurisprudência sobre o assunto, que, longe de fazer a distinção pretendida, aceita indistintamente a extensão da qualificação ao cônjuge:

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. QUALIFICAÇÃO DO MARIDO EXTENSÍVEL À ESPOSA. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR. INEXIGIBILIDADE DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. VALOR DO BENEFÍCIO. ABONO ANUAL. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. PRÉ-QUESTIONAMENTO.
> 1. Deve ser reconhecido o trabalho rural amparado em início de prova material, devidamente corroborado por prova testemunhal coerente e uniforme.
> 2. É de se ter por razoável início de prova material da condição de rurícola da Autora a certidão de casamento e anotações referentes ao exercício de atividade rural exaradas na CTPS de seu marido, visto que a qualificação de 'lavrador' de um dos cônjuges deve ser estendida ao outro. Precedentes do STJ.
> 3. No que tange à aposentadoria por idade de rurícola basta o preenchimento dos requisitos idade e comprovação da atividade rural pelo período estabelecido no artigo 142 da Lei nº 8.213/91.
> 4. A exigência de comprovação do exercício de atividade no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, deve ser abrandada no presente caso, tendo em vista que a parte Autora ajuizou a ação já em idade avançada, e comprovou o exercício da atividade rural pelo período exigido em lei.
> 5. Cabível a aposentadoria por idade de rurícola, independentemente de contribuição, nos termos do artigo 143 da Lei nº 8.213/91.
> 6. O benefício é devido no valor de um salário mínimo, acrescido de abono anual, a partir da data do requerimento administrativo.
> 7. Correção monetária fixada nos termos das Súmulas nº 148 do E. STJ e nº 8 do TRF da 3ª Região e da Resolução nº 242 do Conselho da Justiça Federal, acolhida pelo Provimento nº 26 da CGJF da 3ª Região.
> 8. Juros de mora devidos a partir da data da citação, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano até 10.01.2003 e, após esta data, à razão de 1% (um por cento) ao mês, até o efetivo pagamento.
> 9. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação do acórdão, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil e Súmula nº 111 do STJ. Precedentes desta Corte.
> 10. A Autarquia Previdenciária não está sujeita ao recolhimento de custas processuais, ressalvado o reembolso, por força da sucumbência, de custas e despesas comprovadamente realizadas pela parte Autora.
> 11. Prejudicado o pré-questionamento suscitado nas contra-razões de apelação, eis que a aludida peça tem mesmo o caráter de resposta, não podendo ultrapassar desse limite.

12. Apelação provida."
(TRF 3ª Região, AC 2003.03.99.021578-6, 7ª Turma, relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, v. u., j. 25.10.2004, DJ 03.12.2004)

"PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. PROVA DOCUMENTAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.
1. A autora comprovou, mediante início razoável de prova material, corroborado por prova testemunhal, que exerceu atividade rural, em regime de economia familiar, contando, à época da sentença, com sessenta anos de idade, conforme documentos em anexos.
2. A CTPS do cônjuge da autora atesta sua profissão como lavrador, qualificação esta que se estende à autora, consoante entendimento do STJ manifestado no RESP 267.355/MS, relatado pelo Min. Jorge Scartezzini, publicado no DJ 20/11/2000, que dispõe que 'A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido, constante dos assentamentos de registro civil, é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural (...)'
3. As testemunhas arroladas pela parte requerente foram unânimes em afirmar que a autora exerceu atividade rural, em regime de economia familiar, durante mais de 18 (dezoito) anos, como atesta os depoimentos constante dos autos.
4. A correção monetária é devida nos termos da Lei nº 6.899/1.981, a partir do vencimento de cada parcela (Súmulas 43 e 148 do STJ).
5. Os Juros de mora são devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida. Precedentes.
6. Os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre as parcelas em atraso, com esteio na Súmula 111 do STJ, atende aos requisitos previstos no § 4º do art. 20 do CPC.
7. Remessa Oficial improvida."
(TRF 1ª Região, REO 2008.01.99.016586-7, 1ª Turma, relator Desembargador Federal Carlos Olavo, v. u., j. 20.10.2008, DJ 19.11.2008)

Por último, a condenação em verba honorária indevidamente imposta, no entender do embargante, em favor da ré, representada pela Defensoria Pública da União, na medida em que "a Fazenda Pública não pode ser reconhecida como obrigada para consigo mesma, razão pela qual não são devidos honorários sucumbenciais em razão de condenação imposta a autarquia federal, sempre que a defesa da parte contrária estiver a cargo da Defensoria Pública da União", questionamento que, à toda evidência, aceita apreciação pela presente via, porquanto decorrente do julgado ora embargado.

Não obstante recentemente tenha decidido em tal sentido na 8ª Turma, ao apreciar, em 22 de agosto próximo passado, agravo interposto nos moldes do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, nos autos do Agravo de Instrumento de reg. nº 0030544-97.2010.4.03.0000/SP (Diário Eletrônico de 2.9.2011), vale dizer, pela impossibilidade de pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública da União em se tratando de demanda proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social, nos exatos termos do posicionamento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 421 do Colendo Superior

Tribunal de Justiça - "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" -, cumpre reconhecer que a questão é complexa e aparentemente não se esgota nem mesmo no cenário da confusão, ao menos não na forma em que acomodado o instituto à hipótese.

Conquanto a tese propalada possa impressionar, em um primeiro momento, como inclusive acabou impressionando esta magistrada, e até mesmo seduza, porquanto estampada em precedente produzido pela Corte Superior como representativo de controvérsia repetitiva, decidindo-se, em feito em que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro restou vitoriosa no pleito de revisão de benefício pago a pensionista do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA, que "também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública" (REsp 1.199.715/RJ, Corte Especial, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Diário Eletrônico de 12.4.2011), a divergência instaurada nesse mesmo julgamento é reveladora de que a hipótese pode comportar desfecho distinto, mais precisamente, na linha do pronunciamento firmado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, a cujo voto recorro, valendo os destaques:

> "Sr. Presidente, peço a máxima vênia para divergir. *O que se discute é se se aplica a Súmula 421 no caso em que a Defensoria Pública atua, não contra o Estado (ou seja, contra a pessoa jurídica própria a que pertence), mas contra uma outra pessoa jurídica*.
> Todos os precedentes da Súmula estão baseados na tese da confusão, ou seja, a Defensoria Pública Estadual é parte do Estado e com ele se confunde, razão pela qual não tem sentido o Estado pagar à Defensoria. Opera-se entre eles o fenômeno da confusão.
> *O caso concreto, todavia, é completamente diferente. A Defensoria não pertence à Autarquia. Estamos, aqui, a questionar sobre confusão em relação à Autarquia Previdenciária Estadual. Ora, a Autarquia Previdenciária é uma pessoa jurídica diferente, tem personalidade própria, patrimônio próprio, receita própria, de modo que não há confusão possível entre ela e a Defensoria*.
> O Sr. Ministro Relator adotou um outro fundamento, que não é o da confusão, segundo o qual a Fazenda Pública está dispensada de custas. Se esse fundamento valesse, não teria nem sentido a Súmula nº 421. Ademais, aqui não estamos tratando de custas, mas de honorários advocatícios. A Fazenda Pública não está dispensada de honorários advocatícios.
> Peço vênia ao Sr. Ministro Relator para divergir, conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento. É o voto."

Valendo-se de idêntico raciocínio, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastara-se, pouco antes, da tese majoritária tirada da decisão *supra*. Considerando as premissas postas em precedente também tirado sob a sistemática do artigo 543-C do diploma processual civil, segundo as quais "sagrando-se vitorioso o necessitado assistido pela Defensoria Pública, há que se averiguar se o derrotado porventura não é o ente público da qual ela é parte, pois configurada essa situação, é indiscutível que o credor dos honorários advocatícios será em última análise também o devedor", e, "*a contrario sensu*, sendo a Defensoria Pública integrante de pessoa jurídica de direito público diversa daquela contra

qual a atua, não haverá coincidência das características de credor e de devedor em uma mesma pessoa, ou seja, de confusão" (REsp 1.108.013/RJ, Corte Especial, rel. Ministra Eliana Calmon, Diário Eletrônico de 22.6.2009), consagrou-se, na 5ª Turma, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.075.810/RJ, sob relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, levado à publicação em 24 de maio de 2010, a viabilidade da condenação em verba honorária porque, "no caso concreto, verifica-se que a parte recorrida, com o patrocínio da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, litiga contra a RIOPREVIDÊNCIA, autarquia que possui personalidade jurídica diversa do Estado do Rio de Janeiro".

Nesse mesmo sentido já despontavam decisões, consoante se observa abaixo:

"APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.03.99.019704-0/MS
RELATORA: Juíza Convocada NOEMI MARTINS
APELANTE: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO: CAROLINA ARANTES NEUBER
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO: JOSÉ PORFÍRIO DOS SANTOS
ADVOGADO: ANTONIO CÉSAR BAUERMEINSTER DE ARAUJO (Int. Pessoal)
Nº ORIG.: 05.00.00714-9 1 Vr DEODAPOLIS/MS
DECISÃO
Vistos, em decisão, nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil.
Trata-se de ação, processada sob o rito ordinário, proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social, cujo escopo é a concessão de pensão por morte.
O Autor José Porfírio dos Santos era cônjuge da segurada Maria do Carmo da Silva Santos, falecida em 30/09/1996.
O pedido foi julgado procedente e a sentença condenou o INSS a conceder à parte autora o benefício pleiteado, a partir da data da propositura da ação, no valor de um salário mínimo, inclusive abono anual. Determinou a incidência sobre as diferenças apuradas de juros de mora e correção monetária. Condenou, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios. Concedeu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. O benefício fora implantado sob o nº 1465762628.
Sentença, prolatada em 04 de novembro de 2008, não sujeita ao reexame necessário.
O INSS interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que não foram preenchidos os requisitos necessários à percepção do benefício. Em caso de manutenção da sentença, requer a alteração do termo inicial e dos critérios de cálculo da correção monetária. Busca, ainda, a isenção da verba honorária, ou quando menos, a sua redução. Prequestionou a matéria para fins recursais.
Apresentadas contra-razões, os autos foram encaminhados a esta Instância e, após distribuição, vieram conclusos.
É o relatório. Decido.
Prevaleço-me, no caso, do disposto no art. 557 do CPC, para a apreciação do recurso voluntário interposto.
Discute-se nesses autos o preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão do benefício pleiteado - pensão por morte - sendo necessária a comprovação da qualidade de segurado da falecida ao tempo da ocorrência do fato gerador do benefício (óbito em 30/09/1996) e a dependência econômica do Autor.

Quanto à dependência econômica, inexistem dúvidas, pois o cônjuge é dependente por presunção legal, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e § 4º da Lei nº 8.213/91; conforme restou demonstrado, à evidência, por meio da Certidão de Óbito e de Casamento do Autor (fls. 11/12), atestando o matrimônio entre este e a segurada-falecida.

No que tange à qualidade de segurada da falecida, tratando-se de rurícola, decorre do exercício da atividade laborativa, exigindo a Lei nº 8.213/91 início de prova material para comprovar referida condição, afastando por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula 149 STJ).

Em relação às contribuições previdenciárias, é assente o entendimento de que são desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, RESP 207425, 5ª Turma, j. em 21/09/1999, v. u., DJ de 25/10/1999, página 123, Rel. Ministro Jorge Scartezzini; e STJ, RESP 502817, 5ª Turma, j. em 14/10/2003, v. u., DJ de 17/11/2003, página 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Instrui os autos, a Certidão de Casamento (fl. 11), datada de 04/11/1975, na qual consta a profissão do autor como lavrador.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a qualificação de lavrador do marido é extensível a esposa. Nesse sentido: STJ, RESP 576912, 5ª Turma, j. em 28/04/2004, v. u., DJ de 02/08/2004, página 518, rel. Jorge Scartezzini; TRF/3ª Região, Oitava Turma, AC - 1089505, processo nº 200603990064670/SP, v. u., rel. Therezinha Cazerta, DJU de 06/09/2006, pg. 478; TRF/3ª Região, Nona Turma, AC - 864463, processo nº 200303990093670/SP, v. u., Rel. Nelson Bernardes, DJU de 30/11/2006, pg. 581; TRF/3ª Região, Décima Turma, AC - 1076103, processo nº 200503990517179/SP, v. u, rel. Sergio Nascimento, DJU de 18/04/2007, pg. 531.

Destarte, referido documento constitui início razoável de prova material que, somada aos depoimentos testemunhais (fls. 86/87), comprovam o exercício de atividade rural pela extinta até a data do óbito.

Saliente-se que o CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais registra, em nome do autor, vínculos empregatícios urbanos, no período compreendido entre setembro de 1997 e março de 2003, bem como a percepção de aposentadoria por idade, na qualidade de trabalhador rural. Refiro-me ao benefício concedido em 25/10/2006 - NB 1326405141.

Contudo, o labor urbano do autor não obsta a concessão do benefício, pois é posterior ao óbito, e consequentemente ao período de atividade rural que se pretendeu comprovar.

Ressalto, por oportuno, que não há vedação legal quanto à cumulação de aposentadoria com pensão por morte. *Vide* artigo 124 da Lei nº 8.213/91.

Em decorrência, deve ser mantida a R. sentença, pois em consonância com a jurisprudência dominante.

Seria razoável fixar o termo inicial do benefício a contar da data do óbito (30/09/1996), a teor do disposto no artigo 74 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, vigente à época. Contudo, em face do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, mantenho tal como fixado na sentença, até porque não houve apelo da Autora nesse sentido.

Quanto à correção monetária, destaque-se que deve ser aplicada nos termos das súmulas de nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e de nº 8 do Tribunal

Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal.

O fato do demandante ser assistido pela Defensoria Pública não exime a parte contrária dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 11 da Lei nº 1.060/50 e do verbete 450 do e. STF. A Ré, no caso, não é a Fazenda Pública, o que ensejaria a confusão entre as figuras de credor e devedor, e sim o Instituto Nacional do Seguro Social, pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia administrativa, patrimônio e receita próprios (art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei 200/67).

Desse modo, cabível à condenação imposta quanto ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que o INSS, como autarquia federal que é, não se subordina hierárquica ou financeiramente à Administração Pública que a criou; destacando-se que os bens e rendas da autarquia, embora considerados patrimônio público, têm administração própria e destinação especial, para realização dos objetivos legais e estatutários.

Nesse sentido, cito o julgado, que, por analogia, aplica-se à hipótese:

'ADMINISTRATIVO - REQUISITOS PARA MATRÍCULA NO ENSINO SUPERIOR - ART. 44, II, DA LEI Nº 9.394/96 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO - APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC.

I - Segundo o disposto no art. 44, II, da Lei nº 9.394/96, dois são os requisitos para a efetivação da matrícula no ensino superior: conclusão do ensino médio ou equivalente e aprovação em processo seletivo.

II - No caso em análise, não houve controvérsia sobre a aprovação do Autor no vestibular, bem como restou comprovado justo motivo - prorrogação do ano letivo de 2003 até abril de 2004 devido à greve dos professores do CEFET - para o atraso na conclusão do ensino médio.

III - Em situações como a presente, este Tribunal tem admitido, de forma excepcional, a matrícula no ensino superior. Nesse sentido, dentre outros, REOMS nº 46285 (Processo nº 200251010017994 - 2ª Turma - Rel. Antonio Cruz Netto - DJU de 02/12/03, p. 128) e REOMS nº 53262 (Processo nº 200350020001389 - 1ª Turma - Rel. Julieta Lídia Lunz - DJU de 25/10/04, p. 132)

IV - No que diz respeito ao pedido de afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, esta Relatoria considera que o instituto da confusão, o qual é causa de extinção da obrigação quando se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor (art. 381 do Código Civil), não é aplicável à presente hipótese, uma vez que o Réu não é a União Federal - ente ao qual está vinculada a Defensoria Pública da União - mas sim a UFES, autarquia federal que, como tal, é dotada de personalidade jurídica própria.

V - Igualmente descabida é a alegação de que a percepção de verba honorária sucumbencial seria obstaculizada pelo disposto no art. 46, III, da Lei Complementar nº 80/94, uma vez que o dispositivo legal em comento refere-se à outra espécie de verba honorária, qual seja, a contratual.

VI - O montante fixado na sentença a título de honorários advocatícios atende ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.'

(TRF/2ª Região, AC - 415160, processo nº 200450010018026/RJ, Sétima Turma

Especializada, Rel. Sergio Schwaitzer, v. u., DJU 24/06/2008, pg. 190/191)
Entretanto, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o parágrafo 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil e conforme orientação desta Turma e da súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.
Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo que não houve qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.
Ressalto que, em consulta ao CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, verificou-se que a parte Autora recebeu, desde 26/05/2006, o benefício de amparo social ao idoso (NB 5168059305), o qual foi cessado, em 24/10/2006, quando da implantação da aposentadoria por idade concedida judicialmente (NB 1326405141).
Desse modo, por ocasião da liquidação, serão compensados os valores pagos administrativamente a título de benefício assistencial, no período de 26/05/2006 a 24/10/2006, diante da impossibilidade de cumulação com qualquer outro, nos termos do artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742/93.
Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do CPC, dou parcial provimento à apelação interposta pelo INSS, para estabelecer os critérios de cálculo da correção monetária, na forma acima indicada, e para fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença. Determino, por ocasião da liquidação, a compensação dos valores pagos administrativamente a título de benefício assistencial, no período de 26/05/2006 a 24/10/2006. Mantenho, no mais, a r.sentença apelada.
Intimem-se.
São Paulo, 30 de junho de 2009.
Noemi Martins
Juíza Federal Convocada"

Especialmente em se tratando de polarização, em torno dos honorários sucumbenciais, entre a Defensoria Pública da União e o Instituto Nacional do Seguro Social, e mormente após as alterações promovidas na Lei Complementar nº 80/94, dentre elas, a inclusão, entre as funções institucionais da Defensoria Pública, "executar e receber as verbas sucumbenciais de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-se a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores" (inciso XXI incluído no rol do artigo 4º pela Lei Complementar nº 132/2009), circunstância, de resto, ainda não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, quer-me parecer, ao menos segundo o juízo aqui desenvolvido, e com a devida licença do entendimento contrário, não preenchidos os requisitos necessários à ocorrência de confusão, a desafiar, nesse ínterim, a aplicação da fórmula insculpida no verbete 421 acima mencionado.

Se os próprios civilistas, militantes na área, de onde originado o instituto da confusão, tem-na como inapropriada quando "o crédito e o débito a ele correspondente, embora sob a mesma titularidade subjetiva, encontram-se em patrimônios juridicamente separados" (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et alii, Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de

Janeiro: Renovar, 2004, p. 683), desbordaria do razoável, segundo minha convicção, reiterada a *venia*, concluir que a Defensoria Pública da União e o INSS detêm algum tipo de vinculação, tirante o fato de desempenharem, ambos, atividades sob regime de direito público.

Não entro na discussão acerca da compreensão que se passou a ter da Defensoria Pública após a Emenda Constitucional nº 45/2004, ou mesmo do grau de autonomia que caracteriza a instituição, embora não se desconheça aqueles que o façam, como se verifica do ensaio *infra* (VARGAS, Cirilo Augusto. *Súmula nº 421 do STJ: um equívoco que persiste*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, nº 2482, 18 abr. 2010. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/14707)

> "No ano de 2003, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (Interessante mencionar que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça é composta por ministros da Primeira Turma e da Segunda Turma e aprecia matérias de Direito Público, com ênfase para as questões administrativas e tributárias) firmou entendimento, através da decisão prolatada no Recurso Especial 493.342/RS (STJ, Resp nº 493.342/RS, Primeira Seção, Ministro Relator José Delgado, julgamento em 10.12.2003), no sentido de que a Defensoria Pública estadual, por ser entidade desprovida de personalidade jurídica, não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda Pública estadual, em causa patrocinada por Defensor Público. O ministro José Delgado, então relator do acórdão, consignou que:
> 'A Defensoria Pública é mero, não menos importantíssimo, órgão estadual, no entanto, sem personalidade jurídica e sem capacidade processual, denotando-se a impossibilidade jurídica de acolhimento do pedido da concessão da verba honorária advocatícia, por se visualizar a confusão entre credor e devedor.'
> A suposta confusão entre o órgão público e os estados membros foi repetidamente invocada pelo Tribunal Superior (EREsp. 566.551/RS, EREsp. 480.598/RS, REsp. 852.459/RJ, REsp. 1.108.013/RJ) até que, em 11 de março de 2010, decidiu o Superior Tribunal de Justiça formalizar seu posicionamento através da publicação do enunciado 421, segundo o qual 'Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.'
> Formulamos neste ensaio argumentos jurídicos para demonstrar que a tese sustentada em 2003 pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça e recentemente transformada em enunciado de súmula por aquele tribunal, carece de respaldo legal e constitucional, ante o atual tratamento normativo conferido à Defensoria Pública.
> Inicialmente, destacamos que a confusão, prevista nos artigos 1.049 do Código Civil de 1916 e 381 do Código atual, configura instituto de natureza civil pelo qual se reúnem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor. Cabe, portanto, indagar: seriam os Estados membros ou a União Federal (entes políticos) credores dos honorários sucumbenciais eventualmente recolhidos pela Defensoria Pública Estadual ou pela Defensoria Pública da União?
> A Emenda Constitucional 45/04 concedeu à Defensoria Pública autonomia funcional, administrativa e financeira (iniciativa de elaboração de sua proposta

orçamentária, prevendo a sua gestão financeira anual). Por via reflexa, a instituição deixou de ser um simples órgão auxiliar do governo, passando a ser órgão constitucional independente, sem qualquer subordinação ao Poder Executivo (TJMS, Apelação Cível nº 2007.025343-7/0000-00, 3ª Turma Cível, Desembargador Relator Oswaldo Rodrigues de Melo, julgamento em 17.09.2007). A Constituição Federal não deixa margem para indagações:

Artigo 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV).

(...)

Parágrafo 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no artigo 99, parágrafo 2º.

A Lei Complementar Federal nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, dispõe em seu artigo 4º, XXI, que:

'são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.'

O dispositivo transcrito possui redação relativamente nova, promovida pela Lei Complementar Federal nº 132, de outubro de 2009. Os Estados membros têm o dever de adaptar a organização de suas Defensorias Públicas aos preceitos da Lei Complementar Federal nº 80, inclusive no que concerne à criação dos fundos de gestão das verbas sucumbenciais.

Extrai-se das normas transcritas que, implantados ou não os fundos destinatários da verba honorária recolhida pela Defensoria Pública, não há como argumentar que a Fazenda Pública (estadual ou federal) é credora dos valores arrecadados. Nesse sentido, sustentar hoje em dia a ocorrência de confusão, na trilha do velho entendimento encampado pelo Superior Tribunal Justiça, é, antes de tudo, negar validade ao texto legal.

A desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão proferida no ano de 2008, sustentou que 'A partir da vigência da Lei Complementar 65/2003 os honorários sucumbenciais relativos ao Defensor Público não são convertidos em renda para o Estado, razão pela qual são devidos pela fazenda Pública do Estado.' (TJMG, Apelação cível, nº 1.0024.06.148112-3/001, julgamento em 17.04.2008. Nesse sentido, decidiu, no ano de 2002, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul: 'Com o advento da Lei Complementar Estadual nº 94, de 26 de dezembro de 2001, os honorários advocatícios, nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública Estadual, serão fixados em prol do respectivo órgão e não mais em favor da Fazenda Pública Estadual.' (Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2001.010484-9/0001.00, Primeira Turma Cível, rel. Desembargador Hildebrando Coelho Neto, julgamento em 28.05.2002)).

Na verdade é antiga a noção de que a verba honorária arrecadada pela Defensoria

Pública não ingressa, em hipótese alguma, no patrimônio do ente político respectivo. Vale lembrar que no Estado do Rio de Janeiro, o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública - CEJUR/DPGE (criado pela Lei Estadual nº 1.146 de 1987), é custeado pelo Fundo Orçamentário Especial, cuja receita provém, dentre outras fontes, dos 'honorários advocatícios que em qualquer processo judicial, pelo princípio da sucumbência, caibam à Defensoria Pública.' (art. 3º, I).

O verdadeiro sentido de 'autonomia' também deve ser invocado para rebater a vetusta tese pretoriana. Autonomia administrativa e financeira pressupõe capacidade de autodeterminação de uma instituição, conforme suas próprias leis, livre de qualquer fator externo com influência subjugante. Há bastante tempo Maria Sylvia Zanella Di Pietro já ensinava que 'autonomia, de autós (próprio) e nómos (lei), significa o poder de editar as próprias leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição; nesse sentido, só existe autonomia onde haja descentralização política' (DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 350).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu recentemente decisão no sentido de que 'A Defensoria Pública tem poderes para auto-organizar seus serviços, bem como capacidade para elaboração de orçamento próprio, com gestão e aplicação dos recursos que lhe são destinados' (TJRS, Apelação Cível nº 70022299911, julgamento em 10.04.2008).

Ora, parece claro que, se os tribunais reconhecem a autonomia da Defensoria Pública, mas, paralelamente, são obrigados (por força da súmula nº 421) a negar sua capacidade de gestão patrimonial, incorrem em grave contradição, redundando, conforme anteriormente sublinhado, em violação da norma jurídica que organiza a Instituição. Neste ponto, cabe ressaltar a colocação do Desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Paulo Alfeu Puccinelli:

'Tenho que a confusão alegada entre o Estado e a Defensoria Pública não ocorre, a uma, porque a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, concedeu autonomia funcional à Defensoria Pública, ou seja, ela deixou de ser um órgão auxiliar do governo e se tornou um órgão constitucional independente, vale dizer, sem nenhuma subordinação ao Poder Executivo. Além do que, também recebeu autonomia administrativa e financeira. Assim, tenho que é perfeitamente possível o Estado de Mato Grosso do Sul ser condenado a pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, não ocorrendo a mencionada confusão prevista no artigo 381 do Código Civil (TJMS, Apelação Cível nº 2007.000596-0, julgamento em 05.03.2007).'

Tudo indica que existe no aludido precedente do Superior Tribunal de Justiça uma imprecisão terminológica, que foi ratificada pela súmula nº 421: órgão é entidade despersonalizada, não se discute. Todavia, se o órgão é autônomo (como, no caso, a Constituição afirma ser), pouco importa a ausência de personalidade jurídica. Impõe-se o reconhecimento de destinatários diversos de receitas: Estado membro (ou União Federal) e Defensoria Pública, estadual ou federal. Pensar o contrário é concordar com a absurda tese de que toda e qualquer verba honorária fixada em prol da Defensoria Pública pertence à Fazenda, estadual ou federal.

Em resumo: a súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça trata duas situações idênticas de forma distinta. Se o devedor sucumbente for pessoa diversa do Estado,

> o credor dos honorários será a Defensoria Pública. Caso contrário, se o devedor for o Estado, o credor não mais será a Defensoria, mas o próprio ente político. Curioso é que poucas pessoas questionam o absurdo desse raciocínio e a maioria simplesmente o toma como verdade.
> À guisa de conclusão, verificamos que a antiga decisão do Superior Tribunal de Justiça, que serve como precedente para elaboração da súmula 421, foi proferida no ano de 2003, ou seja, antes da alteração constitucional promovida pela Emenda 45/2004, que consagrou a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública. Precede também a elaboração da norma prevista no artigo 4º, XXI da Lei Complementar Federal 80/94, que alude aos fundos para aparelhamento da Instituição.
> Logo, a conversão daquele vetusto entendimento em súmula, no ano de 2010, só pode ser qualificada como ilegal e inconstitucional. Isso porque ignora, de um lado, a existência dos fundos para aparelhamento da Defensoria Pública, expressamente referidos na Lei Complementar Federal nº 80/94 e, de outro, a autonomia administrativa e financeira assegurada pelo artigo 134, parágrafo 2º da Constituição Federal.
> A súmula 421 revela também um privilégio injustificável (e circunstancial) para a Fazenda Pública, pois trata o Estado membro e União Federal como credores dos honorários recolhidos pela Defensoria Pública somente quando são sucumbentes em causa patrocinada por Defensor Público.
> Reputamos fundamental perceber que a ausência de personalidade jurídica de uma entidade não elimina sua capacidade de gestão patrimonial autônoma, diversa daquela referente ao ente político. Como exemplo, citamos o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e da União, ambos órgãos classificados como independentes, a exemplo da Defensoria Pública."

Suficiente, *in casu*, a constatação de que, com relação ao INSS, autarquia dotada de personalidade jurídica própria, marcada, entre outras particularidades, pela autonomia financeira, a distinção que o regime de descentralização adotado na Administração Pública acarreta parece tornar proibitiva qualquer alusão à aplicação do instituto da confusão, justamente pelo fato de se tratar de sujeito distinto cuja "caracterização como pessoa jurídica importa a ausência de identidade subjetiva da autarquia em face da Administração indireta. A autarquia é titular de direitos e deveres em nome próprio. Há um patrimônio próprio da autarquia. Em termos práticos, isso significa a diferenciação entre a autarquia e a pessoa da Administração direta a que ela se vincula. Os atos praticados pela autarquia não são atribuídos à Administração direta e vice-versa" (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183).

Válida, ainda, a cita do ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 161), *ipsis verbis*:

> "Sendo, como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos,

não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônios próprios, de tal sorte que desfrutam de 'autonomia' financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas - logo, descentralizadas.

Sempre se entendeu, pois, como é natural, que as autarquias, por serem pessoas, embora intra-estatais, são centros subjetivos de direitos e obrigações distintos do Estado."

Material de pesquisa recente que se fez chegar às minhas mãos revela que, nos Tribunais Regionais Federais, não são poucos os julgados a resolver a questão nesses termos.

Confira-se, a propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONSTRIÇÃO JUDICIAL REALIZADA SOBRE BEM MÓVEL DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO. TRADIÇÃO. PENHORA INDEVIDA. DESCONSTITUIÇÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DEFINIDOS PELOS §§ 3º E 4º DO ART. 20 DO CPC. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. I - Mesmo diante da emissão dos recibos extemporaneamente, restou comprovado que a compra e venda dos bens constritos (um barco a motor de 9 metros e um motor de 18 HP) ocorrera no ano de 2001, antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal. Sendo assim, a falta do registro da transferência dos bens junto ao órgão competente não afasta a alegação de propriedade dos referidos bens pela embargante, tendo em vista que, por se tratar de bens móveis, a transferência da propriedade se concretiza no ato da tradição, nos termos do art. 1.267 do Código Civil. Precedentes. II - *Conforme entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, os honorários advocatícios são devidos, na espécie, tendo em vista que a recorrida estava representada pela Defensoria Pública da União, não se confundindo com o representante da Autarquia Federal, em razão de possuírem personalidades jurídicas distintas*. III - Apelação desprovida. Sentença confirmada."
(1ª Região, Apelação Cível nos Embargos de Terceiro nº 2006.42.00.000256-2/RR, 8ª Turma, rel. Desembargadora Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 6.5.2011)

"APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0011567-46.2008.4.03.6105/SP
2008.61.05.011567-4/SP
RELATOR: Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO: DANIELLE CABRAL DE LUCENA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO: IZENAIDE MARIA DE OLIVEIRA e outro
: RAFAEL DE OLIVEIRA
ADVOGADO: IVNA RACHEL MENDES SILVA SANTOS (Int. Pessoal)
: ANNE ELISABETH NUNES DE OLIVEIRA (Int. Pessoal)
: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Int. Pessoal)
REMETENTE: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Defensoria Pública da União em face da decisão que deu parcial provimento ao recurso da autarquia para afastar a condenação em honorários advocatícios em favor daquele Órgão.

A Defensoria Pública da União atribui à decisão os vícios da contradição e obscuridade, alegando, em suma, que, não obstante proibido o percebimento de honorários advocatícios pelos membros da Defensoria, nada impede que valores a esse título sejam destinados ao Fundo de Aperfeiçoamento Profissional da Defensoria Pública da União - FUNADP, atualmente previsto em projeto de lei, quando aprovado.

É o relatório. Decido.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 421, segundo a qual 'os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.' (Súmula 421, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/03/2010, DJe 11/03/2010).

A matéria foi tratada em recurso especial em que reconhecida a representativa da controversa:

'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL, ART. 381 (CONFUSÃO). PRESSUPOSTOS.

1. Segundo noção clássica do direito das obrigações, ocorre confusão quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor.

2. Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal extingue-se a obrigação.

3. Com base nessa premissa, a jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.

4. *A contrario sensu*, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC e à Resolução nº 8/2008-STJ.'

(REsp 1108013/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2009, DJe 22/06/2009)

Embora, em tese, não evidenciada a confusão entre credor e devedor no presente caso, em que a Defensoria Pública da União atuou contra o INSS, autarquia federal, portanto, pessoa jurídica de direito público diversa da União, os embargos de declaração não se prestam, sob pena de desvirtuamento de uso, a rever posicionamentos firmados sem os vícios que autorizam sua oposição.

Com efeito, uma vez publicada a decisão, o juízo de retratação somente é permitido nos limites do agravo inominado previsto no Art. 557 do CPC, na presença de erro material, ou quando decorrente da correção de eventual omissão, contradição ou obscuridade.

Denota-se que o recurso tem nítido caráter infringente, ou seja, pretende o recorrente que este Relator reveja a decisão proferida, para que outra atenda à interpretação trazida em seu bojo, não havendo, propriamente, falha a ser sanada.

Impugna-se o conteúdo do decisório já assentado, no qual, conforme já destacado, não se vislumbram os requisitos admitidos para o seu acolhimento.
Repito que os embargos de declaração não são hábeis ao reexame da causa, devendo a recorrente valer-se das vias próprias para a impugnação pretendida, entendimento, aliás, já sufragado pelas Cortes Pátrias (*v. g.* - EDRE nº 255.121, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 28.03.03, p. 75; EDRE nº 267.817, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 25.04.03, p. 64; EDACC nº 35.006, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU de 06.10.02, p. 200; RESP nº 474.204, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJU de 04.08.03, p. 316; EDAMS nº 92.03.066937-0, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJU de 15.01.02, p. 842; e EDAC nº 1999.03.99069900-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 10.10.01, p. 674).
Quanto à pretensão de prequestionamento do tema, intenciona o embargante, por meio deste recurso, sob o alegado prequestionamento da matéria, rediscutir a lide, sendo despicienda a adoção de posicionamento explícito a respeito, considerando que a matéria deverá ser objeto do recurso cabível. Nesse sentido é a melhor exegese jurisprudencial, assentada pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: 'Prescinde o prequestionamento da referência expressa, no acórdão impugnado mediante o recurso, a números de artigos, parágrafos, incisos ou alíneas. Precedente: Recurso Extraordinário nº 128.519-2/DF' (RE nº 184347/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU de 20.03.98).
Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.
Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, retornem os autos conclusos para oportuno julgamento do agravo interposto pelo INSS às fls. 204/206.
São Paulo, 04 de abril de 2011.
BAPTISTA PEREIRA
Desembargador Federal"

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENSINO SUPERIOR. CURSO DE MÚSICA. INSCRIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. SÚMULA 421 DO STJ. INAPLICABILIDADE NO CASO.
1. O autor efetivamente pleiteou sua inscrição, via SISU, no Curso de Música com Habilitação em Piano/Bacharelado da UFPel. O autor realizou o teste específico para o Curso de Música, obtendo a respectiva aprovação. Assim, não se afiguraria razoável que o autor, tendo prestado o processo seletivo com êxito, tivesse o seu acesso ao ensino superior embaraçado em virtude de problemas de ordem operacional do INEP, aos quais não deu causa.
2. *A Súmula 421 do STJ não é aplicável à hipótese em tela, haja vista que a Defensoria Pública da União não pertence à pessoa jurídica da Universidade Federal de Pelotas, mas sim é órgão da União Federal. Ademais, a Súmula 421 do STJ reflete jurisprudência anterior ao advento da Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009, que alterou a Lei Orgânica da Defensoria Pública - LODP."*
(4ª Região, Apelação/Reexame Necessário nº 5000533-80.2010.404.7110/RS, 4ª Turma, rel. Juiz Federal Guilherme Beltrami, j. em 2.8.2011)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE COTAS. FUNDAÇÃO BRADESCO. EQUIVALÊNCIA COM O ENSINO PÚBLICO. HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS. 1. Remessa oficial e apelação em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, que julgou procedente o pedido, confirmando a tutela concedida, para determinar à Universidade Federal de Sergipe que efetue a matrícula do autor no curso de Engenharia de Pesca (vesperino), desde que apresentados os documentos necessários, não podendo, porém, obstar tal intento com o fundamento alegado e rechaçado nesta decisão de que a parte autora não estudara em escola pública. Condenou, ainda, a autarquia no pagamento de honorários advocatícios, que fixou em R$ 2.000,00 (dois mil reais). 2. De acordo com a Resolução nº 80/2008/CONEPE, que institui o programa de ações afirmativas para garantia de acesso de grupos menos favorecidos à Universidade Federal de Sergipe: 'Art. 2º Do saldo de vagas remanescente será reservado cinqüenta por cento das vagas de todos os cursos de graduação ofertados pela Universidade Federal de Sergipe aos candidatos que comprovem a realização de cem por cento do ensino médio em escolas públicas das redes federal, estadual ou municipal e pelo menos quatro séries do ensino fundamental nessas mesmas instituições'. 3. Embora o autor tenha cursado a 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e todo o ensino médio na Escola de Educação Básica e Profissional Fundação Bradesco, esta instituição é sem fins lucrativos e possui certificado de entidade beneficente de assistência social destinada ao ensino de pessoas carentes, tal como as escolas públicas. Ademais, conforme asseverado pelo MM. Juiz *a quo*, 'sabe-se que tais entidades existem para atender a demanda da população na busca de escolas, assumindo um caráter equivalente ao ensino público e muitas vezes suprindo a carência das próprias escolas públicas nas comunidades carentes. Nesse sentido, não há como entender de forma contrária à possível equiparação de tal instituição como escola pública, deixando prevalecer a forma ao invés da finalidade eminentemente pública e social'. 4. Ademais, restou comprovado nos autos que, ainda que o autor não tivesse concorrido no vestibular da UFS pelo sistema de cotas, a nota obtida no certame seria suficiente para sua aprovação. 5. No que se refere aos honorários advocatícios, a Primeira Seção, no julgamento do Resp nº. 1108013/RJ, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no DJe de 22/06/2009, sob o regime do artigo 543-C, do Código de Processo Civil e da Resolução nº. 8/2008, do Superior Tribunal de Justiça (recursos repetitivos), pacificou o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante. 6. *No caso dos autos, entretanto, deve ser mantida a condenação em honorários advocatícios, pois embora se trate da mesma estrutura da administração, a Defensoria Pública é órgão da União e a Universidade Federal de Sergipe é uma autarquia, ou seja, pessoa jurídica diversa, motivo pelo qual não cabe a aplicação da confusão, que ocorre quando na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor (art. 381 do Código Civil)*. 7. Apelação e remessa oficial improvidas."

(5ª Região, Apelação/Reexame Necessário nº 0000645-74.2011.4.05.8500/SE, 1ª Turma, rel. Juiz Federal Francisco de Barros e Silva, j. em 30.6.2011)

Conclusão: novamente analisando o tema, agora no âmbito desta Seção especializada, que reúne, sem dúvida, melhores condições para se debruçar em questões de maior complexidade, longe do afogo que acomete o julgamento nas Turmas, cuja quantidade de

processos, em progressão geométrica, acaba, muitas vezes, dificultando o exame com a profundidade exigida, em meio ao cumprimento de metas de celeridade, impostas pela nova realidade no âmbito do Judiciário como forma de enfrentar a enorme pletora de feitos com a agilidade e eficiência exigidas até por norma constitucional que impõe a razoável duração do processo, e na própria ânsia de se abreviar o caminho até o provimento com solução definitiva à lide, preservando-se acima de tudo o precioso tempo, inimigo na relação processual marcada pelo retardamento e verdadeiro fator de corrosão dos direitos (Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil.* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55), altero posicionamento anterior para considerar que o pagamento de verbas sucumbenciais em favor da Defensoria Pública da União, em hipóteses como a presente, ao menos até que o Superior Tribunal de Justiça se manifeste propriamente a esse respeito, apresenta-se perfeitamente possível.

Posto isso, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

- Sobre o fato de o demandante ser assistido pela Defensoria Pública não eximir a parte contrária do pagamento de honorários advocatícios, veja também o seguinte julgado: AC 2003.02.01.004516-5/RJ, Relator Desembargador Federal Ricardo Regueira, publicada na RTRF3R 63/809.

EMBARGOS INFRINGENTES
0044352-63.2001.4.03.9999
(2001.03.99.044352-0)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargada: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: EI 730459
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2011

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO UNÂNIME. DIVERGÊNCIA DESTACADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DISCORDÂNCIA NÃO CARACTERIZADA NA OCORRÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. ABERTURA DA VIA INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Ao decidir os embargos declaratórios, a Turma julgadora confirmou o acórdão então atacado, tendo, como principal fundamento, que o embargante pretendia rediscutir a matéria e imprimir caráter infringente àquele recurso ao desviá-lo da destinação jurídica-processual própria.

2 - O caso dos autos insere-se na exceção que impossibilita o conhecimento do recurso, considerando que o voto discordante não se ateve à matéria restrita aos embargos de declaração (incisos I e II do art. 535 do CPC). Ao contrário, invocando interpretações mais recentes sobre a questão deixou evidente que discordava do entendimento de mérito.

3 - Impossibilidade de abertura da via infringente, tendo em vista que os embargos declaratórios sucumbiram logo na primeira fase do julgamento, vale dizer, foram desacolhidos porque não se constituíam em caso de omissão, obscuridade ou contradição.

4 - Embargos infringentes não conhecidos.

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, não conheceu dos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2011.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra acórdão da Egrégia Oitava Turma deste Tribunal que, *por*

unanimidade, deu parcial provimento à apelação da parte autora para determinar o prosseguimento da execução, com a incidência de IGP-DI e juros de mora até a data da inclusão do precatório no orçamento e o IPCA-E a partir de então.

O aresto embargado de fls. 217/218, de lavra da Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, foi assim ementado:

> "PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.
> - A atualização dos débitos relativos a benefícios previdenciários deve ocorrer, até a data da inclusão do precatório no orçamento, com a utilização de índices como o IRSM, o IPC-r, IGP-DI e o INPC, entre outros, ou fixados na sentença, conforme orientação da Resolução nº 561/2007 - Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
> - Após a data da inclusão do precatório no orçamento, há que se observar o reajuste monetário dos precatórios judiciários, a partir de jan/92, pela UFIR (Lei nº 8.383/91) e, a partir de jan/2001, pelo IPCA-E, divulgado pelo IBGE, em razão da extinção da UFIR, pela MP nº 1973-67, artigo 29, § 3º.
> - Inexistência de violação à coisa julgada. A indexação determinada na sentença é observada na elaboração dos cálculos de liquidação até a inclusão do precatório, observando-se, posteriormente, as regras constitucionais e legais relativas ao adimplemento do débito de natureza pública, judicialmente constituído.
> - Os juros de mora, nos termos da orientação do E. STF, são devidos até a data da inclusão do precatório no orçamento.
> - Apelação parcialmente provida para determinar a elaboração de cálculos, com aplicação, no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento, dos juros moratórios e dos índices de atualização dos débitos relativos aos benefícios previdenciários, estabelecidos pela Resolução nº 561/07 do CJF, e, a partir de então, do IPCA-E".

Interpostos embargos de declaração (fls. 221/225), nos quais o INSS sustentava haver obscuridade no tocante à aplicação dos juros de mora a partir da data da homologação dos cálculos de liquidação, assim como em relação ao termo final de incidência do IPCA-E, foi, *por maioria de votos, negado provimento ao recurso* (fls. 233/237).

Desta feita, aduz o embargante, em suas razões recursais de fls. 250/257, que deve prevalecer o voto vencido, proferido quando dos embargos de declaração, ante a impossibilidade de incidência de juros de mora a partir da data dos cálculos, conforme orientação jurisprudencial pacífica do STF e do STJ.

Sem contrarrazões (fl. 259).

Os presentes embargos, interpostos em 24.09.2009, foram admitidos à fl. 260, por decisão datada de 16.12.2009.

Sem manifestação da embargada (fl. 263).

Redistribuídos à fl. 263 v, os autos vieram conclusos para decisão.

É o relatório.

À revisão (artigo 34, V, do Regimento Interno desta Corte).

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Preliminarmente, sustenta o embargante o cabimento dos presentes embargos infringentes considerando que, em sede de embargos de declaração, a Turma decidiu, por votação não unânime, negar provimento ao seu recurso, mantendo o acórdão na parte que entendia devida a incidência de juros no período consignado. Defende, dessa maneira, que a reforma parcial da decisão *a quo* acabou se dando também por maioria de votos.

Destaco, inicialmente, que ao decidir os embargos declaratórios, a Turma julgadora *confirmou* o acórdão então atacado, tendo, como principal fundamento condutor daquele resultado, que o embargante pretendia "rediscutir a matéria, imprimindo caráter infringente aos seus embargos ao desviá-los da destinação jurídica-processual própria" (fl. 235).

O voto minoritário registrado naquela ocasião relata que o embargante (o qual não sugeria ser o caso de se explicitar ou de eventualmente se completar o real sentido da decisão adotada), alegava "obscuridade" em face do *entendimento* firmado pelo v. aresto, no tocante à inexistência de mora do INSS após o trânsito em julgado do cálculo de liquidação, o que concluiu ser passível de supressão com o acolhimento dos embargos declaratórios, aos quais pretendia emprestar caráter infringente (fls. 245/246).

Nossos Tribunais têm admitido o cabimento de embargos infringentes em face de acórdão não unânime proferido em sede de embargos de declaração, nas hipóteses em que este, ao sanar uma omissão, contradição ou obscuridade existente na decisão atacada, acaba por incorporá-la.

Esta Seção, inclusive, registra precedente nesse sentido, conforme ementa que segue:

> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. VOTO VENCIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE JUNTADA. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. EXTENSÃO DA DIVERGÊNCIA. RECONHECIMENTO DE PERÍODO DE TRABALHO RURAL PARA FINS DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DECLARAÇÃO DO PRÓPRIO INTERESSADO HOMOLOGADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO COMPROVAÇÃO.
> - O voto vencido proferido em embargos de declaração integra o acórdão do julgamento da apelação, possibilitando a oposição de embargos infringentes, nos limites da divergência.
> - A ausência de juntada do voto vencido não acarreta a inadmissibilidade dos embargos infringentes. Precedentes do STJ.
> - Extensão da divergência conhecida, a partir da tira de julgamento e do acórdão dos embargos declaratórios.
> - Reconhecimento, pelo voto vencido, da 'declaração do sindicato homologada pelo Ministério Público, como documento hábil para fins de comprovação da atividade rural', conforme registro na tira de julgamento e no acórdão.
> - Incongruência com o documento trazido aos autos, consistente em declaração do próprio interessado, homologada pela Promotoria de Justiça.
> - Documento não previsto na lei como prova do labor rural, não amparado em qualquer outro documento ou prova existente nos autos e não equivalente à hipótese com base na qual foi proferido o voto vencido.

- Embargos infringentes desprovidos".
(EI 94.03.07.5054-5, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, j. 09.12.2010, D. E. 07.01.2011).

Vale lembrar que, na jurisprudência desta Corte, acima colacionada, os embargos de declaração haviam sido acolhidos unanimemente *para reconhecer e sanar omissão apontada* e acabaram sendo decididos majoritariamente no tocante aos seus efeitos sobre a decisão embargada.

Em outra oportunidade mais recente, ou seja, quando do julgamento dos embargos infringentes interpostos na AC nº 1999.03.99.042653-6, de relatoria da eminente Des. Fed. Daldice Santanta, em 22 de setembro de 2011, encampei, sem ressalvas, o cabimento do recurso, por observar que a divergência quanto ao período de incidência de juros de mora já havia se instalado quando do julgamento da apelação. Da tira de julgamento registrada em 02.02.2009, consta que, naquela oportunidade, "A Oitava Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky o fazia em menor extensão, para determinar a elaboração dos cálculos, com aplicação, no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento, dos índices de atualização dos débitos relativos aos benefícios previdenciários, estabelecidos pela Resolução nº 561/07 do CJF, e, a partir de então, do IPCA-E". Concluí, portanto, que o acórdão, na questão específica de incidência dos juros, não havia se confirmado por unanimidade desde antes dos declaratórios.

Não obstante, o caso dos autos insere-se na exceção que impossibilita o conhecimento do recurso, considerando que o voto discordante não se ateve à matéria restrita aos embargos de declaração (incisos I e II do art. 535 do CPC). Ao contrário, invocando interpretações mais recentes sobre a questão deixou evidente o seu pedido de licença "para discordar do entendimento de mérito" (fl. 245).

O voto discordante, portanto, não estava destinado a suprir uma omissão, a esclarecer uma obscuridade ou a dissipar uma contradição. Visava dar à solução da causa uma nova interpretação da norma legal aplicada, pretendendo, assim, conferir aos embargos de declaração os efeitos infringentes próprios do recurso ora apresentado.

Confira-se a propósito, o precedente que segue:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DIVERGÊNCIA LANÇADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. DISCORDÂNCIA NO TOCANTE À MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO CABIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte, como também a doutrina, reconhecem a possibilidade de abrir a via infringente contra acórdão não unânime, em sede de embargos de declaração, tendo em vista que os aclaratórios constituem um desdobramento do acórdão da apelação, incorporando-se a este, *desde que a discordância esteja caracterizada na ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade*.

2. Se a questão divergente lançada pelo Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração, ficou limitada, tão-somente, à aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, esta não tem o condão de viabilizar os embargos de infringência.

3. Recurso especial improvido" (g. n).
(REsp nº 465.763/BA, Rel. Min. José Delgado, j. 27.05.2003).

Com efeito, restou claro, tanto para o voto-condutor, quanto para o minoritário, que os declaratórios visavam a rediscussão dos fundamentos do julgado, eis que a questão relacionada ao termo *a quo* dos juros de mora consistiu no único ponto que mereceu reforma na sentença de primeiro grau e que fora, na oportunidade, suficientemente esclarecido, conforme constou da ementa que segue reproduzida:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. JUROS DE MORA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30/00. AUSÊNCIA DE MORA IMPUTÁVEL AO INSS. ARTIGO 100, §§ 1º E 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> - No acórdão ficou suficientemente esclarecido que devem incidir plenamente juros moratórios até a inclusão do precatório no orçamento em 1º de julho, segundo preceito contido no § 1º do artigo 100 da Constituição Federal e conforme entendimento pacificado pelo E. STF no Recurso Extraordinário nº 298.616, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
> - A determinação da incidência de juros moratórios no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento não colide com o disposto no artigo 100, § 1º, da Constituição da República, que trata de período posterior.
> - Os juros moratórios não incidem apenas no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento (1º de julho), mas também nas hipóteses em que o pagamento, embora realizado no prazo legal, não os computou corretamente, nem observou os critérios de correção monetária estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, caracterizando o inadimplemento parcial da obrigação.
> - O INSS é responsável pela mora, pois sua resistência indevida conduziu à necessidade da tutela jurisdicional, devendo responder por toda a demora ocasionada pelos trâmites processuais, inerentes ao sistema, que conduzem a prazos mais dilatados de pagamento, até a plena satisfação do credor. Excetua-se, somente, o período expressamente previsto na Constituição da República, desde que observados os respectivos prazos de quitação.
> - Embargos de declaração a que se nega provimento".

Ressalte-se que não ocorreu dissensão acerca da possibilidade de se computar juros de mora até a data do depósito quando do julgamento da apelação, dado o consenso formado entre os julgadores que, na ocasião, compunham o quórum.

Ao interpor os aclaratórios, o embargante não pretendera sanar eventual omissão, obscuridade ou contradição. Buscou, sem sucesso, uma reforma integral do posicionamento adotado pelo colegiado, ou seja, o que pretendia era um rejulgamento do apelo, como novamente pretende agora.

Com diferente composição na Turma, a maioria confirmou integralmente o acórdão atacado. Desta feita, o que se decidiu é que a questão não se inseria no contexto integrativo ou explicativo do recurso, a ensejar a oposição do recurso, pois traduzia apenas a irresignação do embargante quanto à solução dada ao mérito do apelo.

Conforme já esclarecido, o voto minoritário não propôs a supressão de alguma falha ou imperfeição, de forma a integrar um julgado tido por incompleto. Na verdade, ultrapassando a finalidade de integração, reapreciou, de imediato, a tese de mérito já admitida

unanimemente, apresentando uma solução diversa, a partir de uma nova proposição adotada pelos Tribunais Superiores.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, "Na sistemática do julgamento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, cabe ao julgador examinar, em primeiro lugar, se há obscuridade, omissão ou contradição para, em um segundo momento, corrigir-se o julgado do defeito apresentado e, finalmente, se da correção surgir uma tese nova, sem apreciação, procede-se ao exame da matéria remanescente para dar ou não efeito modificativo" (Embargos de Divergência em REsp nº 512.399/PE, j. 02.12.2009).

Incabíveis, portanto, os infringentes apresentados, tendo em vista que os embargos declaratórios sucumbiram logo na primeira fase do julgamento, vale dizer, foram desacolhidos porque não se constituíam em caso de omissão, obscuridade ou contradição. Consequentemente, o seu veredicto não atingiu a finalidade de complementação daquele anterior.

Ante o exposto, *não conheço do recurso*.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE:

Cuida-se de embargos de declaração, opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face do v. acórdão que deu parcial provimento à apelação para determinar a elaborações de cálculos, com aplicação, no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento, dos juros moratórios e dos índices de atualização dos débitos relativos aos benefícios previdenciários, estabelecidos pela Resolução nº 561/07 do CJF, e, a partir de então, do IPCA-E.

Alega o embargante, em síntese, que o v. aresto restou obscuro no tocante à inexistência de mora do INSS entre a data do trânsito em julgado do cálculo de liquidação e a inscrição do débito no orçamento.

Requer a supressão da falha apontada, ressaltando a finalidade de estabelecer o prequestionamento da matéria.

A Ilustre Relatora, Desembargadora Therezinha Cazerta, entendeu que a resistência indevida da ré conduziu à necessidade da tutela jurisdicional, razão pela qual deve a Autarquia responder por toda a demora ocasionada pelos trâmites processuais, inerentes ao sistema, que conduzem a prazos mais dilatados de pagamento, até a plena satisfação do credor, excetuando-se, somente, o período expressamente previsto na Constituição da República, desde que observados os respectivos prazos de quitação, no que foi acompanhada pela Ilustre Desembargadora Vera Jucovsky.

Peço licença a Sua Excelência para discordar do entendimento de mérito, pelas razões seguintes:

No que diz respeito aos juros de mora, cumpre observar que no julgamento da questão de ordem suscitada no RE nº 591085, em 04.12.2008, o Pleno da Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral e ratificou o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema, no sentido de que não incidem juros de mora sobre os precatórios, no período compreendido entre a sua expedição - inclusão no orçamento das entidades

de direito público - e o seu pagamento, quando realizado até o final do exercício seguinte, ou seja, dentro do prazo constitucional de 18 meses.

Conclui-se, portanto, que a orientação traçada pelo Pretório Excelso revela preocupação com a solução da lide, já que de outra forma, essa última etapa do processo satisfativo comportaria inúmeras requisições suplementares insinuando a eternização do conflito, afastando, então, a possibilidade de uma prestação jurisdicional efetiva, justa e célere.

Nesta esteira, faz-se mister considerar que, se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de entrada do precatório ou RPV no setor competente do E. Tribunal, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor.

Esse entendimento encontra-se em consonância com a atual orientação traçada pelos E. Tribunais Superiores:

> "*Ementa*. Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Juros de mora entre as datas da expedição e do pagamento do precatório judicial. Não-incidência. Precedentes. 4. Descabimento, pelos mesmos fundamentos, de juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a data de apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório(§ 1º do art. 100 da Constituição). 5. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: AI-AgR - AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Processo: 492779; UF: DF - DISTRITO FEDERAL; Fonte: DJ; Data: 03-03-2006; PP-00076; EMENT VOL-02223-05; PP-00851; Relator: GILMAR MENDES)

> "*PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA.*
> 1. Não incide juros de mora entre a data de homologação dos cálculos de liqüidação e o registro do precatório.
> 2. Precedentes.
> 3. Recurso especial provido."
> (RECURSO ESPECIAL Nº 923.549 - RS (2007/0031685-0; Data da decisão: 24/04/2007; Relator: MINISTRO PAULO GALLOTTI)

Ou seja, de acordo com a interpretação recente dada à matéria pelos Tribunais Superiores, não são devidos os juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a inscrição do precatório no orçamento.

Conforme pesquisa realizada no sistema informatizado de consultas processuais desta E. Corte, o Precatório nº 2005.03.00.012208-3, foi distribuído neste E. Tribunal Regional Federal em 28/03/2005 e pago (R$ 18.753,31) em 31/01/06 (fls. 155/156), isto é, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.

Por essas razões, dou provimento aos embargos de declaração, a fim de sanar a obscuridade apontada para, emprestando-lhe caráter infringente, alterar o resultado do

Julgado e declarar a inexistência de mora do INSS entre a data do trânsito em julgado do cálculo de liquidação e a inscrição do débito no orçamento, vez que o precatório foi pago no prazo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

AÇÃO RESCISÓRIA
0012992-03.2002.4.03.0000
(2002.03.00.012992-1)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: ALAÍDE PERCELINA ROSA ALVES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AR 2132
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2011

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. LITISPENDÊNCIA. DOLO. NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

1 - Não há que se falar na configuração de má-fé, e por conseqüência, de dolo, a ensejar a rescisão do julgado com base no inciso III do art. 485 do CPC.

2 - Problemas decorrentes da própria máquina administrativa do INSS não dependiam da atuação da parte contrária, de modo que sempre lhe seria possível verificar a ocorrência de litispendência ou coisa julgada.

3 - Presentes os três elementos essenciais e fundamentais à caracterização da litispendência, de acordo com o art. 301 e parágrafos do Código de Processo Civil, quais sejam: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, tem-se que a demanda ajuizada posteriormente reproduz a primeira, razão pela qual deveria ter sido julgada extinta, sem resolução do mérito, conforme determina o art. 267, § 3º, do mesmo Diploma Processual, com prosseguimento regular daquela na qual a citação se deu em primeiro lugar.

4 - A litispendência não foi levantada em nenhum dos processos quando ainda em curso, o que permitiu que o segundo feito, com processamento mais célere, recebesse pronunciamento judicial definitivo, impondo óbice à reapreciação da mesma lide na ação nº 500/94.

5 - Esta Corte não pode rescindir a decisão que, em tese, teria ofendido a coisa julgada, porque lhe falece a competência, nem lhe é possível acolher o pedido de rescisão por litispendência, o que já não mais há.

6 - Tal instituto pressupõe *uma ação em curso*, pendente de julgamento, enquanto que só se rescinde decisão transitada em julgado, a teor do *caput* do art. 485 do CPC, ou seja, uma causa definitivamente resolvida.

7 - Refoge a toda lógica do sistema processual a possibilidade simultânea de rescisão de dois julgados pelo mesmo fato (a duplicidade de demandas), uma por litispendência, ao argumento de que sua verificação importa em violação a literal dispositivo de lei, e a outra por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, CPC).

8 - Neste caso específico, onde não há conflito de interesses quanto à opção do benefício a ser implantado, pois ambas as partes concordam que deva prevalecer o título judicial formado na ação nº 500/94, inclusive de conteúdo mais abrangente, que se componham administrativamente, inclusive porque é vedada a percepção simultânea de duas aposentadorias e porque aquela abarca com tranqüilidade

e folga as parcelas vencidas e executadas no feito nº 50/99.

9 - Pedido rescisório improcedente. Sucumbência recíproca estabelecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o pedido rescisório, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2011.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de Ação Rescisória proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de ALAÍDE PERCELINA ROSA ALVES, com pedido de antecipação de tutela, objetivando desconstituir decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 1999.03.99.095366-4 (processo originário nº 050/99, oriundo da 2ª Vara Judicial da Comarca de Santa Fé do Sul/SP).

Narra o autor, na inicial, que o *decisum* rescindendo negou provimento ao seu apelo e à remessa oficial, confirmando sentença de primeiro grau que o havia condenado a implantar, em favor da ré, o benefício de aposentadoria por idade rural.

Contudo, segundo alega, o provimento judicial deve ser rescindido com fundamento no art. 485, III (dolo) e V (violação a literal dispositivo de lei), do Código de Processo Civil, tendo em vista a inobservância da existência de processo anterior, distribuído sob nº 500/94, o qual teve seu trâmite junto à 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Fé do Sul/SP, com identidade de partes, de pedido e de causa de pedir, caracterizando, dessa forma, litispendência, não reconhecida de ofício.

A inicial veio instruída com cópias de ambos os feitos originais (fls. 10/40 - proc. 050/99 e fls. 42/78 - proc. 500/94), bem como de peças dos respectivos procedimentos administrativos (fls. 80/102).

O *decisum* rescindendo transitou em julgado em 25.04.2000, conforme certidão de fl. 38, e a presente ação foi proposta em 23.04.2002.

Por decisão de fl. 104 foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinada a suspensão do pagamento do benefício e do precatório.

Ofício do juízo de primeiro grau comunicando o levantamento de valores referentes ao precatório e a extinção da execução da sentença da ação subjacente (fls. 115/118).

Vieram-me os autos, por redistribuição, aos 20 de agosto de 2003 (fl. 123).

A ré apresentou contestação, na qual reconhece a procedência da demanda rescisória em face da ocorrência de litispendência e concorda com o pedido de extinção do feito nº 50/99. Pediu, na oportunidade, a compensação dos valores recebidos sobre aqueles que lhe são devidos em razão da primeira causa (fls. 124/126).

Benefício da assistência judiciária gratuita deferido à fl. 133.

Em réplica, a Autarquia Previdenciária pede o julgamento do mérito da demanda, cuja procedência é reconhecida pelo réu (fls. 135/136).

Certificado à fl. 141 o decurso do prazo para apresentação de provas por parte da defesa. Petição de fl. 140, na qual o INSS expressamente as dispensava.

Apresentadas as razões finais, o autor reiterou o pedido de procedência da ação e a compensação dos valores pagos à ré (fls. 144/145) enquanto a defesa deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (fl. 146).

Em parecer da lavra do i. Procurador Regional da República Ademar Viana Filho, o Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência do pedido rescisório (fls. 147/148).

Por decisão datada de 14 de maio de 2009, este Relator revogou a decisão que concedera a antecipação dos efeitos da tutela (fl. 104) e determinou a imediata implantação do benefício previdenciário à ré (fls. 150/151).

É o relatório.

À revisão na forma regimental (art. 34, I).

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

O autor está dispensado do depósito previsto no art. 488, II, do CPC, nos termos do art. 24-A da Lei nº 9.028, de 12/04/1995, bem como da Súmula nº 175 do STJ, *in verbis*: "Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS".

Pretende a Autarquia Previdenciária a rescisão de julgado da Segunda Turma desta Corte, o qual negou provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a sentença de primeiro grau, que a condenou a implantar, em favor da ré, o benefício de aposentadoria por idade rural.

Sustenta a inicial a ocorrência de litispendência e, conseqüentemente, de violação a literal dispositivo de lei, tendo em vista a duplicidade de demandas em curso, simultaneamente. Sustenta, ainda, ter havido dolo por parte da segurada, o que permitiria a rescisão do julgado com base no art. 485, III, do CPC.

Conforme peças acostadas às fls. 10/40, a ré, em 20 de janeiro de 1999, propôs perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Fé do Sul/SP, a ação previdenciária de aposentadoria por idade devida à trabalhadora rural, a qual foi distribuída sob nº 50/99 e julgada procedente em primeira instância. Na sessão realizada em 08 de fevereiro de 2000, a Segunda Turma deste Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso e à remessa oficial, confirmando a decisão monocrática.

Em princípio, vale dizer, durante a tramitação desse feito, haveria a litispendência que alega o autor, considerando que a mesma requerida já havia ingressado com idêntica ação em 19 de setembro de 1994, registrada sob nº 500/94, como demonstram as cópias de fls. 42/78. Anote-se que a decisão que julgou procedente o pedido, proferida em 23 de fevereiro de 1995, foi reformada em grau de apelação aos 13 de agosto de 1996.

Das iniciais colacionadas verifica-se a nítida identidade. Em ambos os feitos a mesma requerida, Sra. Alaíde Percelina Rosa Alves, postulou a condenação do INSS à concessão de aposentadoria por idade, tendo em consideração o trabalho na lavoura, desde a infância até os tempos atuais, na condição de diarista/bóia-fria.

Contudo, não há que se falar na configuração de má-fé, e por conseqüência, de dolo, a ensejar a rescisão do julgado com base no inciso III do art. 485 do CPC. A referida

regra processual dispõe que a sentença de mérito transitada pode ser rescindida quando "resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, a fim de fraudar a lei".

José Carlos Barbosa Moreira ensina que:

> "Ocorre este motivo de rescisão quando a parte vencedora, seja qual for, faltando ao dever de lealdade e boa-fé (art. 14, nº II), haja impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, ou influenciado o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade. (...) Não basta a simples afirmação de fato inverídico, sem má-fé, nem o silêncio acerca do fato desfavorável relevante, nem a abstenção de produzir prova capaz de beneficiar a parte contrária. Tampouco é suficiente que se haja tirado proveito, com habilidade, de alguma situação de inferioridade em que se tenha visto o adversário, quanto às suas possibilidades de defesa, por motivos estranhos à vontade do litigante vitorioso".
> (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 7ª ed., Ed. Forense, pg. 123).

Em que pese a omissão da parte em relação à existência de uma causa anterior, não vejo que a sua conduta tenha impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, o qual fora chamado para se defender em ambas as ocasiões e, portanto, detinha elementos suficientes para argüição, desde o primeiro momento em que lhe coubera falar.

É certo que o INSS, em razão do grande volume de feitos previdenciários e do reduzido quadro de procuradores autárquicos, encontrava, ao tempo do julgado rescindendo, dificuldade na condução da defesa. Não obstante, tais problemas, decorrentes da própria máquina administrativa, não dependiam da atuação da parte contrária, de modo que sempre lhe seria possível verificar a ocorrência de litispendência ou coisa julgada.

Theotônio Negrão, comentando o art. 485, III, do CPC, esclarece:

> "Não caracteriza dolo processual, ensejador de propositura de ação rescisória, o simples fato de a parte silenciar a respeito de fatos contrários a ela, posto que tal proceder não constitui ardil do qual resulta cerceamento de defesa ou o desvio do juiz de uma sentença justa (RT 673/67)".
> (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 40ª ed., Ed. Saraiva, 2008, p. 622).

Presentes os três elementos essenciais e fundamentais à caracterização da litispendência, de acordo com o art. 301 e parágrafos do Código de Processo Civil, quais sejam: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, tem-se que, como já esclarecido, a demanda ajuizada posteriormente reproduz a primeira, razão pela qual deveria ter sido julgada extinta, sem resolução do mérito, conforme determina o art. 267, § 3º, do mesmo Diploma Processual, com prosseguimento regular daquela na qual a citação se deu em primeiro lugar.

Ocorre que essa questão prejudicial de mérito não foi levantada em nenhum dos processos quando ainda estavam em curso, o que permitiu que o segundo feito, com processamento mais célere, recebesse pronunciamento judicial definitivo, impondo óbice à reapreciação da mesma lide na ação nº 500/94.

Vale destacar que o v. acórdão relativo à segunda ação (de nº 50/99) transitou materialmente em julgado aos *25 de abril de 2000*, enquanto que, na demanda mais antiga

(nº 500/94), o *decisum* proferido na data de *16 de fevereiro de 2001*, no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual reformou acórdão desta Corte para também reconhecer o direito à percepção do benefício em causa, *transitou em julgado em 26 de março de 2001*.

Caberia, ainda, ao INSS postular, junto ao STJ, a extinção desse processo mais antigo, sem resolução do mérito, dado o instituto da coisa julgada constatado na ação subjacente, enquanto pendia de análise o Recurso Especial lá interposto pela requerida. Descurou também aí, não impedindo, novamente por inércia da defesa, que sobreviesse a duplicidade de pronunciamento, o que é, de fato, inconcebível em nosso ordenamento jurídico.

Restava-lhe, por fim, socorrer-se do art. 485, IV, do Código de Processo Civil, o qual prevê a possibilidade de rescisão de julgado, na hipótese de se formar dois títulos judiciais consecutivos resolvendo a mesma questão, consoante dispõe, *in verbis*:

> "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)
> IV - ofender a coisa julgada".

É evidente que essa previsão legal se adequa à finalidade de rescindir a segunda decisão a se tornar definitiva, aquela proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, não a primeira, objeto desta demanda rescisória e única cuja desconstituição seria da competência deste Tribunal. Vale dizer que esta Corte não pode rescindir a decisão que, em tese, teria incorrido em ofensa à coisa julgada porque lhe falece a competência, nem lhe é possível acolher o pedido de rescisão por litispendência, o que já não mais há.

Aliás, seria uma incoerência absurda falar-se em rescisão por litispendência, ainda que ao pretexto de eventual violação de lei. Tal instituto pressupõe *uma ação em curso*, pendente de julgamento, enquanto que só se rescinde decisão transitada em julgado, a teor do *caput* do art. 485 do CPC, ou seja, uma causa definitivamente resolvida. Ademais, a conceber tal como uma solução jurídica, sempre haveria, numa situação como a dos autos, a possibilidade de duas ações rescisórias tramitarem simultaneamente em razão do mesmo fato, cada uma tendo por objeto sentenças e, até mesmo, Tribunais distintos.

Imaginemos, pois, se isso pudesse ocorrer. Agilizaria-se a presente ação rescisória nesta Corte, visando desconstituir julgado em face da litispendência e, ao mesmo tempo, interporia a medida semelhante perante o Superior Tribunal de Justiça, por ofensa a coisa julgada? Resta claro que não, pois, nesse caso, a possibilidade de se verificar a duplicidade de decisões conflitantes ressurgiria mais evidente.

Refoge a toda lógica do sistema processual a possibilidade simultânea de rescisão de dois julgados pelo mesmo fato (a duplicidade de demandas), uma por litispendência, ao argumento de que sua verificação importa em violação a literal dispositivo de lei, e a outra por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, CPC).

Em tese, considerando-se que ambas as ações seguiram regularmente os seus cursos, apesar da tríplice identidade ora constatada, o v. acórdão relativo à segunda ação (processo nº 50/99), o qual transitou em julgado primeiro, prevaleceria sobre o posterior. Vale dizer que se fossem ambos proferidos por esta Corte Regional, sem qualquer questão relativa à competência para a apreciação da demanda rescisória, evidentemente que a sua procedência se imporia, mas de modo a fulminar aquele título judicial que se aperfeiçoou

num segundo momento (no feito nº 500/94), sem a observância do impedimento em destaque, e não o acórdão ora apontado como rescindendo, que fez coisa julgada no ano anterior.

Nesse sentido é a jurisprudência cuja ementa segue:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 485, INCISO V. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (FUB). FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. LITISPENDÊNCIA. EFEITOS DO ACÓRDÃO. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI, PELO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA.
> (...)
> 3. Não obstante o ajuizamento de duas ações idênticas caracterize a litispendência a ensejar a extinção, sem resolução de mérito, da ação na qual a citação válida foi posterior, havendo o curso regular de ambas, deve prevalecer o acórdão que primeiro transitar em julgado, independentemente das datas de ajuizamento das ações ou das citações válidas.
> 4. A ação rescisória não se presta para sanar eventual omissão do julgado quanto ao alcance territorial dos seus efeitos.
> 5. Ação rescisória improcedente".
> (TRF1, 3ª Seção, AR 2009.01.00.055549-3, Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, j. 05.04.2011, DJF1 16.05.2011, p. 043).

Por outro lado, é tranquilo afirmar, com base na doutrina e jurisprudência dominante, que a revelia, em sede de ação rescisória, não gera a confissão, considerando que a coisa julgada, por ser ato oficial do Estado, com aspecto de inabalável, envolve questão de ordem pública. Na ação rescisória, portanto, não cabe falar em reconhecimento jurídico do pedido por ausência de oposição à lide, a qual equivale à não contestação dos fatos alegados. Dessa forma, não se pode acolher o pedido rescisório a pretexto de que aqui tenha havido a anuência do réu.

A situação está consolidada. Estamos diante de duas decisões judiciais definitivas reconhecendo o mesmo direito buscado pela requerida: a aposentadoria por idade rural. Este relator não se mostra indiferente à celeuma processual criada por inércia da parte a quem competia trazer a situação à baila no tempo e na forma adequados.

Não obstante, não me ocorre que se deva atribuir ao *decisum* rescindendo eventual violação a literal dispositivo de lei apenas como medida paliativa excepcional, criando precedentes que incentivem a falta de energia na atuação da defesa do Ente Previdenciário por seus próprios procuradores.

É certo que, por se constituir em matéria de ordem pública, independente de provocação das partes, ao juiz é licito pronunciar-se sobre a litispendência a qualquer tempo, ou seja, enquanto não esgotado o seu ofício jurisdicional, o que não inibe o comando imperativo do art. 301 e a penalidade do art. 267, § 3º, ambos do Código de Processo Civil.

No caso, porém, não há que se falar em violação a literal disposição de lei, porquanto a configuração da litispendência gera a extinção da ação ajuizada num segundo momento, enquanto ainda em curso outro processo idêntico (proposto primeiro). Incabível, portanto, a pretensão de rescisão da decisão que se formou na causa subjacente por aventada violação a previsão legal contida no art. 301, V e §§ 1º e 2º, do CPC.

Neste caso específico, onde não há conflito de interesses quanto à opção do benefício a ser implantado, pois ambas as partes concordam que deva prevalecer o título judicial formado na ação nº 500/94, inclusive de conteúdo mais abrangente, que se componham administrativamente, inclusive porque é vedada a percepção simultânea de duas aposentadorias e porque aquela abarca com tranqüilidade e folga as parcelas vencidas e executadas no feito nº 50/99.

A compensação dos valores já levantados pela ré (fls. 115/118) ou eventualmente pagos em concomitância com os decorrentes da condenação em outro feito, visada por ambas as partes, não dependem de autorização, nem de ratificação judicial.

Ante o exposto, *julgo improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória*. Considerando a situação peculiar dos autos, cada parte arcará com os honorários de seu patrono.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

- Sobre ação rescisória interposta sob a alegação de litispendência, veja também o seguinte julgado: CauInom 0024414-43.2000.4.03.0000/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Giselle França, publicada na RTRF3R 100/481.

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL 0003153-92.2003.4.03.6183 (2003.61.83.003153-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 116/117
Parte Autora: UNIVERSINO RODRIGUES DOS SANTOS E OUTROS
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: REO 1097008
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2011

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCELAR. OMISSÃO CONFIGURADA. LEI 11.280/06 QUE ALTEROU O ART. 219 DO CPC. APLICAÇÃO IMEDIATA, NOS TERMOS DO ART. 1.211 DO CPC. REMESSA OFICIAL. DEVOLUÇÃO AO TRIBUNAL DE TODAS AS QUESTÕES DESFAVORÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA, MESMO QUE NÃO ALEGADAS. AGRAVO LEGAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

- Razão assiste ao INSS ao alegar que o *decisum* padece de omissão, porquanto deixou de analisar e decretar a prescrição quinquenal parcelar, porque, tratando-se de demanda revisional de benefícios previdenciários, existem parcelas pretéritas que ultrapassam o quinquênio antecedente à propositura da ação.
- O reconhecimento da prescrição quinquenal parcelar, na forma da Lei 11.280/06, coaduna-se com a regra insculpida no artigo 1.211, o qual disciplina que normas processuais têm aplicabilidade imediata aos feitos pendentes, como na presente hipótese.
- Mesmo que assim não fosse, a submissão do feito ao duplo grau obrigatório, nos termos do art. 475 do CPC, devolve ao Tribunal o reexame de todas as questões desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não alegadas (Súmula 325 do C. STJ).
- Agravo legal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *dar provimento ao agravo legal*, nos termos do voto da Desembargadora Federal Vera Jucovsky, com quem votou a Desembargadora Federal Marianina Galante, vencido o Relator, que lhe negava provimento.

São Paulo, 19 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de

agravo, previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto contra a decisão que, nos autos da ação visando a revisão de benefício previdenciário, negou seguimento aos embargos de declaração oferecidos pela autarquia.

Inconformado, agravou o INSS pleiteando a reforma da decisão.

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Razão não assiste ao agravante.

Conforme decidi a fls. 116/117, *in verbis*:

"Trata-se de embargos de declaração interpostos pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social alegando omissão na decisão monocrática proferida a fls. 106/109 no que tange ao reconhecimento, de ofício, da prescrição qüinqüenal (art. 219, § 5º, do CPC).

Passo ao exame singular do recurso, por tratar-se de embargos declaratórios interpostos contra decisão monocrática de Relator (REsp nº 508.950-SC, EdclAgRgAI nº 494.616-RJ e EdclREsp nº 332.655).

Primeiramente, quanto ao reconhecimento, de ofício, do prazo prescricional previsto no § 5º, do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.208, de 16 de fevereiro de 2006, entendo que o mesmo não se sustenta. Isso porque os autores ajuizaram a presente ação em 10/01/03 - antes mesmo, portanto, da entrada em vigor do referido diploma legal -, sendo defeso atribuir-se efeitos retroativos à norma invocada. Qualquer restrição trazida por norma superveniente deve respeitar situações pretéritas, conforme tem se pronunciado o C. Superior Tribunal de Justiça, segundo revela o julgado abaixo:

'PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO DECENAL. LEI Nº 8.213/9, ART. 103, COM REDAÇÃO DADA PELA MP Nº 1.523/97. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. - *As normas de direito processual, dado o caráter de ordem pública, têm aplicação imediata, desde que respeitadas as situações jurídicas já consolidadas sobre a vigência da lei anterior*.

2. - Não existindo, à época da concessão do benefício previdenciário (DIB 31/08/83), qualquer norma que fixasse prazo prescricional para a propositura de ação revisional, não há como se exigir tivesse o segurado ajuizado sua ação dentro do decênio previsto em lei (ou medida provisória) posterior. Prescrição que não se reconhece.

3. - Recurso que não se conhece.'

(REsp nº 250901, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 17/8/00, votação unânime, DJU de 17/8/00)

Dessa forma, não havendo, por ocasião do ajuizamento da ação, norma que determinasse o reconhecimento, *de ofício*, da prescrição qüinqüenal das parcelas, entendo não ser possível exigir do segurado a capacidade de antecipar, profeticamente,

a superveniência de uma lei que a autorizasse.

De outro lado, dispõe o artigo 515, do Código de Processo Civil, 'a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada', determinando o § 1º, do referido artigo, que 'serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro'.

Dessa forma, não tendo a matéria sido alegada em nenhuma fase do processo, não deve ser analisada por ocasião da apreciação da remessa oficial.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração. Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int."

Observo que o art. 557, *caput*, do CPC confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY:

Cuida-se de agravo legal interposto pelo INSS contra decisão monocrática que negou seguimento a embargos de declaração, opostos contra decisão proferida nos termos do art. 557 do CPC (fls. 106-109), ao argumento de omissão do julgado, ante o não reconhecimento da prescrição quinquenal parcelar, em autos de ação revisional de benefícios previdenciários (fls. 113-114, 116-117 e 121-124).

Aduz o INSS que a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Ademais, a alteração introduzida pela Lei nº 11.280/06, no art. 219 do CPC, permite o reconhecimento de ofício da prescrição. Tratando-se de lei processual, deve ser aplicada de imediato. Finalmente, assevera que as verbas públicas são bens indisponíveis. Requereu a reconsideração do julgado ou o julgamento pelo Órgão Colegiado (fls. 121-124).

O Excelentíssimo Desembargador Federal Newton De Lucca negou provimento ao agravo legal (fls. 127-128).

Com a devida vênia, ouso divergir, pelas razões a seguir expostas:

Trata os autos de ação revisional de benefício previdenciário, julgada procedente em parte.

O feito veio a esta E. Corte em razão do reexame obrigatório, o qual restou parcialmente provido no que tange ao termo inicial dos juros de mora e incidência da verba honorária (fls. 106-109).

Razão assiste ao INSS ao alegar que o aludido *decisum* padece de omissão, porquanto deixou de analisar e decretar a prescrição quinquenal parcelar, retroativamente, a partir do ajuizamento da ação, mormente porque, tratando-se de demanda revisional de benefícios

previdenciários concedidos em 1995, 1994 e 1996, existem parcelas pretéritas que ultrapassam o quinquênio antecedente à propositura da ação, que se deu em 10.06.03.

É de se aplicar o artigo 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91, combinado com o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11.280/06.

Cabe salientar, que o reconhecimento da prescrição qüinqüenal parcelar, na forma da Lei 11.280/06, coaduna-se com a regra insculpida no artigo 1.211 do Código de Processo Civil, de seguinte teor:

> "Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes."

Outrossim, normas processuais têm aplicabilidade imediata aos feitos pendentes, como na presente hipótese.

Ademais, mesmo que assim não fosse, a submissão do feito ao duplo grau obrigatório, nos termos do art. 475 do CPC, devolve ao Tribunal o reexame de todas as questões desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não alegadas, nos termos da Súmula 325 do C. STJ, *in verbis*:

> "A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado."

Nesse sentido:

> "PROCESSUAL CIVIL - OMISSÃO NO ACÓRDÃO - MATÉRIA NÃO-ARGUIDA EM APELAÇÃO, MAS OBJETO DE REMESSA NECESSÁRIA - ENCARGOS DA CONDENAÇÃO - SÚMULA 325/STJ.
> 1. A remessa necessária, nos termos da Súmula 325/STJ, devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.
> 2. Na espécie, as questões relativas aos encargos da condenação não foram analisadas pelo acórdão que decidiu o recurso apelatório, apesar da ampla devolutividade assegurada pela remessa oficial. A arguição superveniente, em embargos declaratórios, deveria ter sido objeto de manifestação pelo Tribunal Federal, por força da Súmula 325/STJ.
> 3. Nulidade do acórdão reconhecida, com retorno dos autos à origem para que examine a questão devolvida e não examinada. Agravo regimental provido." (STJ, AGRESP 1079053, proc. 200801692323, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Humberto Martins, v. u., DJE 19.11.09 - g. n.)

Posto isso, voto no sentido de DAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, A FIM DE PROVER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, EMPRESTANDO-SE-LHES EFEITOS INFRINGENTES, PARA INCLUIR NO PARCIAL PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL DO JULGADO DE FLS. 106-109, O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCELAR, RETROATIVAMENTE, A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

AÇÃO RESCISÓRIA
0013162-38.2003.4.03.0000
(2003.03.00.013162-2)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: NELSON ALVES TORRES
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAFELÂNDIA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AR 2841
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/12/2011

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ARTS. 610 E 743, INC. I, DO CPC. RESCISÓRIA PROCEDENTE.

I - Dispensado o depósito prévio da multa prevista no art. 488, inc. II, do CPC, nos termos da Súmula nº 178, do C. Superior Tribunal de Justiça.

II - Há violação a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda ofender frontalmente comando incontroverso estabelecido por norma da ordenação jurídica válida e vigente à época dos fatos. Exige-se, ainda, que o dispositivo violado possua interpretação pacífica nos Tribunais - consoante a Súmula nº 343 do E. Supremo Tribunal Federal -, salvo nos casos de violação à Constituição Federal, hipótese na qual sempre deverá prevalecer a interpretação mais correta do texto da Lei Maior, em respeito ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

III - No título executivo judicial, determinou-se a aplicação da Súmula nº 260, do extinto TFR, respeitada a prescrição quinquenal no pagamento das parcelas atrasadas.

IV - A condenação da autarquia à aplicação do referido preceito sumular, observando-se o primeiro reajuste integral do benefício, não é capaz de gerar repercussão patrimonial na execução.

V - A ação de revisão foi proposta em 08/11/96. Considerando-se que a última prestação vencida passível de cobrança com base na Súmula nº 260 se referia à parcela de março/89 - e que a sentença, assim como o Acórdão proferidos na fase de conhecimento, determinaram a observância da prescrição quinquenal -, todas as diferenças decorrentes da sua aplicação encontram-se atingidas pela prescrição. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.

VI - A decisão de mérito, ao julgar os embargos à execução - deixando de afastar o excesso de execução existente e permitindo a execução de valores não concedidos no título judicial -, violou os arts. 610 e 743, inc. I, do Código de Processo Civil.

VII - Os embargos à execução devem ser julgados procedentes. Conforme demonstrado no juízo *rescindens*, eventuais diferenças decorrentes da Súmula nº 260, do extinto TFR encontram-se prescritas, uma vez que a última parcela que poderia ser exigida, por força do referido preceito sumular, reporta-se a março/89.

VIII - A decisão proferida na fase de conhecimento, embora de procedência, não é passível de execução, uma vez que nenhum valor pode ser cobrado em decorrência do referido *decisum*.

IX - Procedente o pedido rescindente fundado no art. 485, inc. V, do CPC para desconstituir o V. Acórdão e, em sede de juízo rescisório, procedentes os embargos à execução para declarar a inexigibilidade dos valores objeto da execução.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em sede de juízo rescindente, com fulcro no inc. V, do art. 485, do CPC, julgar procedente o pedido para desconstituir a decisão censurada e, em sede de juízo rescisório, julgar procedentes os embargos à execução para declarar a inexigibilidade dos valores objeto da execução, deixando de condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de dezembro de 2011.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social -INSS, em 19/03/03, em face de Nelson Alves Torres, com fundamento no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, visando rescindir a sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara de Cafelândia/SP que, nos autos dos embargos à execução nº 1.095/96, julgou improcedente o pedido formulado pela autarquia, mantendo a execução de sentença de acordo com a conta apresentada.

A sentença rescindenda encontra-se reproduzida a fls. 128/131. Transcrevo a fundamentação e o dispositivo do *decisum*:

> "FUNDAMENTO E DECIDO.
> Os embargos não merecem acolhimento.
> Conforme restou decidido no processo de conhecimento, o embargante foi condenado a corrigir o valor do benefício devido ao embargado aplicando ao primeiro reajuste subseqüente ao início do benefício o índice integral respectivo à data base. Foi condenado, ainda, a pagar as diferença em atraso, devidamente corrigidas.
> E o embargado observou o *decisum* e aplicou o disposto no artigo 58 da ADCT, no que diz respeito à equiparação em quantidade de salários mínimos da renda mensal inicial, atrelando em seus cálculos referida equiparação.
> Não se ignora que o disposto no artigo 58 do ADCT teve aplicação até a regulamentação dos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social, através da Lei nº 8.213/91, de 09 de dezembro de 1991 e que a partir da regulamentação deve ser adotado como critério de reajuste o indicado pela Lei nº 8.213/91.
> Ocorre que o laudo pericial aponta que os valores recebidos pelo embargado até dezembro de 1.991 não foram corretos (fls. 58), existindo, assim, diferença advinda da aplicação do decidido no processo de conhecimento, não atingida pela prescrição.
> Desta forma, tendo sido demonstrado que existem diferenças a pagar ao embargado, os presentes embargos não merecem a procedência esperada pelo embargante.
> Acresce afirmar que a dívida de que tratam estes autos de execução é, inquestionavelmente, de natureza alimentar, decorrente de complementação de vencimentos do

autor - exequente, hipótese em que, pacífica, a doutrina e jurisprudência determinam a incidência da correção monetária desde a data em que o pagamento deveria ter sido feito.

Afinal, a correção monetária nada mais é do que o instrumento pelo qual se busca, precipuamente, garantir a real expressão do poder aquisitivo da moeda e, no caso vertente, deve ser aplicada tal qual determinado na r. sentença e v. acórdão, ou seja, a partir do vencimento de cada parcela.

Em face da legislação pertinente, Medida Provisória nº 434 de 27 de fevereiro de 1.994 e Lei nº 8.880 de 27 de maio de 1.994, a conta de liquidação ofertada pelo credor revela-se em perfeita consonância com os dispositivos que regem a matéria. A Lei adrede referida, em seu artigo 2º, parágrafo 5º enuncia que: 'Os valores das parcelas referentes a benefícios pagos com atraso pela Previdência Social, por sua responsabilidade, serão corrigidos monetariamente pelos índices previstos no artigo 41, parágrafo 7º da Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1.992, ATÉ O MÊS DE FEVEREIRO DE 1.994, E CONVERTIDOS EM URV, PELO VALOR EM CRUZEIROS REAIS DO EQUIVALENTE EM URV NO DIA 28 DE FEVEREIRO DE 1.994' (versal nossa).

Sem procedência, também, a insurgência da autarquia embargante contra a aplicação da Súmula nº 260 do extinto TFR. Pois, trata-se de critério justo e o que melhor se coaduna com o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, inserto no artigo 194, parágrafo único, inciso IV, da Carta Magna e sua utilização no caso sob enfoque encontra-se expressamente prevista no v. acórdão exeqüendo (*vide* fls. 101 da execução).

De resto, como se vê da conta de liquidação, os juros estão sendo cobrados a razão de 6% ao ano, de forma não capitalizável, desde a citação, conforme determinado na r. sentença e que não foi objeto de reparo, assim como o percentual da verba honorária.

Por fim, a perícia realizada apurou diferenças em prol do embargado, respeitando-se a prescrição qüinqüenal, sendo de rigor o prosseguimento da execução, pelo valor reclamado.

Posto isto e o mais constante dos autos, JULGO IMPROCEDENTES os presentes embargos opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS nos autos da EXECUÇÃO DE SENTENÇA que lhe move NELSON ALVES TORRES, prosseguindo-se a execução em seus ulteriores termos, de conformidade com a conta de liquidação apresentada. Face a sucumbência, arcará o embargante com verba honorária que fixo em 15% do valor atualizado do débito, ficando, todavia, isento do pagamento de custas processuais, ante disposição legal neste sentido."

Remetidos os autos subjacentes a esta E. Corte para o reexame necessário (fls. 147), a então Relatora, Des. Federal Suzana Camargo, proferiu decisão monocrática não conhecendo da remessa oficial. (fls. 152/153).

Intimadas as partes em 28/10/02 (fls. 159), certificou-se o trânsito em julgado do *decisum* a fls. 160.

Sustenta o autor que o "título judicial concedeu ao réu a implementação do índice integral no primeiro reajustamento de seu benefício, nos termos da Súmula nº 260, do

Extinto Tribunal Federal de Recursos, tudo para que os posteriores reflexos fossem computados nos reajustamentos subseqüentes, considerando-se para o efeito o salário mínimo novo e não o anterior, cobrando-se as diferenças eventualmente resultantes dessa revisão, respeitada a prescrição qüinqüenal" (fls. 7). Alega que "é nos estritos termos do que ficou decidido no processo de conhecimento que a Execução deve ser realizada" (fls. 6). Aduz que "a partir do mês de abril de 1989, não se fala mais em diferenças devidas em face da Súmula nº 260, do TFR" (fls. 8), pois a partir de então teve aplicação o art. 58, do ADCT. Afirma que "ajuizado o processo com base na Súmula nº 260 em 1996 e reconhecida a prescrição qüinqüenal em sentença, tal reconhecimento implica por via indireta em verdadeiro decreto de improcedência do pedido" (fls. 8/9), uma vez que todas as prestações vencidas estariam atingidas pela prescrição. Assevera a inexigibilidade do título judicial, entendendo que "inexiste diferença a ser executada, porque o índice aplicado (1.7030) no primeiro reajuste já foi o integral, tendo-se em vista que o benefício foi concedido em maio de 1985, mês de vigência do salário mínimo, reajustado em primeira vez em novembro do ano, quando novamente alterado o salário mínimo e sem limite de faixa, do que decorre, ademais, sem qualquer razão a aplicação da Súmula nº 260, que manda fazer exatamente o que se fez em sede administrativa" (fls. 13/14). Tece, ainda, considerações sobre a forma como deveria ser realizada a atualização monetária (fls. 17/18), caso houvesse diferença. Por fim, alega que a decisão rescindenda violou o art. 58, do ADCT, os arts. 7º, IV e 201, § 2º, da CF, os arts. 41, II e 103, parágrafo único da Lei nº 8.213/91, o art. 9º da Lei nº 8.542/92, o art. 29, § 3º, da Lei nº 8.880/94, o art. 2º da MP nº 1.415/96, e os arts. 610 e 743, I, do Código de Processo Civil.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 28/301.

A fls. 303, a então Relatora, Des. Federal Ramza Tartuce, indeferiu o pedido de antecipação de tutela.

Citado (fls. 311vº), o réu apresentou contestação (fls. 313/322). Afirma que "o Sr. Perito, apresentou nos autos de embargos (fls. 52/66 do mencionado feito) laudo e cálculo apurando diferenças em favor do embargado, ora Requerido" (fls. 314). Argumenta que a "presente ação afigura-se na reabertura de discussão de uma mesma matéria, amplamente discutida e esgotada" (fls. 314). Menciona que "a irresignação do Instituto resume-se no fato de que, segundo seu entendimento, a aplicação da súmula nº 260 do extinto E. Tribunal Federal Regional, estaria prescrita, quando do ingresso da ação" (fls. 315), quando, no entanto, "é pacífico o entendimento de que o direito ao pedido de revisão não prescreve" (fls. 315), mas apenas "as parcelas apuradas, atingidas pela prescrição quinquenal" (fls. 315). Entende que o INSS invoca "o artigo 58 do ADCT, pretendendo dar ao mesmo interpretação própria, como melhor lhe convém" (fls. 320).

Sobre a contestação, manifestou-se o autor a fls. 329/336, juntando cópia de precedentes jurisprudenciais (fls. 337/377). Reitera o pedido de tutela antecipada.

A fls. 379, foi proferida decisão determinando a redistribuição dos autos a esta E. Terceira Seção.

Determinado às partes que especificassem provas (fls. 381), o autor se manifestou a fls. 385, informando a inexistência de interesse na produção de provas, tendo o réu deixado transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi assinalado (fls. 382vº).

Intimados para a apresentação de razões finais, autor e réu deixaram de oferecê-las, conforme certificado a fls. 392.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pela I. Procuradora Regional da República, Drª. Maria Luisa R. de Lima Carvalho Duarte, deixou de manifestar-se "sobre as questões versadas nos autos, por não ter atribuição para tanto" (fls. 395/397).

A fls. 407, foram deferidos ao réu os benefícios da assistência judiciária gratuita.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Primeiramente, dispenso o autor do depósito prévio da multa prevista no art. 488, inc. II, do CPC, nos termos da Súmula nº 175, do C. Superior Tribunal de Justiça.

I - Do Juízo *Rescindens*

O INSS, na petição inicial, fundamenta seu pedido no artigo 485, inc. V, do Código de Processo Civil, que ora transcrevo:

"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
.....
V - violar literal disposição de lei."

Há violação a literal disposição de lei nas hipóteses em que a decisão rescindenda ofenda frontalmente a comando incontroverso estabelecido por norma da ordenação jurídica válida e vigente à época dos fatos. Exige-se, ainda, que o dispositivo violado possua interpretação pacífica nos Tribunais - consoante a Súmula nº 343 do E. Supremo Tribunal Federal - salvo nos casos de violação à Constituição Federal -, hipótese na qual sempre deverá prevalecer a interpretação mais correta do texto da Lei Maior, em respeito ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. A respeito: STF, AgR no AI nº 555.806, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 01/04/08, v. u., DJe 18/04/08; TRF-3ª Região, AR nº 98.03.083516-5, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 24/06/10, v. u., DJ 17/08/10.

Trata-se de ação rescisória que visa desconstituir a decisão que julgou improcedentes os embargos à execução, nos quais alegava a autarquia a ausência de valores a serem executados.

Entendo que procede a alegação de violação a literal disposição de lei, no que tange aos arts. 610, vigente à época, e 743, inc. I, do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

"Art. 610. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou."

"Art. 743. Há excesso de execução:
I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título;"

Nos autos da ação de conhecimento, o segurado - objetivando a revisão de seu benefício nos termos da Súmula nº 260, do extinto TFR -, formulou pedido requerendo a condenação da autarquia a (fls. 169):

> "b. 1) Corrigir o valor do Benefício devido ao Suplicante, observando-se rigorosamente os seguintes critérios previstos e exigidos pela Lei:
> I) Em relação ao primeiro reajuste subseqüente ao início do Benefício, aplicar o índice integral (e não índice proporcional) respectivo a data base;
> II) em relação aos reajustes compreendidos entre novembro de 1.979 e maio de 1.984, observar na fixação dos pisos e dos limites das faixas salariais, os valores dos salários mínimos vigentes nas datas bases dos respectivos reajustes, e não valores de salários mínimos antigos, superados. O I. N. S. S. deverá, também observar os reflexos dessas correções nos valores e reajustes subsequentes;
> b. 2) Pagar as diferenças em atraso, as quais deverão ser atualizadas e corrigidas monetariamente, de acordo com a aplicação, da Súmula nº 71 do E. T. F. R. até o ajuizamento da Ação, e dos critérios da Lei nº 6.899/81 considerando-se PRESCRITAS, outrossim, as diferenças vencidas anteriormente ao qüinqüênio anterior ao ajuizamento desta;
> b. 3) O Réu deverá pagar, também, juros de mora a partir da Citação sobre todas as parcelas não atingidas pela prescrição quinquenal, reembolso de despesas comprovadas e;
> b. 4) Honorários advocatícios sobre o total da condenação e sobre o valor anual das prestações vincendas."

A ação foi julgada procedente em primeiro grau, nos seguintes termos (fls. 239/240):

> "Posto isso e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido e o faço para CONDENAR o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS a:
> 1) aplicar ao primeiro reajuste de renda mensal do autor, o índice integral, sem qualquer proporcionalidade entre o mês de aposentação e o mês da edição do salário mínimo subseqüente e assim sucessivamente, de acordo com a Súmula nº 260 do extinto TFR, até a efetiva implantação do plano de custeio de que fala o artigo 58 do ADCT e daí em diante segundo a lei específica e índices oficiais, na forma supra mencionada (com inclusão da inflação real);
> 2) pagar ao autor as diferenças apuradas com juros e correção monetária, respectivamente, da citação e do vencimento das prestações, observada, ainda quanto a essa a prescrição qüinqüenal; tudo de conformidade com a Súmula nº 71 do T. R. F. (até a propositura da ação) e nos termos da Lei nº 6.899/81 (do ajuizamento em diante), até o efetivo pagamento."

Interposta apelação pela autarquia (AC nº 98.03.048575-0), a E. Quinta Turma deste Tribunal deu parcial provimento ao recurso e à remessa oficial, para assim decidir (fls. 269/271):

> "No mérito, cabe ressaltar em primeiro lugar que, conforme documento de fls. 55,

o benefício do autor teve seu início em 17 de maio de 1985, data anterior à vigência da Lei nº 8.213/91.

Assim, resulta plenamente aplicável o disposto no artigo 2º da Lei nº 6.708/79 à situação em apreço, a determinar que o primeiro reajuste do benefício ocorra em sua totalidade, e não em face do mês de sua concessão, bem como para que sejam incidentes os reajustes posteriores.

Nesse diapasão é, inclusive, o enunciado da Súmula nº 260, do extinto Tribunal Federal de Recursos, dado que tem o conteúdo de que:

'....'

Ademais, com o advento da Carta Magna de 1988, a matéria foi alçada a nível constitucional, pois o artigo 58 do ADCT estabeleceu fosse procedida a revisão dos benefícios para ensejar o restabelecimento do poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que possuía quando de sua concessão.

E, neste particular, cabe destacar que a equivalência salarial assegurada por lei e consagrada pela jurisprudência não sofreu interrupção em face do parágrafo único do artigo 58, *caput*, do ADCT, estabelecer que as prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com esse artigo seriam devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição, dado que esse preceito dependia da edição de lei para sua aplicabilidade.

Portanto, a forma de atualização dos benefícios somente viria a ser modificada com a vigência da Lei nº 8.213/91, sendo que, no período anterior, estavam a incidir os critérios decorrentes da Lei nº 6.708/79, artigo 2º, que foi recepcionada pela Constituição Federal, artigo 58 do ADCT e, também, da Súmula nº 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

De sorte que correta foi a conclusão da sentença no sentido de determinar a revisão do benefício, afastando, assim, os critérios administrativos utilizados que importavam em redução dos valores devidos.

Relativamente aos juros moratórios são devidos à base de 6% ao ano, contados a partir da citação, o que decorre do disposto no artigo 1062 do Código Civil combinado com o artigo 219 do Código de Processo Civil, prevalecendo, portanto, o critério legal.

Outrossim, a correção monetária, na situação em tela, é devida a partir do vencimento de cada prestação do benefício, nos termos do § 7º do art. 41 da Lei nº 8.213/91, Leis nºs 6.899/81, 8.542/92 e 8.880/84 e demais legislação pertinente bem como atendendo à Súmula nº 8 deste egrégio Tribunal

No tocante à verba honorária, inexiste reparo a ser efetuado, uma vez que foi ela fixada em percentual razoável e conforme orientação das Turmas componentes da 1ª Seção deste Tribunal e atendendo aos termos da Súmula nº 111 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

No que tange às despesas processuais, são elas devidas, face o preceituado nos artigos 11 da Lei nº 1.060/50 e 27 do Código de Processo Civil. Entretanto, nada há a ser reembolsado pela autarquia, tendo em vista ser o autor, no caso presente, beneficiário da justiça gratuita.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto pelo INSS e à remessa oficial, para que os juros e a correção monetária incidam conforme ficou explicitado, mantendo no restante, a r. sentença recorrida."

O V. Acórdão transitou em julgado em 07/05/99 (fls. 275).

Tenho, portanto, que a decisão de mérito transitada em julgado na fase de conhecimento concedeu ao segurado: 1. a aplicação da Súmula nº 260, do extinto TFR; 2. o pagamento de prestações atrasadas, *observada a prescrição qüinqüenal*, conforme determinado na R. sentença e mantido no V. Acórdão.

Feitas estas considerações sobre o título judicial, observa-se que, de fato, inexistem valores a serem executados.

A condenação da autarquia à aplicação do referido preceito sumular, observando-se o primeiro reajuste integral do benefício, não é capaz de gerar repercussão patrimonial na execução.

Referida súmula só produziu efeitos até o abril/89, quando então entrou em vigor o 58 do ADCT, que estabeleceu novo método de reajuste da renda dos benefícios, recuperando o valor em salários mínimos que originalmente possuíam na data da concessão. Assim, o art. 58 do ADCT constituiu uma ruptura em relação aos antigos critérios de revisão dos benefícios, de modo que a aplicação da Súmula nº 260, do extinto TFR, é incapaz de gerar qualquer alteração no valor da renda em manutenção do benefício, posteriormente a abril/89.

In casu, a ação de revisão foi proposta em 08/11/96 (fls. 166). Considerando-se, portanto, que a última prestação vencida passível de cobrança com base na Súmula nº 260 consiste na parcela de março/89 - e que a sentença, assim como o Acórdão proferidos na fase de conhecimento determinaram que fosse observada a prescrição quinquenal -, todas as diferenças decorrentes da sua aplicação encontram-se atingidas pela prescrição. A respeito do tema, trago à colação os seguintes precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça:

> "PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. *SÚMULA Nº 260 DO TFR. NÃO-APLICAÇÃO. MARÇO/1989. ÚLTIMA PARCELA.* TERMO INICIAL. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. OCORRÊNCIA.
> *1. A edição do art. 58 do ADCT representou uma ruptura na forma de reajuste dos benefícios previdenciários então vigente, uma vez que afastou o sistema de faixas salariais, cuja correta exegese era estampada na Súmula nº 260 do TFR, e elegeu como forma de restauração do poder aquisitivo o restabelecimento do número de salários-mínimos a que equivaliam quando da sua concessão.*
> *2. Se a última parcela paga a menor, por desobediência ao comando da Súmula nº 260 do TFR, refere-se a março de 1989, e não havendo reflexos desse erro na renda futura do benefício previdenciário, tem-se que, passados mais de cinco anos dessa data, ou seja, em março de 1994, prescreve o direito de pleitear as diferenças decorrentes da não-aplicação do referido verbete, por força do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e do art. 103 da Lei nº 8.213/91.*
> 3. Como a presente ação foi proposta após esta data, é imperioso o reconhecimento da prescrição para a totalidade das parcelas decorrentes da aplicação da referida súmula.
> 4. Agravo desprovido."
> (AgRg no Ag 932.051, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29/11/07, v. u., DJ 17/12/07, grifos meus)

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. MULTA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. *BIS IN IDEM*. EFEITO PREQUESTIONADOR. SÚMULA Nº 98/STJ. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. SÚMULA Nº 260/TFR. INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO . ARTIGO 58 DO ADCT.

(...)

5. Após a entrada em vigor do artigo 58 do ADCT, a aplicação da primeira parte da Súmula nº 260 do TFR não tem qualquer repercussão no reajustamento futuro dos benefícios previdenciários, sendo forçoso reconhecer que houve uma ruptura na forma de reajuste então vigente, devendo tal fato ser considerado como dies a quo do prazo prescricional.

6. Se a última parcela paga a menor, por desobediência ao comando da primeira parte da Súmula nº 260/TFR, refere-se a março de 1989 e não havendo reflexos desse erro na renda futura do benefício previdenciário, eis que, para a aplicação do artigo 58 do ADCT considerou-se o valor da data da concessão do benefício, tem-se que, passados mais de cinco anos dessa data, é de se reconhecer a prescrição do direito de pleitear as diferenças decorrentes da não aplicação da aludida Súmula, nos termos do disposto nos artigos 1º do Decreto nº 20.910/32 e 103 da Lei nº 8.213/91. Precedentes.

7. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 687.963, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27/10/05, v. u., DJ 28/11/05, grifos meus)

Assim, assiste razão à autarquia ao alegar que não existem diferenças decorrentes da Súmula nº 260, do extinto TFR passíveis de serem executadas, uma vez que eventual crédito devido em razão de sua aplicação encontra-se atingido pela prescrição.

Procedem, portanto, as alegações do INSS de que nada há a ser pago em decorrência do título judicial, tendo execução sido realizada com a inclusão de valores não previstos no referido *decisum*.

Entendo necessário, também, fazer algumas observações sobre os cálculos apresentados pelo exequente e pelo perito contábil.

A análise dos autos revela que tanto os cálculos elaborados pelo segurado (fls. 288/293), quanto aqueles trazidos pelo perito contábil (fls. 84/92), foram efetuados de maneira incorreta, fora dos parâmetros definidos no título judicial.

Inicialmente, verifica-se que nenhuma das contas apresenta a execução de valores relativos ao período de incidência da Súmula nº 260, do extinto TFR.

Destaco que o perito contábil só apurou diferenças em favor do segurado a partir de janeiro/92 - época na qual já se encontrava vigente a Lei nº 8.213/91 (fls. 84) -, tendo constatado pagamentos a maior em relação aos meses de novembro/91 e dezembro/91, efetuados pela autarquia.

Destarte, ainda que se entendesse, *ad argumentandum*, que o V. Acórdão da fase de conhecimento concedera ao segurado a revisão do benefício na forma do art. 58 do ADCT, nada haveria a ser executado, tendo em vista que este dispositivo teve vigência somente até 12/91.

A decisão de mérito, ao julgar os embargos à execução - deixando de afastar o excesso de execução existente e permitindo a execução de valores não concedidos pelo

título judicial -, violou os arts. 610 e 743, inc. I, do Código de Processo Civil.

Saliente-se que o fato de existir violação a dispositivo de ordem processual não constitui óbice à rescisão do julgado. Neste sentido, esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "A decisão de mérito transitada em julgado que não aplicou a lei ou a aplicou incorretamente é rescindível com fundamento no CPC 485 V. (...) Lei tem aqui sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., Dleg, D etc. (...)"
> (*in Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 10ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 779, grifos meus)

Assim sendo, deve ser julgado procedente o pedido de rescisão da decisão, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

Passo, então, ao juízo rescisório.

II - Do Juízo *Rescissorium*

Na petição inicial dos embargos à execução (fls. 28/37), a autarquia formulou pedido para que "após o recebimento dos presentes EMBARGOS no efeito suspensivo (§ 1º do Art. 739 - CPC), sejam os mesmos em final decisão acolhidos e conseqüentemente providos para se ajustar a presente execução ao real 'quantum debeatur'" (fls. 37). Na peça, alega que "embora julgado procedente o pedido, o Autor nada tem a receber" (fls. 33), e que "ajuizado o processo com base na Súmula nº 260 em 1995 e reconhecida a prescrição qüinqüenal em sentença, tal reconhecimento implica por via indireta em verdadeiro decreto de improcedência do pedido" (fls. 35).

Os embargos à execução devem ser julgados procedentes.

Conforme demonstrado no juízo *rescindens*, eventuais diferenças decorrentes da Súmula nº 260, do extinto TFR, encontram-se atingidas pela prescrição quinquenal - declarada no título judicial -, uma vez que a última parcela passível de cobrança, por força da referida Súmula, reporta-se a março/89.

Outrossim, ainda que se entendesse que o título judicial concedeu a revisão prevista no art. 58 do ADCT, o perito judicial não encontrou valores devidos pela autarquia no período de vigência do dispositivo, de modo que nada haveria a ser executado.

Observa-se, assim, que a decisão proferida na ação de conhecimento, embora de procedência, não é passível de execução, uma vez que nenhum valor pode ser cobrado em decorrência do referido *decisum*.

Ante o exposto, em sede de juízo rescindente, com fulcro no inc. V, do art. 485, do CPC, julgo procedente o pedido para desconstituir a decisão censurada e, em sede de juízo rescisório, julgo procedentes os embargos à execução para declarar a inexigibilidade dos valores objeto da execução. Deixo de condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios, das custas e despesas processuais, por ser beneficiário da justiça gratuita. Oficie-se o MM. Juiz *a quo*, comunicando-se o inteiro teor deste.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 0014360-52.2004.4.03.9999 (2004.03.99.014360-3)

Embargantes: MARIA FANTINATI FALASCA E OUTROS
Sucedidos: ANTONIO FALASCA E MANOEL GUERRA (falecido)
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 322/331
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BARRA BONITA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: AC 932057
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. CORREÇÃO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. INCLUSÃO DE ÍNDICES INFLACIONÁRIOS EXPURGADOS (01/1989 e 04/1990). DETERMINAÇÃO CONTIDA NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. COISA JULGADA. ACOLHIMENTO.
- O E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, cassou o acórdão exarado por esta Turma quando da apreciação dos embargos declaratórios opostos pelos exeqüentes, reconhecendo a existência das omissões por estes apontadas, concernentes à inobservância da coisa julgada, e determinando novo julgamento dos embargos.
- Os embargos de declaração são cabíveis quando verificada a ocorrência de obscuridade, contradição ou omissão, nos estritos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil.
- *In casu*, padece de omissão o v. acórdão embargado no que tange ao exame, à luz do princípio da imutabilidade da coisa julgada, da matéria relativa à inclusão dos expurgos inflacionários de janeiro/1989 e abril/1990 na correção dos 36 últimos salários de contribuição dos benefícios dos exeqüentes, para efeito de recálculo das suas RMI's.
- Com o trânsito em julgado da sentença exeqüenda, contendo expressa determinação de revisão dos benefícios e dos critérios a serem utilizados para tanto, não há possibilidade de alteração ou substituição desses critérios em sede de execução, para adoção de outros não determinados na ação de conhecimento, sob pena de violação da coisa julgada.
- A inclusão dos índices expurgados na atualização dos salários de contribuição, considerada legítima e fixada como critério de recálculo das RMI's no julgado exeqüendo, não pode ser qualificada como mero erro material, uma vez que houve análise e pronunciamento judicial sobre a matéria, não havendo como negar eficácia ao título executivo embargado pelo INSS. Precedentes do STJ.
- Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para suprir a omissão apontada e, em conseqüência, dar parcial provimento à apelação do INSS em menor extensão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2011.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de embargos de declaração opostos por MARIA FANTINATI FALASCA e outros, com fundamento no artigo 535 do Código de Processo Civil, contra o v. acórdão de fls. 322/331, da lavra da Juíza Federal Convocada Giselle França, que deu parcial provimento a apelação interposta de sentença que julgou improcedentes embargos à execução manejados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

O acórdão embargado encontra-se assim ementado:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SÚMULA Nº 260 TFR. SALÁRIO MÍNIMO DE JUNHO/89. EQUIVALÊNCIA SALARIAL. CORREÇÃO DOS 36 ÚLTIMOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. INCLUSÃO DE EXPURGOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 6.899/91 E LEGISLAÇÃO SUBSEQÜENTE.

I - A decisão proferida na fase de conhecimento e transitada em julgado, condenou o INSS a (a) proceder à revisão dos benefícios dos Autores, de forma que a renda mensal inicial corresponda à média dos salários de contribuição corrigidos pelo INPC, considerando nos cálculos os percentuais de 70,28% (janeiro/89) e 44,80% (abril/90); (b) manter a equivalência salarial até a implantação do plano de reajustes de que trata a Lei nº 8.213/91; (c) efetuar o primeiro reajuste pelo índice integral, e não proporcional; (d) utilizar, no mês de junho/89, o salário mínimo de NCz$ 120,00; (e) pagar os valores daí decorrentes, corrigidos nos termos da Lei nº 6.899/81, mais honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

II - Os benefícios dos Autores foram concedidos sob a égide da Lei nº 8.213/91.

III - Não se aplica, então, o disposto na Súmula nº 260 do TFR, vigente até março/89.

IV - Não foi considerado, para o cálculo da renda mensal inicial, o salário mínimo de junho/89.

V - É cabível a revisão da RMI, de forma a serem atualizados os 36 últimos salários de contribuição pelo INPC, considerados no período básico de cálculo. Mostra-se indevida a inclusão de expurgos, por falta de previsão legal e em respeito ao princípio da isonomia. Erro material na sentença de conhecimento, a ser corrigido de ofício.

VI - As diferenças apuradas devem ser corrigidas segundo o disposto na Lei nº 6.899/81 e legislação subseqüente, utilizando os índices de atualização inscritos na Resolução 242 do Conselho da Justiça Federal e o Provimento nº 26/01 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região. Inclusão dos expurgos ali discriminados.

VII - Redução dos honorários periciais para R$ 234,00 (duzentos e trinta e quatro reais).

VIII - Sucumbência parcial, devendo cada parte arcar com os próprios honorários advocatícios.
IX - Apelação do INSS parcialmente provida."

Alegam os embargantes haver omissão no v. acórdão, por não se ter pronunciado expressamente sobre os dispositivos protetores da coisa julgada (arts. 467, 468, 471, 472, 473, 474 e 610 do CPC e art. 5º, XXXVI, da CF), conforme fora pleiteado nas contra-razões de apelação, aduzindo também que o aresto recorrido, ao interpretar como erro material um comando expresso da decisão exeqüenda, qual seja, a determinação de inclusão dos expurgos inflacionários na atualização dos salários de contribuição, confundiu erro material com hipotético erro de julgamento e proferiu juízo rescisório, incabível em sede de embargos à execução. Sustentam, ainda, que os erros materiais passíveis de correção nos embargos à execução são somente aqueles referentes à aritmética dos cálculos, se estes desrespeitarem o comando do julgado exeqüendo, não sendo esse o caso dos autos. Pleiteiam a declaração e complementação do acórdão, para que sejam enfrentadas as questões suscitadas nas contra-razões ao apelo do INSS e emitido juízo de valor sobre as violações dos arts. 463, I e II, 467, 468, 473, 474, 485 e 610, todos do CPC, e do art. 5º, XXXVI, da CF, surgidas no julgamento ora embargado, com vistas ao prequestionamento, bem como o acolhimento dos embargos declaratórios com efeitos infringentes.

Os embargos de declaração foram rejeitados por esta Décima Turma, ao fundamento, em síntese, de que "o artigo 31 da Lei nº 8.213/91 não admite a incidência de expurgos inflacionários na correção dos salários-de-contribuição, autorizando o entendimento de que a sentença de conhecimento incorre em erro material, a ser sanado em qualquer grau de jurisdição, até mesmo de ofício", conforme acórdão de fls. 344/354.

Inconformados com essa decisão, os embargantes opuseram novos embargos declaratórios, sustentando persistirem os vícios já apontados, alegando afronta ao art. 535, II, do CPC e protestando mais uma vez pela declaração e complementação do julgado, com o enfrentamento das matérias argüidas nos embargos anteriores, assim resumidas: "1 - Banalização dos efeitos e eficácia da COISA JULGADA e da GARANTIA CONSTITUCIONAL estampada no art. 5º, XXXVI, da CF/88; 2 - Ignorância à (*sic*) normas processuais que regem as hipóteses de rescisão do julgado constituído no processo de conhecimento; 3 - Violação direta às normas e aos princípios que regem a Imutabilidade das Decisões Passadas em julgado, da Segurança Jurídica e do Devido Processo Legal; 4 - Distorção do instituto jurídico que regula as hipóteses de erro material ou erro de julgamento."

Foram também rejeitados os segundos embargos de declaração, ao fundamento da inexistência das omissões alegadas e de visarem à rediscussão da lide (acórdão de fls. 364/372).

Interpuseram os embargantes, então, recurso especial, com base no art. 105, III, "a" e "c", do CPC, no qual suscitaram, preliminarmente, a afronta ao art. 535 do CPC e conseqüente nulidade do v. acórdão recorrido, em razão de negativa de prestação jurisdicional, ao deixar de se pronunciar e emitir juízo específico de valor sobre os dispositivos legais tidos por violados, "impedindo o prequestionamento explícito ou expresso da matéria relativa à imutabilidade dos efeitos e eficácia emanados da *res judicata*, além de deixar de esclarecer a insofismável diferença entre erro material e *error in judicando*". Aduziram ainda, caso superada a questão preliminar, a contrariedade aos arts. 463, I, 467, 468, 473, 474, 475-G (antigo 610) e 485 do CPC, bem como a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

Não admitido nesta Corte, o recurso subiu ao Superior Tribunal de Justiça por força de agravo de instrumento (AG nº 957.674-SP), ao qual deu provimento o Ministro Arnaldo Esteves Lima (cf. decisão de fls. 442).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, entendendo ter ocorrido a negativa de prestação jurisdicional quando do julgamento do recurso integrativo por esta Décima Turma e, portanto, a violação do art. 535 do CPC, deu parcial provimento ao recurso especial nº 1.061.984-SP "para cassar o acórdão dos embargos de declaração, a fim de que seja proferido outro, no qual se supram as omissões salientadas pela parte recorrente" (cf. decisão de fls. 452/453).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

"EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. CORREÇÃO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. INCLUSÃO DE ÍNDICES INFLACIONÁRIOS EXPURGADOS (01/1989 e 04/1990). DETERMINAÇÃO CONTIDA NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. COISA JULGADA. ACOLHIMENTO.

- O E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, cassou o acórdão exarado por esta Turma quando da apreciação dos embargos declaratórios opostos pelos exeqüentes, reconhecendo a existência das omissões por estes apontadas, concernentes à inobservância da coisa julgada, e determinando novo julgamento dos embargos.

- Os embargos de declaração são cabíveis quando verificada a ocorrência de obscuridade, contradição ou omissão, nos estritos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil.

- *In casu*, padece de omissão o v. acórdão embargado no que tange ao exame, à luz do princípio da imutabilidade da coisa julgada, da matéria relativa à inclusão dos expurgos inflacionários de janeiro/1989 e abril/1990 na correção dos 36 últimos salários de contribuição dos benefícios dos exeqüentes, para efeito de recálculo das suas RMI's.

- Com o trânsito em julgado da sentença exeqüenda, contendo expressa determinação de revisão dos benefícios e dos critérios a serem utilizados para tanto, não há possibilidade de alteração ou substituição desses critérios em sede de execução, para adoção de outros não determinados na ação de conhecimento, sob pena de violação da coisa julgada.

- A inclusão dos índices expurgados na atualização dos salários de contribuição, considerada legítima e fixada como critério de recálculo das RMI's no julgado exeqüendo, não pode ser qualificada como mero erro material, uma vez que houve análise e pronunciamento judicial sobre a matéria, não havendo como negar eficácia ao título executivo embargado pelo INSS. Precedentes do STJ.

- Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para suprir a omissão apontada e, em conseqüência, dar parcial provimento à apelação do INSS em menor extensão."

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): O E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, cassou o acórdão exarado por esta Turma quando da apreciação dos embargos declaratórios opostos pelos exeqüentes, reconhecendo a existência das omissões por estes apontadas e determinando novo julgamento dos embargos, a fim de que sejam supridas tais omissões.

De acordo com as razões do Recurso Especial, houve no v. acórdão recorrido "negativa de vigência aos dispositivos legais apontados como protetores da coisa julgada, tendo em vista que (...) o julgado exeqüendo (...) resultou modificado pelo próprio julgamento ora recorrido, (...), de modo a determinar o afastamento ou a exclusão de critérios de cálculos soberanamente transitados em julgado (inclusão das inflações expurgadas no recálculo dos salários de contribuição)", e essa alteração do julgado exeqüendo em fase de liquidação baseou-se "na interpretação, d.m.v. equivocada, de que qualquer erro de julgamento, em tese constatável no processo de conhecimento, pode ser interpretado como erro material a justificar, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, sua correção, sem que para isso se utilize os recursos e meios próprios, como é o caso da ação rescisória".

A E. Corte Superior de Justiça acolheu a alegação preliminar dos recorrentes, no sentido de que, "malgrado a ampla demonstração da violação surgida e existente no V. Acórdão recorrido, ambos os aclaratórios resultaram improvidos, não tendo a turma julgadora enfrentado as questões formuladas pelos embargantes, em manifesta negativa de jurisdição, conquanto se limitou a asseverar que, se o '*julgado*' exeqüendo incorre em erro material, o mesmo pode ser corrigido em qualquer grau de jurisdição, até de ofício (frise-se que em momento algum o v. Acórdão sequer cogitou em erro de cálculo, mas em erro de julgamento no processo de conhecimento)".

Os embargos de declaração são cabíveis quando verificada a ocorrência de obscuridade, contradição ou omissão, nos estritos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil.

In casu, padece de omissão o v. acórdão embargado no que tange ao exame, à luz do princípio da imutabilidade da coisa julgada, da matéria relativa à inclusão dos expurgos inflacionários de janeiro/1989 e abril/1990 na correção dos 36 últimos salários de contribuição dos benefícios dos exeqüentes, para efeito de recálculo das suas RMI's.

A questão cinge-se, portanto, à discussão acerca da eficácia da coisa julgada no tocante à determinação de atualização dos salários de contribuição dos benefícios com a inclusão dos referidos índices expurgados.

A sentença na ação de conhecimento, proferida aos 18.06.1993 (fls. 31/34 do proc. nº 93.03.112372-7, apenso), julgou parcialmente procedente o pedido inicial, determinando a revisão dos benefícios dos autores para: "*a)* que a renda inicial corresponda à exata média dos salários de contribuição corrigidos pelo INPC, sem limitações infra-constitucionais, considerando nos cálculos os percentuais de 70,28% (janeiro de 1989) e 44,80% (abril de 1990); *b)* manutenção dos benefícios pelo mesmo número de salários mínimos a que correspondiam na data da concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do critério de reajuste do art. 41, II, da Lei 8.213/91, ocorrida em dezembro de 1991; *c)* efetuar o primeiro reajuste pelo índice integral e não proporcional ao tempo de sua vigência; *d)* utilizar o salário mínimo de NCz$ 120,00 para cálculo no mês de junho de 1989"; e condenou o INSS a recalcular os benefícios de acordo com esses critérios, bem como a pagar os atrasados, acrescidos de juros moratórios a partir da citação e correção monetária na forma da Súmula nº 71/TFR até a entrada em vigor da Lei nº

6.899/81 e, após, pelos índices desta, condenando-o ainda em custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

No tocante à correção dos salários de contribuição, a pretensão inicial foi acolhida ao fundamento de que "a correção dessas contribuições deve ser feita pelos índices do INPC, que foram os adotados pelo réu para os benefícios posteriores a esse período", e "a atualização deve, ademais, ser ampla, garantindo a preservação do valor real dos benefícios em caráter permanente, prevista no art. 201, § 2º, da CF", sendo portanto inconstitucional "o expurgo de índices inflacionários pela legislação ordinária, devendo ser feita a correção, em janeiro de 1989 e abril de 1990, pelos percentuais de 70,28% e 44,80% respectivamente, excluídos os que foram aplicados".

Não houve apelação do INSS e, à época em que proferida, não estava a sentença em desfavor da Autarquia Previdenciária sujeita à obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, instituída somente com o advento da MP nº 1.561/1997, convertida na Lei nº 9.469/1997.

Subiram os autos do processo a esta Corte, contudo, por força de apelação dos autores, interposta em 05.07.1993 (fls. 36/38 do proc. nº 93.03.112372-7, apenso), na qual se pleiteou a aplicação, para fixação de classes e tetos de benefício e contribuição entre 8/87 e 5/89, do PNS estabelecido pelo DL 2.351/87 e a majoração da verba honorária para 20% sobre os atrasados mais uma anuidade de prestações vincendas dos benefícios.

Ao examinar a referida apelação, em julgamento realizado em 11.03.1997, a Segunda Turma deste Tribunal deu-lhe parcial provimento, tão somente para elevar os honorários advocatícios para 15% do valor da condenação (fls. 61/64 do proc. nº 93.03.112372-7, apenso).

Sem que fosse interposto qualquer recurso, o acórdão exarado na ação de conhecimento transitou em julgado aos 06.05.1997 (fls. 66 do proc. nº 93.03.112372-7, apenso).

Assim, com o trânsito em julgado da sentença exeqüenda, contendo expressa determinação de revisão dos benefícios e dos critérios a serem utilizados para tanto, entre os quais o de recálculo da RMI mediante apuração da média dos salários de contribuição corrigidos monetariamente, aplicando-se nessa correção o INPC e os expurgos inflacionários de janeiro de 1989 e abril de 1990, não há possibilidade de alteração ou substituição desses critérios em sede de execução, para adoção de outros não determinados na ação de conhecimento, sob pena de violação da coisa julgada.

Vale dizer, a inclusão dos índices expurgados na atualização dos salários de contribuição, considerada legítima e fixada como critério de recálculo das RMI's no julgado exeqüendo, não pode ser qualificada como mero erro material, uma vez que houve análise e pronunciamento judicial sobre a matéria, não havendo como negar eficácia ao título executivo embargado pelo INSS.

Não se desconhece aqui a existência de precedentes desta Corte tirados em casos semelhantes, nos quais a incorporação dos expurgos inflacionários na renda mensal dos benefícios previdenciários, seja ela inicial (por inclusão na base de cálculo) ou de manutenção (por aplicação nos reajustes), mesmo tendo sido determinada por decisão transitada em julgado no processo de conhecimento, foi equiparada a erro material e, com base nesse entendimento, afastada no processo de execução, em sede de embargos, ao fundamento de que o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo sem ofensa à coisa julgada, visto não ser alcançado pela preclusão máxima.

Também não se olvida o entendimento, igualmente expresso em diversos precedentes

deste Tribunal, segundo o qual a referida incorporação acarreta a inexigibilidade do título executivo judicial na parte que a determina, por incompatibilidade com o texto constitucional, na forma do art. 741, § único, do CPC, ensejando a flexibilização da coisa julgada.

Ocorre, por um lado, que o conceito de erro material, conforme os rigorosos contornos que lhe são conferidos pela jurisprudência pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça, não abrange os critérios de cálculo definidos no título executivo judicial, mas sim, tão somente, os erros de cálculo, ou aritméticos, e de grafia, perceptíveis de imediato.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> "PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DOS CRITÉRIOS FIXADOS NO TÍTULO EXECUTIVO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.
> 1. A execução de título judicial deve ser realizada nos exatos termos da condenação exposta na sentença transitada em julgado, sendo defeso ao juízo da execução rediscutir os critérios claramente fixados do título executivo, sob pena de violação à garantia da coisa julgada.
> 2. A jurisprudência do STJ somente admite a alteração de título executivo judicial quando evidenciada a ocorrência de erro material, consubstanciado no equívoco evidente, o que, contudo, não configura a hipótese dos autos.
> (...)
> 4. Agravo Regimental do INSS desprovido."
> (STJ, AgRg no Ag nº 964836/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 20.05.2010, DJe 21.06.2010.)

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ERRO DE CÁLCULO. ART. 463, I, DO CPC.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que o erro de cálculo a que se refere o art. 463, I, do CPC é tão-somente aritmético, não abrangendo os critérios fixados na decisão exeqüenda quanto à correção monetária e aos juros de mora.
> 2. Hipótese em que a controvérsia diz respeito ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, concluindo corretamente o Tribunal *a quo* quanto à 'impossibilidade de alteração, em embargos à execução, de critérios estabelecidos em sentença com trânsito em julgado' (fl. 21)
> 3. Agravo Regimental não provido."
> (STJ, AgRg no Ag nº 1208217/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 18.03.2010, DJe 30.03.2010.)

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. 28,86%. EXECUÇÃO. COMPENSAÇÃO NÃO ESTABELECIDA NAS CONTAS DE LIQÜIDAÇÃO. PRECLUSÃO. ERRO MATERIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.
> (...)

II - Considera-se erro material - aquele sanável a qualquer tempo - o mero erro de cálculo e não o erro a respeito dos elementos ou critérios do cálculo. Precedentes. Agravo regimental desprovido."
(STJ, AgRg no REsp nº 930184/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 12.08.2008, DJe 29.09.2008.)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, INC. I e II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7 DO STJ.
(...)
O erro passível de correção, nos termos do art. 463, I, do CPC, é aquele que possui inexatidões materiais ou erros de cálculo e não o inerente aos critérios utilizados para o cálculo, pois estes configuram matéria acobertada pelo manto da coisa julgada.
(...)
Recurso especial a que se nega provimento."
(STJ, REsp nº 897799/SC, Rel. Min. Carlos Fernandes Mathias, 6ª Turma, j. 27.09.2007, DJ 15.10.2007.)

No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 892811/PE, Relª. Minª. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 20.11.2007, DJ 12.12.2007; STJ, REsp nº 548286/CE, Relª. Minª. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 14.06.2007, DJ 06.08.2007; STJ, REsp nº 702073/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 23.05.2006, DJ 03.08.2006; STJ, REsp nº 509528/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 14.09.2004, DJ 25.10.2004; STJ, AgRg no REsp nº 461644/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, j. 04.05.2004, DJ 30.08.2004.

Por outro lado, também de acordo com a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, a declaração de inexigibilidade do título executivo em sede de embargos à execução, fundada na aplicação do art. 741, § único, do CPC, é possível somente em relação às decisões cujo trânsito em julgado tenha ocorrido após a entrada em vigor dessa norma processual, introduzida inicialmente pela Medida Provisória nº 2.180/2001, e alterada posteriormente pela Lei nº 10.232/2005.

A esse respeito, trago à colação:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35. INAPLICABILIDADE.
(...)
2. Ocorre erro material quando há mero equívoco relacionado à grafia ou a cálculos consignados nos autos, o que não se confunde com discordância acerca dos critérios de cálculo a serem utilizados na fixação do *quantum debeatur*, tais como incidência de expurgos inflacionários, de índices de correção monetária e de juros.
3. A Medida Provisória 2.180-35, de 24/8/2001, que introduziu alterações na Lei nº 9.494, de 10/9/1997, aplica-se às execuções ajuizadas após sua entrada em vigor.
4. Recurso especial improvido."
(STJ, REsp nº 554472/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 26.09.2006, DJ 20.10.2006.)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC, ACRESCENTADO PELA MP 2.180-35/2001. APLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO APÓS A VIGÊNCIA DA REFERIDA MEDIDA PROVISÓRIA.
1. É certo que, a natureza processual do parágrafo único do art. 741 do CPC enseja sua aplicação imediata, inclusive em relação aos processos pendentes. No entanto, não se pode olvidar o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.
2. Assim, mencionada norma deve ser aplicada às sentenças que tenham transitado em julgado em data posterior à da sua vigência, qual seja, 24/08/2001 (data da edição da MP nº 2.180-35). Precedentes desta Corte.
3. No presente caso, tendo a sentença exeqüenda transitado em julgado posteriormente à vigência da MP nº 2.180-35/2001, impõe-se a inexigibilidade do título executivo.
4. Embargos de divergência acolhidos."
(STJ, EREsp nº 690498/RS, Relª. Minª. Laurita Vaz, 3ª Seção, j. 28.06.2006, DJ 02.08.2006)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/01. AÇÕES AJUIZADAS ANTES 24.08.2001. INAPLICABILIDADE.
1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, criou hipótese excepcional de limitação da coisa julgada, passível de invocação em embargos do devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC.
2. Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (24.08.2001).
3. Segundo a orientação pacífica da jurisprudência desta Corte, o valor das diferenças de FGTS está sujeito a juros de mora no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, independentemente da movimentação da conta vinculada.
4. Recurso especial da CEF desprovido.
5. Recurso especial de Márcio L. Henrique e outros provido, com ressalva do ponto de vista pessoal do relator."
(STJ, REsp nº 718432/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 12.04.2005, DJ 02.05.2005.)

In casu, portanto, tendo a decisão exeqüenda transitado em julgado em 06.05.1997, não há como discutir nos embargos à execução a inexigibilidade do título por incompatibilidade com a Constituição, com base no art. 741, § único, do CPC.

No tocante à questão aqui examinada, especificamente, o E. Superior Tribunal de Justiça, no exame de hipóteses em tudo análogas, afastou a possibilidade de exclusão ou modificação do critério de incorporação de expurgos inflacionários à renda dos benefícios, fixado no processo de conhecimento, em respeito à inviolabilidade da coisa julgada, consoante acórdãos assim ementados:

> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. ALEGAÇÃO DE ÓBICES AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. INSUBSISTÊNCIA. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL. EXPURGOS FIXADOS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. DIVERGÊNCIA QUANTO AO CRITÉRIO DE CÁLCULO.
> 1. A deficiência na fundamentação, impedindo a exata compreensão da controvérsia, faz incidir sobre a espécie, por analogia, a Súmula 284/STF.
> 2. Não subsiste a alegação de que o recurso especial não deveria ter sido conhecido em razão da incidência da Súmula 283/STF e da Súmula nº 07/STJ, pois a questão posta em discussão nas razões do apelo nobre envolve apenas matéria de direito, e a Recorrente, ora Agravada, atacou, a contento, todos os fundamentos do aresto proferido pela Corte regional.
> 3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, não se presta à análise de possível violação a dispositivo da Constituição da República.
> 4. Conforme asseverado na decisão ora agrava, fundada na jurisprudência desta Corte, o processo de execução deve observar, fielmente, o comando sentencial inserido na ação de conhecimento transitada em julgado, sob pena de restar malferida a coisa julgada.
> 5. O erro material, passível de correção, de ofício, é o erro de natureza aritmética, manifesto, que pode ser constatado prima facie, não sendo permitido ao juízo da execução a rediscussão dos critérios de cálculo fixados no processo de conhecimento, como ocorreu no caso em tela, em que a inclusão de índices inflacionários constitui obrigação estabelecida em sentença judicial transitada em julgado.
> 6. Agravo regimental desprovido."
> (STJ, AgRg no Ag nº 898753/SP, Relª. Minª. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 26.10.2010, DJe 22.11.2010.)

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. APRECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. NÃO OCORRÊNCIA. ENUNCIADO Nº 283/STF. INCABÍVEL. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. COISA JULGADA. VIOLADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. A via especial, destinada à uniformização do direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte.
> 2. Os fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido para excluir do cálculo do

crédito exequendo os índices inflacionários determinados pelo título executivo judicial confluem para a violação da coisa julgada, de modo que inaplicável o Enunciado nº 283/STF.
3. Na espécie, afasta-se o óbice da Súmula nº 7/STJ pelo fato de a discussão ater-se a argumentos jurídicos em torno da ocorrência de erro material.
4. A título de erro material não se pode modificar a incidência de índices inflacionários contidos no comando expresso de sentença transitada em julgado, sob pena de violação à coisa julgada.
5. Agravo regimental improvido."
(STJ, AgRg no AgRg no Ag nº 893599/SP, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 23.03.2010, DJe 12.04.2010.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PREVISÃO EXPRESSA NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. EXCLUSÃO DOS EXPURGOS EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DAS SÚMULAS 283/STF E 7/STJ. NÃO OCORRÊNCIA.
1. A inserção dos expurgos inflacionários foi feita em consonância com a determinação do aresto proferido na fase processual de conhecimento, de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, de modo que tais índices não poderão ser excluídos em sede de embargos à execução, sob pena de se ferir a coisa julgada.
2. A alegação de coisa julgada inconstitucional em sede de embargos à execução, nos termos do artigo 741, parágrafo único, do CPC, inserido pela Medida Provisória nº 2.180/2001, somente pode valer a partir da sua edição da respectiva norma, em respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada (explícito) e da segurança jurídica (implícito).
3. No recurso especial, o recorrente abordou o tema relacionado à correção monetária dos expurgos inflacionários, cuidando-se de matéria reconhecidamente de direito por este Sodalício, razão pela qual afasta-se a incidência das Súmulas 283/STF e 7/STJ.
4. Agravo regimental improvido."
(STJ, AgRg no AgRg no AgRg no Ag nº 722447/SP, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 24.11.2009, DJe 14.12.2009.)

"PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. EXCLUSÃO DE ÍNDICES INFLACIONÁRIOS. CÁLCULO DA RENDA DO BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. COISA JULGADA. DESRESPEITO.
- Não é permitida a exclusão, em sede de embargos do devedor, de índices relativos a expurgos inflacionários cuja aplicação foi determinada na sentença proferida no processo cognitivo, em respeito à coisa julgada.
- Recurso especial conhecido."
(STJ, REsp nº 329987/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, j. 11.09.2001, DJ 01.10.2001.)

Também nesse sentido, em caso idêntico ao presente, precedente recente desta Corte, *in verbis*:

> "PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS NA CORREÇÃO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. COISA JULGADA.
> - O deferimento dos expurgos inflacionários na atualização dos salários de contribuição não pode ser considerado erro material, já que o acórdão transitado em julgado decidiu dessa forma, contendo, o título executivo, a eficácia pretendida pela parte autora.
> - Ainda que o título executivo tenha violado literal disposição de lei, sua desconstituição só é possível em sede de ação rescisória, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, se ajuizada tempestivamente, dada a incidência da *res judicata*.
> - Apelação a que se dá provimento, para que a execução prossiga pelo valor de R$ 251.063,98 (duzentos e cinqüenta e um mil e sessenta e três reais e noventa e oito centavos), apurado pelos autores embargados, para janeiro/2005."
> (TRF3, AC nº 2005.61.17.001607-8, Relª. Juíza Fed. Conv. Márcia Hoffmann, 8ª Turma, j. 08.08.2011, DJF3 18.08.2011.)

Ante o exposto, acolho os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para, suprindo a omissão apontada, manter a aplicação dos expurgos inflacionários de janeiro/1989 e abril/1990 na correção dos salários de contribuição dos exeqüentes, para efeito de revisão das suas RMI's, e excluir a determinação em contrário contida no v. acórdão embargado, restando mantidos os seus demais termos e parcialmente provida a apelação do INSS em menor extensão.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001863-14.2005.4.03.6105
(2005.61.05.001863-1)

Apelante: CIA. PAULISTA DE FORÇA E LUZ
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator Originário: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SANTORO FACCHINI
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1314548
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/12/2011

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IDENTIDADE DA CAUSA DE PEDIR EM MANDADO DE SEGURANÇA. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ENTRE OS FEITOS. SOBRESTAMENTO DOS EMBARGOS. ART. 265, IV, "A", DO CPC.

1. Consta no sistema de gerenciamento de feitos desta Corte que nos autos do mandado de segurança nº 2003.61.05.005656-8, de relatoria do Juiz Convocado Wilson Zauhy, foi proferido acórdão, por votação unânime desta E. Sexta Turma, em julgamento realizado em 26/11/2010, encontrando-se o feito atualmente em fase de processamento de recursos aos Tribunais Superiores.

2. Referida ação julga o cerne da questão ora posta a desate, no que pertine ao alcance e a força vinculativa da NOTA/MF/SRF/COSIT/GAB 157, em relação aos débitos ora questionados.

3. Reconhecida, na hipótese, a existência de conexão, por ser comum a causa de pedir de ambas as ações (CPC, art. 103), todavia não seria possível a reunião dos feitos em um mesmo Juízo diante da existência das Varas Especializadas em Execução Fiscal. *In casu*, o Juízo dos embargos possui competência especializada, de natureza absoluta em razão da matéria, não sendo competente para processar e julgar ações ordinárias, sejam elas declaratórias ou constitutivas.

4. Ocorre, no entanto, a relação de prejudicialidade entre os feitos e a conveniência do sobrestamento dos presentes embargos, nos termos do art. 265, IV, "a", do CPC.

5. A solução da controvérsia no *mandamus* pode ter reflexos diretos no deslinde do presente feito. Eventual êxito da pretensão naquela sede culminaria na desconstituição do débito tributário, esgotando o objeto da execução fiscal e, consequentemente, dos presentes embargos.

6. Nessa medida, diante da prejudicialidade e da impossibilidade de reunião dos feitos em primeiro grau de jurisdição, a solução recomendável é o sobrestamento dos embargos, opostos posteriormente, até o trânsito em julgado no mandado de segurança.

7. Prejudicada a análise do pedido subsidiário.

8. *Matéria preliminar rejeitada e apelação parcialmente provida*, apenas para determinar o sobrestamento dos presentes embargos até o julgamento definitivo do mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, por maioria, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de outubro de 2011.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora para Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Trata-se de apelação, interposta pelo embargante, contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal, sem condenação nos honorários advocatícios.

Nas razões do recurso, em apertada síntese, sustenta o apelante que se discute nos autos os efeitos de decisão administrativa, proferida pela COSIT (NOTA/MF/SRF/COSIT/GAB 157), por meio da qual o Ministério da Fazenda, após analisar contrato celebrado entre o apelante e a Fundação CESP, com vistas a saldar débito acumulado no seu plano de previdência privada, conclui que poderiam ser deduzidas como despesas operacionais, nos termos do artigo 301 do RIR/94, as contribuições devidas pela apelante à Fundação CESP, objeto de novação entre essas partes, em razão de ter ocorrido o pagamento das contribuições.

Entrementes, relata que, em descompasso com tal orientação administrativa, a apelada autuou o apelante, para exigir IRPJ e CSLL, com o entendimento de que esta não tem o direito de deduzir as despesas operacionais objeto da novação noticiada.

Informa a apelante que ajuizou mandado de segurança, para assegurar seu direito líquido e certo de não ser compelida a recolher os tributos em tela, do qual pende apelação contra a sentença denegatória, que, recebida sem efeito suspensivo, permitiu o ajuizamento da execução fiscal.

Sustenta o apelante que a sentença monocrática é nula, porque decidiu contra a prova dos autos, em afronta aos artigos 1º, II, 5º, XXXIV "a", XXXVI, LIV E LV, 37, ambos da Constituição Federal, e 100, I e parágrafo único e 146, do CTN, arts. 2º, "caput" e parágrafo único IX e X, 22, 37 e 38, par. 2º, da lei 9.784/99 e artigo 999, I do CC, ao firmar que não houve alteração de fato jurídico, e que a resposta à consulta - NOTA/MF/SRF/COSIT/GAB 157, ter-se-ia equivocado, em razão de informações imprecisas e incompletas, prestadas pelo ora apelante. Neste passo, mediante a transcrição integral da referida resposta, pode-se verificar que todos os fatos foram regularmente informados e levados em consideração pela autoridade administrativa, e, mais, baseada nos documentos apresentados, isto é, o próprio contrato de novação, celebrado entre as partes. Logo, não se poderia, injustificadamente, presumir a má-fé do particular, para autorizar conduta manifestamente contrária à lei, que viola, com tal proceder, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da moralidade administrativa.

Realça, a seguir, que o contrato referido constituiu novação, como definido pelo então artigo 999, I do antigo Código Civil, consoante as lições doutrinárias que cita, e que a hipótese bem se enquadra nas disposições do então vigente artigo 303 do RIR, *in verbis*:

> "Art. 301. As contribuições patronais e outros encargos das empresas com os demais benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência oficial

somente poderão ser deduzidos como despesas operacionais quando pagos a entidades de previdência privada, expressamente autorizadas a funcionar, ressalvado o disposto no artigo 37 do Decreto 81.240, de 20 de janeiro de 1978, referente a empresas que mantinham plano de benefícios antes daquela data".

Assim, por força da novação celebrada, surgiu, segundo o apelante, o direito de deduzir o valor da dívida extinta como despesa operacional no exercício em que ocorreu (1997), já que uma das características essenciais da novação é a quitação da dívida antiga.

Aduz que o direito tributário não pode modificar os institutos de direito privado (artigos 109 e 110 do CTN), repisando que a autoridade administrativa reconheceu a legalidade do entendimento do apelante.

Assim, não seria possível corrigir erro de direito, resultante de incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentam a prática do ato, conforme dicção do artigo 146 do CTN, ao contrário do que ocorre com os erros de fato (eventual inexatidão ou incorreção dos dados fáticos), que podem ser retificados a qualquer tempo pela Administração, consoante a doutrina e jurisprudência que cita.

Ao contrário do que depois foi consignado pela autoridade administrativa, em decisão posterior - NOTA 21 -, não há qualquer demonstração de que o apelante tenha informado erroneamente ou omitido aspecto relevante do negócio jurídico celebrado.

Quanto à alegada irregularidade na formalização da consulta, reconhece que, embora expedida pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação-COSIT, esta foi "dirigida ao Secretário da Receita Federal", enquanto deveria ser submetida à Superintendência Regional da Receita Federal (artigo 48 da lei 9.430/96). Entrementes, justifica tal proceder, em virtude da urgência na resposta, porque o apelante à época estava para ser publicado o seu edital de privatização.

Aduz que a situação de urgência e excepcionalidade foi reconhecida pela COSIT, e que o particular não pode ser prejudicado por eventual desobediência a forma prevista em lei, mas cujo desrespeito não comprometa a certeza, segurança e respeito aos seus direitos. Outrossim, a consulta foi respondida pela COSIT, nos termos do seu regimento interno, aprovado pela Portaria MF 259/01, em seu artigo 57. Aliás, a própria fiscalização tributária submeteu, à COSIT, as questões sobre o alcance da mencionada Nota 157, a demonstrar que esse é o órgão responsável pela interpretação da legislação tributária.

Aduz o apelante, também, que a autuação fiscal viola o artigo 100 do CTN, pois, em razão da sua boa-fé, jamais poderia a fiscalização lavrar o auto de infração com imposição de penalidades, juros, e atualização monetária, como o que ora se impugna.

Ainda que entenda o apelante que a hipótese se enquadra no artigo 146 e não no artigo 100 do CTN (porque a NOTA 157 não procedeu a interpretação genérica de uma lei ou de uma situação jurídica, mas sim o caso concreto do negócio jurídico entabulado entre si e a Fundação CESP), a alteração do critério jurídico não poderia ter dado causa à conformação de débito tributário como ocorreu no ato impugnado, à luz do supracitado artigo 100, I e parágrafo único, todos do CTN.

Contesta, por fim, a incidência da taxa SELIC sobre os débitos tributários, por ser inadmissível a delegação em branco de funções legislativas ao Executivo, e por afronta ao que dispõe o artigo 161 do CTN. Cita jurisprudência e doutrina em abono de suas teses.

Requer, assim, o apelante:

A distribuição dos presentes autos ao E. Des. Fed. Lazarano Neto, por prevenção ao AMS 2003.61.05.005656-8. Caso superado o pleito, pretende a anulação da sentença, ou subsidiariamente, a sua reforma, em atenção aos preceitos constituicionais e infraconstitucionais, mencionados nas razões do apelo.

Em sede de contrarrazões, rebate a Fazenda Nacional todas as alegações do apelante, postulando a integral manutenção da sentença.

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Considerando a informação de fls. 1634 e ss. verifica-se que o MS 2003.61.05.005656-8 já foi julgado nesta Corte, razão pela qual ora já não se poderia cogitar da reunião dos feitos por prevenção.

As alegações preliminares de nulidade da sentença monocrática serão analisadas conjuntamente com a apreciação das questões de mérito, porque com estas imbricadas, conforme restará denotado no decorrer da fundamentação.

Neste passo, algumas considerações de ordem geral devem ser feitas, a fim de bem situar o julgamento da lide, em face das alegações do apelante, no sentido de que a sentença de primeiro grau teria motivação ideológica, além de ser parcial e de violar os vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados nas razões do recurso.

Há de se assentar, inicialmente, que o Direito, enquanto ciência social, exige o manejo de critérios estimativos, e não somente os meramente explicativos e normativos. Ou seja, as avaliações feitas sobre questões do Direito levam em conta o valor do justo. Como bem já anotava, há várias décadas atrás, o eminente professor Miguel Reale, observa-se a clara tendência em reduzir o raciocínio jurídico a meros silogismos (do tipo dedutivo, com a tradicional premissa maior, premissa menor e conclusão), sem que se faça qualquer juízo de valor sobre a justiça de tal conclusão. Ainda que a dedução seja importante no Direito (permitindo a subsunção das hipóteses concretas às disposições genéricas da lei, por exemplo), não se pode olvidar, como afirmado, o caráter estimativo do raciocínio jurídico. Dentro desse contexto, o caráter estimativo está previsto em diversos dispositivos legais, como a previsão da aplicação da lei tendo em vista seus fins sociais (LICC), e também nas do CPC, ao permitir ao Juiz a livre apreciação da prova, e a análise dos fatos probatórios de acordo com a experiência do que ordinariamente ocorre. Tais parâmetros mostram-se, pois, essenciais para certas estimativas, como a avaliação de elementos subjetivos de conduta, como, por exemplo, a presença ou não de má-fé.

A sentença apreciou a lide, nos limites do pedido e da causa de pedir, não padecendo de qualquer das máculas previstas no artigo 460 do CPC. A alegação de que esta laborou “contra a prova dos autos” não se presta a acoimar o *decisum* de nulidade, referindo-se tal argumento, na verdade, à discordância do apelante sobre o mérito do julgado, que ora se passa a analisar.

O ponto central da controvérsia reside sobre os efeitos de decisão administrativa, proferida pela COSIT, - NOTA/MF/SRF/COSIT/GAB 157, *in verbis*:

"1.1. a interessada, anteriormente à privatização, mantinha em plano de complementação de aposentadorias e pensões a seus empregados, administrado pela Fundação CESP, entidade de previdência privada, o qual apresentava um déficit acumulado, até 30.09.97, de R$ 426.000.000,00;
1.2. objetivando favorecer a própria privatização - pelo desaparecimento de uma dívida vencida -, e tendo em conta ainda os custos financeiros da operação -, mais reduzidos em relação aos praticados no mercado -, a requerente celebrou contrato de financiamento de longo prazo (20 anos) com a Fundação CESP, quitando desse modo o compromisso vencido que foi substituído por nova dívida (*sic*) financeira;
1.3. entende a interessada que a novação representada pelo contrato com a fundação CESP em decorrência da qual foi liquidada a dívida previdenciária substituída por dívida financeira - autoriza a dedução integral do respectivo montante da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, acarretando prejuízo fiscal e decorrente pagamento a maior tanto do imposto como da contribuição, por estimativa, no ano-calendário de 1997. Indaga sobre a correção desse seu entendimento.
2. A utilização do regime de caixa para dedução da despesa decorre do disposto no artigo 301 do RIR/94 *in verbis*:
---
3. Entendendo-se, pois, que o regime de caixa condiciona a dedutibilidade das despesas em tela, a questão consiste em se poder afirmar que uma dívida referente a esse tipo de gasto, quando novada, pode ser tida como pagar para efeito de sua dedução.
4. a resposta, a nosso ver, deve ser positiva. Nosso entendimento deriva de que, por efeito da novação - artigo 999, I do Código Civil - quita-se a dívida velha, que desaparece, surgindo para o devedor uma outra obrigação, relativa a novo débito, perfeccionando-se assim a condição de dedutibilidade imposta pelo dispositivo em comento.
5. Para corroborar esse ponto de vista, imaginemos que o devedor, ao invés de celebrar novação, vá a mercado financeiro e contraria um empréstimo, utilizando o numerário obtido para saldar a dívida. Esta última, nesse caso, desapareceria dos registros contábeis da empresa, que passariam a consignar uma nova dívida e um novo credor. Nessa hipótese, não se discutiria, por este ângulo - pagamento - a dedutibilidade deste gasto.
6. Ora, não parece lógico atribuir-se efeitos distintos aos dois procedimentos considerados, apenas porque, na novação, não há alteração do credor, inobstante a dívida originária tenha efetivamente se extinguido.
7. Posicionamo-nos, por conseguinte, favoravelmente ao entendimento de que podem ser deduzidas como despesas operacionais, nos termos do artigo 301 do RIR/94, as contribuições devidas pela CPFL à Fundação CESP conforme item primeiro, quando objeto de novação entre essas duas entidades, em razão de ter ocorrido o pagamento das contribuições" ...

Em princípio, não é possível corrigir erro de direito, resultante de incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentam a prática do ato, conforme dicção do artigo 146 do CTN. Outra, no entanto, é a disciplina dos erros de fato (eventual inexatidão ou incorreção dos dados fáticos), que podem ser retificados a qualquer tempo pela

Administração, nos termos do artigo 149, inciso VIII do CTN. Nesse sentido, também, o magistério de Paulo de Barros Carvalho (*Curso de Direito Tributário*, 8ª ed., Saraiva, p. 282).

Resta perquirir se a retificação no entendimento antes esposado pela Administração, através da NOTA/MF/SRF/COSIT, 21 de 17/01/2000, pode prosperar, ante as limitações do artigo 146 do CTN.

Segundo consta dos autos, em 27/10/1997, a Secretaria de Previdência Complementar aprovou regulamento de um "plano misto de benefícios", transformando o então vigente "plano de benefício definido", que era mantido pelo apelante, em favor de seus empregados. Dentre as providências determinadas para a transição entre os dois planos, determinou-se a assunção, pelo apelante, do montante de R$ 426.115.364,24. Esta reserva compreenderia a incorporação do déficit técnico e da reserva a amortizar do plano então vigente. Neste contexto, celebrou o apelante com a Fundação CESP o inquinado "instrumento particular", comprometendo-se a quitar o montante acumulado até dezembro de 1996 em 260 parcelas, sendo 240 parcelas mensais e consecutivas, mais 20 parcelas anuais, referentes a 13º salário, com juros de 6% ao ano e correção monetária pelo IGP-M.

Como afirmam o próprio apelante e a autoridade administrativa, o parecer COSIT 157 foi elaborado às pressas, sem a perfeita observância das disposições da lei 9.430/96, pois que o edital de sua privatização estava prestes a ser publicado.

Assim, a consulta foi dirigida diretamente "ao Secretário da Receita Federal", enquanto deveria ser submetida à Superintendência Regional da Receita Federal (artigo 48 da lei 9.430/96). Afirmou-se que a situação de urgência e excepcionalidade foi reconhecida pela COSIT.

A simples leitura do parecer inquinado demonstra que foi elaborado às pressas, sem rigor técnico e eivado de incorreções. Resta perquirir se tais vícios podem ser definidos como "erros de direito", não passíveis de alteração, ou "erros de fato", que permitem o seu expurgo. Ora, o "erro de fato" pode ser tipificado como "a admissão de fato inexistente, ou que se considere inexistente um fato efetivamente ocorrido". Evidenciado tal "erro de fato, permite-se, por exemplo, a rescisão de sentença judicial (artigo 485, inciso IX e seus parágrafos, todos do CPC), mostrando-se possível a aplicação analógica dessa tipificação para emoldurar a caracterização do "erro de fato", para fins do supracitado artigo 149, inciso VIII do CTN.

E neste passo, em relação ao referido "instrumento particular", a vergastada NOTA-COSIT-157, considerou existentes fatos inexistentes, e outros inexistentes, embora ocorridos, como bem alvitra o parecer anexado ao termo de verificação fiscal, juntado aos autos. Ao contrário do que consignado na NOTA-COSIT-157, não houve o desaparecimento das obrigações entre o apelante e a Fundação CESP, anteriores a 30/09/1997, até mesmo no que se refere ao seu valor total. Assim, na avença, constam expressões como a constatação eventual de que "as necessidades atuariais, utilizadas na montagem do contrato ou futuramente apuradas, podem apresentar mutações, as quais deverão ser cobertas pela CPFL ...", ou , ainda, que "existe a possibilidade de ajustes decorrentes do Demonstrativo dos Resultados da Avaliação Atuarial do Plano de Benefícios ...". Ganha, pois, relevância o novo posicionamento da COSIT, a firmar que "a obrigação da CPFL junto a Fundação CESP está sujeita a incertezas, tais como reajuste dos salários dos funcionários, reajuste dos benefícios dos aposentados e mudanças nas legislações previdenciária e trabalhista. De fato, conforme o relatório, a condição suspensiva, atreladas a evento futuro e incerto, prejudica a certeza da dívida". Os fatos apontados conduzem ao acerto

da conclusão estampada no termo de verificação fiscal, no sentido de que "a extinção das disposições negociais firmadas no último dia 30.9.97 não importa em desaparecimento destas mesmas obrigações entre as partes, tanto que admite-se a necessidade de nova negociação para eventual futura dívida da mesma natureza (*causa debendi*), situação inimaginável se efetivamente os compromissos do instrumento fossem em si representativos da integralidade da obrigação em tela, e caracterizadora, acima de qualquer dúvida, da existência de anterior e superior obrigação entre as partes, que remanesce - e remanescerá - independentemente do *pactum* ...". Logo, o cerne da constatação contida na NOTA COSIT-157, de que "houve o desaparecimento" da anterior obrigação entre as partes, para justificar o enquadramento da hipótese como novação, nos termos do artigo 999, I do então vigente Código Civil, não estava, de fato, prevista, consoante a análise integral da avença, conforme as mesmas razões já descritas.

Outrossim, o objetivo jurídico do artigo 146 do CTN é o de resguardar a boa-fé do contribuinte e privilegiar o princípio da segurança jurídica. Neste caso, no entanto, várias são as circunstâncias que caminham em sentido diverso ao do supracitado escopo jurídico.

Neste passo, vejam-se as considerações do "termo de verificação fiscal", constantes às fls. 94 e seguintes dos autos. Bem se denota que o próprio apelante, ao apresentar as demonstrações contábeis em "31 de dezembro de 1.997 e 1996", contabilizara os valores devidos por conta dos ajustes feitos até 31/12/1996, em conta do patrimônio líquido, *sem trânsito por conta de resultado*. Resta, pois, evidente, como reconhecia o próprio apelante, que a existência de despesa, para fins de abatimento no resultado do exercício, dependeria do efetivo desembolso, ou seja, do pagamento dos valores devidos. O procedimento então adotado foi referendado por auditores independentes e pela CVM.

De fato, dispunha o então vigente artigo 303 do RIR, *in verbis*:

> "Art. 301. As contribuições patronais e outros encargos das empresas com os demais benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência oficial somente poderão ser deduzidos como despesas operacionais *quando pagos* a entidades de previdência privada, expressamente autorizadas a funcionar, ressalvado o disposto no artigo 37 do Decreto 81.240, de 20 de janeiro de 1978, referente a empresas que mantinham plano de benefícios antes daquela data" (grifos acrescentados).

Entrementes, às vésperas da privatização, manejou o apelante, às pressas, consulta diretamente endereçada ao Secretário da Receita Federal, para modificar completamente os procedimentos contábeis adotados, e já certificados por terceiros. A pressa na consulta conduziu à inobservância dos trâmites previstos na lei 9.430/96, e o órgão fiscal, a seu turno, agiu com presteza totalmente inusitada, para produzir uma resposta tosca e eivada de erros de fato, que sequer foi publicada, como seria de rigor, mas enviada diretamente ao apelante, através de ofício. Todas as circunstâncias apontam, pois, para a indevida sobreposição do interesse particular ao interesse público.

A NOTA/MF/SRF/COSIT/GAB 157 malfere todos os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, incluindo-se os da moralidade, impessoalidade e legalidade. O contrato firmado pelo apelante conduziu, no máximo, a uma reclassificação contábil do *déficit*, sem a ocorrência de nenhum pagamento. É evidente que, sob qualquer

aspecto de análise, a avença pactuada entre o apelante e a Fundação CESP não poderia equivaler à contratação de um empréstimo, com a consequente entrada de recursos novos, que, então, quitariam (pelo pagamento), o referido déficit. Resta, pois, incontroverso, que a sistemática adotada malferiu, expressamente, as disposições da lei 9.249/95 e o artigo 301 do RIR/94.

Logo, não se trata de modificar institutos de direito privado (artigos 109 e 110 do CTN), ou violar os artigos 146 e 100, II do CTN, mas do reconhecimento da nulidade da decisão administrativa em tela, primordialmente pela tipificação de erros de fato. As circunstâncias descritas na obtenção da decisão em tela, como já anotado, afrontam os supracitados princípios norteadores da Administração Pública, em especial os da moralidade, impessoalidade e da legalidade, constatação que também torna incompatível a incidência do artigo 146 do CTN no presente caso.

A revisão da NOTA/MF/SRF/COSIT/GAB 157 mostrava-se, portanto, de rigor, decorrendo que o auto de infração deve prosperar.

Passa-se ao exame da questão referente à constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC.

Não assiste razão à embargante quando afirma a impossibilidade de cobrança de juros superiores a 1% ao mês. De fato, o artigo 161, parágrafo primeiro, do Código Tributário Nacional, estabelece:

> "Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia prevista nesta Lei ou em lei tributária.
> § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês".

Veja-se que o parágrafo primeiro acima transcrito dispõe que a lei pode alterar o percentual da taxa de juros. Observo, nesse passo, que o dispositivo não exige lei complementar, caso contrário, expressamente o faria.

Perfeitamente possível, assim, a incidência de juros superiores a 1% ao mês.

Sustenta a embargante a impossibilidade da utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, na cobrança dos créditos tributários.

Inicialmente, é importante tecer algumas considerações sobre a natureza da referida taxa.

O conceito de Taxa SELIC é o encontrado na Circular BACEN nº 2.868, de 04 de março de 1.999 e na Circular BACEN nº 2.900, de 24 de junho de 1.999, ambas no artigo 2º, § 1º, *in verbis*:

> "Define-se a Taxa SELIC como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para tributos federais".

Considerando que a taxa SELIC tem por objetivo ressarcir determinada instituição financeira que empresta recursos a outra, sua constituição heterogênea manifesta-se em composição de juros e correção monetária.

Então, resta apenas saber se a SELIC pode ser aplicada no âmbito do Direito Tributário.

Como já referido acima, perfeitamente possível a fixação dos juros em percentual superior a 1% (um por cento), nos termos do parágrafo primeiro do art. 161, do Código Tributário Nacional.

O artigo 84 da Lei 8.981/95 e o artigo 13 da Lei 9.065/95 prevêem expressamente a aplicação da taxa SELIC nos pagamentos em atraso, dispondo da seguinte forma:

> "Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:
> I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;
> II - multa de mora aplicada da seguinte forma:
> a) dez por cento, se o pagamento se verificar no próprio mês do vencimento;
> b) vinte por cento, quando o pagamento ocorrer no mês seguinte ao do vencimento;
> c) trinta por cento, quando o pagamento for efetuado a partir do segundo mês subseqüente ao do vencimento.
> § 1º Os juros de mora incidirão a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao do vencimento, e a multa de mora, a partir do primeiro dia após o vencimento do débito.
> § 2º O percentual dos juros de mora relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado será de 1%.
> § 3º Em nenhuma hipótese os juros de mora previstos no inciso I, deste artigo, poderão ser inferiores à taxa de juros estabelecida no art. 161, § 1º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, no art. 59 da Lei nº 8.383, de 1991, e no art. 3º da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993.
> § 4º Os juros de mora de que trata o inciso I, deste artigo, serão aplicados também às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS e aos débitos para com o patrimônio imobiliário, quando não recolhidos nos prazos previstos na legislação específica.
> § 5º Em relação aos débitos referidos no art. 5º desta lei incidirão, a partir de 1º de janeiro de 1995, juros de mora de um por cento ao mês-calendário ou fração.
> § 6º O disposto no § 2º aplica-se, inclusive, às hipóteses de pagamento parcelado de tributos e contribuições sociais, previstos nesta lei.
> § 7º A Secretaria do Tesouro Nacional divulgará mensalmente a taxa a que se refere o inciso I deste artigo.
> § 8º O disposto neste artigo aplica-se aos demais créditos da Fazenda Nacional cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. (Acrescentado pelo art. 16 da MP nº 1110/95)".

> "Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente".

Estando a taxa prevista em lei, a sua expressão quantitativa pode vir ao ordenamento por norma de hierarquia inferior. No caso, portanto, a lei ordinária serviu corretamente de instrumento legislativo para estabelecer a cominação.

E nada impede que uma única taxa reflita duas realidades, a saber, juros e correção monetária, haja vista as características distintas destes institutos. Neste sentido, cito o Julgado que segue:

> "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 112 DO CTN. FALTA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. TAXA SELIC.
> 1. A matéria inserta no artigo 112 do CTN não foi devidamente prequestionada. Súmula nº 211 desta Corte.
> 2. É devida a taxa SELIC nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal. Precedentes.
> 3. A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.
> 4. Recurso especial conhecido em parte e improvido" (STJ - Recurso Especial - 739353; Processo: 200500547475/PR; Órgão Julgador: Segunda Turma; Data: 17/05/2005; DJ: 01/08/2005; pág.: 429; Relator: Min. Castro Meira; v. u.; grifei).

Assim, a imposição de juros e a cobrança de correção monetária pela taxa SELIC não importam na alteração do aspecto material da hipótese de incidência nem acarretam a majoração do tributo.

Ainda no tocante à correção monetária, estabelece o artigo 97, § 2º, do Código Tributário Nacional:

> "Art. 97, § 2º - Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".

A composição da Taxa SELIC, portanto, não viola qualquer princípio constitucional, podendo ser aplicada para a correção dos débitos tributários.

Vedada somente está, em consonância com o já exposto, a aplicação da Taxa SELIC mais juros de mora ou Taxa SELIC mais correção monetária, uma vez que a composição heterogênea da taxa SELIC já traz no mesmo contexto a incidência dos juros e da correção monetária.

Ainda no tocante aos juros, é de se observar que os dispositivos constantes do art. 1062 do Código Civil revogado e aqueles previstos no Decreto nº 22.626/33, não podem ser aplicados às relações jurídicas tributárias, por consistirem em normas referentes a juros contratuais, razão pela qual deve ser afastada a alegação.

Cumpre salientar, nesse passo, que não pode ser invocado o limite de 12% ao ano, que era previsto no art. 192, § 3º da Constituição Federal, que, antes de ser revogado pela Emenda Constitucional 40, de 29 de maio de 2003, assim dispunha:

> "§ 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar".

É que a norma em apreço dizia com a concessão de crédito no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, como se constata do seu próprio texto e do capítulo em que vinha inserida. De igual modo, era entendimento pacificado na jurisprudência dos tribunais pátrios que a norma referida não era auto-aplicável.

Veja-se, a propósito, excerto da decisão do Plenário do STF quando do julgamento da ADIN nº 4, relator Min Sydney Sanches:

> "(...) Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no *caput*, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do *caput*, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma. (...)".

O mesmo entendimento encontra espeque no Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado abaixo transcrito:

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ARTS. 267, 295 E 475 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RAZÕES DISSOCIADAS DO JULGADO. SÚMULA Nº 284/STF. CONVÊNIO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS FIRMADO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PREÇO. CONVERSÃO DOS VALORES. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.
> 1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
> 2. Quanto à apontada ofensa aos arts. 5º, LIV e § 2º; 37 e 199, § 1º, da CF não merece ser conhecido o recurso especial da União, eis que restringe-se à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional.
> 3. A ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal invocados no especial obsta o conhecimento do recurso.
> 4. A reformulação da tabela do SUS ocorrida em novembro de 1999 não representou mero reajustamento dos preços até então praticados, mas, sim, o estabelecimento de novos valores em virtude da reapreciação de todos os procedimentos. A partir da referida data, não se cogita, portanto, da aplicação do percentual da defasagem relacionada à errônea conversão monetária.
> 5. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, 'quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional'.
> 6. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -

SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02). (...)"
(RESP 909934, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29/06/09).

Não se verificam, pois, nulidade ou afronta aos diversos dispositivos citados - aos artigos 1º, II, 5º, XXXIV "a", XXXVI, LIV E LV, 37 , ambos da Constituição Federal, e 100, I e parágrafo único e 146, do CTN, arts. 2º, "caput" e parágrafo único IX e X, 22, 37 e 38 par. 2º, da lei 9.784/99 e artigo 999, I do CC, mostrando-se, ao revés, que os fundamentos expostos são suficientes para autorizar a manutenção da sentença monocrática.

Em face do exposto, voto por rejeitar as preliminares e por desprover a apelação.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA:

Solicitei vista no caso vertente para melhor exame da controvérsia.

Trata-se de apelação em sede de embargos à execução fiscal de débitos de CSL, apurados nos autos do processo administrativo 10830.002286/00-95, na qual requer o embargante o reconhecimento da nulidade da execução. Subsidiariamente, pede a suspensão deste processo até o final julgamento do Mandado de Segurança 2003.61.05.005656-8, que trata de matéria prejudicial à presente execução, nos termos do art. 265, IV, "a", do CPC.

Em sua apelação, o embargante requer a distribuição do feito ao E. Des. Federal Lazarano Neto, por prevenção à AMS 2003.61.05.005656-8, requerendo, preliminarmente, a decretação de nulidade da r. sentença, por violação do art. 128 do CPC. Subsidiariamente, requer a reforma do julgado.

O eminente Relator, em seu voto, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação, por entender ausente a nulidade ou afronta aos arts. 1º, II, 5º, XXXIV "a", XXXVI, LIV E LV e 37 da CF, e arts. 100, I e parágrafo único e 146, do CTN, arts. 2º, "caput" e parágrafo único IX e X, 22, 37 e 38, § 2º, da Lei 9.784/99 e art. 999, I do CC, mantendo a r. sentença monocrática.

Observo, em consulta ao sistema de gerenciamento de feitos desta Corte, que nos autos do mandado de segurança nº 2003.61.05.005656-8, de relatoria do Juiz Convocado Wilson Zauhy, foi proferido acórdão, por votação unânime desta E. Sexta Turma, em julgamento realizado em 26/11/2010, encontrando-se o feito atualmente em fase de processamento de recursos aos Tribunais Superiores.

Referida ação julga o cerne da questão ora posta a desate, no que pertine ao alcance e a força vinculativa da NOTA/MF/SRF/COSIT/GAB 157, em relação aos débitos ora questionados.

Reconheço, na hipótese, a existência de conexão, por ser comum o objeto de ambas as ações (CPC, art. 103), todavia não seria possível a reunião dos feitos em um mesmo Juízo diante da existência das Varas Especializadas em Execução Fiscal. *In casu*, o Juízo dos embargos possui competência especializada, de natureza absoluta em razão da matéria, não sendo competente para processar e julgar ações ordinárias, sejam elas declaratórias ou constitutivas.

Nesse sentido, trago à colação aresto da E. Segunda Seção desta Corte, em caso similar, assim ementado:

> "PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO. ANULATÓRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS.
> 1. No que concerne à existência de conexão entre os feitos, tem-se que a conexão somente enseja a modificação de competência relativa, ou seja, em razão do valor e do território, nos termos do disposto no artigo 102 do Código de Processo Civil.
> 2. Tratando-se de competência em razão da matéria, e como tal absoluta, mesmo constatada a conexão ou continência, não há possibilidade de reunião dos processos.
> 3. Nas varas especializadas em execuções fiscais não se processam ações anulatórias, bastando que delas se tenha informação no juízo da execução, a fim de afastar a possibilidade de decisões conflitantes.
> 4. Impossível a reunião da anulatória e da execução perante o Juízo Federal da 9ª de Ribeirão Preto/SP - Vara Especializada em Execuções Fiscal, por ser este absolutamente incompetente para processar a ação anulatória, o que afasta a possibilidade de reunião dos feitos por conexão. Nesse sentido já decidiu esta 2ª Seção, por unanimidade, quando do julgamento do Conflito de Competência nº 2002.03.00.006695-9/SP, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, publicado no DJU em 24/11/2005, pág. 205.
> 5. Competência do juízo suscitado."
> (TRF-3, 2ª Seção, CC 200703000527419, Des. Fed. Lazarano Neto, DJU 09/11/2007, p. 473)

Contudo, reconheço a relação de prejudicialidade entre os feitos e a conveniência do sobrestamento dos presentes embargos, nos termos do art. 265, IV, "a", do CPC.

A solução da controvérsia no *mandamus* pode ter reflexos diretos no deslinde do presente feito. Eventual êxito da pretensão naquela sede culminaria na desconstituição do débito tributário, esgotando o objeto da execução fiscal e, consequentemente, dos presentes embargos.

Nessa medida, diante da prejudicialidade e da impossibilidade de reunião dos feitos em primeiro grau de jurisdição, a solução recomendável é o sobrestamento dos embargos, opostos posteriormente, até o trânsito em julgado no mandado de segurança.

Resta prejudicada a análise do pedido subsidiário.

Em face de todo o exposto, pedindo vênia ao eminente Relator, *rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento à apelação*, apenas para determinar o retorno dos presentes embargos à Vara de origem, e o sobrestamento dos mesmos até o julgamento definitivo do mandado de segurança.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
0018676-92.2009.4.03.6100
(2009.61.00.018676-8)

Apelantes: ELIAS TAVARES DE ARAUJO E OUTRO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Interessados: SOCIME - SOCIEDADE CIVIL DE MELHORAMENTOS LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AC 1522694
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2011

EMENTA

AGRAVO DE INTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. FIADOR. DIREITO INTERTEMPORAL. INTERRUPÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRINCÍPIOS *JURA NOVIT CURIA* E DA *MIHI FACTUM DABO TIBI JUS*.
1. As disposições de direito intertemporal previstas no Código Civil de 2002 devem ser observadas, considerando que o contrato que originou a dívida foi firmado antes do diploma civil. Segundo o artigo 2028 do atual Código Civil, serão "os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".
2. O artigo 177 do Código Civil de 1916 dispunha o prazo prescricional de vinte anos para o ajuizamento das ações pessoais, ao passo que, na atual legislação, prescreve-se em cinco anos, nos termos do artigo 206, parágrafo 5º, "a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular". Considerando que, quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve o decurso de mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, é caso de se observar o prazo prescricional de vinte anos.
3. O instituto da fiança possui regra específica no tocante à prescrição, prevendo que a interrupção produzida contra o devedor principal prejudica o fiador, disposição contida tanto no artigo 176, parágrafo 3º, do Código Civil de 1916, como no artigo 204, parágrafo 3º, do Código Civil de 2002.
4. Interrompida a prescrição, recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, consoante o artigo 173 do Código Civil/1916. Tendo em vista, porém, que somente se opera uma vez, em se tratando de inclusão de outros devedores na demanda, não mais há que se falar propriamente na prescrição supramencionada e sim na prescrição intercorrente, consubstanciada na paralisação do processo em razão da inércia do autor, por período equivalente ao prazo de vinte anos. Precedente desta Corte.
5. A prescrição intercorrente é espécie prescricional que produz seus efeitos ante a inércia da exequente em promover a citação dos recorrentes, antes de escoado o prazo legal. Embora não aduzida expressamente a prescrição intercorrente na causa de pedir dos embargos, afigura-se possível o exame da questão em razão da menção na exordial, por parte dos embargantes, da inércia da exequente durante o processo executório, inferindo-se, daí, a ocorrência de prescrição intercorrente, tudo

isso em homenagem aos brocardos *jura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi jus*.
6. Recurso de apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de outubro de 2011.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator). Cuida-se de recurso de apelação, interposto por Elias Tavares de Araújo e Adma Eid Tavares de Araújo, em face da sentença que julgou improcedentes os embargos opostos pelos apelantes na execução de título extrajudicial movida pela Caixa Econômica Federal em face de SOCIME - Sociedade Civil de Melhoramentos Ltda. e outros.

Alegam que a empresa SOCIME celebrou, em 1967, com a CEF, contrato "tido como 'padrão', para os fins de financiamento, clausulado com título de mútuo e pacto adjeto de hipoteca", constando dez fiadores, dentre os quais os apelantes, e que, diante do inadimplemento, a empresa pública promoveu, em 13.04.1977, a execução do título extrajudicial.

Em suma, informam que, dentre os pedidos inerentes à execução, a CEF requereu a citação do devedor principal e dos fiadores, não logrando êxito, contudo, quanto à citação dos apelantes. Sustentam que somente em 26.08.2008, quando passados 29 anos e 10 meses da propositura da ação, é que a CEF tentou, novamente, promover a inclusão dos recorrentes, citados em 2009, não podendo prevalecer ante o decurso do prazo prescricional de 20 anos, previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916. Requerem, pois, o provimento da apelação, tendo em vista a ocorrência de prescrição.

Contrarrazões às fls. 596/603.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator). A questão central versa acerca do eventual decurso do prazo prescricional para inclusão dos apelantes, fiadores em contrato de empréstimo firmado entre a CEF e a empresa SOCIME - Sociedade Civil de Melhoramentos Ltda., no pólo passivo da ação.

Impõe-se observar, de início, as disposições de direito intertemporal previstas no Código Civil de 2002, considerando que o contrato que originou a dívida foi firmado antes do diploma civil. Segundo o artigo 2028 do atual Código Civil, serão "os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

O artigo 177 do Código Civil de 1916 dispunha o prazo prescricional de vinte anos

para o ajuizamento das ações pessoais, ao passo que, na atual legislação, prescreve-se em cinco anos, nos termos do artigo 206, parágrafo 5º, "a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular". Considerando que, quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve o decurso de mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, é caso de se observar o prazo prescricional de vinte anos.

Adentrando no mérito, proposta a demanda executória em 13.04.1977, constata-se que a citação da devedora principal ocorreu em 20.10.1978, interrompendo-se a prescrição não apenas perante a empresa SOCIME, mas também em relação aos fiadores. Isso porque o instituto da fiança possui regra específica no tocante à prescrição, prevendo que a interrupção produzida contra o devedor principal prejudica o fiador, disposição contida tanto no artigo 176, parágrafo 3º, do Código Civil de 1916, como no artigo 204, parágrafo 3º, do Código Civil de 2002.

Interrompida a prescrição, recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, consoante o artigo 173 do Código Civil/1916. Tendo em vista, porém, que somente se opera uma vez, em se tratando de inclusão de outros devedores na demanda, não mais há que se falar propriamente na prescrição supramencionada e sim na prescrição intercorrente, consubstanciada na paralisação do processo em razão da inércia do autor, por período equivalente ao prazo de vinte anos. Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte: Apelação Cível nº 0005671-04.1989.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, j. 23.03.2010.

In casu, observa-se que somente em 2008 a CEF promoveu diligências no intuito de incluir os apelantes no pólo passivo da ação, ocorrendo a citação em 2009. É de se concluir, portanto, pela ocorrência da prescrição intercorrente, ante a inércia da exequente em promover a citação dos recorrentes antes de escoado o prazo legal.

Frise-se, por fim, que conquanto não aduzida expressamente a prescrição intercorrente na causa de pedir dos embargos, afigura-se possível o exame da questão em razão da menção na exordial, por parte dos embargantes, da inércia da exequente durante o processo executório, inferindo-se, daí, a ocorrência de prescrição intercorrente, tudo isso em homenagem aos brocardos *jura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi jus*.

Quanto à verba honorária, arbitro em favor dos embargantes no valor de R$ 1.500,00.

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação, a fim de reconhecer a ocorrência de prescrição em relação aos embargantes.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0012303-41.2011.4.03.0000
(2011.03.00.012303-8)

Agravantes: DESK MÓVEIS ESCOLARES E PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA. E UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO - UNIFESP
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: LUCILA AMARAL CARNEIRO VIANNA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AI 438413
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROVA PERICIAL - DESTINATÁRIO DA PROVA - LIVRE CONVENCIMENTO - ART. 420, II, CPC - DESNECESSIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1. O destinatário da prova pericial, assim como as demais provas, é o juízo da causa que, se não convencido pelos argumentos apresentados pelas partes ou por outros elementos constantes nos autos, tem inteira liberdade para determinar as provas que entender necessárias ao deslinde da questão posta à sua apreciação. Especialmente quando as partes não foram capazes de, no exercício da produção de provas, conduzir o magistrado a um convencimento sobre o qual não pairem dúvidas, tem este o poder, portanto, de determinar provas que julgue suficientes para sair de seu estado de perplexidade.

2. O sistema de convencimento aplicado no Código de Processo Civil é o da persuasão racional ou livre convicção motivada, segundo o qual o juiz aprecia livremente a prova , atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas sempre fundamentando as razões de seu convencimento. É a disposição do art. 131, do Código de Processo Civil.

3. Compulsando os autos, mormente petição inicial, verifica-se que a justificativa para a escolha da agravante, como fornecedora do produto, deu-se em face do material resistente à maresia, como bem resumiu o MM. Juízo de origem. Referida informação técnica pode ser obtida em qualquer especificação de produto não sendo necessária a produção da requerida prova.

4. Prevê o art. 420, parágrafo único, II, CPC: “O juiz indeferirá a perícia quando: for desnecessária em vista de outras provas produzidas”.

5. Desnecessária a comparação da qualidade entre produtos de diversos fabricantes, como pretendida pela recorrente, posto que se questiona, em sede de ação civil pública, a exclusividade do produto (e não a superioridade da qualidade), a justificar a inexigibilidade do procedimento licitatório (art. 25, I, Lei nº 8.666/93).

6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar

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

São Paulo, 22 de setembro de 2011.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu a produção de prova técnica (perícia), em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal em face da ora agravante e diversos servidores da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), sob o argumento de ilegalidade na aquisição, sem licitação, de móveis escolares (700 carteiras escolares universitárias para instalações do *campus* da Baixada Santista), bem como designou data para audiência de instrução (7/6/2011).

O MM. Juízo de origem entendeu que a questão prescinde da produção de prova técnica, requerida pela ré, ao fundamento de que a matéria discutida nestes autos se circunscreve ao fato de que outro material resistente à maresia poderia ser escolhido, bem como a constatação e comparação da qualidade das mercadorias podem ser feitas por meio de prova documental.

Alega a agravante que o indeferimento de perícia cerceia sua defesa. Aduz que a aquisição dos produtos não se deu só pelo fato de resistência à maresia, mas, como já restou demonstrado, por ser mercadoria mais duradoura, de qualidade superior, resistente, com manutenção estendida, além da situação emergencial também comprovada, pela proximidade do início do ano letivo.

Afirma que a questão não pode ficar no plano documental, eis que se trata de comparação (entre seu produto e similares, conforme documentos acostados pelo agravado), quanto à durabilidade, resistência, garantia, etc.

Sustenta que o agravado não comprovou que os similares possuem as mesmas condições técnicas de seus móveis, o que só poderá ser verifica com a perícia.

Ressalta que, na hipótese discute-se a inexigibilidade da licitação, com fulcro no art. 25, I, Lei nº 8.666/93, logo imprescindível a prova pericial.

Acrescenta que a prova pericial só pode ser indeferida nas hipóteses previstas no art. 420, CPC, que inocorrem no caso em comento.

Assevera ainda que a decisão agravada é temerária, posto que designou audiência de instrução para 7/6/2011, bem como determinou a apresentação de rol de testemunhas, sendo que se a audiência se realizar sem o julgamento deste recurso, não terá oportunidade de fazer prova de seu direito.

Indeferiu-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ora agravado, apresentou contraminuta, alegando que o cerne da lide está na compra direta de carteiras escolares, com inexigibilidade de licitação, por ser o produto da impetrante supostamente o único “resistente à maresia” e que demonstrou, como autor da ação civil pública, que existem outros produtos, fabricados com diversas técnicas, que atendem a tal requisito e que desnecessária a prova que pretende a agravante de superioridade do seu produto. Argumentou que, se o produto da recorrente for superior aos demais fabricantes, tal fato não afastaria a necessidade

da competição, mas indicaria que esta deveria ser desenvolvida pelo critério de preço e qualidade (art. 25, Lei nº 8.666/93). Concluiu que a natureza da prova pleiteada é dissociada do objeto da lide. Ressalta o art. 420, II, CPC.

Intimado na condição de *custos legis*, o Ministério Público Federal deixou de oferecer parecer, por entender que a unidade ministerial já se fez representar nos autos, através da contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): O destinatário da prova pericial , assim como as demais provas, é o juízo da causa que, se não convencido pelos argumentos apresentados pelas partes ou por outros elementos constantes nos autos, tem inteira liberdade para determinar as provas que entender necessárias ao deslinde da questão posta à sua apreciação. Especialmente quando as partes não foram capazes de, no exercício da produção de provas, conduzir o magistrado a um convencimento sobre o qual não pairem dúvidas, tem este o poder, portanto, de determinar provas que julgue suficientes para sair de seu estado de perplexidade.

Preleciona Humberto Theodoro Júnior ao tecer considerações sobre o poder de instrução do juiz:

> "O Código, como se vê, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. Alem do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segunda as regras do direito." (*in Curso de Direito Processual Civil*, vol I, Editora Forense, 25ª Edição, RJ, 1998, p. 421).

Não nos esqueçamos que o sistema de convencimento aplicado no Código de Processo Civil é o da persuasão racional ou livre convicção motivada, segundo o qual o juiz aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas sempre fundamentando as razões de seu convencimento. É a disposição do art. 131, do Código de Processo Civil.

Ademais, compulsando os autos, mormente petição inicial, verifica-se que a justificativa para a escolha da agravante, como fornecedora do produto, deu-se em face do material resistente à maresia, como bem resumiu o MM. Juízo de origem.

Referida informação técnica pode ser obtida em qualquer especificação de produto não sendo necessária a produção da requerida prova.

Prevê o art. 420, CPC:

> "Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
> Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:
> I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
> II - *for desnecessária em vista de outras provas produzidas*;
> III - a verificação for impraticável. (grifos)."

Destarte, não verifico relevantes os argumentos empregados pela agravante a fundamentar a reforma da decisão agravada.

Outrossim, desnecessária a comparação da qualidade entre produtos de diversos fabricantes, como pretendida pela recorrente, posto que se questiona, em sede de ação civil pública, a exclusividade do produto (e não a superioridade da qualidade), a justificar a inexigibilidade do procedimento licitatório (art. 25, I, Lei nº 8.666/93).

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

- Sobre o indeferimento de pedido de prova pericial, com base no artigo 420, II, do CPC, veja também os seguintes julgados: AI 0036221-45.2009.4.03.0000/SP, Relator Juiz Federal Convocado Ricardo China, publicado na RTRF3R 101/128 e AC 97.03.003643-0/SP, Relator designado para o Acórdão Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 64/223.

AGRAVO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0019754-20.2011.4.03.0000 (2011.03.00.019754-0)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Parte Autora: ENCARNAÇÃO FERREIRA DE SOUZA GUIMARÃES
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE JUNDIAÍ - SP
Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: CC 13104
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/11/2011

EMENTA

AGRAVO DO ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO DE DIREITO DE VARA DA JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA DELEGADA. COMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL PARA JULGAR O CONFLITO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

Compete a esta E. Corte o julgamento do conflito de competência, uma vez que a decisão do MM. Juízo suscitado, ao considerar que o valor da causa não supera o teto de sessenta salários mínimos, foi proferida no âmbito da competência delegada.

A demanda subjacente não se enquadra no conceito de causa acidentária típica, pois a causa de pedir diz respeito ao óbito que, não obstante decorrente de acidente de trabalho, imprescinde de prova pericial e do nexo de causalidade entre essa circunstância e o benefício previdenciário visado, diversamente do que ocorre, por exemplo, com o auxílio-doença decorrente de acidente de trabalho.

Agravo desprovido. Competência da Justiça Federal.

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

São Paulo, 27 de outubro de 2011.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo previsto no Art. 120, parágrafo único, do CPC interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão em que declarada a competência do Juízo suscitante (Juizado Especial Federal Cível de Jundiaí/SP), para processar e julgar a ação de restabelecimento de benefício de pensão por morte decorrente de acidente de trabalho, cessado pelo INSS, após revisão administrativa, em autos de conflito de competência.

O agravante requer a reforma da decisão, sustentando contrariedade à nova orientação firmada pelo E. STF, às Súmulas 235 e 501 do STF, à Súmula 15 do STJ e à jurisprudência desta E. Corte, todas no sentido de que, em se tratando de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, a competência é da Justiça Estadual, nos termos do Art. 109, I, da CF e Art. 129 da Lei 8.213/91.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Transcrevo a decisão agravada:

> "Trata-se de conflito de competência em que figuram como suscitante o Juizado Especial Federal Cível de Jundiaí/SP e suscitado o Juízo de Direito da 2ª Vara de Jundiaí/SP, nos autos da ação de revisão de benefício de pensão por morte decorrente de acidente de trabalho.
> O MM. Juízo suscitado declinou da competência ao suscitante, ao entendimento de que o valor da causa é inferior a 60 salários mínimos.
> O MM. Juízo suscitante declarou-se incompetente, sob o fundamento de que o Art. 109, I, da CF excepciona as causas de acidentes de trabalho da competência federal.
> É o relatório. Decido.
> A jurisprudência pacificou-se no sentido da competência da Justiça Federal para dirimir controvérsias relacionadas à revisão de benefício de pensão por morte decorrente de acidente de trabalho, como é o caso dos autos.
> O sentido adotado pela jurisprudência cinge-se, ao contrário dos demais benefícios previdenciários decorrentes de acidente do trabalho, à pensão por morte.
> A razão de a pensão por morte, seja concessão ou revisão, não se inserir na competência estadual reside na circunstância de que esse benefício independe de perícia para aferição do óbito que decorre do acidente do trabalho, inversamente do que se dá no auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, para os quais a incapacidade decorrente do acidente do trabalho deve ser objeto de perícia, cujo resultado melhor se aproximará da verdade se realizada no local dos acontecimentos, portanto, pela Justiça Estadual.
> Nessa linha:
> 'PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO REVISIONAL DE PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. APLICAÇÃO DO ART. 109, I, DA CF/88. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 15/STJ. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
> 1. Para verificação da competência no caso de ações previdenciárias, deve-se considerar a natureza do benefício, se acidentário ou previdenciário, bem como o procedimento adotado para a sua concessão.
> 2. As ações que versem sobre benefícios previdenciários são de competência da Justiça Federal, ressalvado o disposto no art. 109, § 3º, da Lei Maior. Dessa forma, as ações que envolvam concessão e revisão de pensão por morte, independentemente

da circunstância em que o segurado faleceu, devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal.

3. Exceção a esta regra está nas ações acidentárias típicas, envolvendo o trabalhador e a autarquia previdenciária, nas quais há necessidade de prova pericial a ser realizada pelo INSS, o que justifica a manutenção da competência da Justiça Estadual, a teor do art. 109, inciso I, *in fine*, da Constituição Federal.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de São Gonçalo para processar e julgar o feito.'

(CC 62531/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, DJ 26/03/2007, p. 200).

'PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. APLICAÇÃO DO ART.109, I, DA CR/88. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 15/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A demanda circunvolve-se ao pedido de revisão de pensão por morte decorrente de acidente do trabalho.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do CC 62.531/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 26/03/2007, afastou a incidência da Súmula nº 15/STJ e consignou o entendimento de que nos conflitos nos quais se discute a concessão ou a revisão de benefício de pensão por morte, decorrente ou não do falecimento do segurado em razão de acidente de trabalho, a competência para o processamento e julgamento do feito é da Justiça Federal, ressalvando-se apenas casos de competência delegada, prevista no art. 109, § 3º da Constituição da República.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.'

(AgRg no CC 106.431/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 04/05/2010).

Destarte, havendo Vara do Juizado Especial Federal na mesma comarca da Justiça Estadual, e não ultrapassado a causa valor superior a 60 salários-mínimos, a competência absoluta para processar e julgar a ação é do Juizado, nos termos do Art. 3º da Lei 10.259/01.

Ante o exposto, com fulcro no Art. 120, parágrafo único, do CPC, conheço do conflito para declarar competente o suscitante."

Inicialmente, reconheço a competência desta E. Corte ao julgamento do presente conflito de competência, uma vez que a decisão do MM. Juízo suscitado (Juízo de Direito da 2ª Vara de Jundiaí/SP), ao considerar que o valor da causa não supera o teto de sessenta salários mínimos, foi proferida no âmbito da competência delegada.

Vale registrar, ainda, que a causa possui valor inferior a sessenta salários mínimos.

Quanto à controvérsia acerca do Art. 109, I, da CF, ressalte-se que a demanda subjacente não se enquadra no conceito de causa acidentária típica, pois a causa de pedir diz respeito ao óbito que, não obstante decorrente de acidente de trabalho, imprescinde de prova pericial e do nexo de causalidade entre essa circunstância e o benefício

previdenciário visado, diversamente do que ocorre, por exemplo, com o auxílio-doença decorrente de acidente de trabalho.

Nesse sentido, colaciono recente julgado do E. STJ, em que afastada sua Súmula 15:

"PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. DEMANDA QUE OBJETIVA CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 15/STJ. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
1. A Terceira Seção desta Corte pacificou recentemente o entendimento de que a concessão e a revisão de pensão por morte, independentemente das circunstâncias do falecimento do segurado, é de natureza previdenciária, e não acidentária típica, o que torna competente a Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, afastando-se a aplicação da súmula nº 15/STJ (CC 62.531/RJ, de minha relatoria, DJU 26.03.2007, p. 200).
2. Agravo regimental improvido."
(AgRg no CC 108.477/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010).

Na mesma linha, transcrevo precedentes deste E. Tribunal:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIOS - PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - PRECEDENTE DO STJ - MÃE DO FALECIDO - NÃO COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL - NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DA PENSÃO POR MORTE. 1. A pensão por morte é benefício eminentemente previdenciário, independentemente das circunstâncias que cercaram o falecimento do segurado. 2. Embora comprovada a condição de segurado do filho da autora à época de seu óbito, o requisito da dependência econômica (que, na espécie, não é presumido), não foi atendido com as provas juntadas aos autos. 3. As testemunhas pouco conhecem sobre a vida do filho da autora e de sua mãe, não sabendo precisar, com grau mínimo de detalhes, qual a importância de sua contribuição para o sustento da família. 4. Recurso de apelação provido."
(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1068921; Processo: 2005.03.99.047649-9; UF: SP; Órgão Julgador: NONA TURMA; Data do Julgamento: 16/11/2009; Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 03/12/2009; PÁGINA: 640; Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS).

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO. PEDIDO DE RECÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE A FIM DE QUE O VALOR DE AUXÍLIO-ACIDENTE RECEBIDO PELO FALECIDO INTEGRE O BENEFÍCIO DA PENSIONISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS. ACÓRDÃO ANULADO. - Há equívoco de interpretação da normatização que rege a espécie, motivo pelo qual é viável emprestar ao recurso, excepcionalmente, caráter infringente. - O pedido vertido na exordial é o de revisão da pensão por morte

previdenciária que a embargante recebe, e não de benefício de natureza acidentária. - O pleito de recálculo da pensão por morte, a fim de que o auxílio-acidente passe a integrar seu valor, não altera a natureza da pensão por morte previdenciária, visto que esta não foi concedida em virtude de acidente de trabalho. - Reconhecida a competência da Justiça Federal para julgar o feito. Precedentes do C. STJ. - Embargos de declaração providos."
(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1076710; Processo: 2003.61.04.013847-3; UF: SP; Órgão Julgador: OITAVA TURMA; Data do Julgamento: 08/11/2010; Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 17/11/2010; PÁGINA: 3279; Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY).

"AGRAVO LEGAL. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PREENCHIDO OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. - Compete a Justiça Federal o processamento e julgamento dos feitos relativos à concessão de pensão por morte, haja vista tratar-se de benefício eminentemente previdenciário, independentemente das circunstâncias do falecimento do segurado. - O fato gerador da pensão por morte é o óbito do segurado e a concessão deste benefício deve levar em conta a legislação vigente à época do óbito. - Presente a condição de dependência econômica, tomando-se por critério o estabelecido no inciso I, artigo 16 da Lei 8.213/91, que a confere por presumida nessas circunstâncias. - Demonstrado nos autos que o falecido, na data do óbito, mantinha a qualidade de segurado. - Agravo legal improvido."
(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1308349; Processo: 2007.61.19.001818-1; UF: SP; Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA; Data do Julgamento: 13/07/2009; Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 05/08/2009; PÁGINA: 399; Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA).

Destarte, detém competência absoluta o MM. Juízo suscitante, nos termos do Art. 3º e § 3º da Lei 10.259/01, para processar e julgar o feito subjacente.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

DIREITO
PROCESSUAL PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0011418-71.2009.4.03.6119
(2009.61.19.011418-0)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E VALERIE VERMEIREN (ré presa)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACR 43439
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2011

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. "MULA". MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA-BASE. CONFISSÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. DELAÇÃO PREMIADA INAPLICÁVEL. TRANSNACIONALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA. SEMI-IMPUTABILIDADE. ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DE PENA OBRIGATÓRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO RECOMENDADA POR LAUDO PSIQUIÁTRICO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1 - O art. 3º, do Decreto 98.961/90, prevê a hipótese de expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes, antes do cumprimento da pena, se for conveniente em razão do interesse nacional, mas atribui esta faculdade ao Ministro da Justiça, que fará exposição fundamentada ao Presidente da República, responsável pela decisão final. Todavia, afasto a possibilidade jurídica de expulsão com base naquele Decreto, uma vez que toda a tramitação ali presente, até a decisão final da Presidência da República, pressuporia uma demora sem qualquer margem de previsão, causando imensos prejuízos à situação da ré, portadora de autismo infantil e retardamento mental leve, tratando-se de semi-imputável, conforme Laudos Periciais Oficiais, merecedora de uma resposta mais ágil e eficaz pelo Poder Judiciário;

2 - Diante da quantidade e natureza da droga (2.480 gramas de cocaína), mostra-se necessária a aplicação da pena inicial em patamar acima do mínimo, razão pela qual a fixo em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa;

3 - Presente a atenuante da confissão e da menoridade, razoável reduzir-se a pena em 1 (um) ano;

4 - A ré foi presa logo no estágio inicial do trajeto que pretendia percorrer, sequer tendo logrado transpor os lindes territoriais do país, de modo que a fração do aumento previsto no art. 40, I da Lei 11.343/06 deve ser de 1/6;

5 - Não se pode desconsiderar que a situação da acusada beira àquela em que causa de diminuição é vedada, uma vez que a chamada "mula", embora não se compare com os chefes do tráfico internacional, exerce papel de grande importância para o esquema criminoso, já que atua no transporte da droga. Desta feita, somando-se esse fato à quantidade e à natureza do entorpecente apreendido (2.480 gramas de cocaína), não há que se falar em aplicação da benesse do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 no seu grau máximo, como pleiteia a defesa, mostrando-se razoável a aplicação da minorante em 1/6 (um sexto);

6 - Quanto mais próximo da imputabilidade estiver o agente, menor há de ser a fração de redução de pena prevista no art. 26, parágrafo único do Código Penal;
7 - Uma vez reconhecida a condição de semi-imputável, é obrigatória a aplicação da causa de diminuição de pena. Apenas em um segundo momento é que cabe ao magistrado verificar se é a hipótese de proceder à substituição por medida de segurança;
8 - O laudo médico apontou que a acusada apresenta desenvolvimento mental retardado de grau leve, além de ser portadora de autismo infantil, razão pela qual se mostra razoável que seja determinado tratamento ambulatorial em vez de internação. A ré assim como toda pessoa portadora de autismo, exige um tratamento constante a nível terapêutico e médico, por instituição especializada. Assim, não pode o Poder Judiciário cruzar os braços para situações especiais como esta, e tratar a ré na vala comum de todos os condenados por tráfico de drogas, permanecendo cego quanto à sua situação psíquica particular;
9 - A medida correta a se impor, na análise conjunta de todos os elementos destes autos, é a repatriação da acusada, a fim de sujeitar-se a tratamento médico específico em seu país de origem, considerando-se a impossibilidade de proceder a tanto em nosso país, por ser detenta, e por inexistir instituição que possa atendê-la gratuitamente em relação a todos seus problemas psíquicos, que não seja a internação em instituição fechada, que o próprio ordenamento pátrio procura evitar.

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, nos termos do voto médio do Relator, *dar parcial provimento* ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal para elevar a pena-base da acusada, e conhecer parcialmente do recurso interposto pela defesa para, na parte conhecida, dar-lhe *parcial provimento* para reduzir a pena final aplicada à VALERIE VERMEIREN para 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 213 (duzentos e treze) dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, convertida a referida medida de segurança de internação em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano. Decide ainda autorizar que o tratamento ambulatorial seja realizado no país de origem da ré, na Bélgica, sob os auspícios de seus pais, efetivando-se, pois, seu repatriamento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 16 de agosto de 2011.
Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

DESCRIÇÃO FÁTICA: (denúncia recebida em 27/01/2010 - fls. 79/81)

VALERIE VERMEIREN foi denunciada pelo Ministério Público Federal porque, no dia 22 de outubro de 2009, foi presa em flagrante, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, quando tentava embarcar em vôo da companhia aérea TAP, com

escala em Portugal, e destino final em Bruxelas/Bélgica, transportando, para fins de comércio ou de entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, 2.480 (dois mil quatrocentos e oitenta) gramas de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

Imputação: art. 33, "caput", *c/c art. 40, I, todos da Lei 11.343/06.*

SENTENÇA (fls. 214/224): publicada em 28/07/2010, julgou *procedente* a denúncia, para *condenar* VALERIE VERMEIREN como incursa nas sanções do artigo 33, "caput", c/c art. 40, I, todos da Lei 11.343/06, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, cada qual à razão de um 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por medida de segurança, consubstanciada em internação em hospital psiquiátrico, pelo prazo mínimo de dois anos.

APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Fls. 236/254): Requer: 1) aumento da pena-base; 2) o afastamento da atenuante da confissão; 3) a reforma da sentença no que tange à aplicação cumulativa da causa de diminuição de pena do parágrafo único do art. 26 do Código Penal e da medida de segurança. *Contrarrazões às fls. 278/287*.

APELAÇÃO DA DEFESA - VALERIE VERMEIREN (Fls. 290/313): Requer: 1) a fixação da pena-base no mínimo legal; 2) sejam reconhecidas e aplicadas as atenuantes da confissão e da menoridade; 3) a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 no patamar de 2/3; 4) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da lei de drogas, referente à delação premiada; 5) o afastamento da causa de aumento de pena do art. 40, III da Lei 11.343/P (uso de transporte público); 6) o afastamento da causa de aumento de pena decorrente da internacionalidade, uma vez que a conduta "exportar" já está prevista no "caput" do art. 33; subsidiariamente, pugna pela aplicação da majorante no mínimo legal; 7) seja aplicada a diminuição de pena prevista no art. 26, parágrafo único, em seu grau máximo; 8) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; 9) seja mantida a medida de segurança imposta, porém, que seja determinado o tratamento ambulatorial em vez de internação; subsidiariamente, que a medida de internação seja aplicada por um ano; 10) seja concedido o direito de apelar em liberdade. *Contrarrazões às fls. 315/351*.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dra. Janice Agostinho Barreto Ascari - fls. 363/377): Opina pelo desprovimento do recurso interposto pela ré, e pelo provimento do recurso apresentado pelo Ministério Público Federal.

É o relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

DA ALEGAÇÃO DE EXPULSÃO.

A representante do Ministério Público Federal, Procuradora Regional Luiza Cristina Frischeisen, manifestou-se pela manutenção do Parecer Ministerial, no sentido de que fosse *afastado* o benefício da semi-imputabilidade aplicado à ré na sentença e, em acréscimo, ponderou que o caso em espécie comportava *expulsão*, nos termos do Decreto 98.961/90.

Preliminarmente, destaco que o art. 3º, do Decreto 98.961/90, prevê a hipótese de expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes, antes do cumprimento da pena, se for conveniente em razão do interesse nacional, mas atribui esta faculdade ao Ministro da Justiça, que fará exposição fundamentada ao Presidente da República, responsável pela decisão final.

Assim, afasto a possibilidade jurídica de expulsão com base naquele *Decreto*, uma vez que toda a tramitação ali presente, até a decisão final da Presidência da República, pressuporia uma demora sem qualquer margem de previsão, causando imensos prejuízos à situação da ré, portadora de *autismo infantil* e *retardamento mental leve*, tratando-se de *semi-imputável*, conforme Laudos Periciais Oficiais, merecedora de uma resposta mais ágil e *eficaz* pelo Poder Judiciário.

A aplicação daquele Decreto retira o poder decisório final do Poder Judiciário, passando para as mãos do Executivo o entendimento sobre o cabimento ou não da expulsão, baseada na análise da conveniência do interesse nacional. Este Decreto mencionado, aliás, em seu art. 1º, se refere ao Dec. 86.715/81, que prevê a possibilidade de expulsão, ainda que o estrangeiro não esteja presente.

DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

Preliminarmente, a acusada requer seja reconhecido seu direito de recorrer em liberdade. Porém, não lhe assiste razão.

A Lei nº 11.343/2006, no artigo 44, estabeleceu que os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 são insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Estabeleceu, ainda, no artigo 59, que, nesses crimes, o réu não poderá apelar sem se recolher à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Ocorre que, no meu entender, ainda que o crime seja classificado como hediondo ou equiparado, a simples alegação dessa natureza, por si só, ainda que amparada em dispositivo legal, não é suficiente para justificar a negativa ao réu do direito de apelar em liberdade, devendo a autoridade judiciária demonstrar concretamente os motivos que ensejaram tal restrição.

Salvo melhor juízo, não é outra a orientação mais recente da Corte Suprema. Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS*. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO

DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA Nº 691/STF.
1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal.
2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.
3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.
4. A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória.
5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. *Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente.*
6. Situação de flagrante constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula nº 691/STF. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por *al* não estiver preso."
(STF, HC 100745, Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJE 16.04.2010, votação unânime - grifo nosso)

Sem embargo, observo que, com o advento da Lei 11.464/07, que alterou a redação do inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90, mostra-se coerente a orientação que preconiza a possibilidade de concessão da liberdade provisória em relação ao delito de tráfico de drogas, desde que ausentes os fundamentos autorizadores da prisão preventiva (STF, HC 92824/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 18/12/2007).

Todavia, na espécie, encontram-se presentes os requisitos de tal prisão, mostrando-se a medida acautelatória necessária para assegurar a aplicação da lei penal, porquanto a acusada é estrangeira, não demonstrou desenvolver qualquer atividade lícita no país ou possuir residência fixa, inexistindo, assim, vínculo com o distrito da culpa. Conseqüentemente, não há falar-se também em direito de recorrer em liberdade.

DO MÉRITO.

A materialidade do delito encontra-se devidamente demonstrada pelo Laudo Preliminar de Constatação (fls. 06) e Laudo de Exame de Substância (fls. 70/74), os quais atestaram tratar-se de 2.480 gramas de cocaína a substância apreendida.

A autoria também é inconteste, uma vez que a acusada foi presa em flagrante ao tentar embarcar em vôo com destino à Europa trazendo consigo o entorpecente em uma mala de fundo falso.

DA PENA-BASE.

Apelou o Ministério Público pugnando pela *majoração* da pena-base, em vista das circunstâncias do caso e da quantidade e natureza da droga apreendida. A defesa, por sua vez, requer a redução da pena inicial para o mínimo legal.

A r. sentença fixou a *pena-base* em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

De acordo com o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade ou substância do produto, a personalidade e a conduta social do agente. No presente caso, a *quantidade* de droga apreendida, aproximadamente 2,5 (dois quilos e meio), e a natureza da substância apreendida, cocaína, droga de notórios efeitos maléficos ao organismo humano que leva os seus usuários a um aumento progressivo da dependência físico-químico-psicológica, evidenciam, realmente, uma culpabilidade exacerbada na conduta da acusada, justificando, destarte, o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal.

Ressalto que o fato de a ré ser primária e possuir bons antecedentes - já que não há provas em sentido contrário - não é garantia de pena mínima, haja vista as demais circunstâncias a serem consideradas.

Nesta linha, assiste razão Ministério Público, uma vez que, diante da quantidade e natureza da droga, mostra-se necessária a aplicação da pena inicial em patamar mais elevado, razão pela qual a fixo em *6 (seis) anos de reclusão* e 600 (seiscentos) dias-multa, conforme tem entendido esta c. Turma em casos análogos:

> "PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. ATENUANTE PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUMENTO DE PENA PELA TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO. DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de tráfico ilícito de drogas e não configurada qualquer causa de exclusão de ilicitude, é de rigor a manutenção da solução condenatória proclamada em primeiro grau de jurisdição. 2. *À luz do que dispõe o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, cuidando-se de tráfico de quase 2kg de cocaína, não se revela exagerada a pena-base de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão*. 3. (...)." (ACR 2009.61.19.007625-6; Data do Julgamento: 03/05/2011; Relator: Des. Fed. Nelton dos Santos)

DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE.

A acusação pugna pelo afastamento da atenuante decorrente da confissão espontânea.

A apelante requer o reconhecimento tanto da *confissão* como do fato de ser *menor* de 21 (vinte e um) anos de idade à época dos fatos, postulando, pois, a redução de sua pena, ainda que para aquém do mínimo legal.

Insta esclarecer que a *sentença reconheceu ambas as atenuantes* mencionadas, reduzindo a pena em 6 (seis) meses.

A ré foi presa em flagrante, e em seu interrogatório em juízo admitiu que transportava drogas. Assim, ainda que a autoria fosse conhecida devido ao flagrante, não se pode deixar de reconhecer a confissão, que de fato ocorreu.

Outrossim, a própria sentença de primeiro grau, ao analisar a autoria delitiva, utilizou como fundamento o interrogatório da apelante. Conseqüentemente, o reconhecimento da atenuante é mesmo medida que se impõe.

Nesta esteira, segue recente decisão desta c. Segunda Turma:

> "PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de tráfico ilícito de drogas, é de rigor manter a solução condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição. 2. Tratando-se de tráfico de aproximadamente 2,5kg de cocaína, a pena-base não pode ser fixada no mínimo legal, devendo ser estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão, mesmo sendo favoráveis as demais circunstâncias judiciais. 3. *A confissão espontânea acarreta a atenuação da pena mesmo sendo conhecida a autoria do delito, bastando que tenha contribuído para a formação da conclusão condenatória*. 4. Se o agente, apesar de não integrar em caráter estável e permanente a organização criminosa, agiu com plena consciência de que estava a serviço de um grupo assim caracterizado, a fração de diminuição da pena, referente ao § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, deve ser fixada em 1/6 (um sexto). 5. Apelação ministerial parcialmente provida. Apelação defensiva desprovida." (ACR 33529; Data do julgamento: 22/06/2010; Relator: Des. Fed. Nelton dos Santos).

Presente, também, a atenuante referente à *menoridade* (art. 65, I, CP), de modo que o "quantum" de redução na segunda fase da dosimetria, consideradas as duas benesses, deve ser de 1 (um) ano, na forma como pleiteia a defesa.

DA INTERNACIONALIDADE DELITIVA.

Postula a defesa pelo afastamento da causa de aumento do art. 40, I da Lei 11.343/06, a qual foi aplicada em 1/4. Aduz a apelante que o verbo "exportar" já exprime uma conduta de caráter transnacional, devendo, assim, ser desconsiderada a majorante em questão.

Ocorre que não vislumbro qualquer impossibilidade de se combinar a conduta "exportar" com a causa de aumento do art. 40, I, já que a exportação constitui um dos verbos nucleares veiculados pelo tipo penal com o agravamento representado pela efetiva transposição das fronteiras nacionais. Note-se que o objetivo da majorante é punir com maior rigor a atividade dos agentes que apresentam, em sua conduta, uma culpabilidade mais exacerbada, ao demonstrarem a audácia de promover a traficância para fora das fronteiras nacionais.

Assim, não se cogita de *bis in idem* se a lei conferiu uma punição mais rigorosa ao agente que pratica as condutas típicas imbuído da pretensão de difundir a droga por outros países, apresentando uma culpabilidade mais intensa do que o aquele agente que se presta à prática do tráfico doméstico.

Não é demais mencionar, neste particular, que o relatório da agência da *ONU* sobre *Drogas* e *Crime* (*UNODC*), de junho deste ano, aponta que o Brasil foi o principal país usado por traficantes para transportar a cocaína produzida na região dos Andes para a Europa. Segundo o Relatório Mundial sobre Drogas, o número de carregamentos de cocaína advindos do Brasil e interceptados na Europa saltou de 25 (ou 339kg), em 2005, para 260 (1,5t), em 2009, fato efetivamente gravoso e temerário.

No mais, o delito em apreço é de natureza multitudinária, podendo o agente incidir no tipo penal praticando quaisquer de seus verbos nucleares. A acusada praticou a modalidade "*transportar*", não tendo logrado êxito, todavia, em alcançar o seu objetivo principal, que era a exportação do narcótico. Desta forma, legítima a aplicação da causa de aumento.

No entanto, *não há motivo plausível* para aplicá-la em fração maior que 1/6 (um sexto) da pena. Isso porque a incidência da majorante em comento é justificada pela periclitação da saúde pública de dois países e, sobretudo, pela frustração de compromisso internacional de repressão ao tráfico assumido pelo Estado brasileiro, nada importando que os países atingidos encontrem-se no mesmo continente ou em continentes distintos.

Com efeito, a ré foi presa logo no estágio inicial do trajeto que pretendia percorrer, no Aeroporto de *Guarulhos*, sequer tendo logrado transpor os lindes territoriais do país.

Destarte, reduzo a fração de exacerbação para o patamar mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III da Lei 11.343/06.

Trata-se da majorante decorrente do tráfico praticado com uso de transporte público, a qual a defesa requer seja afastada. Contudo, o pedido não merece sequer ser conhecido, porquanto a r. sentença não aplicou tal causa de aumento.

DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06.

A apelante requer a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 no patamar de 2/3. Tal dispositivo encerra que:

> "§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Percebe-se que se trata de requisitos cumulativos. No caso dos autos, presume-se que a apelante é primária e com bons antecedentes. No entanto, não se pode afirmar que não se dedica a atividades criminosas e que não faz parte de organização dessa natureza. Ao contrário, as circunstâncias indicam que se está diante da chamada "mula", pessoa contratada para transportar substância entorpecente, o que, de per si, denota o caráter lucrativo e profissional da atividade.

Todavia, na ausência de provas seguras de que a ré faz parte de organização criminosa, há de se concluir que serviu como "mula" de forma esporádica, sem qualquer prova de reiteração do delito, diferenciando-se do traficante profissional, sendo, pois, merecedora do *benefício* de redução da pena previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

Porém, não se pode desconsiderar que a situação da acusada beira àquela em que causa de diminuição é vedada, uma vez que a chamada "mula", embora não se compare com os chefes do tráfico internacional, exerce papel de grande importância para o esquema criminoso, já que atua no transporte da droga. Desta feita, somando-se esse fato à quantidade e à natureza do entorpecente apreendido (2.480 gramas de cocaína), não há que se falar em aplicação da benesse do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 no seu grau máximo, como pleiteia a defesa, mostrando-se razoável a aplicação da minorante em 1/6 (um sexto).

DA DELAÇÃO PREMIADA.

Requer a defesa o reconhecimento da delação premiada, com a conseqüente redução de pena.

O artigo 41 da Lei nº 11.343/06 prevê uma causa especial de diminuição de pena a beneficiar o acusado que colaborar, voluntariamente, na identificação dos demais co-autores e partícipes, assim como na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Em relação ao tema, oportuno lançar mão do escólio de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (*Lei de Drogas Anotada*, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 160-161):

> "São requisitos, características ou condições para a redução da pena: a) a colaboração deve ser efetiva e eficaz. Deve ser relevante, decisiva, de molde a propiciar a identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime concretamente. O 'e' entenda-se também 'ou', porque pode não haver produto do crime a recuperar ou somente a recuperação já seja relevante em si mesma; b) a colaboração deve ser com a investigação policial ou o processo criminal, clara e diretamente dirigida às autoridades do inquérito ou do processo criminal. E deve ser reconhecida como tal; c) a redução, desde presentes as circunstâncias legais como agora exposto, é direito do réu, tendo em vista a forma impositiva 'terá a pena reduzida'. A redução de um a dois terços será dosada segundo o grau de colaboração e a amplitude de sua efetividade."

Depreende-se, pois, que a colaboração deve ser efetiva, produtiva, deve trazer algum proveito concreto à identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime concretamente.

Compulsando os autos, e analisando o documento traduzido do Tribunal de Justiça de Primeira Instância da Antuérpia (fls. 393 e segs.), constato que o Juiz de Investigações responsável acabou por *determinar a prisão de duas pessoas* que foram mencionadas pela ré na instrução criminal , quais sejam, *Clifton Bijhout* e *Ashley Mijnhals*.

Este documento reporta uma investigação que foi feita para averiguar o comércio, posse e importação de entorpecentes, buscando elucidar uma organização que é suspeita de agir de forma organizada na importação de cocaína do Brasil para a Europa através do

Aeroporto de Zaventem (Bélgica), se utilizando de "mulas".

Consta neste mesmo assento, assinado pelo Juiz integrante da Comissão Rogatória Internacional, em colaboração com as autoridades judiciais do Brasil, que esta investigação busca desbaratar uma organização criminosa iniciada, por iniciativa do Ministério Público em Antuérpia (fls. 393).

Consta às *fls. 394* do referido Relatório Judicial:

> "Das gravações das conversas telefônicas pode ser identificado o chamado 'Asly' que poderia ser o mandante do contrabando das drogas. Das ligações telefônicas gravadas até a presente data descobriu-se que ele se ocupa com o recrutamento de novas 'mulas' para transportar drogas e mantém contatos com pessoas que possivelmente estejam envolvidas com o tráfico de drogas".

Por todos esses elementos colhidos, concluo que as informações da ré vieram de encontro com o contido no art. 41 da Lei 11.346/06, qual seja, houve colaboração voluntária da condenada no que sabia - ou no que tinha condições de saber - para identificação das pessoas que atuaram neste delito.

Estas constatações são possíveis de se verificar pela análise do CD de Audiovisual constante dos autos, correspondente à Audiência de Instrução e Julgamento, com acompanhamento de tradutor do Consulado da Bélgica (fls. 127).

DA SEMI-IMPUTABILIDADE.

A apelante foi submetida à perícia médica, sendo que o laudo psiquiátrico atestou sua semi-imputabilidade, conforme fls. 39/40 do incidente de insanidade mental em apenso e fls. 269/270 dos autos principais:

> "Pela observação durante o exame, confrontando com o histórico, antecedentes, exame psíquico e o colhido das peças dos autos, conclui-se que a periciada *apresentava ao tempo da ação ou omissão, como apresenta atualmente, desenvolvimento mental retardado de grau leve*, de origem congênita, com parcial comprometimento das capacidades de discernimento, entendimento, julgamento e determinação, *sendo considerada, sob a óptica médico-legal psiquiátrica, SEMI-IMPUTÁVEL ...*"

Assim, diante de tal constatação, o MM. Juiz sentenciante *reduziu* a pena em 1/3, fração mínima prevista, entendimento este que deve ser mantido.

Não procede a alegação da defesa de que deve ser aplicada a causa de diminuição no patamar máximo. Isso porque, como visto, a apelante possui sua capacidade de discernimento apenas parcialmente reduzida, tendo desenvolvimento mental retardado de grau leve. Assim, quanto mais próximo da imputabilidade estiver o agente, menor há de ser a fração de redução de pena.

Sobre o tema, Julio Fabrini Mirabete (*in Código Penal Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 246), em comentário ao parágrafo único do art. 26 do CP, leciona que:

> "A percentagem da redução deve levar em conta a maior ou menor intensidade da

perturbação mental ou, quando for o caso, pela graduação do desenvolvimento mental, e não pelas circunstâncias do crime, já consideradas na fixação da pena antes da redução."

Fica mantido, portanto, o grau de *redução* aplicado na sentença.

No mais, aduz o *Parquet* que não pode ser cumulada a causa de diminuição de pena com a substituição da sanção por medida de segurança, requerendo a reforma do *decisum*.

Conforme relatado, o MM. Juiz "a quo" condenou a ré, diminuiu sua pena nos termos do parágrafo único do art. 26 do Código Penal e, posteriormente, procedeu à substituição por medida de segurança.

O procedimento adotado está correto, não havendo razão para ser alterado o decidido neste aspecto.

Anoto que a semi-imputabilidade não é causa de exclusão da culpabilidade, ou seja, o agente que pratica crime é condenado, porém, com grau de censura menor. Desta feita, o parágrafo único do art. 26 do Código Penal trata de decisão condenatória, em que é fixada uma pena privativa de liberdade reduzida, abrindo-se a opção ao magistrado de determinar o cumprimento de tal sanção ou substituí-la por medida de segurança, a depender das circunstâncias do caso. Cumpre destacar que a pena substituída é sempre aquela que sofreu a redução de um a dois terços prevista no dispositivo em comento.

E não poderia ser diferente. A redução de pena trazida no bojo de tal parágrafo único justifica-se em razão da menor culpabilidade do réu. *Logo, uma vez reconhecida a condição de semi-imputável, é obrigatória a aplicação da causa de diminuição de pena*. Apenas em um segundo momento é que cabe ao magistrado verificar se é a hipótese de proceder à substituição por medida de segurança.

Assim já se manifestou a jurisprudência pátria, a exemplo dos seguintes julgados:

"Diferentemente do que ocorre com os inimputáveis, em que a decisão é absolutória (embora imprópria), no caso dos semi-imputáveis a sentença é condenatória. Assim, se o agente for semi-responsável, em consonância com o artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, e tiver praticado fato típico e antijurídico, *ele deverá ser condenado e lhe aplicada pena diminuída, que, por sua vez, se ocorrer a hipótese do artigo 98 do estatuto repressivo, poderá ser substituída por medida de segurança*." (TJSP; ACR 9139165-75.2001.8.26.0000; Quinta Câmara Criminal; Data do Julgamento: 18/03/2003; Relator: Des. Hélio de Freitas)

"SEMI-IMPUTABILIDADE - Réu considerado, na sentença, como semi-imputável - Substituição da pena por tratamento ambulatorial - Necessidade de redução da pena, nos moldes do art. 26, par. único, do Cód. Penal - *Se o réu é considerado como semi-imputável, necessária a redução da pena, na forma do art. 26, par. único, do Cód. Penal, apesar da sua substituição por tratamento ambulatórial*, de acordo com o art. 98, do mesmo Código." (TJSP; ACR 13847995000; 12ª Câmara; Data do Julgamento: 26/01/2004; Relator: Des. Luis Ganzerla)

> "PENAL - SEMI-IMPUTABILIDADE - CAUSA DE DIMINUIÇÃO OBRIGATÓRIA - INOBSERVÂNCIA PELA R. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU - ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP.
> - Conforme entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, uma vez reconhecida pelo magistrado a semi-imputabilidade do réu, impõe-se a *observância da redução da pena*, nos moldes do preconizado pelo art. 26, parágrafo único do CP.
> - Ordem concedida para determinar que o magistrado de primeiro grau aplique a causa de diminuição de pena prevista no art. 26, parágrafo único do CP, adequando-se à nova dosimetria da pena." (STJ; Quinta Turma; HC 19916/SP; Data do Julgamento: 16/05/2002; Relator: Min. Jorge Scartezzini)

Na mesma esteira a doutrina especializada, tratando o *Prof. Monteiro de Barros* como correta a sentença condenatória que estabelece a fixação da pena, com a redução do art. 26, parágrafo único, para depois, na própria sentença, substituí-la por medida de segurança. (*Dir. Penal*, Ed . Saraiva, 1999, vol. 1, pg. 300).

Também o *Prof. Rogério Greco*, ao reconhecer a possibilidade de aplicação da redução obrigatória do art. 26, parágrafo único, do CP, com posterior substituição da pena por medida de segurança, caso precise o réu de tratamento curativo. (*Curso de Dir. Penal*, Parte Geral, 11ª ed., Ed. Impetus, 2009, p. 685).

Assim, sendo a causa de diminuição da pena do parágrafo único do art. 26 do CP, um direito subjetivo do réu, uma vez constatada e reconhecida pelo juiz a situação de semi-imputabilidade do denunciado, *impõe-se sua aplicação*, como ocorreu no caso vertente, reduzindo-se a pena, sem prejuízo do disposto no art. 98 do Código Penal, em aplicação cumulativa.

Desse modo, deixo de acolher o pleito ministerial.

DA MEDIDA DE SEGURANÇA E OS LAUDOS MÉDICOS.

A defesa requer seja mantida a medida de segurança imposta, porém, que seja determinado o tratamento ambulatorial em vez de internação; subsidiariamente, que a medida de internação seja aplicada por um ano.

Depreende-se do art. 97, "caput" do Código Penal que, se o crime praticado for punido com reclusão, como no caso dos autos, a medida de segurança deve ser a internação.

Outrossim, o *laudo psiquiátrico* de *fls. 268 e segs.* em apenso (*Dr. Paulo Sérgio Calvo, Psiquiatra Forense, Perito Médico Oficial*), indicou a internação em Instituição Psiquiátrica pelo prazo mínimo de um ano, como solução mais adequada ao quadro da apelante. A propósito, destaco trecho do referido documento:

> "Considerando a periculosidade evidenciada em razão do comprometimento das capacidades de entendimento e determinação, com conseqüente imediatismo e dificuldade de prever conseqüências, *a medida de segurança indicada consiste em internação em instituição psiquiátrica por, pelo menos um ano*."

Contudo, o próprio laudo médico apontou que a acusada apresenta *desenvolvimento mental retardado de grau leve*, razão pela qual se mostra razoável que seja determinado *tratamento ambulatorial* em vez de internação.

O Próprio Laudo Oficial, entretanto, indica claramente a importância de a pericianda estar sob *os cuidados e a presença de médicos e pessoas da família*, como se constata às *fls. 270* dos autos:

> "Considerando que o distúrbio psíquico apresentado é de curso crônico, a periciada tem maior propensão a apresentar reações vivenciais anormais a qualquer momento, mesmo sob efeito de medicação, *portanto, necessita de presença constante de figura de autoridade que atue como mecanismo contensor externo, monitorando, inclusive, o tratamento psiquiátrico e o controle da medicação*".

Como *conclusão*, o Laudo Oficial atesta que "pela observação durante o exame, confrontando com o histórico, antecedentes, exame psíquico e o colhido das peças dos autos, conclui-se que a periciada apresentava ao tempo da ação ou omissão, *como apresenta atualmente, desenvolvimento mental retardado de grau leve, de origem congênita, com parcial comprometimento das capacidades de discernimento, entendimento*, julgamento e determinação, sendo considerada, sob a ótica médico-legal psiquiátrica, *SEMI-IMPUTÁVEL*." (fls. 269).

E não se diga, como aponta a acusação, que a ré possui capacidade de discernimento suficiente para a prática de seus atos, razão pela qual pretende afastar o benefício da *semi-imputabilidade* a seu favor. A definição da condição de *semi-imputável*, por sinal, é bastante esclarecedora nas lições de *Eduardo Reali Ferrari, verbis*:

> "Denominados de fronteiriços, os semi-imputáveis encontram-se numa zona intermediária da higidez mental e a plena insanidade, *ocupando faixa cinzenta os estados atenuados*, incipientes e residuais de psicoses, certos graus de oligofrenias e, em grande parte, as chamadas personalidades psicopáticas e os transtornos mentais transitórios. *Embora capazes de entender o caráter ilícito do fato, não possuem integral aptidão sobre os seus atos*, tendo como consequência a possibilidade de o juiz optar entre concretizar a pena com redução quantitativa ou apliar a medida de segurança criminal, configurando-se o sistema vicariante enunciado pelo legislador de 1984".
> (Eduardo Reale Ferrari, *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, Ed. RT, 2001, p. 39).

Desta feita, entendo como plausível o prazo mínimo para o tratamento ambulatorial em instituição especializada, fixando-o em 1 (um) ano, seguindo a recomendação médica, nos exatos termos do § 1º, do art. 97, do Código Penal.

DO DOSSIÊ MÉDICO DA BÉLGICA (fls. 156).

O documento da perícia médica belga juntado às fls. 156 e seguintes, e datado de 16/10/2006, relata aspectos da ré durante o período que esteve internada em Instituições Especializadas na Bélgica, para pessoas portadoras de deficiências comportamentais, por um período de 12 (doze) anos, ficando lá dos 06 aos 18 anos de idade, quando foi liberada em função da maioridade, muito embora a contrário da vontade dos pais, que conheciam suas necessidades.

O Relatório afirma que Valérie era internada no centro Ibso em Gavere e também no Centro de Acompanhamento St-Franciscus, tendo sido orientada para o Centro De Kaap. (*fls. 139*) Encontrava-se sob tratamento medicamentoso com *Tegretol* (usado para o tratamento da *epilepsia*) e *Risperdal* (2 ml - utilizado, em geral, para paciente com algum grau de *esquizofrenia*).

Este dossiê conclui, em sua *Classificação Psiquiátrica,* por alguns diagnósticos muito importantes e que merecem atenção (fls. 163):

1. Transtorno Geral do desenvolvimento NE;
2. Transtorno do Comportamento disruptivo NE;
3. Problema na relação pai-filho;
4. Debilidade Mental;
5. Epilepsia;
6. Problemas dentro do grupo de apoio primário;
7. Problemas educacionais.

Outras *análises* médicas constam do presente *dossiê*:

"*Problema*: A Valerie tem fraquíssima imagem de si e mostra sinais de *depressão*.
Já foi formulado o diagnóstico de *autismo* espectro.
Impõe-se o prolongamento do acompanhamento psiquiátrico.
(Médica Dra. Dhollander Karen, em 10/01/2007)."

O *Relatório Médico* apresentado chega à conclusão de que:

"são verificados problemas comportamentais e relacionais numa moça com *autismo infantil*, que funciona a um nível de *debilidade ligeira*.
Sofre de incerteza e ansiedade.
Dispõe de capacidades comunicativas e sociais limitadas.
A Valérie precisa de acompanhamento intensivo. Parece-nos absolutamente indicada uma estadia prolongada dentro de um instituto médico-pedagógico. Os pais estão igualmente precisando de acompanhamento prolongado".

Assim, por todo o constante destes *Laudos Psiquiátricos*, seria possível chegar-se a uma dedução quanto aos seguintes sintomas médicos que afetam a pessoa da ré Valérie:

1. Debilidade Mental.
2. Autismo Infantil.
3. *Epilepsia*. Alteração na atividade elétrica do cérebro, embora reversível, que produz manifestações motoras e psíquicas, assim como repentinas convulsões com perda de consciência.
4. Depressão.

Destaco, nesse particular, a presença constatada de *autismo infantil*, tendo sido a ré tratada por longo período com a presença deste comportamento.

Duas a cada mil crianças são portadoras de autismo. Dessas, de 10 a 50 % são portadoras do *autismo infantil* (a variação percentual decorre das diferentes formas de classificação da doença). A doença atinge aproximadamente 0,05% da população, e a

ocorrência de novos casos é mais comum no sexo masculino, na razão de três homens para cada mulher afetada. Não há uma clara relação entre o autismo e a classe sócio-econômica, apesar de estudos mais antigos apoiarem essa teoria.

O retardo mental afeta a maioria dos autistas. Cerca de 50% dos portadores do distúrbio têm quociente de inteligência (QI) inferior a 50; 70%, menor que 70; e 95%, abaixo de 100. Como a fala nesses indivíduos é normalmente prejudicada, a avaliação do QI é feita com testes não-verbais. Autistas com retardo mental são propensos a se automutilar, batendo com a cabeça ou mordendo a mão, por exemplo.

Outros sintomas:

Um terço dos autistas com retardo mental sofre *crises convulsivas*, que começam a se manifestar dos 11 aos 14 anos. Mas o problema também afeta 5% dos autistas com QI normal. Além disso, muitas crianças autistas apresentam problemas comportamentais ou emocionais. A *hiperatividade* é freqüente, mas pode desaparecer na adolescência e ser substituída pela inércia. A *irritabilidade* também é comum e costuma ser desencadeada pela dificuldade de expressão ou pela interferência nos rituais e rotinas próprios do indivíduo. A alimentação em exagero é uma forma de comportamento ritualístico. O autista também pode desenvolver medos intensos, que desencadeiam fobias.

(Fonte: Neurociências|Solange Henriques/Artigo adaptado para divulgação no *site* do Instituto Indianópolis.)

Conhecido cientificamente como DGD - Distúrbios Globais do Desenvolvimento - o *autismo* é uma síndrome caracterizada por alterações que se manifestam, sempre, na interação social, na comunicação e no comportamento.

Normalmente manifesta-se por volta dos 3 anos de idade persistindo por toda a vida adulta. Atinge principalmente o sexo masculino, na proporção de quatro meninos para cada menina. As causas ainda não foram claramente identificadas e várias abordagens de tratamento têm sido desenvolvidas.

Os prejuízos estão diretamente relacionados ao *grau de autismo* que a pessoa apresenta. Algumas, apesar de autistas, apresentam inteligência e fala intactas, outras apresentam também retardo mental, mutismo ou importantes retardos no desenvolvimento da linguagem. Algumas parecem fechadas e distantes, outras presas a comportamentos restritos e rígidos padrões de comportamento.

As pessoas com *autismo* têm um modo diferente de aprender, organizar e processar as informações. *Para respeitar estas diferenças, elas precisam de ambientes estruturados e organizados, pois normalmente os autistas têm dificuldades em mudarem suas rotinas diárias*.

Instituições educacionais bem estruturadas, com profissionais especializados, possibilitam um tratamento mais apropriado para os portadores de autismo em seus diversos graus de comprometimento.

A medida que conseguimos estabelecer um vínculo com cada um deles, procurando proporcionar um ambiente terapêutico, onde possam se sentir acolhidos, observamos um desabrochar na forma de se relacionarem, cada um se colocando com a característica que lhe é peculiar. (*FADA* - Fundação de Apoio e Desenvolvimento do Autista)

Portanto, ao estudarmos as características inerentes ao *autismo*, no indivíduo, verificamos, também, a presença possível de certo retardamento mental, ainda que em grau baixo, assim como crises *convulsivas*, típicas do quadro de epilepsia. *Ao que nos parece, todos estes sintomas estão presentes na pessoa da ré Valérie Vermeiren, como informam os laudos médicos periciais juntados* (fls. *156 e 268*).

O *autismo* não é considerado, hoje, um estado mental fixo, irreversível e imutável, mas o resultado de um processo que pode, ao menos em parte, ser modificado por meio de intervenções terapêuticas.

Alguns especialistas consideram o autismo uma alteração global da personalidade e da relação com o mundo, enquanto outros acreditam que deve ser concebido como um *transtorno invasivo do desenvolvimento, bloqueando na criança a organização das grandes funções psicológicas*. Muitas vezes confundido com outras síndromes, esse transtorno apresenta-se com algumas características marcantes e, em geral, consiste na incapacidade de estabelecer relações normais com as pessoas e de reagir normalmente às situações, desde o início da vida.

(Colégio *Winnicott*, São Paulo, Especializado em crianças com dificuldades na aprendizagem, em 27.08.07)

Todas estas constatações nos apontam que a ré Valérie, assim como toda pessoa portadora de *autismo*, exige um tratamento constante a nível terapêutico e médico, por instituição especializada, o que não vem ocorrendo no presente momento, desde que decretada sua prisão, em 22.10.2009, quando tentou embarcar para Bruxelas, portando 2.750 g de cocaína.

DA SITUAÇÃO FAMILIAR.

Como colhido em seu depoimento na Audiência de Instrução, a ré se encontrava residindo sozinha a partir dos 18 (dezoito) anos de idade, contra a vontade dos pais, já que estava sob os cuidados de Instituição Especializada desde os 06 anos, passando os finais de semana com a família.

Estudou até o segundo grau escolar em seu país, sem ter concluído o mesmo.

Enquanto morou sozinha, seus pais a ajudavam com a quantia de 400 ou 500 euros por mês, o que era insuficiente para custear todas suas despesas com locação e alimentação.

Quando veio a São Paulo para buscar a droga, ficou perdida no Aeroporto, e não sabia para onde deveria ir, encontrando-se sem rumo até que comunicou em seu idioma pátrio com um dos aliciadores, que indicou o nome do Hotel para onde deveria ir, tendo permanecido de 3 a 5 dias nesta Capital.

DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO.

A única testemunha de acusação, *Maria Aparecida*, informa em seu depoimento que, ao presenciar a revista e a identificação da ré Valérie, com a mochila contendo droga, ficou nítido que a ré parecia não saber do que se passava, mostrando-se assustada e sem compreender a situação. (fls. *127*, depoimento em audiovisual).

DO CONSULADO DA BÉLGICA.

As autoridades do Consulado da Bélgica em São Paulo apresentaram, recentemente, os documentos juntados às *fls. 402 a 408*, sendo o primeiro deles uma declaração de um médico Neuro-Psiquiatra (*Dr. K. Ringvoet*), apontando que a ré já teria sido tratada por ele anteriormente, e que concorda com o prosseguimento de se tratamento em clínica psiquiátrica.

Às fls. 404, há compromisso da ré Valérie de sujeitar-se a tratamento psiquiátrico em seu país de origem, caso a justiça brasileira assim entenda.

Às *fls. 405* há documento do Consulado Geral da Bélgica em São Paulo, assinado pelo Consul Geral, Sr. PETER CLAES, em que o Consulado se compromete a arcar com todas as despesas e a tomar todas as providências em caso de repatriamento da ré Valérie.

Às *fls. 407* consta passagem aérea adquirida pelo Consulado da Bélgica para a ré, de ida e volta, de São Paulo para Bruxelas, com data de ida marcada para 16.08.2011. Consta, também, retorno em 15.11.2011.

Com vistas ao *Ministério Público*, este se manifestou contrário aos pedidos, *entendendo que não restou demonstrada a semi-imputabilidade da ré*. Menciona o órgão ministerial estranheza pelas providências tomadas pelo Consulado Geral da Bélgica sem que o Tribunal tenha apreciado o mérito do pedido. Também manifestou estranheza pela compra das passagens aéreas, que incluiu, também, passagem de retorno ao Brasil em Novembro.

Por último manifesta inconformismo no documento de compromisso da ré em sujeitar-se a tratamento clínico, já que, se a ré tem problemas mentais, não teria condições de firmar compromisso algum (fls. 412). Conclui pela *não conversão* da pena corporal em medida de segurança (fls. 413).

Com a devida *vênia*, entendo como descabida a conclusão do parecer ministerial, quando não reconhece como válidas as conclusões dos Laudos Médicos juntados no Processo. No parecer de *fls. 376* dos autos, o órgão acusatório diz que *o Laudo Pericial é inservível* por falta de intérprete da língua da ré, não podendo, pois, obter informações corretas.

Tal conclusão é descabida, ainda, por não ter o Ministério Público juntado qualquer outro Laudo Pericial que contrastasse com os existentes. Como refutar conclusões periciais médicas, sem conhecimento de causa, sem apresentar outros Laudos que pudessem contestar aquelas conclusões?

Às *fls. 156/159* dos autos há documento com tradução oficial do neerlandês, com a classificação dos distúrbios da ré: *Transtorno Geral do desenvolvimento, Transtorno do comportamento disruptivo, Debilidade Mental e Epilepsia*.

Às *fls. 158* dos autos, o Relatório Médico aponta que a ré é portadora de *autismo infantil* com um nível de debilidade ligeira, necessitando de tratamento intensivo, assim como seus pais.

Às *fls. 269 dos autos*, o Laudo Psiquiátrico brasileiro conclui pela SEMI-IMPUTABILIDADE da ré, portadora de desenvolvimento retardado de grau leve, necessitando de tratamento constante, com monitoramento médico.

Este Laudo *não foi contestado pelo Ministério Público*, e nem confrontado por outro Laudo de sua iniciativa. Na discussão e conclusão, o médico psiquiatra informa que fez observações durante o exame, confrontando com o histórico da ré, seus antecedentes, exame psíquico e o colhido das peças dos autos (fls. 269).

Ainda que tais Laudos possam não espelhar conceitos e análises profundos, completos e ricos em detalhamentos, fato é que trazem suas conclusões e históricos, e não aceitá-los como aptos pressuporia a existência de outros Laudos que os refutassem, o que não se vê no presente caso.

Por outro vértice, estranho seria o Poder Judiciário cruzar os braços para situações especiais como esta, e tratar a ré na vala comum de todos os condenados por tráfico

de drogas, permanecendo cego quanto à sua situação psíquica particular.

Desde que foi presa (outubro/2009), a ré não recebeu acompanhamento médico específico, e talvez não tivesse meios de assim proceder, considerando nosso sistema carcerário pátrio, falido, por sinal. Nem mesmo a *internação* determinada na sentença foi cumprida. Permaneceu no cárcere, onde está até o dia de hoje.

A fim de se evitar um mal maior, em que a União possa vir a se responsabilizar futuramente, vez que o próprio tratamento previsto na sentença não foi levado a efeito até o presente momento, impõe-se uma solução adequada ao caso, seguindo os parâmetros indicados pelas conclusões médicas oficiais.

Por essa razão, é nítido e justo o propósito do Consulado Geral da Bélgica em proteger seus nacionais, e nesse caso busca o repatriamento da ré Valérie, para que se submeta a tratamento específico em seu país natal, eis que portadora das deficiências acima apontadas. Aliás, *não fosse portadora destas anomalias, não haveria sentido tal postura*.

Ainda que a compra de *passagens aéreas*, juntadas aos autos, *seja impertinente* - eis que o Tribunal nada deliberou a esse respeito, dando razão ao Ministério Público neste pormenor - tal fato, por si só, não afasta a gravidade da situação envolvida. No meu entender, aliás, a compra de passagens de ida e volta só se justificaria se considerar-se o barateamento da tarifa, eis que a aquisição de um trecho, apenas, envolve quantias maiores.

Mas a medida correta a se impor, na análise conjunta de todos os elementos destes autos, seria a repatriação da ré Valérie, a fim de sujeitar-se a tratamento médico específico em seu país de origem, considerando-se a impossibilidade de proceder a tanto em nosso país, por ser detenta, e por inexistir instituição que possa atendê-la gratuitamente em relação a todos seus problemas psíquicos, que não seja a *internação* em instituição *fechada*, que o próprio ordenamento pátrio procura evitar.

Uma pessoa que á acometida das enfermidades ora constatadas não poderia permanecer em cela comum, devendo o Estado direcioná-la, desde a sentença, para um tratamento específico adequado ao caso, com acompanhamento respectivo, mas nunca abandoná-la à própria sorte dentro do sistema penitenciário padrão, ignorando todos os procedimentos médicos já existentes, e sem qualquer outra providência adequada a seu caso.

O *repatriamento* da condenada, pois, acompanhado de tratamento médico nos mesmos moldes a que já experimentou anteriormente seria, a meu juízo, a melhor maneira de se aplicar justiça ao caso concreto, seja por omissão do Estado quanto ao determinado na condenação, seja por se constatar que junto à *família* e seu país, suas condições de recuperação serão mais viáveis e reais.

Ainda que não se possa deduzir de pronto a tão desejada recuperação, o simples fato de poder *sujeitar-se* a um tratamento adequado, em seu país, por conta do diagnóstico de autismo e retardamento parcial de que padece, já estimula uma decisão neste sentido, como uma solução mais adequada ao caso concreto.

A concordância e iniciativa do Estado Belga em sujeitar a ré a um tratamento médico especializado em seu país natal, demonstradas pelas documentações apresentadas - ainda que não haja um tratado bilateral especial - demonstra uma cooperação espontânea absolutamente sadia e desejada.

Portanto, *estranho* mesmo seria a omissão, por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público, em adotar as providências pertinentes à solução adequada do caso, como a repatriação da ré sem as menores garantias de que ela pudesse, efetivamente, deixar o país.

Entendo que o *Consulado Geral da Bélgica no Brasil*, através do Consul Geral, *Sr. Peter Claes*, prestou um serviço fundamental à Justiça Federal brasileira, exercendo seu mister com lisura e dedicação, levando seu intérprete e funcionário *Sr. Bart Marcel Simon Struyf* a todas as audiências designadas, destacando que este funcionário comparecia todos os meses no Presídio para manter contatos com a ré belga.

Desta maneira, o estranho seria analisar este caso como mais um da vala comum dos criminosos estrangeiros, passando por cima de laudos médicos oficiais, cegando-se quanto às providências positivas e válidas tomadas pelas Autoridades Consulares estabelecidas em nosso país. E a pior cegueira, como se sabe, é aquela propositadamente contraída. A bela e conhecida obra de *José Saramago*, por sinal, trata dessa crítica aos valores da sociedade, quando um dos sinais vitais falta à população.

Quiçá pudessem todos os Corpos Consulares tomar iniciativas como estas para que, auxiliando em medidas como trabalho e domicílio provisório, pudessem os estrangeiros, sem deficiências mentais, cumprir penas alternativas em condições iguais às oferecidas aos brasileiros, aplicando-se, com concretude, o princípio constitucional da isonomia.

DA DOSIMETRIA

Diante de tudo quanto explanado, a pena fica redimensionada nos seguintes termos:

A pena-base foi fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, estão presentes as atenuantes do art. 65, I e III, "d" do Código Penal, o que reduz a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Não há agravantes.

Na terceira fase do cálculo, a pena deve ser diminuída de 1/3, pela delação premiada, restando 3 (três) anos e 4(quatro) meses de reclusão e 330 (trezentos e trinta) dias-multa.

Incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/6, o que reduz a pena para 2 (dois) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 275 (duzentos e setenta e cinco) dias-multa.

Está presente ainda a causa de diminuição decorrente da semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único do CP), a qual deve ser aplicada em 1/3, alcançando a pena de 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e 183 (cento e oitenta e três) dias-multa.

Por fim, a pena deve ser aumentada de 1/6, em razão da transnacionalidade delitiva, totalizando a pena final de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 213 (duzentos e treze) dias-multa, nos termos fixados na sentença.

Insta destacar que o pedido formulado pela defesa para que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incabível, porquanto a apelante foi considerada semi-imputável, e recomendada, por laudo médico, à internação psiquiátrica, de modo que, se há alguma substituição a ser feita, é a da pena privativa de liberdade por medida de segurança.

CONCLUSÃO.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal para elevar a pena-base da acusada, e conheço parcialmente do recurso interposto pela defesa para, na parte conhecida, dar-lhe *parcial provimento* para reduzir

a pena final aplicada à VALERIE VERMEIREN para 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, e 213 (duzentos e treze) dias-multa. Mantenho, conforme já feito na sentença, a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, entretanto, converto a medida de segurança de internação para tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

Autorizo que o tratamento ambulatorial, ou aquele mais adequado ao caso, seja realizado no país de origem da ré, na Bélgica, sob os auspícios de seus pais, efetivando-se, pois, seu repatriamento, com a devolução do passaporte, devendo o Consulado Geral da Bélgica em São Paulo acompanhar a ré em todas as providências e medidas necessárias ao cumprimento desta decisão, bem como comunicar ao juízo o cumprimento das condições ora impostas. Expeça-se alvará de soltura clausulado. Intime-se o Consulado da Bélgica.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO: *VALERIE VERMEIREN*, então com *18 anos e 04 meses* de idade, natural da Bélgica, nascida em 17 de junho de 1991, foi denunciada pela prática da conduta tipificada no art. 33 c.c. art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Narra a exordial acusatória que, no dia 22 de outubro de 2009, por volta das 15h30, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, *VALERIE VERMEIREN* foi presa em flagrante delito, quando, agindo de maneira livre e consciente, tentou embarcar num vôo da companhia aérea TAP, com escala em Lisboa/Portugal e destino final em Bruxelas/Bélgica, transportando, para fins de comércio ou de entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, 2.480g (dois mil, quatrocentos e oitenta gramas) de cocaína, peso líquido, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

Processado o feito, insta destacar que na fase do art. 402 do CPP, a acusação requereu a instauração de incidente de insanidade da ré (fls. 151/152), solicitação esta que contou com a *discordância* da *Defensoria Pública da União*, conforme fl. 164. O procedimento foi deferido pelo i. Magistrado à fl. 165.

Os autos do incidente de insanidade não se encontram apensados, porém há cópia nos presentes autos deste processo do laudo pericial que atestou a sua semi-imputabilidade.

A ré respondeu presa ao processo, tendo sido *recolhida junto à Penitenciária Feminina da Capital* (fl. 65).

A r. sentença de primeiro grau de jurisdição julgou *procedente* a imputação inicial em relação à acusada *VALERIE VERMEIREN*, condenando-a à pena privativa de liberdade de *4 anos, 02 meses de reclusão*, a ser cumprida no *regime inicial fechado*, acrescida do pagamento de *420 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo* vigente à data do fato, valor corrigido monetariamente, *como incursa nas penas do artigo 33 caput* c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06, a qual foi *substituída* por *medida de segurança*, consubstanciada em *internação em hospital psiquiátrico, pelo prazo mínimo de dois anos*.

A r. sentença deixou de fixar valor mínimo para a indenização civil (CPP, art. 387,

IV), à falta de condições para tanto. Ademais, determinou que a ré permanecesse presa e recomendou a acusada *no presídio em que se encontrava*.

Com fundamento no artigo 60, *caput*, da Lei nº 11.343/06, o r. *decisum* decretou o perdimento, em favor da SENAD, do valor da passagem aérea não utilizada, com execução após o trânsito em julgado da sentença.

Não obstante a substituição da pena corporal por medida de segurança, foi expedida guia de recolhimento provisório e a ré permaneceu custodiada na Penitenciária Feminina do Estado.

A sentença foi publicada em 28 de julho de 2010 e tanto a defesa quanto a acusação dela apelaram.

O *Ministério Público Federal* requer, em síntese: *a)* o aumento da pena-base; *b)* o afastamento da atenuante da confissão; *c)* que seja afastado o reconhecimento da semi-imputabilidade da ré, seja pelo histórico norteador dos atos praticados, seja pelo fato de o incidente de insanidade não estar juntado aos autos, ou ainda, por *ser imprestável o laudo pericial que atesta tal condição, eis que nada consta a respeito de ter sido a ré acompanhada de intérprete do seu idioma materno. Nesse aspecto, questiona o histórico constante do referido laudo, à medida que a ré não se expressa na língua portuguesa, ou mesmo na língua inglesa e, dessa forma, indaga como teria o Sr. Perito Judicial recebido as informações constantes dessa avaliação*; alternativamente, requer; *d)* a reforma da sentença quanto à aplicação cumulativa da causa de diminuição da pena do parágrafo único do art. 26 do Código Penal e da medida de segurança.

A *defesa*, por sua vez, requer, em suma: *a)* a fixação da pena-base no mínimo legal; *b)* sejam reconhecidas e aplicadas as atenuantes da confissão e da menoridade; *c)* seja aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar máximo; *d)* seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da mesma lei; *e)* o afastamento da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 (uso de transporte público); *f)* o afastamento da causa de aumento de pena decorrente da internacionalidade, considerando que a conduta "exportar" já estaria inserida no *caput* do art. 33; subsidiariamente, pugna pela aplicação da majorante no mínimo legal; *g)* seja aplicada a diminuição da pena prevista no art. 26, parágrafo único, em seu grau máximo; *h)* seja mantida a medida de segurança imposta, determinando-se, porém, o seu tratamento ambulatorial ao invés de internação; subsidiariamente, requer que a medida de segurança seja aplicada por um ano; *i)* seja concedido à ré o direito de apelar em liberdade.

Contrarrazões de ambos os recursos às fls. 278/287 e 315/351, respectivamente.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da i. Procuradora Regional da República, Dra. Janice Agostinho Barreto Ascari, opina pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento integral do recurso ministerial, especialmente no que toca ao reconhecimento da imputabilidade penal da acusada (fls. 363/377).

Após a revisão do processo, por mim realizada em 15.06.2011 (fl. 386), em sessões de 21.06.2011 e 28.06.2011 o julgamento do feito foi adiado por indicação do e. Relator (fls. 387/388). Nova revisão do processo foi realizada em 08.08.2011 (fl. 390).

Depois dessa data, o diligente Relator, buscando dar o melhor deslinde ao caso, determinou a juntada aos autos dos documentos de fls. 391/400. Em 09.08.2011, o julgamento foi novamente adiado por indicação do Relator, conforme certidão de fl. 401.

Novos documentos vieram aos autos (fls. 402/408), frise-se de extrema importância ao julgamento, tendo sido oportunizada nova manifestação ao Ministério Público Federal (fl. 409).

A i. Procuradora Regional da República, Dra. Janice Agostinho Barreto Ascari, em sua manifestação de fls. 410/412vº, após tecer considerações acerca das diligências e documentos juntados aos autos, ratifica os termos do seu parecer de fls. 363/377.

Na condição de revisora, fui devidamente cientificada de tudo quanto foi acrescido aos autos, conforme fl. 413.

Dos documentos juntados às fls. 392 e seguintes, é de relevo destacar que a colaboração prestada pela ré acerca das pessoas que lhe contrataram para o transporte da droga foi promissora, eis que o processo de investigação levado a termo na Bélgica culminou com a prisão dos dois indivíduos por ela referidos, quais sejam, *Clifton BIJLHOUT* e *Ashley MIJNHALS*. Ademais, mencionados documentos evidenciam a ampla disponibilidade do Estado Belga em colaborar com eventual retorno da ré para fins de tratamento em seu país de origem, inclusive com o custeio de passagem aérea e demais medidas pertinentes.

Em sessão de julgamento realizada em 16.08.2011, a i. Procuradora Regional da República, Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, valendo-se do princípio da autonomia que norteia as manifestações dos membros do D. *Parquet*, modificou o parecer constante dos autos para opinar pelo improvimento do recurso da defesa e pelo parcial provimento do recurso ministerial, mantendo-se o reconhecimento da semi-imputabilidade da acusada, lastreada no laudo do Sr. Perito Oficial.

O e. Relator, em muito bem elaborado voto, *onde tece inúmeras considerações acerca do autismo*, patologia da qual a ré é portadora, conclui pela impossibilidade de fundamentar o seu voto no laudo oriundo da Bélgica e, acolhendo o laudo elaborado pelo Sr. Perito Judicial, ao fundamento de que apenas este apresentaria os pressupostos oficiais a servir de base a uma decisão nos autos deste processo, mantém o reconhecimento da semi-imputabilidade da acusada.

O e. Relator, em seu judicioso voto, dá *parcial provimento* ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal para elevar a pena-base da acusada; conhece parcialmente do recurso interposto pela defesa para, na parte conhecida, dar-lhe *parcial provimento*, reduzindo a pena final aplicada à ré para 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, e 213 (duzentos e treze) dias-multa. Mantém, conforme já feito na sentença, a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança. Entretanto, converte a medida de segurança em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano. Ademais, autoriza que o tratamento ambulatorial, ou aquele mais adequado ao caso, seja realizado no país de origem da ré, Bélgica, sob os auspícios de seus pais, efetivando-se, pois, seu repatriamento, com a devolução do passaporte, devendo o Consulado Geral da Bélgica em São Paulo acompanhar a ré em todas as providências e medidas necessárias ao cumprimento desta decisão, bem como comunicar ao juízo o cumprimento das condições ora impostas. Determina, ao final, a expedição de alvará de soltura clausulado e a intimação do Consulado da Bélgica.

Particularmente, do bem elaborado voto proferido pelo e. Relator, destaco, mais uma vez, que sua conclusão quanto à semi-imputabilidade da ré é lastreada no laudo do Sr. Perito Judicial, *não obstante o judicioso voto tecer inúmeras outras considerações acerca do fato de a ré ser portadora de autismo, conclusão essa não extraída do laudo*

oficial, mas sim de documento apresentado pela defesa, laudo oriundo da Bélgica (fls. 139/145).

Destaco, ainda, porque muito oportuno, o fato de a Defensoria Pública da União ter adotado como linha de defesa tese no sentido de que a ré seria semi-imputável, por entender que tal desfecho lhe seria mais favorável do que o reconhecimento de sua inimputabilidade, considerando as medidas de segurança e respectivos prazos que lhe poderiam ser impostos.

Aponto, nessa linha, a petição de fls. 164/165, onde a Defensoria Pública destaca ser *desnecessária* a perícia psiquiátrica, transcrevendo o que de interesse:

> "... constata-se que não seria o caso de inimputabilidade, mas apenas de semi-imputabilidade máxima, nos moldes do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal.
> Com efeito, de acordo com o seu interrogatório e com a documentação apresentada, percebe-se que se trata simplesmente de desenvolvimento mental reduzido, o que lhe dificultava - mas não impedia -, na época dos fatos, o entendimento do caráter ilícito da conduta, sendo, pois, merecedora não da absolvição, mas da redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços).
> Assim sendo, é desnecessária a perícia requerida, bem como a apresentação de quesitos.
> Não poderíamos, ainda, deixar de destacar que o posicionamento ora adotado não pode ser considerado prejudicial à ré, *uma vez que uma absolvição por inimputabilidade poderia lhe acarretar uma medida de segurança, cujo prazo poderia ser estendido muito além da própria pena*." (destaques meus).

Prossigo: às fls. 138 a Defensoria Pública da União requereu a juntada aos autos do *relatório sobre as limitações mentais de VALERIE VERMEIREN* (fls. 139/145).

Trata-se de relatório sintético, portanto seu conteúdo é consubstanciado no resumo de uma avaliação psiquiátrica da ré que, por certo, foi elaborada de forma muito mais ampla.

Referido laudo, é bom que se destaque de início, encontra-se datado de 22.05.2006 e, dessa forma, não foi elaborado para os fins específicos desta ação penal, o que, no meu entender, confere-lhe credibilidade suficiente, eis que isento de qualquer conduta contaminada por eventual direcionamento específico, ou seja: o laudo em exame, em hipótese alguma, pode ser considerado como instrumento especificamente elaborado com vistas a isentar ou relativizar a culpa da ré.

Quanto à *anamnese de desenvolvimento*, o documento afirma que "os antecedentes de Valerie estão amplamente descritos no relatório anteriormente enviado do centro OBC Espero, onde ela esteve internada durante algum tempo". No que diz respeito ao *histórico de assistência*, destaca, ainda, que "existe um histórico circunstanciado da assistência, que está descrito com todos os seus pormenores no relatório acima referido".

Não obstante o quanto apontado, o citado relatório do Centro OBC Espero, que contém a anamnese de desenvolvimento e o histórico de assistência da ré, não foi juntado aos autos principais, podendo estar nos autos que trataram do incidente de insanidade da ré, cuja cópia integral não foi trazida a esta Corte.

Assim, relativamente ao seu histórico, e dada a relevância que apresenta para uma correta avaliação do comprometimento mental da ré, socorro-me do seu depoimento, tal

como fez o i. Magistrado sentenciante às fls. 216/217, bem como o Ministério Público Federal em seu parecer de fls. 363/377.

Confira-se:

"*Mora em Antuérpia, na Bélgica, não terminou o segundo grau porque não tinha vontade de estudar. Morava numa instituição antes dos 18 anos, por causa dos problemas que teve com o Juizado de Menores*. Após os 18 anos foi morar sozinha. Só tem os pais, não tem irmãos.

Foi a primeira vez que fez viagem internacional. Já viajou dentro da Europa, para França, Alemanha. Fala um pouco de inglês, francês e agora um pouco de português. Nunca tinha ouvido falar nada do Brasil.

Tinha problemas com os pais, com eles não se dava bem, não os obedecia, assim o juiz de menores resolveu colocá-la numa instituição. Não faz uso de entorpecentes ou outras drogas ilícitas. Veio ao Brasil porque o vizinho da casa de frente à sua tinha dito que ela tinha que fazer o transporte de drogas do Brasil para a Bélgica e teria colaboração de outros vizinhos holandeses/belgas. Por esse serviço ela ganharia 10.000 euros. Ela não sabia da proibição do uso e transporte de drogas no Brasil e no país dela. Quem pagou suas passagens, despesas de hospedagem e gerais foram as pessoas da Bélgica que a indicaram, e amigos da pessoa em Antuérpia pagariam as despesas e passagens de volta do Brasil. Ela só teve gastos com o dinheiro dela no começo, antes de ver as pessoas que lhe pagaram. Ela não sabia que essas pessoas lidavam com drogas. A proposta surgiu com os amigos deles. Ela percebeu que a pessoa usava maconha e não droga pesada. Os outros do grupo desistiram e ela veio sozinha. O voo foi de Bruxelas para Amsterdã e depois de lá para o Brasil. Na escala ela iria se encontrar com os outros do grupo, todavia, eles não apareceram. Antes de vir ao Brasil ela recebia uma mesada de seus pais, em média, 450 a 500 euros mensais, para pagar as despesas e aluguel, sendo que a alimentação ela tinha que providenciar. Ela pretendia trabalhar de dia e estudar à noite. O começo da viagem foi fácil porque eles a levaram ao aeroporto de Bruxelas, onde viajou sozinha para Amsterdã e de lá para São Paulo, mas chegando aqui foi assustador pois estava sozinha, não falava a língua e nunca tinha viajado ao exterior. Ficou no hotel Fórmula 1, na rua Nove de Julho. Tinha duas pessoas que moravam aqui, uma pessoa amiga da Holanda que ela já conhecia e outro que era amigo desta, da África, que de vez em quando a buscavam no hotel e a levavam para passear no centro, mas falaram que não tinham muito tempo a dedicar a ela. Ficou com a mala por 5 dias. Eles disseram que aqui está a mochila que você vai ter que levar à Bélgica e tome cuidado, sem mais instruções. Não disseram quanto tinha de droga. Ela deveria entregar a mochila com a droga com um vizinho diferente, onde depois faria a troca da mochila por dinheiro, 10.000 euros. Às 4h ela chegou no aeroporto e se apresentou no balcão da companhia aérea e atrás da atendente já havia um policial que lhe disse que ela passaria por uma revista. Eles a levaram a uma sala onde o policial que a havia atendido a acompanhou com outro policial. Os 2 conferiram as sua malas e a mochila e a levaram a uma outra sala, onde fizeram um teste com a droga, que verificou um produto proibido e que ela pagaria por isto. Ela não notou um odor diferente porque o produto estava muito bem lacrado. Os policiais a trataram bem

e com respeito. Ela se sentiu abandonada porque não falava a língua e não havia representante do consulado para assisti-la. O juízo disse que tomou o cuidado de providenciar uma pessoa que entendesse a língua dela. Ela não lembra direito o que declarou na polícia. O amigo do irmão dela de nome Klif quem pediu para ela vir ao Brasil. Este Klif estava no Brasil e ela o viu algumas vezes. Klif era o holandês que estava no hotel e que ligou para ela no celular depois que ela foi presa. Ela pediu pra falar com ele porque achou que ele a ajudaria a explicar o caso. Ed negro era o indivíduo africano que ela mencionou, chegou a conversar com ele em inglês. Em juízo ela afirmou ter ciência de que transportaria droga, sendo que na polícia ela disse que não sabia que transportaria droga porque não havia entendido a pergunta, mas agora afirma que sabia. No Brasil as penas são graves, mas prevê a redução de pena se houver a delação dos demais integrantes. Ela disse que poderia dar uma melhor indicação na hora que ela recebeu a ligação pelo celular, no aeroporto, mas hoje não tem prova adicional ou indicação de outra pessoa. A família dela sabe da condição dela no Brasil. Ela se arrepende muito daquilo que fez. Ela não terminou o último ano do ensino médio. Ela nasceu em 17/06/1991. *Ela ficou dos 6 aos 18 anos na instituição. Era um internato hospital. Os pais a visitavam de uma vez a duas vezes por semana. Após os 18 anos não quis morar com os pais.* Com os 10.000 euros pretendia pagar o aluguel, alimentação. Ela chegou a avaliar os riscos da viagem. Ela achava que pela sua fisionomia e ar de ingenuidade ela nunca seria considerada uma pessoa suspeita. O holandês deu o endereço do hotel Fórmula I para o vizinho dela, que o deu a ela e disse pra apresentar ao motorista do hotel. Ela não tem amigos envolvidos com o tráfico de drogas. É a primeira vez que faz uma viagem dessas. Os 2 aparelhos celulares e 3 chips. O celular branco com 2 chips era dela e o celular vermelho com 1 chip foi-lhe dado se comunicar com eles. Na Bélgica ela deveria devolver o celular com a mochila. Sofre de epilepsia, usa medicamentos na Bélgica, mas não os usou no Brasil. A última crise de epilepsia que teve foi há 2 anos atrás. Uma crise de epilepsia dura umas 3 horas quando está frio e quando está quente 2 horas. A única coisa que queria era que tivesse um acompanhamento médico devido à epilepsia e que se fosse condenada, fosse transferida para a Bélgica."

No que diz respeito ao *Desenvolvimento do Tratamento*, prossegue o laudo resumido (fls. 139/145):

"*Desenvolvimento do tratamento*
Comportamento em grupo
A Valerie *é uma moça de constituição física forte*. Logo no primeiro dia, faz muitas perguntas e se relaciona de forma muito próxima com os outros. É capaz de se apresentar de forma muito carinhosa e prestável, mas é curiosa demais, *tendo dificuldades em reconhecer os limites daquilo que se pode ou não perguntar*.
Busca a proximidade dos responsáveis do grupo *e tem dificuldades em ocupar-se com atividades autônomas. A Valerie pensa em termos de preto e branco, tendo como referência sua própria convicção. Muitas vezes ela parece egocêntrica, dificilmente capaz de pensar nos outros. Por vezes também parece inconveniente e teimosa*.

Tem baixo nível de tolerância à frustração; zangando-se facilmente e tendo problemas em lidar com mudanças. Esboça então *reações impulsivas*, volta para o quarto muitas vezes deitar-se, recusando-se a falar. Após ter acalmado, vem espontaneamente falar, contudo com *dificuldades permanentes em exprimir sentimentos*. Quando é acompanhada ao quarto, reage por vezes com *uma certa agressividade*. Tem às vezes *dificuldades em aceitar a autoridade* e procura manter o controle. Podemos constatar que estrutura, clareza e previsibilidade lhe trazem tranquilidade e que, à medida que a estadia progride, sabe lidar melhor com os limites que lhe são impostos.

A Valerie *precisa ser estimulada na área da higiene e por vezes descuida de sua aparência*. Mostra desinibição no comportamento alimentar *e come indelicadamente*. Podemos constatar *fraco sentido de responsabilidade*.

Tem *capacidades sociais limitadas e tem dificuldades em sentir como entrar em contato com outras pessoas*. Aproxima-se demasiado e procura contato físico. Os contatos são bastante superficiais e de vez em quando se serve de mentiras. Tendo fraco sentimento de empatia, encontra-se frequentemente envolvida em pequenos conflitos, minimizando o papel que neles desempenha. Por esse motivo, *consegue desenvolver poucos relacionamentos, ficando facilmente excluída do grupo*. Contudo, mostra-se cuidadosa para com os jovens mais vulneráveis do grupo. A Valerie busca pessoas de confiança, exigindo muito delas. Para com outros se mostra carinhosa e prestável, *mas absorve muita atenção. Solicita muita confirmação e sente-se facilmente desfavorecida*.

Ergoterapia

A Valerie é uma moça com recursos intelectuais limitados e é pouco flexível. Tende a fazer muitas perguntas e falar sem parar para camuflar sua falta de autoconfiança. Por um lado, pode-se mostrar carinhosa e prestável, por outro lado passa por períodos de grande teimosia, tensão e intromissão.

No âmbito de suas reações ao lidar com materiais e atividades, é saliente sua *baixa tolerância à frustração e a fraca perseverança ao aprender novas técnicas. Parece instável na motricidade fina e tem pouca compreensão de suas atuações*. É importante permitir-lhe trabalhar propondo tarefas parciais de modo progressivo ou dentro de um processo de imitação. Sempre escolhe tarefas e materiais conhecidos que lhe proporcionem sentimento de segurança. *É capaz de efetuar tarefas simples e conhecidas com alguma autonomia*. Goza qualquer experiência de sucesso. 'Ter' e 'fazer' ocupam um lugar central no mundo dela.

As tarefas sócio-emocionais precisam ser breves e explícitas. A realização é concreta e infantil, apoiando-se essencialmente na cópia de desenhos e utilizando materiais conhecidos e seguros. Nesta área também, o 'fazer' tem posição central. Dentro de seu grupo, *tem dificuldades em desenvolver relacionamento com os jovens*. O sentimento social e a empatia são limitados. Concentra-se principalmente no terapeuta ou na obra. Exige muita proximidade e confirmação. *Tem dificuldades em partilhar a atenção de quem lhe preste.*

É importante colocar o 'fazer' num lugar central da vida da Valerie, *trabalhando com tarefas simples e explícitas*. Goza o feedback positivo e a atenção individual.

Terapia psicomotora

A Valerie é uma moça *muito sensível à frustração com imagem negativa de si.*

Tem grande medo de fracassar, esboçando reações extremas tais como a agressão verbal ou o comportamento de fuga. A Valerie *tem pensamento rígido e dificilmente abalável*. Mostra tendência muito egocêntrica e dificuldades de entendimento com os outros membros do grupo. Para com o terapeuta, mostra-se intrometida e controladora, *exigindo continuamente a proximidade dele.*
A Valerie precisa de estímulo externo, na ausência do qual se afunda em apatia. Está em fraca condição física, mas a motricidade básica é boa.
A Valerie mostra evolução positiva sob condição de estar num pequeno grupo, com alto nível de previsibilidade e estruturação explícita.
Hipoterapia
A Valerie escolheu um cavalo calmo, sendo ela própria pessoa geralmente agitada. Tem medo paralisante estando ao lado do cavalo, momento em que geralmente solicita a presença do terapeuta. Podemos observar um contato carinhoso e infantil durante os cuidados. Atribui muita importância à beleza.
Quando montada a cavalo, tem pouco medo podendo levar a situações perigosas. Intuitivamente compreende o cavalo, mas não sabe como reagir. Sobreestima as próprias capacidades e anda à procura de excitação. Existem hipóteses de aprendizagem sob condição de uma atuação lenta com muita repetição e com acompanhamento individual.
A Valerie sofre vício de postura, deixando-se literalmente conduzir pelo cavalo quando montada. Além disso, existem muitas observações semelhantes às da terapia psicomotora.
Exame médico e medicação
A Valerie está sob tratamento medicamentoso com Tegretol e Risperdal (2 ml).
Discussão multidisciplinar e recomendação
Verificados problemas comportamentais e relacionais numa moça *com autismo infantil*, que *funciona a um nível de debilidade ligeira*.
A Valerie é uma moça que sofre de *incerteza e ansiedade*. Além de ter *pensamento altamente concreto e rígido, mostra-se egocêntrica*.
Dispõe de capacidades comunicativas e sociais limitadas, um baixo nível de tolerância à frustração e sentimento limitado de empatia.
A Valerie precisa de acompanhamento intensivo. Parece-nos absolutamente indicada a uma estadia prolongada dentro de um instituto médico-pedagógico. Os pais estão igualmente precisando de acompanhamento prolongado." (destaques meus)

E conclui o laudo, de acordo com a classificação psiquiátrica DSM-IV:

"*Classificação psiquiátrica segundo o DSM-IV*
Eixo I 299.80 *Transtorno geral do desenvolvimento NE*
312.9 *Transtorno do comportamento disruptivo NE*
V61.20 *Problema na relação pai-filho*
Eixo II V62.89 *Debilidade mental*
Eixo III G40 *Epilepsia*
Eixo IV *Problemas dentro do grupo de apoio primário*
Problemas educacionais
Eixo V *GAF 45*

Problema: comportamento problemático em casa e na escola. Situação insustentável tanto para a Valerie como para os pais.
A Valerie tem fraquíssima imagem de si e mostra sinais de depressão. Já foi formulado o diagnóstico de *autismo espectro*.
Impõe-se prolongamento do acompanhamento psiquiátrico." (destaques meus)

Outro documento de relevância é o *atestado de fl. 144*, também apresentado pela Defensoria Pública da União, *emitido pelo Ministério de Segurança Social da Bélgica - Direção Geral das Pessoas com Deficiência, datado de 16.10.2006*, certificando que *VALERIE VERMEIREN* encontra-se atingida de uma *incapacidade permanente de 66%*.

Importante destacar que o laudo e o atestado oriundos do país de origem da ré foram devidamente traduzidos de forma juramentada, conforme certificam os próprios documentos, bem como de acordo com os docs. de fls. 145/146.

Passo agora às minhas considerações pessoais, especialmente direcionadas à culpabilidade da ré, esclarecendo, desde já, que não tenho a menor pretensão em arvorar-me em conhecimentos científicos que se encontram além da minha formação em Direito, mas que lastrearei as minhas conclusões em elementos que efetivamente constam dos autos, na literatura científica internacionalmente reconhecida e nos critérios internacionais de diagnósticos, reconhecidos e recomendados pela Organização Mundial de Saúde - OMS, bem como na parca experiência que adquiri nos últimos anos acerca da matéria.

A questão fulcral sobre a qual se debate nos presentes autos diz respeito à *culpabilidade da ré VALERIE VERMEIREN*, frente aos atos que cometeu, considerados os elementos periciais que, frise-se, constam dos autos.

Observo, desde já, que todo e qualquer direcionamento que se possa ou se pretenda dar ao processo não pode, de modo algum, desconsiderar as circunstâncias nas quais a ré efetivamente se encontra inserida. E aqui destaco com veemência que *VALERIE VERMEIREN* foi condenada em primeiro grau de jurisdição, porém, por ter sido reconhecida a sua semi-imputabilidade, teve a sua pena, por decisão do Magistrado singular, substituída por medida de segurança, consubstanciada em internação em hospital psiquiátrico, pelo prazo mínimo de dois anos.

Ocorre que a ré foi presa e recolhida à Penitenciária Feminina do Estado - em 22 de outubro de 2009, friso, contando, à época com 18 anos - e não obstante a substituição operada na sentença, a execução provisória da pena permaneceu nos mesmos termos em que se deu o seu encarceramento inicial, ou seja, na penitenciária. Anoto: a ré está presa há quase dois anos.

Portanto, devendo estar em regime de tratamento pelo menos desde a sentença, o que não ocorreu, está a ré a sofrer constrangimento ilegal indiscutível e com consequências, no mínimo, desastrosas à preservação da sua saúde mental.

Nessa linha, tenho que qualquer decisão que cogitasse sobre uma eventual complementação de perícia médica, ainda que, ao final, atribuísse à ré condição mais real e tecnicamente ajustada, com certeza seria tomada em seu desfavor, pois maior constrangimento lhe acarretaria, à medida que o lapso temporal demandado para uma providência dessa natureza somente seria justificável se os elementos constantes dos autos não apresentassem a consistência necessária para um julgamento efetivo e justo.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT (*in Tratado de Direito Penal*, Parte Geral 1, 16ª ed., Ed. Saraiva, 2011, págs. 413/434), sobre a inimputabilidade, apresenta considerações

de grande relevo para o caso em exame, razão pela qual peço *vênia* para transcrever excertos de interesse:

> "Pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a imputabilidade, sob a ótica do Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas. A falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental, que é a hipótese da menoridade (18 anos), podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade. Podem levar, dizemos, porque *a ausência da sanidade mental* ou da maturidade mental *constitui um dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade, que ainda necessita de sua conseqüência, isto é, do aspecto psicológico, qual seja a capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento*. Embora a imaturidade mental, isoladamente, esgote o conceito de inimputabilidade, porque, por presunção constitucional (art. 228 da CF e art. 27 do CP), o menor de dezoito anos é mentalmente imaturo e, consequentemente, incapaz de culpabilidade, ou, na velha terminologia, irresponsável penalmente. Nessa hipótese, é suficiente que se faça a comprovação da idade do menor, isto é, do aspecto puramente biológico, para estar caracterizada a sua inimputabilidade.
> No entanto, *em se tratando de* sanidade mental, a questão é mais complexa, porque, além de não ser mentalmente são ou não possuir desenvolvimento mental completo, por doença ou perturbação mental, é necessária a conseqüência desse distúrbio (sistema biopsicológico). Na verdade, exige-se, em outros termos, que tal distúrbio - doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado - produza uma conseqüência determinada, qual seja, a falta de capacidade de discernir, de avaliar os próprios atos, de compará-los com a ordem normativa. O agente é incapaz de avaliar o que faz, no momento do fato, ou então, em razão dessas anormalidades psíquicas, é incapaz de determinar. Devem reunir-se, portanto, no caso de anormalidade psíquica, dois aspectos indispensáveis: um aspecto biológico, que é o da doença em si, da anormalidade propriamente, e um aspecto psicológico, que é o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.
> Para o reconhecimento da existência de incapacidade de culpabilidade é suficiente que o agente não tenha uma das duas capacidades: de entendimento ou de autodeterminação. É evidente que, se falta a primeira, ou seja, não tem a capacidade de avaliar os próprios atos, de valorar sua conduta, positiva ou negativamente, em cotejo com a ordem jurídica, *o agente não sabe e não pode saber a natureza valorativa do ato que pratica*. Faltando essa capacidade, logicamente também não tem a de autodeterminar-se, porque a capacidade de autocontrole pressupõe a capacidade de entendimento. O indivíduo controla ou pode controlar, isto é, evita ou pode evitar aquilo que sabe que é errado. Omite aquela conduta à qual atribui um valor negativo. *Ora, se não tiver condições de fazer avaliação, de valorar determinada conduta como certa ou errada, conseqüentemente também não terá condições de controlar-se, de autodeterminar-se*. Uma capacidade requer a outra, isto é, a primeira requer a segunda. Agora, o oposto não é verdadeiro, ou seja, o agente pode ter perfeitamente íntegra capacidade de discernimento, de valoração, saber perfeitamente o que é certo e o que é errado e, no entanto, não ter a capacidade de autocontrole, de autodeterminação." (destaques meus)

Especificamente sobre a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prossegue o citado autor:

> "Existem determinadas condições psíquicas, como, por exemplo, certas espécies de neuroses, notadamente as neuroses obsessivo-compulsivas, que são consideradas, para o Direito Penal, doença mental. Nessas neuroses o sujeito tem claramente o senso valorativo de sua conduta, mas não consegue evitar sua prática, faltando-lhe a capacidade de autodeterminação, em razão desse distúrbio, dessa enfermidade. Se não tiver essa capacidade, se ela lhe falta inteiramente, no momento da ação, ou seja, no momento da prática do fato, ele é absolutamente incapaz.
> Essa falta de capacidade advém da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Pela redação utilizada pelo Código Penal (art. 26 e parágrafo único) deve-se dar abrangência maior do que tradicionalmente lhe concederia a ciência médica para definir uma enfermidade mental. Por doença mental deve-se compreender as psicoses, e, como afirmava Aníbal Bruno, 'aí se incluem os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranóia; *as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante*; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxico-infecciosos, e finalmente os estados demenciais, a demência senil e as demências secundárias'.
> *Teria sido melhor a utilização da expressão 'alienação mental', que, de forma mais abrangente, compreenderia todos os estados mentais, mórbidos ou não, que demonstrassem a incapacidade do criminoso de entender o caráter ilícito de sua ação ou de determinar-se de acordo com essa compreensão.*
> (...)
> Desenvolvimento mental incompleto, por sua vez, é aquele que ainda não se concluiu, abrangendo, além dos menores (para os quais se adota o sistema biológico), os surdos-mudos e os silvícolas inadaptados (que recebem o tratamento do sistema biopsicológico); na hipótese destes últimos a psicopatologia forense determinará, em cada caso concreto, se a anormalidade produz a incapacidade referida pela lei. A menoridade é o exemplo mais eloqüente de desenvolvimento mental incompleto, mas, por presunção legal absoluta, está fora da imputabilidade, afastando a necessidade de comprovação pericial.
> (...)
> Como *desenvolvimento mental retardado*, finalmente, compreende-se a *oligofrenia*, em suas formas tradicionais - idiotia, imbecilidade e debilidade mental. Segundo o magistério de Aníbal Bruno (*in Direito Penal, cit.*, p. 135) são 'formas típicas, que representam os dois extremos e o ponto médio de uma linha contínua de gradações da inteligência e vontade e, portanto, da capacidade penal, desde a idiotia profunda aos casos leves de debilidade, que tocam os limites da normalidade mental. São figuras teratológicas, que degradam o homem da sua superioridade psíquica normal e criam, no Direito punitivo, problemas de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída em vários graus'. Em outros termos, *desenvolvimento mental retardado é aquele em que não se atingiu a maturidade psíquica, por*

deficiência mental. De regra, nas hipóteses de desenvolvimento mental retardado aparecem com alguma freqüência as dificuldades dos chamados fronteiriços, particularmente nas oligofrenias, *onde o diagnóstico não oferece a segurança desejada. Nesses casos, somente a perícia forense poderá identificar o grau de deficiência do desenvolvimento mental retardado do indivíduo, a partir do qual se poderá diagnosticar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, em cada caso concreto. Com efeito, todos esses estados patológicos passam, necessariamente, pelo exame médico-pericial para comprovar a gravidade que, in concreto, apresentam. No plano processual, viabiliza-se esse exame pericial através da instauração de incidente de insanidade mental do acusado* (arts. 149 a 154 do CPP).

(...)

Entre a imputabilidade e a inimputabilidade existem determinadas gradações, por vezes insensíveis, que exercem, no entanto, influência decisiva na capacidade de entender e autodeterminar-se do indivíduo. A rigor, essa questão não deveria ser tratada entre as causas que excluem a culpabilidade, na medida em que apenas a diminuem, mas razões didáticas autorizam sua análise neste capítulo.

Situam-se nessa faixa intermediária os chamados fronteiriços, que apresentam situações atenuadas ou residuais de psicoses, de oligofrenias e, particularmente, grande parte das chamadas personalidades psicopáticas ou mesmo transtornos mentais transitórios. Esses estados afetam a saúde mental do indivíduo sem, contudo, excluí-la. Ou, na expressão do Código Penal, o agente não é 'inteiramente' capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, parágrafo único, do CP). A culpabilidade fica diminuída em razão da menor censura que se lhe pode fazer, em razão da maior dificuldade de valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade.

(...)

Em realidade, a pessoa, nessas circunstâncias, *tem diminuída sua capacidade de censura, de valoração, consequentemente, a* censurabilidade de sua conduta antijurídica deve sofrer redução. Enfim, nas hipóteses de inimputabilidade o agente é 'inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento'. Ao passo que nas hipóteses de culpabilidade diminuída - em que o Código fala em redução de pena - o agente não possui a 'plena capacidade' de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Há efetivamente uma diversidade de intensidade entre as causas de inimputabilidade e as causas de diminuição de culpabilidade (semi-imputabilidade): *aquelas eliminam a capacidade de culpabilidade, estas apenas a reduzem.*" (destaques meus)

Assim, dentro do contexto de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade, temos as consequências jurídicas correspondentes. Na primeira hipótese, impõe-se a absolvição, nos termos do artigo 26 do Código Penal, aplicando-se a medida de segurança nos moldes dos artigos 96 a 99; na segunda, é obrigatória, no caso de condenação, a redução da pena imposta, para somente no momento seguinte, se comprovadamente necessário, substituir-se a pena por medida de segurança. São, pois, no caso da semi-imputabilidade, dois momentos distintos da dosimetria e aplicação da pena: a diminuição é imperativa e a substituição por medida de segurança deve ser avaliada e, se necessária, deve ser efetivada.

De qualquer forma, o liame, que pode ser bastante tênue entre essas situações, somente pode ser constatado por meio de perícia médica, de incidente de insanidade mental.

Retornando de forma objetiva ao caso dos autos, a ré foi submetida à avaliação médica e o e. Relator, acolhendo as conclusões do Sr. Perito Judicial, conclui ser *VALERIE VERMEIREN semi-imputável*.

Ouso divergir do judicioso voto, especificamente nesse aspecto.

Em primeiro lugar, porque o Magistrado não está vinculado ao laudo do Perito Judicial, conforme preceitua, por analogia, o art. 131 do Código de Processo Civil. Em segundo, porque o laudo oriundo da Bélgica avaliou em toda a complexidade os distúrbios mentais sofridos pela ré. E, em terceiro, porque inclusive a insurgência ministerial - *no sentido de que o laudo pericial seria inservível, eis que o Sr. Perito não se fez acompanhar de intérprete para a língua materna da ré* - reforça minhas conclusões, não na linha da sua imprestabilidade, mas da sua incompletude, até mesmo diante da impossibilidade de uma avaliação psiquiátrica dessa grandeza ser elaborada em idioma que não fosse a língua materna da ré, então periciada.

No laudo de fls. 268/270, o Sr. Perito Judicial apresenta o seguinte histórico:

> "A presente perícia, para verificação de sanidade mental, se destina a instruir os autos de incidente de insanidade mental.
> Consta nos autos, de interesse para perícia psiquiátrica, que a pericianda está incursa nos artigos 33 e 40 da lei 11.343/06 em razão de, no dia 22 de outubro de 2009, por volta das 15:30 horas, tentou embarcar da Bruxelas portando 2750 gramas de cocaína. Consta, às fls. 139 'usque' 143 dos autos principais, proc. 2009.61.19.011418-0, relatório de saúde mental informando que a paciente é portadora de debilidade mental, transtorno geral do desenvolvimento não especificado, transtorno do comportamento disruptivo não especificado, problema na relação pai-filho, problemas dentro do grupo de apoio primário, problemas educacionais e epilepsia.
> A pericianda informa que trabalhou aos 16 ou 17 anos como ajudante geral num restaurante; exerceu essa atividade durante cinco ou seis meses, depois não trabalhou mais porque não encontrou trabalho. Na época fez estágio durante um mês ou um mês e meio. Depois fez curso de cabeleireira até o dia que veio para o Brasil.
> A partir dos seis anos passou apresentar problemas de desenvolvimento do comportamento, estava tendo atraso no desenvolvimento. *Passou por várias instituições, começou a tomar remédios nessa idade e esteve internada em* 'alas especiais' *para deficientes porque não conseguia acompanhar o restante da turma*. De sexta a domingo e feriados ficava em casa com os pais e o restante dos dias ficava na instituição que era uma escola em regime de internato. Interrompeu o tratamento e o internato aos 14 anos. Esclarece que nesse período tomou vários medicamentos que não sabe o nome. Os médicos não queriam interromper o tratamento, mas, resolveu parar por conta própria. Dos 14 aos 17 anos morou com os pais e, por volta dos 17 anos e meio passou morar sozinha, os pais a sustentavam.
> Sempre teve bom relacionamento familiar, entretanto, menos com o pai, brigavam frequentemente, sempre teve muitas amizades, porém, dependia do dia tinha dificuldade de relacionamento; tinha vida social restrita. Nunca teve vida afetiva.

Nunca usou drogas e 'bebia' socialmente, tomava cerveja doce de vez em quando, também tomava licores, ficava embriagada 'no final da noite', somente nos finais de semana. Nunca ficou muito alterada ou perdeu o controle.
Referente ao delito informa que um vizinho que era do Suriname sabia que tinha dificuldades financeiras e ofereceu esse 'trabalho' para ganhar dez mil euros. Combinaram a viagem, eles compraram a passagem e deram duas malas para trazer. Chegou em São Paulo, pegou um táxi e foi para o hotel. Permaneceu no hotel por uma semana, nesse período caminhava pelas ruas e frequentava o shopping. No dia anterior ao embarque um homem foi até dentro do seu quarto e entregou uma mochila preta. Não se deu conta do peso da mochila ou do seu conteúdo. A mochila estava muito bem fechada e os policiais tiveram que abrir com faca. Está pensando quanto tempo vai ficar aqui. Está fazendo amizades na cadeia onde se encontra; tem bom relacionamento com as outras pressas e com os funcionários."

Quanto aos antecedentes pessoais e familiares, destaca:

"Natural de Brassschaat - Bélgica, nascida de parto normal dentro da água, não sabe informar sobre seu desenvolvimento neuropsicomotor. Teve viroses comuns da infância que evoluíram para cura sem intercorrências ou sequelas. Nega traumatismo crânio-encefálico com perda da consciência, equivalentes comiciais, doenças graves ou prolongadas. Tem histórico de crises convulsivas.
Refere transtorno de comportamento desde a infância.
Nega outros processos ou passagem pela FEBEM.
Nega passado de tratamento psiquiátrico, neurológico e psicológico. Está em uso de medicação atualmente.
Cursou somente classe especial.
Proveniente de família legalmente constituída.
Filha única.
Desconhece antecedente neuropsiquiátrico ou criminal nos familiares."

Relativamente ao exame físico geral e especial:

"*Exame somático*:
No momento, pelo exame clínico ectoscópico adequado ao caso, não se observam alterações clínicas dignas de nota, nem há queixas. *As características físicas são compatíveis com sexo, raça e idade*.
Exame psíquico:
Comparece ao exame com vestes e higiene adequadas. Consciência lúcida e atenta à entrevista. Orientada no tempo, espaço e circunstâncias. *Não tem suficiente noção da natureza e finalidade deste exame. Postura e atitudes* convenientes à situação, porém, *infantilizadas*. *As diferentes funções mentais mostram alterações*. Memórias de fixação e evocação se mostram indenes. Não relata distúrbios sensoperceptivos atuais, nem suas atitudes os faz supor. *Pensamento sem profundidade*, de forma, curso e conteúdo pobres, porém, regulares, *não evidenciando atividades delirantes ou deliróides. Inteligência abaixo dos limites de normalidade*. Ideação concreta, porém, razoável, evidenciando prejuízo da capacidade de

associação, abstração, análise e interpretação. Humor eutímico. Contato interpessoal superficial, fala despretensiosa e espontânea. Afetividade congruente. Vontade e pragmatismo sem distúrbios. *Crítica inconsistente. Demonstra dificuldade de compreensão adequada dos assuntos abordados*."

O Sr. Perito Judicial dispensou exames complementares e concluiu:

"Pela observação durante o exame, confrontado com o histórico, antecedentes, exame psíquico e o colhido das peças dos autos, conclui-se que a periciada apresentava ao tempo da ação ou omissão, como apresenta atualmente, desenvolvimento mental retardado de grau leve, de origem congênita, com parcial comprometimento das capacidades de discernimento, entendimento, julgamento e determinação, sendo considerada, sob a óptica médico-legal psiquiátrica, *SEMI-IMPUTÁVEL*.
Considerando a periculosidade evidenciada em razão do comprometimento das capacidades de entendimento e determinação, com consequente imediatismo e dificuldade de prever consequências, a medida de segurança indicada consiste em internação em instituição psiquiátrica por, pelo menos, um ano.
Considerando que o distúrbio psíquico apresentado é de curso crônico, a periciada tem maior propensão a apresentar reações vivenciais anormais a qualquer momento, mesmo sob efeito de medicação, portanto, necessita de presença constante de figura de autoridade que atue como mecanismo contensor externo monitorando, inclusive, o tratamento psiquiátrico e o controle da medicação.
Diagnose: F - 70 - CID - 10: Retardo mental leve."

Na obra "CLÍNICA PSIQUIÁTRICA", a visão do Departamento e do Instituto de Psiquiatria do HCFMUSP (Eurípedes Constantino Miguel, Valentim Gentil, Wagner Farid Gattaz e outros, Ed. Manole Ltda., 2011), seção 3, capítulo 23, os Drs. Yuan-Pang Wang e Laura Helena Silveira Guerra de Andrade apresentam trabalho intitulado "Sistema de Classificação - Diagnóstico em Psiquiatria", onde abordam, em síntese: *a)* histórico da classificação em psiquiatria; *b)* como se faz um diagnóstico em psiquiatria; *c)* definições de terminologia de classificação; *d)* tipos de classificação; *e)* classificações modernas; *f)* validade dos diagnósticos, problemas, tendências e questões.

No item relativo à Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados de Saúde (CID), destacam os autores que, no final da década de 1960, a Organização Mundial de Saúde iniciou uma revisão crítica do diagnóstico e a classificação em Psiquiatria que resultou num glossário de transtornos mentais para a 8ª revisão da CID.

Atualmente, a CID está em sua 10ª edição e consubstancia-se em um instrumento internacional para todas as áreas da medicina. As patologias psiquiátricas foram agrupadas sob o índice "F" e a maioria das categorias possui critérios para a prática clínica e de pesquisa (Tabela V).

Paralelamente, o DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) adotou o uso de uma classificação multiaxial (Tabela III), permitindo registro sistemático de cinco séries de informações diferentes:

Eixo I - Síndrome clínica;

Eixo II - Transtorno de personalidade ou transtornos crônicos de desenvolvimento;

Eixo III - Condições físicas associadas;

Eixo IV - Gravidade do estressor psicossocial; e

Eixo V - Funcionamento global no último ano.

Asseveram os autores que o uso dos sistemas atuais de classificação trouxeram certa estabilidade à prática do diagnóstico psiquiátrico, não obstante a persistência de alguns problemas.

Pois bem. Tomando-se por base o laudo de fls. 139/145, temos alguns dados objetivos sobre a ré: *a)* constituição física forte (não há indicação de qualquer anormalidade ou deficiência); *b)* autismo infantil; *c)* debilidade ligeira; *d)* capacidades comunicativas e sociais limitadas; *e)* necessidade de acompanhamento específico.

E quanto à classificação nos termos do DSM-IV, temos:

Eixo I

299.80 - Transtorno Geral do Desenvolvimento NE (não especificado; *Espectro do Autismo*)

312.9 - Transtorno do Comportamento Disruptivo NE (não especificado)

V61.20 - Problema na relação pai-filho

Eixo II - V62.89 - Debilidade Mental

Eixo III - G40 - Epilepsia

Eixo IV - Problemas dentro do grupo de apoio primário; Problemas educacionais;

Eixo V - GAF 45 (depressão).

Por outro lado, o laudo do Sr. Perito Oficial resultou no diagnóstico F - 70 - CID 10: Retardo Mental Leve, deixando claro que a ré não é portadora de deficiência física.

É de se destacar que os laudos do Sr. Perito Oficial e o advindo da Bélgica não são divergentes. O laudo oficial, relativamente aos critérios estabelecidos pelo DSM-IV, analisou apenas o Eixo II - transtorno de personalidade ou transtornos crônicos de desenvolvimento, *resultando no diagnóstico de retardo mental leve*, o que não difere do laudo oriundo da Bélgica que, quanto a esse aspecto, conclui: Eixo II - V62.89 - *Debilidade Mental*, onde V62.89, nos critérios do DSM-IV, aponta para um "funcionamento intelectual *borderline*".

Ou seja, ambos os laudos atestam que a ré é portadora de debilidade mental ou de retardo mental leve.

Dessa forma, o laudo do Sr. Perito Oficial está contido no laudo oriundo da Bélgica, mas não considerou o primeiro todas as patologias de que a ré é portadora. Tanto assim é que, *relativamente ao autismo*, matéria amplamente descrita no judicioso voto do e. Relator, *o Sr. Perito Oficial não tece considerações*, não obstante inserir em seu relatório características e comportamentos da ré que são típicos dos portadores de autismo, o mesmo ocorrendo em relação à avaliação dos demais Eixos do DSM-IV.

A ré é portadora do espectro do autismo - Eixo I - 299.80 - Transtorno Geral do Desenvolvimento NE, fato esse não contestado pelo e. Relator mas, inclusive, acolhido e integrado na brilhante fundamentação de seu judicioso voto.

Não obstante esse aspecto já ter sido, como dito, abordado de forma bastante ampla pelo e. Relator, tecerei mais algumas considerações a respeito, porque, com a devida vênia, ainda que se busque incessantemente, inclusive por meio de grandes movimentos sociais mundiais, ainda são muito difíceis o diagnóstico precoce, o tratamento e a inserção social dos portadores do espectro do autismo, especialmente com o treinamento de eventuais habilidades especiais desses indivíduos. Observo que a variação

de comprometimento dessas pessoas dentro do espectro é muito grande, daí, inclusive, a recente proposta de alteração da designação técnica de "*autismo*" para "*espectro do autismo*".

No "Manual de Psicologia Clínica Infantil e do Adolescente - Transtornos Específicos", coordenado por *Vicente E. Caballo e Miguel Ángel Simón* (Ed. Santos, 1ª ed., SP, págs. 324 e 342), a seguinte descrição clínica é apresentada:

> "Devido à diversidade e complexidade dessa síndrome, o diagnóstico da pessoa com autismo é difícil de estabelecer, apesar dos avanços que foram feitos nesse campo (Polaino, 1982), razão pela qual devem ser levados em consideração tanto critérios clínicos quanto neurofisiológicos e bioquímicos. Como parte desses critérios, Polaino (1982) destaca as alterações sensório-perceptivas e comportamentais. Uma das características essenciais do autismo *é a presença de um desenvolvimento anômalo e deficiente da interação social que afeta tanto as habilidades verbais como as não verbais* (American Psychiatric Association, 2000). Assim, por exemplo, em relação às últimas, é evidente o *pouco contato visual*, comportamento do qual carecem, além de manifestar uma *grande quantidade de comportamentos táteis e olfatórios* (Hermelin e O'Connor, 1970).
>
> Ornitz, Guthrie e Farley (1977) destacam *a agressividade com que respondem aos estímulos auditivos muito fortes, assim como às mudanças de rotina, que se manifestam por mudanças inesperadas de humor, entre elas, gritos ou choro prolongado*. Como alterações motoras para estabelecer um diagnóstico adequado, Polaino (1982) enumera um retardo no controle de esfíncteres, autolesões, caretas, agitação reiterativa de braços e pernas, giros, balanço de cabeça e corpo, saltos sobre si mesmo, caminhar na ponta dos pés hiperatividade, espernear e estereotipias. As estereotipias, por sua importância, Polaino (1982) as classifica em motoras, verbais e rituais, subdividindo as primeiras em simples e complexas. Como parte das estereotipias verbais, está a ecolalia.
>
> Kanner e Eisenberg (1956) enfatizam *a insistência em que as coisas permaneçam iguais, e qualquer mudança em suas rotinas é motivo de irritabilidade*. Essa irritabilidade é manifesta por meio de choro, gritos, birras e movimentos contínuos, que contrastam com os comportamentos normais das crianças de idades similares. Para estabelecer um bom diagnóstico, do ponto de vista psicopatológico, deve-se levar em consideração algumas características que se apresentam constantes através das diferentes pesquisas realizadas. Uma delas é a idade de início do processo, assim como os transtornos da linguagem e a dificuldade presente para estabelecer adequadas relações sociais (Rutter e Schopler, 1984).
>
> Ritvo e Freeman (1984) *descrevem o autismo como uma síndrome clinicamente definida, composta por uma série de subdivisões cada, uma com diferentes etiologias, patologias e tratamento*. Por definição, o início do problema é anterior aos três anos de idade.
>
> A ressonância magnética fez algumas das descobertas mais importantes efetuadas até agora acerca da estrutura do cérebro em indivíduos com autismo. Courchesne *et al*. (1988) concluíram que o tamanho dos sexto e sétimo lóbulos vermerais cerebelares eram significativamente menores que em outras crianças de sua idade. Du Verglas (1988) assinala que essas anormalidades podem causar funções

cognitivas reduzidas, além de problemas nas atividades automáticas relacionadas. O *DSM-IV-TR* (American Psychiatric Association, 2000) classifica as características do autismo em três tipos e estabelece que para se emitir um diagnóstico devem estar presentes pelo menos seis ou mais sintomas dos tipos 1, 2 e 3 (com pelo menos dois do tipo l, e um tanto do tipo 2, como do tipo 3).
(...)
O transtorno autista é um problema complexo devido à diversidade de fatores que se encontram envolvidos em sua gênese e manutenção, o que se traduz em uma gama muito ampla de manifestações comportamentais com topografias e expressões atípicas difíceis de controlar. Para uma melhor efetividade em seu tratamento, é de suma importância a elaboração e execução de programas muito bem estruturados, dada a carência de repertórios comportamentais básicos nas crianças com essa patologia. Do mesmo modo, é importante a participação de profissionais de diferentes disciplinas, o que permite uma visão de conjunto.
Um dos comportamentos perturbadores que mais interfere na aprendizagem das crianças com transtorno autista é sua baixa tolerância à frustração, que se manifesta, geralmente, através de gritos e choro constantes, e que somada à falta de linguagem comunicativa, assim como a sua incapacidade para estabelecer relações interpessoais adequadas, dificulta visivelmente sua integração social.
Sendo a linguagem falada a ferramenta de interação social por excelência, não podemos perder de vista que muitas crianças com autismo não chegam a desenvolvê-la nunca, razão pela qual este não deve se tornar um fator determinante para privá-las de outro tipo de treinamento e levar em consideração outras dimensões de comunicação humana - O tratamento visa desenvolver ao máximo as potencialidades da criança, o que não poderá acontecer sem a aplicação de técnicas específicas no campo médico, educacional, psicológico e social para conseguir, assim, uma reabilitação integral." (destaques meus)

José Ramón Alonso Peña (*v. Autismo y Síndrome de Asperger: Guia para Familiares, Amigos y Profesionales*; Amarú Ediciones, Salamanca; pág. 35), acerca do diagnóstico, destaca:

"Un diagnóstico (Proceso diagnóstico en el autismo. Á. Díez-Cuervo, R. Canal, A. Hervás y J. Tamarit) es un proceso deductivo en el cual un grupo de especialistas, basándose en sus conocimientos y en su experiencia clínica, van valorando una serie de observaciones y datos, y los comparan con las características que describen los sistemas actuales de clasificación y diagnóstico aceptados universalmente (DSM-IV o CIE-10). El objetivo es clasificar y caracterizar el comportamiento de ese niño o adulto, y utilizar ese perfil para buscar el mejor plan de intervención posible, adecuado a las características de la persona diagnosticada.
Un buen diagnóstico suele estar fundamentado en una evaluación interdisciplinar, lo más completa posible que evite pruebas innecesarias y que consiga una caracterización con el menor grado de incertidumbre posible. El equipo interdisciplinar implica normalmente trabajar con diferentes profesionales generalmente adscritos a distintos servidos clínicos y colaborar de una forma eficaz con la familia. El tiempo (lo más breve posible) y la forma (ajustada a la ética clínica),

junto a la experiencia técnica de los profesionales, constituyen la base para establecer una relación de apoyo, confianza y colaboración a largo plazo, que ayude a los familiares a estar bien informados y a convertirse en agentes activos en el tratamiento de la persona con autismo." (destaques meus)

Acerca da relação entre o espectro do autismo e outros transtornos ou condições incapacitantes, na mesma obra - págs. 144/146 - temos os seguintes destaques:

"Aunque no se sabe bien la razón, *los datos existentes indican que existe frecuentemente un factor común, un solapamiento, entre el autismo y otras enfermedades o trastornos del desarrollo*. Se piensa que hasta cierto punto ambos problemas pueden estar causados por un defecto subyacente común que origina un funcionamiento cerebral defectuoso.

(...)

DISCAPACIDAD INTELECTUAL

De todos los trastornos que ocurren simultáneamente con el autismo, *la discapacidad intelectual o retardo mental es el más prevalente, el más frecuente. Del 75 al 80 % de las personas con autismo clásico tienen un cierto grado de discapacidad intelectual (si incluimos las personas con otros trastornos del espectro autista como el síndrome de Asperger, la proporción baja a un 15%). De entre ellos, un 15 a un 20% de las personas con autismo clásico o de Kanner presentan un retraso severo, con cocientes de inteligencia inferiores a 35* (100 es la inteligencia media). El 25% restante de las personas con autismo tienen una inteligencia similar o superior a la media. Unos pocos muestran una inteligencia excepcional.

EPILEPSIA

En niños epilépticos no afectados por el autismo, la frecuencia de ataques epilépticos disminuye con la edad. *En los niños con autismo, por el contrario, se observa un aumento en las crisis epilépticas y de las anomalías en el electroencefalograma (EEG) al irse adentrando en la adolescencia*. A los 20 años, entre un tercio y un cuarto de las personas con autismo tienen anomalías en el EEG y/o epilepsia. Los ataques varían desde desvanecimientos breves a convulsiones de todo el cuerpo y un electroencefalograma ayuda a confirmar su presencia. En la mayoría de los casos, los ataques se pueden controlar con medicación. En la actualidad se está investigando si existe algún factor bioquímico en el momento del inicio de las crisis epilépticas ya que los ataques se pueden relacionar en ocasiones con la actividad de algunos neurotransmisores.

La asociación entre autismo y epilepsia es más frecuente en los niños que además presentan discapacidad intelectual.

(...)

DEPRESIÓN, TRASTORNO OBSESIVO-COMPULSIVO E HIPERACTIVIDAD

Uno de los trastornos mentales más frecuentes en las personas con trastornos del espectro autista es la depresión. Tiene una especial incidencia en el síndrome de Asperger, sobre todo durante en la adolescencia, en el proceso de transición a la vida adulta. No debemos olvidar que nuestro estado mental es una mezcla de factores biológicos y lo que llamamos factores ambientales el entorno que nos

rodea. Así una persona con buen nivel intelectual, como es frecuentemente el caso de las que tienen síndrome de Asperger y que se da cuenta de la situación en la que se encuentra y las implicaciones que tiene para su futuro, puede caer, incluso con buen apoyo familiar, en una depresión.
Las personas con autismo *que padecen depresión también pueden mostrar un incremento de sus comportamientos obsesivos, si no están muy afectados en su funcionamiento intelectual y un incremento de las conductas estereotipadas en quienes tienen un nivel de retardo mental más grave*.
Además de los casos de autismo en los que hay evidencia de depresión, es muy probable encontrar rasgos del trastorno obsesivo-compulsivo en personas con autismo. Sin embargo, ello no siempre implica un diagnóstico doble, por lo que debe realizarse, con precaución, por un especialista." (destaques meus)

E sobre a cura do autismo, finalizam os autores na obra citada (pág. 158):

"EXISTE CURA O TRATAMIENTO PARA EL AUTISMO?
No existe hasta el momento cura para el autismo pero, hay tratamientos que pueden marcar una 'diferencia muy positiva'. Es muy importante establecer un diagnóstico temprano y un programa educativo apropiado. Toda persona con autismo, sea cual sea su edad o la gravedad de su discapacidad puede mejorar el desarrollo de sus capacidades y tener mejor calidad de vida. Para ello existe una amplia variedad de tratamientos que actúan sobre tres niveles:
. Mejorando las condiciones físicas y sensoriales de su organismo (tratamientos orgánicos/médicos). Aquí se incluyen medicamentos pero también dietas, vitaminas y complementos alimenticios de los que existen pocos o ningún dato que muestren efectos beneficiosos.
. Enseñándole pautas y habilidades que le permitirán desenvolverse mejor (tratamientos educativos).
. Dirigiéndonos a atenuar o reforzar un aspecto específico (terapias complementarias) o a modificar el ambiente que le rodea.
Es sorprendeme y triste la enorme cantidad de charlatanería, estafas y afirmaciones jamás probadas que rodea el mundo del autismo. Está lógicamente apoyado por la ausencia de tratamientos verdaderamente efectivos, por la poca investigación aún disponible y por el deseo de los padres de ayudar todo lo que puedan a sus hijos y favorecer una mejoría en su realidad actual y en sus perspectivas de futuro." (destaques meus)

ROBERTO TUCHMAN e ISABELLE RAPIN, na obra "AUTISMO - ABORDAGEM NEUROBIOLÓGICA" (Ed. ARTMED, SP, 2009, págs. 54/60), em capítulo dedicado ao *deficit* social do autismo, apresentam esclarecimentos de extrema relevância, os quais, na parte de interesse ao caso em exame, transcrevo a seguir:

"Os aspectos clínicos característicos que diferenciam o autismo de outros transtornos da comunicação e do comportamento são os prejuízos na interação social recíproca (Walters *et al*., 1990).
(...)

Os critérios para determinar quem é ou não afetado pelo autismo baseiam-se em recortes clínicos, e o DSM-IV (ver Tabela 1.2) usa quatro tipos de comportamentos para definir o domínio social dessa condição. Esses comportamentos variam de comprometimento no uso comunicação não-verbal, que inclui o contato visual direto e a postura corporal, até a ausência de reciprocidade social ou emocional. Os dois outros grupos incluem falha em desenvolver relacionamentos com seus pares de acordo com o próprio nível de desenvolvimento e ausência de tentativas espontâneas de compartilhar prazer, interesses e realizações com outras pessoas. Todos esses grupos de comportamentos são definidos pelo tipo e pela qualidade, e não pela quantidade. Essa abordagem não abrange o amplo escopo dimensional da habilidade social que existe na população em geral e entre as pessoas diagnosticadas com autismo. Além disso, definir o autismo como um diagnóstico categórico dificulta muito a compreensão e a definição da base neural desse transtorno heterogêneo.

(...)

CONSTRUTOS DA COGNIÇÃO SOCIAL

Prejuízos na interação social podem se apresentar como isolamento social ou comportamento social inapropriado, com uma ampla extensão de prejuízos sociais recíprocos representados por uma série de comportamentos, que incluem evitar o contato visual direto, não responder quando chamado, não participar de atividades em grupo, não tomar consciência dos outros, mostrar indiferença a afeições ou afeição inapropriada e ausência de empatia social ou emocional. As diferenças clínicas na expressão do fenótipo dos prejuízos sociais no autismo refletem variáveis que incluem a idade de desenvolvimento e a habilidade cognitiva. Além disso, o tipo de ambiente social (p. ex., estruturado *versus* desestruturado) em que a avaliação acontece pode influenciar a expressão fenotípica das habilidades sociais (Lord, 1991).

(...)

Uma visão reconhecidamente simplista do desenvolvimento social complexo inclui três construtos sociais aceitos, que, no autismo, são defeituosos: a reciprocidade afetiva, atenção articulada e a 'teoria da mente' (Robertson *et al.*, 1999). A reciprocidade afetiva representa a fase inicial da comunicação social e torna-se evidente antes dos 6 meses de idade. É caracterizada pela orientação mútua e pela troca de sinais emocionais entre cuidador e a criança (Bakeman *et al.*, 1990). Essa reciprocidade manifesta-se na infância pelo uso do contato visual direto e de gestos para focalizar a atenção no objeto ou no evento de interesse e progride, à medida que chega a idade em que a criança começa a andar, para o contato visual prolongado e o ato de apontar, a fim de chamar a atenção para um objeto ou evento de interesse. Mais tarde, ainda na infância, a reciprocidade afetiva torna-se parte do nível pragmático da linguagem (ver Capítulo 4) e reflete-se na habilidade de manter conversações apropriadas para a idade e de interpretar expressões emocionais e comportamentos de outras pessoas (Wellman *et al*, 1996).

A atenção articulada refere-se à capacidade individual de coordenar a atenção com um parceiro social em relação a um mesmo objeto ou evento. Ela começa a emergir em torno dos 6 meses de idade e é um dos fundamentos iniciais e essenciais para o estabelecimento da comunicação social e da cognição social em crianças

(Mundy *et al.*, 1986). Comprometimentos da atenção articulada e da orientação social diferenciam os bebês autistas entre aqueles que têm desenvolvimento típico e os que apresentam retardo mental sem autismo (Osterling *et al.*, 2002). O desenvolvimento da atenção articulada é um pré-requisito fundamental para a maior parte da aquisição inicial da linguagem (Mundy *et al.*, 1987). Acredita-se que essa atenção é um fator que prediz, de modo confiável, a habilidade de linguagem concomitante (Tomasello e Farrar, 1986; Dawson *et al.*, 2004).

A teoria da mente (TM), ou metacognição, refere-se à habilidade do indivíduo de compreender que os outros possuem intenções mentais encobertas. Para entender o estado interior de outra pessoa, é preciso ser capaz de interpretar expressões emocionais e comportamentos. Em geral, o indivíduo com autismo de funcionamento elevado compreende o que outra pessoa pensa, mas não é capaz de inferir pistas sociais sutis a partir das expressões emocionais e do comportamento. A difícil compreensão de que os outros possuem crenças, intenções e desejos é uma habilidade essencial que, quando deficiente, leva ao comprometimento da interação social recíproca (Baron-Cohen *et al.*, 1985).

A TM é um construto neuropsicológico complexo, e os indivíduos com autismo, em especial os que possuem habilidades cognitivas adequadas, podem ter bom desempenho em tarefas básicas da TM, porém permanecem com dificuldades em tarefas práticas e normalmente espontâneas, como interpretação de histórias complexas (Happe, 1994). Vários investigadores sugeriram fortes ligações entre a atenção articulada e a TM (Buitelaar *et al.*, 1991; Tager-Flusberg, 1992; Charman, 1997; Morgan *et al.*, 2003; Mundy, 2003). No entanto, ainda que as pesquisas relacionem TM, atenção articulada e déficits sociais no autismo, há estudos que questionam a especificidade dessa relação, destacando, também, a existência de uma forte ligação entre a habilidade da linguagem e a TM (Happe, 1993; Sparrcvohn e Howie, 1995; Shields *et al.*, 1996; Yirmiya *et al.*, 1996).

Todos os construtos-chave em relação aos aspectos sociais da primeira infância têm fortes ligações com a linguagem, em especial com o seu uso social, ou o que é denominado de semântica e pragmática da linguagem. Além das ligações entre as habilidades da linguagem e a cognição social, há uma série de funções do desenvolvimento que, talvez, não sejam específicas das habilidades sociais, embora, no final, possam contribuir para o déficit social. *Esses traços autistas de fenótipo mais amplo incluem o processamento do rosto, de forma específica a codificação estrutural de aspectos e movimentos faciais, como o contato visual direto; os prejuízos sociais motivacionais; a habilidade de imitar gestos e outras atividades motoras; os sistemas de memória e a função executiva (Daw-son et al., 2002). No autismo, os processos de percepção, como a leitura de expressões faciais, ficam prejudicados, de modo que os indivíduos têm dificuldade de relacionar informações socialmente relevantes, percebidas de modo visual, com o conhecimento social e as respostas sociais apropriadas* (Adolphs *et al.*, 2001; Barton *et al.*, 2004; Bros-nun *et al.*, 2004). Também foi sugerido que, quando bebês, as crianças que desenvolvem o autismo mais tarde, podem desviar a atenção para estímulos não-sociais, em oposição aos sociais (Maestro *et al.*, 2002).

(...)

O papel e a contribuição de processos de desenvolvimento específicos, como funções

executivas inadequadas (p. ex., funcionamento da memória, controle inibidor e planejamento) para o déficit social no autismo, formam uma área de ativa pesquisa e controvérsias (McEvoy *et al*., 1993; Hill, 2004; Ozonoff *et al*., 2004). *O conceito de coerência central fraca, que tem sido apresentado como contribuinte indireto para o déficit social no autismo, propõe que os indivíduos afetados têm dificuldade de integrar fontes de informação diferentes em um todo coerente* (Frith e Happe, 1994; Happe, 1999). Foi proposto, também, que a contribuição das habilidades do controle executivo e da TM para os aspectos cognitivos e linguísticos do autismo é distinta das informações da percepção social mais fundamentais, como aquelas comunicadas pelos olhos, pela face e pela voz. Isso resulta no fato de que essa informação, usada na compreensão dos estados mentais, pode estar mais intimamente ligada à deficiente reciprocidade social no autismo (Joseph e Tager-Flusberg, 2004). Além disso, o papel das funções cognitivo-afetivas na determinação do déficit social do autismo tem levado à teoria autista do cérebro masculino extremo (Baron-Cohen, 2004). Nessa teoria, proposta por Baron-Cohen (Bayliss *et al*., 2005; Kanazawa e Vandermassen, 2005), *a empatia, que inclui tanto a habilidade de atribuir estados mentais a si próprio quanto aos outros e, como consequência, ter uma reação emocional apropriada ao estado mental do outro, não apenas é deficiente em indivíduos com autismo, mas também consiste em um exemplo extremo de um cérebro masculino* (Baron-Cohen e Wheelwright, 2004). Portanto, sob tal perspectiva, o cérebro masculino, quando comparado ao feminino, costuma ter menor capacidade 'empática', apresentando uma pulsão relativamente diminuída em identificar o estado mental da outra pessoa e em responder com uma emoção apropriada a esse estado.

Instrumentos de avaliação, como a Checklist for Autism in Toddlers (CHAT) e a CHAT-M (Baron-Cohen *et al*., 1992, 2000; Robins *et al*., 2001), utilizam comportamentos sociais para identificar crianças com risco de autismo e para distinguir essa condição de outros transtornos do desenvolvimento. O Autism Diagnostic Observation Schedule (ADOS-G; Lord *et al*., 2000), considerado, atualmente, como o 'padrão-ouro' do diagnóstico do autismo por observação, inclui medições da atenção articulada, assim como dos construtos e conceitos mais complexos discutidos aqui.

Há muitas perguntas ainda sem respostas sobre o papel dos processos do desenvolvimento, como a atenção, a percepção e a linguagem, e dos construtos neuropsicológicos, como a função executiva e a coerência central, no sintoma central da interação social recíproca. Apesar de não haver dúvidas de que eles desempenham determinado papel no déficit social do autismo, sua especificidade é incerta, sendo que ainda há muito para aprender sobre a sua contribuição para esse déficit. Do ponto de vista da neurologia do desenvolvimento, o foco deve ser definir quais são os blocos de construção básicos na interação social recíproca e, também, no desenvolvimento de ferramentas que possam medir esses construtos, permitindo o mapeamento dos aspectos discretos da cognição social nas redes neurais.

(...)

RESULTADO - IMPLICAÇÕES CLÍNICAS DO DÉFICIT SOCIAL NA INTERVENÇÃO

Intervenções que tentam minorar os déficits sociais do autismo enfatizam a correção

inicial dos déficits de atenção articulada e o ensino de habilidades de interação social recíproca. *A intervenção logo no início, voltada para o déficit social, baseia-se na hipótese de que a falta de orientação social e de atenção articulada nos primeiros meses após o nascimento e na primeira infância conduz a um neurodesenvolvimento social atípico, atenuando os tipos de experiência que uma criança de desenvolvimento típico teria com o seu ambiente e que interação social recíproca* (Mundy e Crowson, 1997; Mundy e Neal, 2001). Em outras palavras, se prejuízos combinados na atenção articulada e na orientação social distinguem crianças mais novas com autismo de outras sem essa condição, direcionar as intervenções para a correção desses déficits logo no começo pode ser crucial para prevenir um ciclo de interações inadequadas com o ambiente, que poderiam vir a bloquear o desenvolvimento de habilidades sociais apropriadas (Dawson *et al.*, 2004).

Trabalhos recentes sobre intervenções nos déficits sociais têm evidenciado que a heterogeneidade clínica desse transtorno exige a criação de estratégias específicas. (...)" (destaques meus)

Na mesma obra, em capítulo dedicado à neurobiologia do autismo, os autores, dentre outras abordagens, destacam a prevalência da *epilepsia* (*da qual a ré também é portadora*) dentro do autismo. Confira-se (pág. 179):

"*PREVALÊNCIA DA EPILEPSIA NO AUTISMO*

A epilepsia é comum em crianças e adultos com autismo, mas é difícil determinar sua prevalência com alguma precisão. Por um lado, essa dificuldade está relacionada à variabilidade das definições da epilepsia adotadas por diferentes investigadores; por outro, e talvez com maior importância, há as diferentes definições do autismo, feitas por pesquisadores que incluem apenas o transtorno autista clássico - o extremo mais gravemente afetado do espectro do autismo - e por outros que consideram o espectro inteiro. *A epilepsia é mais prevalente em crianças com autismo combinado a paralisia cerebral (27%) e a paralisia cerebral mais retardo mental grave (67%) do que em outras sem essas condições* (Tuchman *et al.*, 1991b). *Ainda que aproximadamente uma em cada quatro crianças com idade de 6 a 13 anos com epilepsia e com retardo mental tenha autismo* (Riikonen e Amnell, 1981), *essa associação e a relação da atividade epileptiforme com o autismo levanta muitas questões*.

A idade é outra variável que influencia as estimativas de prevalência da epilepsia no autismo. O pico da prevalência ocorre no início da infância e de novo na adolescência (Olsson *et al.*, 1988; Volkmar e Nelson, 1990; McDermott *et al.*, 2005). *A incidência de epilepsia aumenta com a idade em crianças com autismo iduopático*: citada como 24% em um grupo de crianças com idade média de 12 anos (Rossi *et al.*, 1995), aumentou para 38% em um grupo de adolescentes (idade média de 17 anos) (Rossi *et al.*, 2000). *O risco cumulativo da epilepsia em adultos com autismo é estimado em 20% a 30%* (Tuchman *et al.*, 1991b)." (destaques meus)

Quanto aos prognósticos, ainda destacam os autores (v. *ob.cit.* pág. 297):

"*AVALIAÇÃO NEUROPSICOLÓGICA E PROGNÓSTICO*
Um QI médio ou acima da média, por si só, não garante um prognóstico excelente para a criança com autismo. Também o diagnóstico de síndrome de Asperger não garante um melhor prognóstico para a criança com autismo do que o diagnóstico de transtorno autista sem retardo mental significativo (autismo de funcionamento elevado) ou de transtorno global do desenvolvimento sem outra especificação (TGD-SOE) (Meyer e Minshew, 2002). *Apenas uma minoria dos adultos com autismo vive de modo inteiramente independente, sem o apoio da família ou de uma comunidade (*BáHaban-Gil *et al., 1996;* Howíin *et al.*, 2000, 2004; Howlin, 2003). Analisamos a existência de quatro marcas de referência de um melhor prognóstico para o funcionamento independente na vida adulta: (1) controle do comportamento significativamente disruptivo ou agressivo; (2) habilidade de falar sentenças completas e de produzir informações espontâneas sem depender de roteiros; (3) capacidade de funcionar no nível de graduação de 5ª série ou acima (Estados Unidos) em relação às habilidades de leitura e matemática; e (4) reconhecimento de situações em que os outros podem expor o indivíduo a riscos pessoais ou financeiros. Como clínicos, temos algum controle sobre a maneira de alcançar os primeiros três itens; o quarto é intangível. *Prever o grau de 'bom senso' que uma criança com autismo vai ter na vida adulta é algo muito difícil e um desafio para todos os que atuam nesse campo*." (destaques meus)

E concluem (v. *ob. cit.* pág. 328):

"*O autismo é um transtorno neurodesenvolvimental devastador, que causa prejuízos funcionais e impactos graves durante toda a vida, tanto para os indivíduos quanto para suas famílias*. A habilidade de fazer prognósticos precisos capacita as famílias a planejar o futuro de seus filhos e a alimentar expectativas razoáveis. Além disso, informações sobre o desenvolvimento da condição favorecem a adaptação à incapacidade e possibilitam que a família desenvolva maneiras eficazes para lidar com o problema, dada a perspectiva de cuidados de longo prazo para os filhos com autismo. Conhecer o prognóstico também modifica as redes educacional, social e assistencial, permitindo que o planejamento apropriado atenda às contínuas necessidades da criança à medida que ela passa da adolescência à vida adulta. Ademais, é preciso documentar a história natural do transtorno para se fazer a avaliação de possíveis novas intervenções, uma vez que, no final, os marcadores do êxito dos tratamentos vão depender, em certo grau, da habilidade de melhorar os prognósticos adaptativos e funcionais de mais longo prazo." (destaques meus)

Ainda sobre o espectro do autismo, cabe destacar notável artigo de *Fábio Pinato Sato e Marcos Tomanik Mercadante*, inserido na obra "Clínica Psiquiátrica" (*ob. cit.* pág. 1085/1094), intitulado *Transtornos Invasivos do Desenvolvimento*, do qual transcrevo a seguir os aspectos de interesse:

"Os transtornos invasivos do desenvolvimento (TID) são uma categoria diagnóstica que tem como característica principal um distúrbio da socialização de curso crônico e início precoce, possuindo um impacto variável em múltiplas áreas do desenvolvimento, desde o estabelecimento da subjetividade e das relações pessoais, passando pela linguagem e comunicação, até o aprendizado e as capacidades adaptativas. Compreendem quatro transtornos propriamente ditos e uma categoria residual;

. autismo infantil;

. síndrome de Asperger;

. síndrome de Rett;

. transtorno desintegrativo da infância;

. transtornos invasivos do desenvolvimento sem outra especificação (SOE).

A nomenclatura desses transtornos foi adotada no Brasil em duas variantes: transtornos globais do desenvolvimento (TGD) e transtornos invasivos do desenvolvimento (TID). A Edusp, na tradução do CID-10, utilizou o termo 'global' como tradução para pervasive; porém, a Artmed, que além de ter traduzido o DSM-IV, também fez uma tradução do CID-10, optou pelo termo 'invasivo'. Portanto, as duas traduções são utilizadas.

Neste capítulo, optou-se por abordar especificamente o autismo infantil (AI), considerado a manifestação paradigmática dos TIDs e o conceito de transtornos do espectro autista (TEA).

Autismo infantil - o transtorno invasivo do desenvolvimento prototípico

Histórico

O autismo infantil foi descrito oficialmente na primeira metade do século XX por Leo Kanner, médico austríaco, que observou as diferenças clínicas entre as crianças com psicose infantil e crianças com algumas características distintas não descritas até então. A essas características, Kanner destacou comportamentos disfuncionais e permanentes ao longo do tempo, isolamento estrutural, rotinas estabelecidas e uma aparente falta de interesse nos pais ou em qualquer figura humana. Kanner observou onze crianças por cinco anos e descreveu alterações comportamentais que se repetiam e permaneciam inalteradas ao longo do tempo, *um apego completo às rotinas do dia a dia, um isolamento extremo e uma preferência dos objetos inanimados às pessoas. Além disso, descreveu as alterações complexas da linguagem, como a ecolalia imediata e tardia, e a inversão pronominal*. Todas as características descritas, *associadas muitas vezes a um retardo mental evidente, criavam uma barreira ao relacionamento humano*.

Ao conjunto de sinais e sintomas descritos por Kanner foi dado o nome de autismo infantil precoce. Nas décadas que se seguiram, diversos autores passaram a citar as mesmas crianças, com base em suas visões teórico-profissionais, descrevendo os aspectos da doença que lhes pareciam mais marcantes.

(...)

O AI caracteriza-se por *anormalidades qualitativamente graves, invasivas e abrangentes do desenvolvimento normal*. Essas *anormalidades* são expressas por comprometimentos que se manifestaram em *três áreas do desenvolvimento*:

. interação social recíproca;

. linguagem e comunicação;

. presença ou repertório de comportamentos e interesses restritos, repetitivos e estereotipados.

Na maioria dos casos, a manifestação dos sintomas ocorre nos primeiros cinco anos de vida da criança; mais precisamente no final do segundo ano de vida, ocasionando um desvio em relação ao nível de desenvolvimento esperado para sua idade, podendo ainda estar associado com algum grau de retardo mental. A etiologia não está estabelecida; mas o autismo e os TEAs possuem as mais fortes evidências de terem bases genéticas. Associações ainda são feitas com acidentes pré ou perinatais, infecções, além dos casos ligados a outras síndromes neurológicas.

(...)

As pesquisas relatadas, porém, apresentam dados consistentes como:

- *70% dos casos de autismo são associados com retardo mental*;
- a razão de quatro casos de autismo do sexo masculino para um do sexo feminino.

(...)

Atualmente a prevalência do AI no mundo é de até sessenta casos para 10.000 crianças. As discussões acerca do crescente número de casos todos os anos são corroboradas por vários fatores, dentre alguns, pela normatização de critérios diagnósticos mais claros e precisos nas décadas de 1970 e 1980, pela sua posterior ampliação (noção dos *transtornos do espectro autista - TEA*), pelo maior esclarecimento profissional e pelo melhor preparo nos centros de estudo e pesquisa dos TIDS. A avaliação das características autísticas em uma criança continua essencialmente clínica, não existindo exames comprobatórios que orientem o diagnóstico.

(...)

(...)

CRITÉRIOS DIAGNÓSTICOS

O DSM-IV foi publicado nos Estados Unidos em 1944 e além de acrescentar novos transtornos ao TIDs, dentre os quais o transtorno de Asperger, de Rett, essa revisão ampliou o período obrigatório para o aparecimento dos primeiros sintomas das doenças dos 30 meses iniciais, para os 36 meses.

Os TIDs no DSM-IV estão estruturados da seguinte maneira:

. (299.00) Transtorno autista (Tabela I);

. (299.80) Transtorno de Rett;

. (299.10) Transtorno desintegrativo da infância;

. (299.80) Transtorno de Asperger;

. (299.80) Transtorno invasivo do desenvolvimento, sem outra especificação que inclua autismo atípico.

(...)

Teoria da mente

A teoria da mente se refere à capacidade de entender estados mentais-opiniões, desejos e intenções outros.

Os indivíduos com o TEA têm dificuldades de pensar, intuir e se antecipar em relação ao que o tem em mente de uma forma geral, assim como de perceber o estado mental deles mesmos e dos outros, o que é naturalmente desenvolvido em crianças típicas. *Assim, há uma dificuldade de formar representações do estado mental de outras pessoas e usar essas representações para entender, predizer e julgar declarações e comportamentos.*

Teoria da coerência central

Nas crianças com TEA há uma alteração no pensamento da informação em vários níveis (perceptivo visuoespacial e semântico verbal), *que resulta em um processamento centrado nos detalhes, em detrimento ao texto global*. Assim, indivíduos com o desenvolvimento típico lembram com mais facilidade o essencial da história mais do que os detalhes específicos. Já as crianças com TEA tendem a relembrar palavras exatas da história mais do que o essencial. *A teoria da coerência central no nível semântico refere-se à capacidade de integrar informações de um contexto e avaliar o significado que está sendo empregado*. No entanto, alguns estudos realizados demonstraram uma baixa associação entre coerência central e TEA em razão do fato de se observar que quando treinados e ensinados, os indivíduos com TEA aprendem o processamento da informação total e não apenas partes do todo.

(...)

Tratamento farmacológico

Geralmente, os tratamentos de primeira linha para criança com autismo incluem tratamentos psicossociais e intervenções educacionais, com o objetivo de maximizar a aquisição da linguagem, melhorar as habilidades sociais e comunicações e acabar com os comportamentos mal-adaptativos.

Não existem atualmente tratamentos medicamentosos, padrões disponíveis que tratem os sintomas nucleares do autismo. Existem apenas dois tratamentos medicamentosos aprovados pelo FDA (Food Drugs Administration, dos EUA) para crianças acima de 5 anos com quadro de agitação/irritabilidade associado ao TEA: a *risperidona* e o *aripiprazol*. Em 2002, o Research Units in Pediatric Psychophaemacology (RUPP) Austin Network completou um ensaio clínico multicêntrico que avaliou a eficácia de curto e de longo prazo da risperidona em crianças e adolescentes com autismo acompanhado de *graves explosões de raiva com auto ou hetero agressão.* Os resultados demonstraram que o uso de risperidona nesses casos foi marcadamente benéfico, diminuindo os sintomas e prevenindo a ocorrência de outras crises. Em comparação com o haloperidol, os índices de efeitos colaterais foram mais baixos. O mesmo aconteceu com o aripiprazol, tendo sido liberado para o uso em crianças com autismo infantil para o tratamento de auto e heteroagressividade, episódios de agitação psicomotora e alterações do humor. Apesar do limitado suporte empírico, o tratamento psicofarmacológico de crianças e adultos com autismo e TEA é comum na prática clínica. Quando utilizadas, as intervenções farmacológicas geralmente têm como alvo sintomas específicos que acompanham os sintomas nucleares e que incapacitam gravemente o funcionamento do indivíduo, comumente não permitindo que ocorram intervenções educacionais e comportamentais de 'primeira linha' (*p. ex., agressão, comportamento autodestrutivo, rituais compulsivos, baixa tolerância à frustração com acessos explosivos, hiperatividade etc*). Os agentes frequentemente utilizados na prática clínica pertencem a grupos de medicação diversos, não sendo específicos para os sintomas-alvo e afetam um amplo espectro de funções neurológicas e cerebrais, não necessariamente afetadas pelo autismo. *Ainda que os medicamentos possam melhorar a qualidade de vida de alguns pacientes, seus benefícios podem ser restritos em seu escopo*. Além disso, os dados disponíveis tornam difícil predizer quais

pacientes responderão positivamente a qual medicamento. Por fim, benefícios de longo prazo de qualquer dos agentes utilizados em autismo são em sua maioria desconhecidos e uma significativa parte dos pacientes os descontinua quando percebe a perda de eficácia do uso dos medicamentos ou os efeitos colaterais."

A ré *VALERIE VERMEIREN*, portanto, apresenta diagnóstico de *autismo, epilepsia e debilidade mental*, os quais já foram abordados, destacando-se, inclusive, que a medicação por ela utilizada encontra-se dentro das recomendações constantes da literatura médica para os portadores de autismo.

Afora essas patologias, o laudo oriundo da Bélgica ainda aponta no Eixo I - 312.9 - *transtorno do comportamento disruptivo NE* (não especificado); V61.20. *Problema na relação pai-filho*; no Eixo IV - *Problemas dentro do grupo primário; problemas educacionais*; e no Eixo V - *GAF 45 (depressão)*.

O *transtorno de comportamento disruptivo sem outra especificação* 312.9 (DSM-IV) é uma classificação utilizada para transtornos caracterizados por condutas de comportamentos desafiadores opositivos que não satisfazem todos os critérios para o Transtorno da Conduta ou para o Transtorno Opositivo Desafiador, *mas que caracterizam um prejuízo clinicamente significativo*.

Apenas para que se tenha noção dos critérios diagnósticos estabelecidos, segundo o DSM-IV-TR confira-se excerto da obra *Clínica Psiquiátrica* (v. *ob.cit.* págs. 1143/1144):

"*1. Transtorno de conduta*
a) Um padrão repetitivo e persistente de comportamento, no qual são violados os direitos individuais dos outros, ou normas, ou regras sociais importantes próprias da idade, manifestado pela presença de três (ou mais) dos seguintes critérios nos últimos 12 meses, com presença de, pelo menos, um deles nos últimos seis meses:
Agressão a pessoas e animais
. provocações, ameaças e intimidações frequentes
. lutas corporais frequentes
. utilização de arma capaz de infligir graves lesões corporais (p. ex., bastão, tijolo, garrafa quebrada, faca, revólver)
. crueldade física para com pessoas
. crueldade física para com animais
. roubo em confronto com a vítima (p. ex., bater carteira, arrancar bolsa, extorsão, assalto à mão armada)
. coação para que alguém tivesse atividade sexual consigo
Destruição do patrimônio
. envolveu-se deliberadamente na provocação de incêndio com a intenção de causar sérios danos
. destruiu deliberadamente o patrimônio alheio (diferente de provocação de incêndio)
Defraudação ou furto
. arrombou residência, prédio ou automóvel alheios
. mentiras frequentes para obter bens ou favores ou para esquivar-se de obrigações legais (i. e., ludibria pessoas)
. roubo de objetos de valor sem confronto com a vítima (p. e., furto em lojas, mas

sem arrombar e invadir falsificação)
Sérias violações de regras
. frequente permanência na rua à noite, contrariando proibições por parte dos pais, iniciando antes dos 13 anos de idade
. fugiu de casa à noite pelo menos duas vezes, enquanto vivia na casa dos pais ou lar adotivo (ou uma vez, sem retornar por extenso período)
. gazetas frequentes, iniciando antes dos 13 anos de idade
b) *A perturbação do comportamento causa comprometimento clinicamente significativo do funcionamento social, acadêmico ou ocupacional.*
c) Se o indivíduo tem 18 anos ou mais, não são satisfeitos os critérios para TPAS.
Especificar gravidade:
Leve: poucos problemas de conduta, se houver, além dos exigidos para fazer o diagnóstico, sendo que os problemas de conduta causam apenas um dano pequeno a outras pessoas.
Moderado: o número de problemas de conduta e os efeitos sobre os outros são intermediários, entre leve e grave.
Grave: muitos problemas de conduta além dos exigidos para fazer o diagnóstico ou problemas de conduta que causam dano considerável a outras pessoas.
2. Transtorno opositivo-desafiador
a) Um padrão de comportamento negativista, hostil e desafiador com duração mínima de seis meses, durante os quais quatro (ou mais) das seguintes características estiveram presentes:
. frequentemente perde a calma
. frequentemente discute com os adultos
. frequentemente desacata ou recusa-se ativamente a obedecer a solicitações ou regras dos adultos
. frequentemente adota um comportamento deliberadamente incomodativo
. frequentemente responsabiliza os outros por seus erros ou mau comportamento
. frequentemente mostra-se suscetível ou irrita-se com facilidade
. frequentemente enraivecido e ressentido
. frequentemente rancoroso ou vingativo
Nota: considerar o critério satisfeito apenas se o comportamento ocorre com maior frequência do que se observa tipicamente em indivíduos de idade ou nível de desenvolvimentos comparáveis.
b) A perturbação do comportamento causa comprometimento clinicamente significativo no funcionamento social, acadêmico ou ocupacional.
c) Os comportamentos não ocorrem exclusivamente durante o curso de um transtorno psicótico ou transtorno de humor.
d) Não são satisfeitos os critérios para TC e, após os 18 anos, não são satisfeitos os critérios para TPAS." (destaques meus)

No mais, os diagnósticos de problema na relação pai-filho; problemas dentro do grupo primário; problemas educacionais e depressão são bastante conhecidos, dispensando maiores aprofundamentos.

Finalizando, e dentro de todo esse contexto, reitero que *o Ministério de Segurança Social da Bélgica certificou que a ré é portadora de incapacidade permanente de 66%.*

Acrescento que *essa incapacidade é mental*, até porque *ambos os laudos constantes dos autos atestam a sua plena capacidade física*.

Uma incapacitação mental, ou seja, uma redução da capacidade mental em 66%, repita-se, de natureza permanente, decorrente da associação de todas essas patologias psiquiátricas, no meu entender, não pode levar à semi-imputabilidade da ré, *mas sim a sua inimputabilidade*.

Certo é que, tecnicamente, o mais ajustado seria a realização de uma perícia complementar, de natureza específica e bastante especializada, dadas especialmente as particularidades de diagnóstico do espectro do autismo. Mas também é certo que providência dessa natureza impingiria à ré constrangimento ainda maior do que aquele que já vem sofrendo, *haja vista estar recolhida na Penitenciária Feminina do Estado há quase dois anos, não obstante o seu estado de saúde mental já ser amplamente conhecido há tempo*.

Apenas a título de exemplo, se fizéssemos um paralelo de QI, onde a média é de 100, concluiríamos que a ré, com uma redução de 66% de capacidade, poderia ser equiparada, em termos de maturidade e capacidade psicoemocional, a uma criança de 10 (dez) anos ou menos.

No mínimo há uma dúvida bastante consistente, assegurando que a decisão seja tomada em benefício da ré, que não pode vir a ser prejudicada pela incompletude do laudo do Sr. Perito Oficial, tampouco pela tese adotada pela Defensoria Pública da União que, temendo por uma medida de segurança de prazo extenso, dentro de um sistema prisional e de saúde mental precário, segue na linha de sustentar a semi-imputabilidade da ré, para evitar a declaração da sua inimputabilidade e absolvição imprópria, talvez tentando evitar um mal maior.

Assim, dentro desse contexto, *parece-me, no mínimo, ser fundada a dúvida acerca do grau de imputabilidade da ré, ou seja: se inimputável ou semi-imputável*.

O inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal prevê as seguintes hipóteses de absolvição do réu:

> "Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
> .....
> VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
> (...)"

O e. Desembargador Federal Nelton dos Santos, em suas pertinentes considerações em voto proferido em autos da Apelação Criminal nº 2000.61.81.006239-3/SP, destacou:

> "Como se percebe, atualmente a fundada dúvida a respeito da existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena resolve-se em favor do réu. Até o advento da aludida lei, não havia previsão expressa a respeito e, especificamente quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, a jurisprudência deste Tribunal era no sentido de que a absolvição pressupunha prova cabal da impossibilidade de efetuarem-se os recolhimentos dos valores retidos.
> É certo que, para a absolvição, se exige dúvida 'fundada', vale dizer, a incerteza

não pode resultar de meras alegações ou de simples conjecturas ou possibilidades, devendo ter amparo em concretos elementos de prova, capazes, pelo menos, de levar o julgador a acreditar firmemente na efetiva probabilidade de ocorrência da tese defensiva."

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*in Código de Processo Penal* (Comentado), Ed. Saraiva, 13ª ed.; págs. 385/386), observa:

"Sentença absolutória é aquela em que o Juiz rechaça a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória. O nosso Processo Penal Comum não elenca entre as causas que possibilitam decreto absolutório a extinção da punibilidade, ao contrário do que se dá com o CPPM, cujo art. 439 repete, *ipsis litteris*, o que se contém no art. 386 do CPP e acrescenta como causa autorizadora de decreto absolutório a circunstância de estar extinta a punibilidade.
Causas que autorizam o Juiz a decretar a improcedência da acusação.
São de *numerus clausus* e estão previstas nos seis incisos do art. 386, a saber:
(...)
VI - Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência). Assim, da legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito (excludentes de ilicitude) trata o art. 23; da exclusão do dolo (erro sobre elementos do tipo e descriminantes putativas) cuidam o art. 20, *caput*, primeira parte, e § 1º, primeira parte; *da exclusão de culpabilidade trata o art. 22; da inimputabilidade, o art. 26*; e, finalmente, da embriaguez fortuita completa, o art. 28, § 1º. Evidente que se houver uma excludente de ilicitude, erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime, descriminante putativa, excludente de culpabilidade, inimputabilidade por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou, finalmente, embriaguez fortuita e completa, coação irresistível, ou estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, em todas essas hipóteses o Juiz proferirá sentença absolutória." (grifado)

Dessa forma, o inciso VI do art. 386 do CPP leva à absolvição do réu não apenas frente à efetiva existência de circunstâncias que excluam o crime ou o isentem de pena - incluindo, especificamente, os arts. 21 e 26 do CP - mas também se existirem fundadas dúvidas sobre a sua existência.

No caso, *a ré deixou claro que desconhecia ser crime, aqui no Brasil, o transporte de cocaína*. Essa afirmação, consistente em verdadeiro erro de proibição, no meu sentir, inevitável, haja vista as patologias das quais a ré é portadora e a forma como ela transportava a droga: em sua mochila, bagagem de mão - sem qualquer outro cuidado ou *ardil* para ocultá-la.

Reforço esse entendimento - de que a ré efetivamente não tinha conhecimento de estar praticando um crime - considerando ser a mesma portadora do espectro do autismo.

Como já delineado anteriormente, os indivíduos portadores de autismo têm muita dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de compreender o que é implícito. Não conseguem ter a percepção real do comportamento das outras pessoas, julgar e assimilar aquilo

que não é verbalizado. Eles têm uma compreensão literal daquilo que é verbalizado.

Valendo-me de um exemplo grosseiro, mas nem por isso irreal, se alguém, ao lado de um autista, diante de uma grande tempestade, vale-se da expressão "nossa, está chovendo canivetes", a primeira reação de um autista será olhar para o céu para ver a chuva de canivetes; ele não terá o entendimento daquilo que está implícito e, que no caso, trata-se de uma tempestade.

Recordo-me de um outro exemplo clássico, onde um garoto autista, na sala de aula, que não pegava o livro da matéria de dentro da sua mochila, foi advertido pela professora: "fulano, se você não pegar o seu livro agora irá conversar com a diretora". Ao que ele respondeu: "não, eu não vou porque não quero falar com a diretora". E foi convidado a se retirar da sala, porque não teve a compreensão de que, no caso, falar com a diretora seria a medida disciplinar aplicada por não acompanhar a aula.

Por um lado, é certo que os autistas não têm capacidade para compreender o jogo social inserido na teoria da mente, ou seja, entender estados mentais, opiniões, desejos e intenções, formar representações mentais das intenções de outras pessoas, predizer, julgar declarações, gestos e/ou comportamentos.

Em contrapartida, eles, autistas, também não sabem praticar esses jogos sociais e, na maioria das vezes, são tidos, num primeiro momento, como ingênuos, imaturos ou mesmo desatentos. Mas fato é que, repita-se, eles não têm capacidade para entender e praticar os chamados jogos sociais.

Dessa forma, quando a ré afirma que desconhecia o caráter ilícito do ato que praticou, essa afirmação é crível, especialmente porque ela não tem a capacidade de elaborar a mentira, o ardil.

A ré passou praticamente a sua vida dentro de uma instituição voltada aos seus cuidados. Ao completar 18 (dezoito) anos foi autorizada a sair dessa instituição, contra a vontade de seus pais que, pelos relatos, também apresentam problemas. Não foi com eles residir, mas apenas recebia uma ajuda para pagar o aluguel; foi aliciada por vizinhos a vir ao Brasil para transportar a cocaína para a Bélgica mediante pagamento, convencida que foi de que não teria problemas para isto. Esses fatos - do aliciamento - restaram devidamente comprovados no procedimento de delação premiada que culminou com a prisão de dois indivíduos.

Com essas considerações, *insisto*, pois, ser a hipótese de absolvição da ré, na forma do art. 26 do Código Penal c/c art. 386, VI do Código de Processo Penal, pois se houver *fundada* dúvida, atendendo-se ao princípio da presunção de inocência, previsto em nossa Constituição Federal, ou seja, "se estiver provada a excludente de ilicitude ou de culpabilidade, cabe a absolvição do réu. Por outro lado, caso esteja evidenciada a dúvida razoável, resolve-se esta em benefício do acusado, impondo-se a absolvição (*in dubio pro reo*). Mas, a obviedade nem sempre é tão clara em institutos jurídicos, fomentando a discussão na jurisprudência. A ressalva introduzida, portanto, consagra o princípio do *favor rei*, deixando consignado que é causa de absolvição tanto a prova certa de que houve alguma das excludentes mencionadas no inciso VI, como também se alguma delas estiver apontada nas provas, mas de duvidosa assimilação. Resolve-se a dúvida em favor da absolvição do acusado. (...)" (*Guilherme de Souza Nucci*, "Código de Processo Penal Comentado", Ed. RT, 9ª ed., pág. 698; *destaques meus*).

E prossegue o referido autor: "é a chamada *sentença absolutória imprópria*, quando o juiz reconhece não ter havido crime, por ausência de culpabilidade, mas, por ter o acusado

praticado um injusto penal (fato típico e antijurídico) no estado de inimputabilidade, merece ser sancionado, com a finalidade de não tornar a perturbar a sociedade. Daí por que se sustenta que a medida de segurança é uma espécie de sanção penal, cuja finalidade não é castigar ou simplesmente reeducar o acusado, mas curá-lo, pois se trata de um doente mental. Por ser medida constritiva da liberdade, não deve ser aplicada senão após o devido processo legal. Justamente em virtude disso considera-se a sentença que a aplica como absolutória imprópria".

Pois bem. Concluo, por tudo quanto foi exposto, ser hipótese de reconhecimento da inimputabilidade da ré, devendo a mesma ser absolvida na forma prevista no artigo 26 do Código Penal.

A partir deste desfecho, há de se deliberar acerca da medida de segurança a ser aplicada, prazo mínimo, local de tratamento e demais condições.

A primeira parte do artigo 97 do Código Penal estabelece que, se o agente for inimputável, o juiz determinará a sua internação. Assim, diz a lei ser obrigatória, no caso da ré, a medida de segurança consubstanciada em internação.

Não obstante a obrigatoriedade da internação prevista na lei, a doutrina não diverge acerca da injustiça desse dispositivo e há precedente do C. Superior Tribunal de Justiça nessa mesma linha de entendimento.

Guilherme de Souza Nucci (v. "Código Penal Comentado", Ed. RT, 10ª ed.; págs. 533/534), assim comenta o artigo 97 do Código Penal em exame:

> "7. *Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico*: diz a lei ser obrigatória a internação do inimputável que pratica fatos típicos e antijurídicos punidos com reclusão. Entretanto, *esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas*. Imagine-se o inimputável que cometa uma tentativa de homicídio, com lesões leves para a vítima. Se possuir família que o abrigue e ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação, por que interná-lo? Seria mais propícia a aplicação do tratamento ambulatorial. Melhor, nesse sentido, a Lei de Drogas, prevendo a internação somente quando o caso concreto o exigir.
>
> Há precedente do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a possibilidade de correção do erro legislativo e permitindo a aplicação de tratamento ambulatorial a autor de fato-crime apenado com reclusão:
>
> 'A medida de segurança, enquanto resposta penal adequada aos casos de exclusão ou de diminuição de culpabilidade, previstos no artigo 26, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável do fato-crime.'
>
> (REsp 324091-SP, 6ª T., Rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v. u., DJ 09.02.2004, p. 211). *Idem*: TJSP: RSE 300.826-3/8, 3ª C. Extraordinária, Rel. Marcos Zanuzzi, 28.04.2004, v. u."
>
> No mesmo sentido, convém anotar a lição de CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA: 'Não é correto, portanto, quando se trate de *portadores de anomalia psíquica*, estabelecer uma correspondência entre a medida de segurança e a gravidade do

fato praticado. Mas já será importante estabelecê-la em relação à perigosidade do agente: só assim se respeita o princípio da proporcionalidade...' (*Modelos de inimputabilidade: Da teoria à prática*, p. 34)." (destaques meus)

Maria João Antunes, em brilhante artigo intitulado "Discussão em Torno do Internamento do Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica" (*v. Doutrinas Essenciais, Direito Penal*, Org. *Alberto Silva Franco* e *Guilherme de Souza Nucci*, Ed. RT, vol. III, págs. 1083/1097), analisa com profundidade a questão relativa à internação do inimputável, do qual transcrevo o que de interesse:

"Cremos que o futuro das medidas de segurança e, concretamente, a de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica, passará, necessariamente, por uma via em que o direito penal das medidas de segurança seja repensado, à luz de princípios e regras político-criminais, que sejam próprios e específicos desta matéria. Podendo antecipar-se que repensar as medidas de segurança significará um certo retorno àquela que deve continuar a ser a nota distintiva e característica desta sanção, quando contraposta à pena - a perigosidade criminal do agente. Acreditamos que, sob pena de descaracterização e de confusão relativamente ao direito penal das penas, o direito penal das medidas de segurança tem que se afirmar, no futuro, como um direito onde o facto praticado releve, não autonomamente, mas apenas na medida em que tiver significado para o juízo sobre a perigosidade criminal do agente. Por outras palavras, *o facto praticado deverá valer apenas enquanto facto comprovativo da perigosidade criminal, derivada da anomalia psíquica de que padece o agente. A perigosidade criminal do agente deverá ser o único pressuposto da imposição da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica. Na medida em que o juízo sobre a perigosidade criminal do agente - o juízo sobre a probabilidade de o agente voltar a praticar outros factos que a lei penal considera crime - é, por sua própria natureza, um juízo difícil, pelas margens inevitáveis de incerteza que lhe são conaturais, ao facto praticado pelo agente caberá reduzir estas mesmas margens de incerteza*. O facto 'reforça o prognóstico de perigosidade', ao comprovar que a anomalia psíquica do agente já o determinou, no passado, à prática de um facto tipificado na lei penal, não lhe cabendo, pois, qualquer outro papel em que se destaque autonomamente. Reforçando o prognóstico de perigosidade, porque o facto comprova a perigosidade criminal do agente, é, de resto, a própria intervenção penal que passa a estar duplamente legitimada: internamos o agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, porque foi criminalmente perigoso e porque é perigoso do ponto de vista criminal. A esta luz deverá ser defendido o seguinte:
a) *A medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica deve ter como finalidade exclusiva evitar que este agente volte a praticar factos tipificados na lei penal, em virtude de padecer de uma anomalia psíquica que o torna incapaz de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com a avaliação feita*. É, por conseguinte, a finalidade preventivo-espacial, de tratamento e/ou de segurança que deve presidir à imposição da medida de segurança de internamento. Com o que deverá ser rejeitado o entendimento daqueles para quem a prevenção geral positiva ou de integração também

vale de forma autônoma no âmbito das medidas de segurança;
b) *As medidas de segurança pré-delituais devem ser inadmissíveis, porque a circunstância de não haver um facto comprovativo da perigosidade criminal do agente não permite, com alguma certeza, afirmar a probabilidade de o agente vir a praticar factos definidos como crime*. Nesse sentido, merece destaque a formulação do art. 6º do Código Penal espanhol - 'as medidas de segurança fundamentam-se na perigosidade criminal do sujeito ao qual se imponham, exteriorizada na prática de um facto previsto como delito';
c) *O princípio de proporcionalidade, enquanto concretização de um princípio de proibição de excesso, que deve valer quanto às restrições aos direitos fundamentais, deve incidir exclusivamente sobre a perigosidade criminal do agente, no sentido de a medida de segurança dever ser proporcionada em relação a esta perigosidade.*
d) *Em matéria de aplicação da lei penal no tempo, deve valer a regra da aplicação da lei vigente no momento da declaração de perigosidade criminal do agente*, o que vem a coincidir com a lei vigente no momento de ser decidida a medida de segurança de internamento. Não significando isto, contudo, que não deva valer também a lei vigente no momento da prática do facto, ressalvada a retroatividade favorável, para o efeito exclusivo de concluir se o facto praticado pelo agente e aqueles em relação aos quais haja o fundado receio de virem ser praticados estão ou não tipificados na lei penal.
(...)
e) *O limite máximo de duração da medida de segurança de internamento, a ser estabelecido só deve ser a partir de considerações alheias à pena.* Não fazendo qualquer sentido defender uma solução como a do Código Penal português - 'o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável' (art. 92º, nº 2) - ou, muito menos, a do Código Penal espanhol, onde é por demais evidente a, por nós criticada, aproximação à pena - 'o internamento não poderá exceder o tempo que duraria a pena privativa da liberdade, se o agente tivesse sido declarado responsável' (art. 101º). Solução defensável é já, por exemplo, a do Projecto Preliminar italiano de 2000 - 'a duração máxima da medida de segurança aplicada a agente inimputável em razão de enfermidade mental ou outra anomalia não pode ultrapassar cinco anos' (art. 101º-7).
3.3 O defasamento entre o direito penal das medidas de segurança e a evolução da psiquiatria e das relações jurídicas de direito administrativo.
O estabelecimento de prazo de duração máxima da medida de segurança de internamento é, de resto, uma matéria onde se justifica, de uma forma muito particular, que o direito penal da medida de segurança de internamento seja repensado. De urna forma muito particular, porque não bastará criticar a aproximação da medida de segurança à pena. Esta é uma matéria em relação à qual se impõe que tenhamos presente toda uma evolução da psiquiatria enquanto especialidade médica.
(...)
No presente temos uma intervenção médico-psiquiátrica - psicofarmacológica, mas também psicoterapêutica e psicossocial - que permite internamentos consideravelmente menos prolongados e modalidades de tratamento para além do internamento. Deixou de ser tempo de 'pessimismo terapêutico' de abordagens estritamente

biológicas e psicológicas da doença mental e de modelo hospitalar. O tempo presente é de optimismo terapêutico, graças à revolução psicofarmacológica ocorrida nos anos cinquenta (sessenta) do século XX; de abordagem bio-psico-social das perturbações mentais; e tempo também de modelo comunitário. Modelo este que se foi impondo, por via dos avanços psicofarmacológicos, das novas abordagens das perturbações mentais e dos contributos críticos da denominada 'antipsiquiatria'. No presente, continuamos a ter um direito de medidas de segurança compatível com a psiquiatria passada que apenas oferecia internamentos longos. Um direito que continua a partir do princípio que a intervenção médico-psiquiátrica é fundamentalmente hospitalar e tendencialmente perpétua. Um direito que, em regra, não nos oferece, a título principal, medidas de segurança não privativas da liberdade, estabelecendo limites máximos de duração do internamento perfeitamente defasados do tempo médio do internamento psiquiátrico, o que anula a garantia dada, no passado, pela determinação de um limite máximo de duração coincidente com o da pena prevista para o facto praticado. Por exemplo, o legislador português admite que o agente inimputável perigoso, em razão de esquizofrenia, possa estar internado durante dezesseis anos, se se tratar de crime de homicídio, sendo certo que o tempo médio de internamento necessário à compensação clínica desta patologia se cifra hoje em valores que rondam um mês!

3.4 A subsistência do direito penal das medidas de segurança

O tempo presente é um tempo em que se impõe que sejam repensados alguns aspectos do internamento do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, fazendo o caminho do futuro direito penal das medidas de segurança. Resta saber, no entanto, se o futuro mais longínquo do internamento do agente inimputável vai continuar a ser o do direito penal das medidas de segurança. Por outras palavras, é para nós duvidoso que seja suficiente repensar apenas alguns aspectos da intervenção penal neste domínio. Para nós está em aberto, afinal, a questão de saber se não é a intervenção penal nesta área, ela própria e não meros aspectos dela, que deve ser repensada. Em aberto, no fundo, a possibilidade de não intervir a justiça penal quando, em processo penal, se declare o agente inimputável em razão de anomalia psíquica. Uma possibilidade por nós encarada com alguma simpatia. Por um lado, são hoje patentes e irrecusáveis dificuldades inerentes ao conceito de perigosidade criminal; por outro, a justiça administrativa actual pode garantir a tutela efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Cremos que é pertinente interrogarmo-nos sobre a subsistência de um direito penal de medidas de segurança, tanto mais quanto é certo que em relação ao internamento de agente inimputável em virtude de anomalia psíquica avultam mais as dúvidas do que as certezas em relação àquela que é a noção basilar deste direito - a perigosidade criminal do agente. As certezas da psiquiatria biológica e positivista no que diz respeito à associação entre anomalia psíquica e crime, certezas que facilitaram a reintegração do agente portador de anomalia psíquica nas fronteiras do direito penal, por via da imposição da medida de segurança de internamento, contrapõem-se hoje as dúvidas de uma psiquiatria que se assume com capacidade apenas para afirmar a necessidade de tratamento do agente declarado inimputável em razão de anomalia psíquica. Às certezas da psiquiatria biológica e positivista contrapõe-se hoje um discurso que garante taxas mais baixas de criminalidade

violenta entre portadores de anomalia psíquica do que entre indivíduos que não padecem de anomalia psíquica ou, pelo menos, taxas idênticas entre uns e outros, defendendo-se que a anomalia psíquica é um factor de risco idêntico a outros (à idade, ao sexo, ao consumo de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes). Admitem outros, taxas mais elevadas apenas entre os portadores de anomalia psíquica grave (casos de psicose esquizofrênica ou de psicose paranóide). E, ainda aqui, segundo alguns autores, apenas quando estes doentes estão descompensados, não deixando mesmo de salientar que os doentes esquizofrênicos compensados constituem um exemplo de perigosidade criminal igual (ou mesmo inferior) à da população dita normal. Na verdade, desafiam a nossa reflexão, enquanto penalistas, palavras como as seguintes, da autoria de Ponti: 'não existe qualquer dever determinístico para o delirante matar o perseguidor ou obedecer a uma alucinação imperativa. O mesmo doente pode, em circunstâncias análogas, ter agido anteriormente de forma diferente: "escolheu" a fuga em vez da agressão; "decidiu" não obedecer à ordem de se matar ou de matar'.

(...)

Com isto, queremos apenas significar que à preocupação em garantir o agente inimputável em razão de anomalia psíquica contra privações injustificadas ou excessivas da liberdade - uma preocupação, presente em toda a história da medida de segurança de internamento, nomeadamente quando se entregou a sua imposição ao processo penal e quando se foram construindo regras e princípios próximos das regras e dos princípios aplicáveis à pena - pode ser hoje contraposto, não apenas o modelo da justiça penal, mas também um modelo médico-assistencial, devidamente enquadrado por justiça administrativa, bem distinta da passada. Uma alternativa - a do modelo médico-assistencial - que prosseguiria uma exigência específica de adequação, uma vez que a intervenção médico-psiquiátrica actual (uma intervenção psicofarmacológica, psicoterapêutica e psicossocial) é muito mais compatível com este modelo do que com o de justiça penal. Para além de que prosseguiria também o mandamento político-criminal da necessidade e da subsidiariedade da intervenção penal.

Recordando o passado e atendendo ao presente, fica-nos a interrogação, formulada com palavras já antigas, se em relação à medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica há que melhorar o direito penal ou, antes, substituir o direito penal por algo melhor." (grifos e destaques meus)

Com essas considerações, penso ser incompatível a internação da ré frente ao seu estado de saúde mental, em paralelo com o seu grau de periculosidade e considerada a baixa probabilidade de voltar a delinquir, se mantida em tratamento adequado para o seu quadro patológico, predominantemente decorrente do espectro do autismo e patologias de provável incidência simultânea.

Então, nesse aspecto, acompanho o e. Relator para fixar a medida de segurança de tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 01 (um) ano. Deixo, aqui, de fixar prazo máximo para tal medida, considerando que os portadores do espectro podem sim demandar cuidados específicos por prazos não aferíveis desde o início.

Observo, entretanto, que o tratamento ambulatorial, na forma de medida de segurança, deve ter o seu prazo delineado frente ao grau de periculosidade da ré e a probabilidade

de voltar a delinquir, e não diante da necessidade usual de tratamento que a sua patologia possa requerer.

Uma vertente é o tratamento enquanto medida de segurança, outra é o tratamento inerente aos distúrbios e à incapacidade permanente dos quais a ré é portadora.

Passo agora a abordar questão atinente ao local onde a ré deverá ser submetida à medida de segurança ora imposta.

O artigo 5º, *caput*, da nossa Constituição Federal assegura direitos e garantias fundamentais, tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros aqui residentes.

O Decreto nº 3.298, de 20/12/99, regulamentador da Lei 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, assegura ao portador de deficiência, seja física ou mental, o direito de acesso ao adequado tratamento sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados.

Atualmente, um dos maiores problemas vividos pela população brasileira diz respeito à possibilidade de acesso a um sistema de saúde minimamente satisfatório. Em matéria de saúde mental, é notório que o Brasil ainda dispõe de muito pouco em seu sistema público de saúde. Em matéria de autismo, menos ainda, pois há inclusive *deficit* de profissionais capacitados.

O sistema de saúde mental na Bélgica dispõe de maiores e melhores recursos para atender às necessidades da ré, contando, inclusive, com departamento específico de cuidado da saúde mental do jovem delinquente (cf. 6.10 - Mental Health Care - Bélgica).

Dessa forma, parece-me indiscutível que o adequado tratamento a ser ministrado à ré é em seu país de origem, a Bélgica.

A inexistência de tratado bilateral de colaboração em matéria penal, entre o Brasil e a Bélgica, não é obstáculo ao cumprimento da medida nestes termos, tal como sustentado pelo e. Relator.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia é expressa no sentido de que "o gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para a comunidade humana e as gerações futuras", assegurando em seu artigo 35 "um elevado nível de protecção da saúde humana".

Assim, a ré tem assegurados esses direitos frente ao seu país de origem.

Por outro lado, há precedentes jurisprudenciais pátrios viabilizando o cumprimento da medida de segurança imposta ao estrangeiro em seu próprio país de origem.

Confira-se abaixo decisões de interesse ao caso em exame:

"Processo nº 2005.61.19.004620-9 - 6ª Vara Federal de Guarulhos.
Embaixada do Brasil em Tel Aviv
Sr. ...
Rua Israel Galili, 11
Ramat Poleg
P.O.B. 10286
NATANYA
A fim de atender pedido do interessado, o Serviço Consular da Embaixada do Brasil, em Tel Aviv, atesta que o Sr. ..., compareceu mensalmente ao Serviço Consular da Embaixada em atendimento aos termos acordados no Processo judicial nr. 2005.61.19.004620-9, cujas partes são: Justiça Pública X Alon Akiva Segev e que

corre na Sexta Vara Federal de Guarulhos. Trata-se de proposta de suspensão do processo formulada pelo MPF, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, mediante o comparecimento mensal obrigatório do cidadão israelense à Seção Consular da Embaixada, pelo prazo de dois anos.
2. O acordo entre as partes foi assinado em 15 de agosto de 2005. Desde que foi notificado por este Serviço Consular, em janeiro de 2006, o Senhor Alon Akiva Segev apresentou-se, mensalmente, a este Serviço Consular. Os dois anos previstos na sentença completaram-se no presente mês.
Tel Aviv 16 de janeiro de 2008.
(...)
Vistos
Trata-se da prática do delito previsto no artigo 334, *caput*, combinado com o parágrafo 3º e o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.
O Ministério Público Federal propôs a extinção da punibilidade, tendo em vista o cumprimento das condições impostas no termo de transação penal, com fundamento no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01.
É o relatório. Decido.
Verifico que as condições impostas na proposta de transação penal foram devidamente cumpridas pelo acusado, através dos documentos acostados às fls. 119, 325 e 334 motivo este que enseja a extinção da punibilidade.
Posto isto, com fulcro no artigo 89, parágrafo 5º da Lei 9.099/95, JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE do fato imputado ao acusado ALON AKIVA SEGEV, israelense, nascido aos 06 de março de 1959 em Haifa/Israel, filho de Moshe Segev e Hva Segev.
Dê-se vista dos autos ao MPF.
Após, expeçam-se os ofícios de praxe.
Por fim, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.
Intimem-se.
Guarulhos, 19 de fevereiro de 2008.
LOUISE VILELA LEITE FILGUEIRAS BORER
JUÍZA FEDERAL"

"*HABEAS CORPUS* 91.690-2 SÃO PAULO - STF
Relator: Min. Marco Aurélio
Paciente(s): Alfonso Salto Sánchez
Impetrante(s): Alberto Zacharias Toron e outro(a/s)
Coator(a/s)(es): Relator do HC nº 78082 do Superior Tribunal de Justiça
HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÕES SUCESSIVAS - EXCEPCIONALIDADE - VERBERE Nº 691 DA SÚMULA DO SUPREMO - AFASTAMENTO.
O Verbete nº 691 da Súmula do Supremo há de ter alcance compatível com os ditames constitucionais. Notado o constrangimento ilegal, impõe-se a admissão do *habeas corpus*, pouco importando estar em tramitação, na origem, idêntica medida.
PRISÃO PREVENTIVA - NATUREZA.
A regra é apurar-se para, imposta pena, ter-se o cumprimento devido. A prisão preventiva revela-se providência extrema, somente a viabilizando situação concreta enquadrada no figurino legal.

PROCESSO-CRIME - ESTRANGEIRO NÃO RESIDENTE NO BRASIL - TRATADO BRASIL-ESPANHA.

Prevendo o Tratado celebrado entre o Brasil e a Espanha a troca de presos, inexiste óbice ao retorno do acusado ao país de origem. Conforme versado no referido tratado, inserido na ordem jurídica nacional mediante o Decreto nº 2.576/98, mostra-se possível executar na Espanha eventual título condenatório formalizado pelo Judiciário pátrio."

Dessa forma, não tenho dúvidas em acompanhar o e. Relator quanto à possibilidade de cumprimento, pela ré, da medida de segurança em seu país de origem - Bélgica - mas não vislumbro meios legais de se impor ao Estado estrangeiro a obrigação de cumprir determinação legal dessa natureza, oriunda do Poder Judiciário brasileiro. Ou seja, não vislumbro na legislação nacional e internacional, especialmente pela inexistência de tratado bilateral entre os países, possibilidade jurídica de determinação, de parte à parte, dessa espécie.

Evidentemente que, dos documentos constantes dos autos, emerge uma grande disponibilidade do Estado da Bélgica em tomar as providências aqui aventadas.

Entretanto, penso que a ré vem sofrendo constrangimento ilegal (recolhimento há quase dois anos no sistema prisional comum), no meu sentir com consequências que podem ser bastante graves, não podendo permanecer nessa condição acaso as providências necessárias não sejam tomadas pelo Estado da Bélgica em tempo razoável.

Assim, determino a imediata transferência da ré *VALERIE VERMEIREN* para a instituição Casa de David, na Rodovia Fernão Dias, Km 82, São Paulo - SP, www.casadedavid.org.br, ou, não havendo vaga, para outra instituição apropriada para o tratamento e atendimento a portadores do espectro do autismo.

Concedo ao Estado da Bélgica, por meio de seus agentes diplomáticos, o prazo de 30 (trinta) dias para providenciar o retorno da ré ao seu país de origem, visando o cumprimento da medida de segurança ora imposta.

Ademais, deverá a ré ser imediatamente submetida à avaliação psiquiátrica e psiconeurológica multidisciplinar e apropriada tecnicamente ao seu quadro, seja no Brasil ou na Bélgica.

Friso, finalmente e por oportuno, que a prevalecer o entendimento esposado pelo e. Relator, dever-se-ia conceder *habeas corpus* de ofício à ré *VALERIE VERMEIREN*, considerando que se encontra presa na Penitenciária Feminina do Estado por período superior à medida de segurança fixada tanto na sentença, quanto em sede de apelação.

E sendo a medida de segurança providência facultativa, no meu entender a ré não foi submetida à execução provisória e não foi avaliada, pelo que tenho a pena como cumprida, em paralelo aos julgados que abaixo destaco:

"*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR *MEDIDA DE SEGURANÇA*. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. PACIENTE QUE PERMANECE HÁ MAIS DE 1 ANO CUSTODIADO EM PRESÍDIO COMUM. ALEGAÇÃO DE FALTA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. *CONSTRANGIMENTO ILEGAL* VERIFICADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

1. O entendimento desta Corte Superior é de que a manutenção de *inimputável em prisão comum* constitui *constrangimento ilegal*.
2. Parecer do MPF pela concessão da ordem.
3. Ordem concedida, para que o Juízo da Execução, nos termos do art. 96, I do CPB, transfira o sentenciado para outro estabelecimento adequado e, em caso de total impossibilidade, com as cautelas devidas, considere a possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial."
(STJ - HC 200802604392 - HC 121760 - 5ª Turma - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - J. 13/08/2009 - DJE 14/09/2009; destaques meus)

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA. MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO DO PACIENTE. PERÍODO DE CUMPRIMENTO DA PENA EXCEDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO-CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.
1. A Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, quando do surgimento de doença mental ou perturbação da saúde mental no curso do cumprimento da pena, consoante disposto no art. 183 da Lei nº 7.210/84. 2. No incidente de execução, consistente na conversão de pena privativa de liberdade em medida de segurança, a pena imposta na sentença condenatória é substituída por medida de segurança, *sendo limitada ao tempo máximo da pena aplicada*.
3. Extrapolado o prazo máximo da pena privativa de liberdade, não há como manter o paciente no cumprimento da medida de segurança, a qual deve ser declarada extinta.
4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para declarar extinta a medida de segurança, mantendo a liminar anteriormente deferida."
(STJ - HC 2009/0037283-4 - HC 130160/SP - 5ª Turma - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - J. 19/11/2009 - DJE 14/12/2009; destaques meus)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EXAME SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELA VIA ELEITA. PRISÃO DOMICILIAR. EXCEPCIONALIDADE. 1. A possibilidade de revisão da pena-base imposta pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, em sede de *habeas corpus*, somente é permitida excepcionalmente, desde que atinente a questões objetivas, não havendo espaço para incursões em aspectos subjetivos. 2. Não obstante as penas-bases tenham sido fixadas acima do mínimo legal, entendo ser inviável, no presente caso, alterar o *quantum* de aumento, eis que, inevitavelmente, reclamaria um exame subjetivo de ponderação na análise das circunstâncias judiciais, não havendo, a meu ver, flagrante desarrazoabilidade no acréscimo adotado pelo Tribunal de origem a evidenciar o alegado constrangimento ilegal. 3. O artigo 117 da Lei de Execuções Penais prevê a possibilidade de concessão da prisão domiciliar apenas quando se

tratar de condenado inserido no regime aberto, sendo certo que somente em casos excepcionais é possível o deferimento ao réu em regime fechado, mormente quando acometido de doença grave e inexistam condições do estabelecimento prisional em prestar a devida assistência médica, o que não restou demonstrado na hipótese. 4. Não há de se falar em aplicação do regime de liberdade vigiada, previsto no artigo 767 do Código de Processo Penal, visto que tal instituto se refere apenas à execução das medidas de segurança. 5. *Habeas corpus* denegado."
(STJ - HC 103202 - 6ª Turma - Rel. Haroldo Rodrigues - J. 16/09/2010 - Publ. 04/10/2010)

Por todo o exposto, *reconheço de ofício a inimputabilidade da ré VALERIE VERMEIREN*, absolvendo-a das imputações constantes da denúncia na forma do art. 26 do Código Penal c. c. art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Aplico a medida de segurança consubstanciada em tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 1 (um) ano, em estabelecimento técnico especializado nas patologias das quais a ré é portadora, nos termos do acima exposto.

Determino seja a ré transferida para a Casa de David ou outro estabelecimento da mesma natureza, como exposto acima.

Faculto ao Estado da Bélgica, por meio de seus agentes consulares, promover o cumprimento desta decisão na Bélgica, no prazo de 30 (trinta) dias.

Na hipótese de a ré efetivamente vir a cumprir a medida de segurança ora imposta na Bélgica, deverão ser tomadas por ela, ré, por meio de seus representantes, todas as providências para que o Juízo da Execução seja informado acerca do cumprimento da medida.

Em qualquer caso, remoção para a Casa de David ou cumprimento da medida no país de origem, *VALERIE VERMEIREN* deverá, com a maior brevidade possível, ser submetida à avaliação psiquiátrica e psiconeurológica para a constatação e avaliação de suas condições.

Não há que se falar em expulsão, eis que a ré, pelo meu voto, é absolvida.

É este o meu voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

INQUÉRITO POLICIAL
0002344-80.2010.4.03.0000
(2010.03.00.002344-1)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indiciado: VINÍCIUS ALMEIDA CAMARINHA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2011

EMENTA

AÇÃO PENAL. ARTIGO 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. ART. 41 DO CPP. 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. PROPOSITURA CONTRA DEPUTADO ESTADUAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO FISCAL. MATERIALIDADE COMPROVADA. SÚMULA VINCULANTE Nº 24, STF. LAUDO PERICIAL. QUESTÃO PREJUDICIAL. ARTIGOS 92 E 93 DO CPP. INAPLICABILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E CRIMINAL. AMPLA GARANTIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. DENÚNCIA RECEBIDA.

I. 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; inocorrendo, ainda, quaisquer das hipóteses declinadas no artigo 395 e incisos, do Código de Processo Penal.

II. Competência originária desta Corte para processar e julgar processo cujo denunciado é detentor da prerrogativa de foro conferida aos deputados estaduais em exercício.

III. Presença das condições para o exercício da ação penal, consubstanciadas tanto na possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade para agir.

IV. Procedimento fiscal encerrado; resultando demonstrada a materialidade delitiva, de modo a ensejar o exercício do direito de ação por crime tributário. Súmula Vinculante nº 24, STF.

V. Ação anulatória de débito tributário, cuja perícia realizada não concluiu pela regularidade integral e absoluta de todas as operações que serviram de supedâneo para o auto de infração.

VI. Inocorrência de concessão de antecipação de tutela nessa ação anulatória, ou mesmo julgamento de mérito, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

VII. Inaplicabilidade da questão prejudicial prevista tanto no artigo 92, quanto no artigo 93, ambos do Código de Processo Penal.

VIII. Entendimento consolidado do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a existência de ação anulatória de débito fiscal não obsta o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal.

IX. Matérias relativas à apontada existência de vícios que estariam a inquinar o auto de infração lavrado, ou mesmo o alegado cerceamento de defesa no âmbito do procedimento fiscal, não comprometem a instauração da ação penal, dada a

independência entre as esferas cível e criminal.

X. Peça acusatória que conta, em tese, com substrato fático e legal, revelando com clareza a ordem de imputação endereçada ao denunciado, permitindo, destarte, o amplo exercício do direito de defesa.

XI. 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.

XII. Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *por maioria, receber a denúncia, determinando o regular prosseguimento do processo criminal, em relação ao denunciado Vinícius Almeida Camarinha*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de agosto de 2011.

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 do Deputado Estadual VINÍCIUS ALMEIDA CAMARINHA, pela prática do crime capitulado no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 (fls. 380/83).

De acordo com a peça acusatória, o ora denunciado suprimiu Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), nos anos de 2001 a 2003, mediante omissão de movimentações financeiras junto às autoridades da Receita Federal, sendo que o crédito tributário, incluindo juros e multa de mora, na data da fiscalização (junho de 2005), estava orçado em R$ 107.940,03 (cento e sete mil, novecentos e quarenta reais e três centavos), encontrando-se constituído em definitivo na esfera administrativa, com inscrição em dívida ativa, em data de 30 de agosto de 2007, sob o nº 80.1.07.045027-64.

Narra a denúncia que:

"Está no inquérito policial que o acusado, Deputado Estadual suprimiu Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), nos anos de 2001 a 2003, mediante omissão de movimentações financeiras às autoridades da Receita Federal. O crédito tributário, incluindo juros e multa de mora alcançava, na data da fiscalização (junho de 2005), R$ 107.940,03 (fls. 44). Referido crédito tributário foi constituído em definitivo na esfera administrativa (fls. 311) e inscrito em dívida ativa, em 30 de agosto de 2007, sob número 80.1.07.045027-64 (fls. 317/320).

A investigação foi instaurada com fundamento em peças encaminhadas pelo Supremo Tribunal Federal, extraídas do Inquérito nº 2638-7/SP, em que José Aberlado Camarinha, Deputado Federal, foi denunciado pela prática de conduta tipificada no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Na denúncia, a Procuradoria Geral da

República requereu remessa de cópias à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, afirmando indícios de crime contra a ordem tributária praticado por Vinícius Almeida Camarinha (fls. 16). O pedido foi deferido pela Excelentíssima Senhora Relatora (fls. 08/24) e as peças alcançaram a Procuradoria Regional da República da 3ª Região (fls. 02/06).

A Receita Federal apurou, no procedimento administrativo nº 19515.001844/2006-06 (fls. 265/267), que Vinícius Almeida Camarinha, nos anos de 2002 e 2003, omitiu rendimentos tributáveis decorrentes de aluguel de imóvel situado à Rua Hemetério Gomes Fernandes, 98, Marília/SP, nos valores de R$ 766,66 (exercício 2002) e R$ 9.199,92 (exercício 2003). Está no procedimento administrativo, ainda, que o acusado não comprovou origem de recursos creditados em suas contas bancárias no ano de 2003, no valor de R$ 174.829,81 (fls. 266/279)".

E continua,

"Lavrou-se Auto de Infração no valor de R$ 107.940,03 (fls. 283/287). O acusado ofereceu, intempestivamente, impugnação administrativa (fls. 309/310) e o crédito tributário foi constituído definitivamente (fls. 311), tendo sido inscrito em dívida ativa, em 30 de agosto de 2007, sob o nº 80.1.07.045027-64 (fls. 317/320). Referido débito é objeto de execução fiscal nº 2007.61.82.047352-9 (fls. 27/30).

O acusado, notificado para se manifestar na investigação, não comprovou pagamento ou parcelamento do crédito tributário (fls. 367/369 e volumes 1 a 7 do apenso).

A Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo informou, em 17 de junho de 2010, que o débito inscrito sob o nº 80.1.07.045027-64 não foi pago, ou parcelado.

Assim, o Ministério Público Federal denuncia Vinícius Almeida Camarinha pela prática da conduta tipificada no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

O acusado suprimiu Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) mediante omissão de movimentações financeiras às autoridades da Receita Federal.

Aguarda-se notificação do denunciado para oferecimento de resposta escrita e, após, recebimento da denúncia (artigo 4º e seguintes da Lei nº 8.038/90). Aguarda-se, ainda, citação do denunciado e prosseguimento do processo até final condenação. Arrola-se testemunha."

O denunciado apresentou sua defesa preliminar, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 8.038/90 (fls. 401/439).

Na oportunidade, esclareceu que a Receita Federal do Brasil, em sede de revisão das duas declarações de Imposto de Renda Pessoa Física dos anos-calendários de 2001 a 2003, assinalou a ausência de comprovação da origem de recursos depositados em suas contas correntes mantidas em instituições bancárias, caracterizando tais recursos como omissão de rendimentos, lançando, consequentemente, de ofício, um débito no importe de R$ 50.723,18 (cinquenta mil, setecentos e vinte e três reais e dezoito centavos) que, com a soma de juros e multa, totalizou o valor de R$ 107.940,03 (cento e sete mil, novecentos e quarenta reais e três centavos).

A defesa salientou, outrossim, que nos autos do procedimento fiscal nº 08.1.90.00.2005.01585-4 foram encaminhadas intimações para que fossem apresentados documentos e/ou explicações acerca da movimentação financeira apurada, sendo que o

denunciado assim deixou de proceder, em razão das respectivas intimações terem sido recebidas na portaria do prédio onde reside, não chegando, desse modo, em suas mãos, dentro do tempo hábil assinalado para tanto.

Informou, ainda, que durante a fiscalização, apresentou documentos comprobatórios de suas movimentações bancárias, situação essa desconsiderada pela autoridade fiscal, o que resultou na lavratura do auto de infração, sendo que, a despeito de ter apresentado as movimentações bancárias, o procedimento administrativo foi finalizado, com a lavratura do auto de infração correspondente ao processo administrativo nº 19515.001844/2006-08.

Noticiou o denunciado que, posteriormente, foi encaminhada nova intimação para fins de cientificação e oportunidade de impugnação; todavia, a carta de intimação encaminhada pelo correio em 12 de setembro de 2006 foi recebida pelos porteiros do edifício onde reside, aos 15 de setembro de 2006, motivo pelo qual, somente após alguns dias é que efetivamente tomou ciência do auto de infração contra si lavrado, situação essa que inviabilizou a apresentação de defesa, no prazo de 30 (trinta) dias, tamanha foi a gama de documentos que teve que levantar para demonstrar a improcedência do auto de infração, o que foi, afinal, feito, mediante impugnação administrativa.

Via de consequência, o Fisco julgou intempestiva a impugnação ofertada, declarando a sua revelia.

Salientou, ademais, que em 23 de agosto de 2007 apresentou pedido de reconsideração, no sentido de que fosse conhecida a impugnação protocolada em data de 18 de outubro de 2006, pleito esse desconsiderado pelo Fisco Federal, que inseriu o crédito na dívida ativa da União, para cobrança judicial.

Vinícius Almeida Camarinha ressaltou o fato de a Receita Federal ter agido de forma contrária à lei, na medida em que foi notificado em 21 de novembro de 2007, no sentido de que, à vista do crédito gerado em sua declaração de renda pessoa física, relativa ao exercício de 2007, ano calendário 2006, seria realizada, de ofício, uma compensação com parte do apontado débito objeto do processo administrativo nº 19515.001844/2006-08.

Outrossim, registrou que, quando da intimação da mencionada compensação de ofício, o auto de infração em comento estava com sua exigibilidade suspensa, por conta da impugnação apresentada, cuja validade havia sido exposta no pedido de reconsideração apresentado.

Desse modo, noticiou ter, em data de 26 de maio de 2008, ingressado com a ação anulatória de lançamento fiscal, em trâmite perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, processo nº 0012248-31.2008.4.03.6100, com pedido de tutela antecipada, que embora tenha sido indeferido, veio a ser objeto de um pleito de reconsideração, bem como foi solicitada perícia técnica, objeto de deferimento.

A defesa informou, também, que após o ajuizamento da ação anulatória, em data de 27 de julho de 2009, o denunciado foi citado na ação de execução fiscal, processo nº 2007.61.82.047352-9, valor de R$ 143.246,12 (cento e quarenta e três mil duzentos e quarenta e seis reais e doze centavos), ocasião em que, nos termos do artigo 9º, III, da Lei nº 6.830/80, ofereceu um bem a penhora - imóvel avaliado em R$ 201.021,53 (duzentos e um mil e vinte e um reais e cinquenta e três centavos).

De outro lado, confirmou a inocorrência de parcelamento ou quitação integral do débito tributário, objeto da execução fiscal nº 2007.61.82.047352-9, ao argumento de que os valores constantes na CDA seriam decorrentes de um procedimento administrativo eivado de vícios, objeto da apontada ação anulatória.

A defesa do denunciado fez, ainda, um levantamento dos documentos desconsiderados pela autoridade fiscal, sustentando ter demonstrado cabalmente a origem de todos os recursos constantes da sua conta corrente, a saber:

ALUGUÉIS

Que os auditores fiscais determinaram a omissão de receita do valor de R$ 9.199,92 (nove mil, cento e noventa e nove reais e noventa e dois centavos), referente a 1/3 dos valores recebidos a título de aluguéis do imóvel localizado na Rua Hemetério Gomes Fernandes, 98, em Marília/SP, recebidos em 2003.

Que a sua mãe, Sra. Maria Paula Moraes Almeida, titular do CPF 190.977.548-79, não possui outra fonte de renda, mas é proprietária do imóvel locado, de modo que o denunciado dispôs de todo valor do aluguel em favor dela.

Nesse caso, não haveria que se falar em omissão de receitas, tampouco responsabilidade tributária da sua parte, pelo fato do apontado rendimento ter sido recebido pela sua genitora, conforme declarado no respectivo imposto de renda pessoa física e ainda pago o tributo competente, de sorte que a exigência do tributo, nos moldes formulados no auto de infração, ensejaria, de certa forma, *bis in idem*.

A defesa sustentou, destarte, que todos os valores enquadrados como "recebidos de pessoas físicas sujeitos ao carnê-leão, omissão de rendimentos de aluguéis e royalties recebidos de pessoa física" improcedem, por terem sido declarados, além do fato do tributo ter sido pago por pessoa diversa, o que excluiria a sua responsabilidade, restando descaracterizada qualquer omissão de receitas nos exercícios de 2002 e 2003.

RESSARCIMENTO DE DESPESAS DE GABINETE

Comunicou que, na qualidade de deputado estadual, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo realiza, constantemente, depósitos em sua conta corrente, a título de ressarcimento de despesas de gabinete, valores esses não tributáveis, em razão de não ensejarem rendimento, nos termos da legislação do imposto de renda.

Salientou ter apresentado, em sede de impugnação administrativa, uma certidão emitida pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, comprovando, de forma discriminada e incontestável, a origem de todos os valores creditados em suas contas correntes, a título de ressarcimento, não podendo ser considerado auferimento de renda.

E mais, que nos termos do disposto no artigo 849 do RIR/99 - Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000 de 26.03.99, caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento, sujeitos à lançamento de ofício, os valores creditados em conta corrente de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, *não comprove, mediante documentação hábil ou idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações*.

Dessa forma, argumentou não ser caso de omissão de receitas no ano calendário de 2003, pois a apontada certidão atestaria, ademais, que os valores creditados a título de reembolso, no montante de R$ 136.881,42 (cento e trinta e seis mil, oitocentos e oitenta e um reais e quarenta e dois centavos) são ainda maiores que os valores que o fisco afirma ter omitido.

Assinalou, portanto, ter comprovado, de forma cabal, a origem de todas as receitas indicadas, a resultar na apontada nulidade da autuação.

DA TRANSFERÊNCIA DE MESMA TITULARIDADE

Que, no tocante ao valor de R$ 14.197,14 (quatorze mil, cento e noventa e sete reais e quatorze centavos), apurado pela fiscalização como omissão de receitas, durante o exercício de 2003, assegura ter sido resultado de uma transferência de saldo para a conta do Banespa, da sua titularidade, a resultar que esse valor não seria tributável, nos termos do par. 2º, do artigo 849, do Regulamento do Imposto de Renda.

DA RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO E A INCIDÊNCIA DO FGTS

Destacou, também, restar demonstrado, em sede de impugnação, a desconsideração dos seguintes fatos: que, em janeiro de 2003, não omitiu o valor de R$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais) creditado em sua conta corrente, na medida em que essa verba seria oriunda de rescisão de contrato de trabalho que mantinha com a empresa Rádio Diário FM de Marília Ltda., pela sua dispensa sem justa causa, em data de 09.01.2003, o que gerou, ainda, o saque do FGTS depositado em conta vinculada, no valor de R$ 8.547,75 (oito mil, quinhentos e quarenta e sete reais e setenta e cinco centavos), de sorte a não sofrer incidência de imposto de renda, nos termos do art. 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88.

DA ILEGALIDADE DE LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO DE RENDIMENTOS

O denunciado alegou que o fisco federal acabou por concluir sua autuação e o lançamento com base em presunções de rendimentos, e que o lançamento, de ofício, baseou-se, única e exclusivamente, em extratos bancários, tratando os depósitos bancários como se renda fossem, a resultar em uma presunção ilegal de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, estabelecido de maneira indireta, a partir de meros indícios e transferindo o ônus da prova ao pólo passivo da obrigação.

Aduziu que meros depósitos bancários são insuficientes para tipificar a omissão de receita, sendo nesse sentido o teor da SÚMULA Nº 182 do TFR, devendo ser comprovado o liame jurídico entre as entradas em contas bancárias e os alegados acréscimos patrimoniais, devendo, ainda, estar presentes outros elementos, como, por exemplo, demonstração da natureza tributável do rendimento ou de que aquilo, que se está tomando como renda, não tenha sido ainda tributado em períodos de apuração anteriores.

DA MULTA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO

O denunciado asseverou, também, que o auto de infração contém uma multa de 75% desproporcional, com efeito confiscatório, em total ofensa ao artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Assinalou que, para fins de fixação desse percentual, não foi levado em conta a contribuição voluntária que forneceu à fiscalização, entregando todos e quaisquer

documentos, quando solicitado, comprovando que a totalidade de receitas apuradas pelo fisco não eram tributáveis, pelos motivos assinalados, sendo que, em caso de eventual diferença, mesmo que pequena, não deveria ser aplicada a multa de 75%, dada a sua confiscatoriedade, suficiente pra nulificar o lançamento.

O denunciado destacou, por fim, que o crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 é material, ou seja, depende de um resultado naturalístico consistente na supressão ou redução do tributo devido, sendo que, na situação em exame, não teria omitido ou reduzido qualquer tributo devido.

Concluiu, assim, que a presente denúncia não deve ser recebida, posto que o apontado débito tributário não é devido e está sendo discutido na ação anulatória de lançamento fiscal, encontrando-se na fase de instrução probatória, com a apresentação de laudo pericial, cuja eventual procedência irá gerar a anulação do lançamento fiscal e, por derradeiro, não haverá que se falar em crime tributário oriundo de uma apuração de lançamento declarado nulo.

Pugnou, destarte, pela rejeição da denúncia, ao argumento de não ter praticado qualquer conduta ilícita, além de que destacou estar o auto de infração lavrado eivado de vícios e que, certamente será declarado nulo, com o julgamento da ação anulatória de lançamento fiscal.

Em não sendo esse o entendimento, requereu a suspensão do trâmite do presente feito, bem como do recebimento da denúncia, até o julgamento da ação anulatória de lançamento fiscal ou do despacho do pedido de reconsideração da tutela antecipada.

Considerando que a resposta da defesa do denunciado foi apresentada com novos documentos, o Ministério Público Federal foi instado a se manifestar nos autos, oportunidade em que rebateu a defesa preliminar apresentada, destacando o fato de inexistir prova do parcelamento ou pagamento integral do débito apontado na denúncia, sendo que o próprio denunciado afirmou não ter efetuado o pagamento, tampouco parcelado o débito, não havendo, ademais, concessão de tutela antecipada ou sentença em sede de ação anulatória de lançamento fiscal, permanecendo a constituição definitiva do crédito tributário, de modo que pugnou pelo prosseguimento do feito, com o recebimento da exordial acusatória (fls. 444/446).

Às fls. 449/495, o denunciado juntou aos autos cópia do laudo pericial apresentado na ação anulatória nº 2008.61.00.012248-8, em trâmite perante a 1ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo, documento esse que atestaria que os lançamentos efetuados no processo administrativo nº 19515.001844/2006-08 estariam eivados de vícios, situação essa que levará, segundo a defesa, à declaração de nulidade, com o julgamento da ação anulatória de lançamento fiscal.

Some-se a isso o fato da perícia judicial ter concluído que a maioria dos valores movimentados, que serviram para a lavratura do auto de infração, não podiam constituir a base de cálculo para apuração do valor do tributo objeto do respectivo auto.

A defesa reiterou, destarte, o pedido de rejeição da exordial acusatória ou, alternativamente, a suspensão do inquérito policial e, consequentemente, do recebimento da denúncia até o julgamento da ação anulatória de lançamento fiscal.

O presente feito foi, novamente, com vista à Procuradoria Regional da República, ocasião em que reiterou a sua posição pelo recebimento da denúncia.

Segundo a Justiça Pública, o auto de infração e o débito tributário permanecem intactos, em virtude da presunção de legitimidade e veracidade que lhe são característicos,

mesmo porque não há, até o presente momento, decisão acerca da ação anulatória de lançamento fiscal proposta pelo denunciado, de modo que o laudo pericial juntado pela defesa não teria o condão de desconstituir o auto de infração e o débito definitivamente constituído na esfera administrativa.

O Ministério Público Federal registrou, de outro lado, a independência entre as instâncias cível e criminal, de sorte que a existência de demanda anulatória do débito fiscal não seria óbice para o recebimento da denúncia.

Por fim, salientou que a tese contida na resposta escrita confunde-se com o mérito da ação penal e, assim, deverá ser analisada, após o transcorrer da instrução criminal (fls. 499/500).

É o relatório.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): A imputação constante na denúncia ofertada pela Justiça Pública, em face de VINÍCIUS ALMEIDA CAMARINHA, perante esta Egrégia Corte, em razão da prerrogativa de foro pelo exercício de função pública de Deputado do Estado de São Paulo, diz respeito à prática, em tese, do crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, "in verbis":

> "Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
> I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
> *omissis*
> Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".

Verifica-se dos autos, em suma, que nos termos da peça acusatória inicial, nos anos de 2001 a 2003, o denunciado, Sr. Vinícius Almeida Camarinha teria suprimido imposto de renda de pessoa física - IRPF, mediante omissão de movimentações financeiras, originando, assim, um crédito tributário que, incluindo juros e multa de mora, na data de fiscalização - junho de 2005 -, alcançava o valor de R$ 107.940,03.

O crédito tributário foi constituído em definitivo na esfera administrativa e inscrito em dívida ativa em data de 30 de agosto de 2007, sob o número 80.1.07.045027-64, não havendo, ademais, prova do parcelamento ou pagamento integral do débito, dado esse, inclusive, corroborado pelo próprio denunciado, em sua defesa, ao noticiar estar discutindo a legalidade do débito fiscal, no Juízo Cível, em sede de ação anulatória.

Assim, feitas essas considerações, mister a deliberação sobre o recebimento ou rejeição da denúncia, ou mesmo 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.

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.

Ora, na presente fase somente é caso de rejeição da denúncia se restar demonstrada, desde já, sem a necessidade de qualquer tipo de dilação probatória, a atipicidade, de sorte que, em havendo indícios fundados sobre a existência do injusto penal e a respectiva autoria delitiva, de rigor o recebimento da denúncia.

No caso em tela, da leitura da peça acusatória em comento resulta, em primeiro lugar, correta a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, mediante a qualificação do acusado, 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 comento.

Com relação às condições de procedibilidade da ação penal, verifica-se que, no caso em exame, não incide 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, se preenchidos restaram todos os requisitos da inicial, nos moldes assinalados pelo artigo 41, do Código de Processo Penal, por conseguinte, não há que se falar em inépcia da denúncia, tampouco em ausência dos requisitos indispensáveis para a sua validade ou para o desenvolvimento válido e regular do processo.

Com efeito, conforme já destacado, o denunciado é detentor da prerrogativa de foro conferida aos deputados estaduais em exercício, a justificar a competência originária desta Corte para processar e julgar o feito.

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.

Preenchida também se encontra a condição para o exercício da ação penal consubstanciada no encerramento do procedimento fiscal para que possa ser exercido o direito de ação por crime tributário.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* nº 81.611/DF, de Relatoria do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 13.5.05, entendeu que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade configura uma condição objetiva de punibilidade.

Por outro lado, o eminente Relator Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 1.571, consignou que a constituição definitiva do crédito tributário configura condição necessária para o início da persecução criminal.

A questão foi assim consolidada, através da edição da Súmula Vinculante nº 24, a saber: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Portanto, mister o lançamento definitivo do crédito fiscal, de sorte que o início da persecução penal vincula-se ao encerramento de eventual discussão sobre a existência do crédito tributário.

No caso em tela, conforme admitido pelo próprio denunciado, o procedimento administrativo instaurado para apurar o débito fiscal foi definitivamente concluído, não havendo, ademais, pagamento total ou mesmo parcelamento do débito.

Logo, o crédito tributário encontra-se definitivamente constituído, pelo que, em tese, está demonstrada a materialidade delitiva.

É bem verdade que o denunciado noticia que o crédito tributário utilizado para fundamentar a denúncia é objeto de discussão na esfera cível, em sede de ação anulatória de débito tributário, com pedido de antecipação de tutela, onde busca ver anulado o débito, reconhecendo-se sua inexigibilidade.

E mais, fez juntar aos autos, cópia do laudo pericial elaborado pelo perito judicial, na ação anulatória de lançamento fiscal, que atestaria os vícios que estariam a inquinar de nulidade os lançamentos efetuados no processo administrativo nº 19515.001844/2006-08, bem como consignaria que a maioria dos valores movimentados, que servira para a lavratura do auto de infração, não poderia constituir a base de cálculo para apuração do valor do tributo, objeto do respectivo documento.

Entretanto, examinando detidamente a cópia do laudo pericial de fls. 452/95, verifica-se que o parecer técnico não concluiu pela regularidade integral e absoluta de todas as operações que serviram de supedâneo para o auto de infração.

Senão, vejamos.

O laudo pericial, ao analisar os valores considerados pela Secretaria da Receita Federal - rendimentos recebidos de pessoa físicas sujeitas a carnê-leão - omissão de rendimentos de aluguéis e royalties recebidos de pessoas físicas, registrou que as receitas de locação foram declaradas pela Sra. Maria Paula Moraes Almeida, em suas declarações de ajuste anual simplificadas, dos anos-calendários 2002 e 2003, exercícios 2003 e 2004, respectivamente, bem como que o denunciado cedeu a sua mãe o valor referente a 1/3 dos valores recebidos a título de aluguéis localizado à Rua Hemetério Gomes Fernandes, 98, em Marília. Restou consignado, assim, nesse particular, que "o Perito entende que as respostas aos quesitos 1 a 5 do Autor, conduzem a conclusão de que ficou: (a) comprovado que o Autor deixou de perceber os rendimentos a título de aluguel conforme afirmado pela Fiscalização; e (b) totalmente descaracterizada qualquer omissão de receitas nos exercícios de 2002 e 2003."

Todavia, outra foi a conclusão pericial no que se refere ao exame de cada um dos valores considerados pela Secretaria da Receita Federal - depósitos bancários de origem não comprovada - omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, inclusive sua composição. Aqui, o perito não encontrou, de fato, a origem a justificar diversos créditos que foram efetuados.

E mais, a perícia concluiu, também, que questões relativas à natureza da verba de gabinete, se indenizatória ou não, e o seu enquadramento no conceito de renda à luz do que dispõe o Código Tributário Nacional, são temas que impõe a interpretação de matéria exclusivamente de direito, a ser levada a efeito pelo magistrado.

Portanto, o laudo pericial judicial, justamente por não apontar elementos que revelem a total desconstituição do lançamento fiscal, não tem o condão de infirmar a materialidade delitiva.

De outro lado, a despeito de existir a discussão acerca da constituição do crédito tributário, em sede de ação anulatória de débito tributário, não há, até o presente momento, notícia sobre eventual concessão de antecipação de tutela, ou mesmo, julgamento do

mérito, com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de modo a não ser caso, sequer, de se aplicar a pretendida questão prejudicial.

Ora, a questão prejudicial de natureza obrigatória, prevista no artigo 92, do Código de Processo Penal, exige que a matéria, objeto de discussão no juízo cível, diga respeito ao estado civil das pessoas, o que não é o caso destes autos. Ademais, a questão prejudicial de ordem facultativa, elencada no artigo 93 do mesmo Código, e que teria pertinência no presente caso, 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 repute 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 Código de Processo Penal Comentado*, 6ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, RT, 2007, p. 272/73)

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, a existência de ação anulatória de débito fiscal não obsta o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> "CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E PENAL. ORDEM DENEGADA.
> I. Hipótese em que se pretende o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente pela eventual prática de crime contra a ordem tributária, diante do ajuizamento, na esfera cível, de Ação Anulatória de Crédito Tributário.
> II. A teor do art. 93 do Código de Processo Penal, a suspensão do curso do processo-crime é uma faculdade do Magistrado, em casos em que entenda ser a questão

de difícil solução e dependa, somente, do deslinde cível para a sua conclusão, sendo que, na situação em tela, a denúncia foi precedida de procedimento administrativo-fiscal no qual houve oportunidade de defesa.
III. A Ação Anulatória de Crédito Tributário não pode ser considerada condição de procedibilidade para o processo-crime, em razão da independência das esferas cível e criminal.
IV. Precedentes deste STJ.
V. Ordem denegada".
(HC 70.447/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 12/03/07)

"*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS II E IV, DA LEI Nº 8.137/90. AÇÃO PENAL. CRÉDITO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. DELITO CONSUMADO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA.
1. Segundo o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, não há justa causa para a persecução penal do crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que sua inexistência impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.
2. O fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei nº 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie.
3. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal. Precedentes.
4. Não se reputa inepta a denúncia que narra suficientemente os fatos imputados aos Pacientes, consubstanciados na suposta prática de crime contra a ordem tributária, com indícios suficientes da autoria e prova da materialidade.
Precedentes.
5. Ordem denegada, com a revogação da liminar anteriormente deferida".
(HC 53.622/PE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 16/8/07)

"*HABEAS CORPUS*. CRIME TRIBUTÁRIO. ARTIGO 1º, INCISO II, C/C 11, AMBOS DA LEI 8.137/90, C/C 71 DO CÓDIGO PENAL. EXISTÊNCIA DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZOS CÍVEL E CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.
1. Em que pese entendimento adotado por esta Corte, acompanhando jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal sobre a ausência de justa causa para a ação penal, nos casos dos crimes de sonegação fiscal, enquanto não concluído o procedimento administrativo, consta nos autos que o paciente não obteve êxito no Tribunal Administrativo Tributário - TATE.
Conseqüentemente, se o Fisco Estadual tem como definitivo o lançamento do débito,

escorreita a decisão que recebeu a denúncia e determinou o prosseguimento do curso da ação penal instaurada.
2. A existência de ação cível anulatória de débito fiscal, a teor do artigo 93 do Código de Processo Penal que proclama a independência do juízo criminal em face de decisão proferida na área cível, não obsta o recebimento da denúncia e o curso da ação penal.
3. Ordem denegada".
(HC 43.122/PE, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, DJ de 15/05/06)

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.
1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, a existência de ação anulatória de débito fiscal não obsta o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal, em face da independência das esferas cível e criminal.
2. Na hipótese dos autos, verifica-se que a denúncia foi oferecida quando já encerrado o procedimento administrativo fiscal e constituído o crédito tributário, motivo por que deve ser afastada a alegação de ausência de justa causa para a persecução penal.
3. *Ordem* denegada".
(HC 94735 / RS, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, DJe 02/02/2009)

Além disso, não é dado olvidar que as questões relativas à apontada existência de vícios que estariam a inquinar o auto de infração lavrado, bem como o alegado cerceamento de defesa que teria ocorrido no procedimento fiscal, são matérias que não comprometem o recebimento da presente denúncia, dada a independência das esferas cível e criminal.

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 tela, numa análise do que consta dos autos, observa-se que a imputação está fundada em prova documental, consubstanciada nos autos do procedimento administrativo fiscal, dele se destacando a representação fiscal e documentos que a instruem (fls. 01/331), que se prestam a embasar a denúncia, já que evidenciam a presença de indícios de autoria e a materialidade do delito, em tese praticado pelo denunciado Vinícius Almeida Camarinha.

Do mesmo modo os apensos, volumes 1 a 7, onde consta, *v. g.*, a cópia da carta cobrança nº 614/07, em que foi solicitado o recolhimento do saldo devedor, isso após a decisão administrativa que indeferiu o pedido de impugnação, mantendo-se o lançamento consubstanciado no auto de infração (Vol 2 - fls. 316/319). E ainda, a decisão judicial que indeferiu o pedido de tutela antecipada formulado nos autos da ação ordinária movida por Vinícius Ameida Camarinha em face da União Federal (nº 2008.61.00.012248-8 - Vol. 6, pa. 1205/08)), não se tendo notícia, ademais, de reforma desse "decisum".

Colhe-se de tudo, portanto, que a denúncia 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 autoria, 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:

> "AÇÃO PENAL. Propositura contra Deputado Federal. Parlamentar. Crimes contra a ordem tributária. Materialidade comprovada. Indícios suficientes de autoria. Art. 1º, incs. I e II, da Lei nº 8.137/90. Descrição dos fatos correspondente aos tipos penais. Denúncia apta nesse tópico. Prescrição reconhecida quanto ao delito do art. 299 do CP. Declaração da extinção da punibilidade. Denúncia recebida em parte. Aplicação do art. 41 do CPP. 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).

Assim, verificando-se que a peça acusatória 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.

Por outro lado, cabe destacar que, diante dos termos da denúncia, o denunciado não se encontra tolhido no exercício do direito de defesa, dado que a peça acusatória revela com clareza qual é a ordem de imputação que lhe é endereçada.

Em face do exposto, recebo a denúncia, e determino o regular prosseguimento do processo criminal, em relação ao denunciado VINÍCIUS ALMEIDA CAMARINHA.

É como voto.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES: Cuida-se de juízo de prelibação acerca de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face do Deputado Estadual Vinícius Almeida Camarinha, em razão do delito estampado no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/1990, mercê do qual "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; (...) Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".

Vê-se, dos autos, que a imputação deita raízes na constatação indiciária de que o acusado, referentemente aos anos-calendários de 2001 a 2003 (exercícios 2002 a 2004), omitiu das autoridades fazendárias a origem de recursos financeiros depositados em contas correntes. O valor do crédito tributário definitivamente constituído em face de sua pessoa montaria a R$ 107.940,03. A situação é objeto de apuração no Processo Administrativo Fiscal nº 19515.001844/2006-08, de que derivou a execução fiscal nº 2007.61.82.047352-9.

De seu turno, a defesa preliminar agilizada pelo denunciado sustentou a comprovação da origem de todos os referidos recursos ("v. g.", aluguéis, ressarcimento de despesas de gabinete, transferência entre contas de mesma titularidade e rescisão de contrato de trabalho), sustentando, sinteticamente, que esses importes estariam indenes à tributação.

Submetido o feito a julgamento na sessão de 31 de agosto do fluente, a ilustrada Relatora, Des. Federal Suzana Camargo, recebeu a denúncia, forte no preenchimento dos quesitos formais do art. 41 do CPP, bem assim na não-consubstanciação de qualquer das causas de rejeição de denúncia, relacionadas no art. 395 do CPP, remarcando, ainda, a ocorrência de lançamento definitivo do crédito tributário, providência imprescindível à configuração do ilícito em discussão.

De nossa parte, ousamos divergir do entendimento manifestado pela ilustrada Relatoria, "permissa venia".

Por ocasião de cognição acerca da recepção de acusatórias, dispositivos do Código de Processo Penal avultam de relevância:

> "Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.
> (...)
> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
> I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)."

Das disposições transcritas, centremo-nos na denominada justa causa à instalação da relação processual penal, de vez que, a nosso juízo, tal aspecto mostra-se decisivo à sorte da denúncia. A propósito desse antessuposto, estamos convictos que a chamada justa causa nada mais senão subproduto, verdadeiro retrato, na província penal, da aplicabilidade do sobreprincípio da razoabilidade, de estatura constitucional, a permear não só a atividade administrativa, mas também judicante. Tal dogma impõe a adoção, em cada caso, de posturas palatáveis ao senso do homem médio, ceifando-se exasperações que, a título de exemplaridade, acabam por tornarem-se agressivas ao princípio da presunção da inocência.

E é justamente neste ponto que reside o busílis, a nosso crer: o recebimento desta acusatória, ao que acreditamos, não é proporcional, nem tampouco adequado.

Ora bem, ao denunciado atribui-se a conduta de haver escamoteado da autoridade fiscal informações, com vistas a ladear exigência tributária, já havendo crédito tributário contra si constituído. Nesse cenário, o que nos desperta atenção é que o requerido, muito embora não tenha satisfeito o gravame, nem diligenciado o respectivo parcelamento, aviou Ação Anulatória de Lançamento Tributário, em curso na 1ª Vara Federal/SP, pendente de apreciação, no bojo da qual - aliás - restou produzido laudo pericial que refutou parcela substancial das constatações da autoridade fiscal, alinhando certas conclusões favoráveis ao contribuinte. Por outros falares, ao ver da peritagem efetuada, conquanto não divisada origem dalguns créditos, razão assistiria ao requerido em determinados tópicos abordados, o que afetaria o crédito tributário tal qual constituído e reclamado na via executiva.

A esta altura, vale, de passagem, destacar outra circunstância que, em nosso ver, obstaculizaria a recepção da inicial acusatória. Diz, o Ministério Público, que o acusado omitiu movimentações financeiras do Fisco, e se absteve de comprovar a origem de recursos em suas contas bancárias, daí se antevendo indevida supressão de imposto de renda, em ordem a configurar-se o tipo penal em referência. Entrementes, cumpre aludir à existência de vetusto posicionamento em torno da impertinência da aceitabilidade de tributação reflexa, incidente sobre depósitos bancários supostamente sem origem, eis que estes, *de per si*, não denotariam acréscimo patrimonial tributável, tal qual previsto no art. 44

do CTN, entendimento esse, por sinal, sedimentado no verbete nº 182 da Súmula do extinto TFR, mercê do qual "é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários".

Ainda quando se alegue a superveniência da Lei nº 9.430/1996 - cujo art. 42 estatui que "Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações" - incumbe rememorar a existência, nos âmbito da ação anulatória, de laudo pericial a transparecer *quer* a origem de parte dos recursos financeiros *quer* a impropriedade, em certos aspectos, da tributação, o que nos parece repercutir no crédito tributário constituído - premissa, consoante visto, ao exercício da ação penal - e que, de certa feita, esvazia a aparência do bom direito relativamente às acusações contidas na peça deduzida pelo Órgão Ministerial.

Por motivos tais, não deixa de se insinuar açodada a oferta de acusatória. Na verdade, frente às problematizações exsurgidas na via judicial própria, mormente a partir do laudo pericial trazido, uma pergunta afloraria: a despeito de saber-se que, em termos de jurisprudência, basta a constituição de crédito para a persecução do ilícito enfocado, não seria de boa medida aguardarem-se os aclaramentos hauridos dessa ação anulatória para, somente ao depois, cogitar-se da agilização de denúncia? Por outros termos: diante do até então haurido na ação anulatória, elementos remanescem à oferta da acusatória, ou melhor seria adotar postura de prudência, à cata de maiores subsídios ao afazer acusatório?

Todos sabem que a decisão a ser retirada na ação anulatória não se erige em condição de procedibilidade da ação penal. Como também todos sabem da independência relativa entre as esferas cível e penal. Tratam-se de noções de há muito consagradas na jurisprudência. Mas aqui a situação é um tanto quanto distinta, pois a relação processual penal sequer restou inaugurada, a dizer, está-se a esquadrinhar a aceitabilidade da acusatória, e não nos afigura possível menoscabar elementos que vem sendo coligidos à ação anulatória que, de certa feita, contrapõem-se à inicial penal, esvaziando-a.

Entrementes, são indisputáveis os constrangimentos derivados da instauração da ação penal para concretizar a pretensão punitiva estatal. Então, cautelas hão de existir. Por evidente que não se está aqui a advogar atingimento de nível de certezas, pois somente a devida instrução trará as luzes necessárias à escorreita apropriação do caso. Mas os indícios devem mostrar-se fortes, de certa maneira contundentes, e na espécie bem se poderia esperar o advento de maiores esclarecimentos oriundos do tramitar da ação anulatória, máxime em se considerando o laudo que nela se contém, contrário, em grande medida, à pretensão fiscal, para só após ofertar-se a denúncia.

Adite-se, por importante, que a prescrição, na hipótese entelada, ainda não se avizinha, eis que os fatos remontam a 2001 e 2003 e ao crime é atribuída pena máxima de 05 anos, consumando-se a prescrição da pretensão punitiva em doze anos (art. 109, inc. III, do CP).

Ao demais, temos sérias reservas a esse postulado do "in dúbio pro societate", do modo que ele costuma ser propalado pelo MP. Como cediço, preconiza tal cânone que, no estágio do recebimento ou rejeição da acusatória, eventuais dúvidas acerca da imputação resolvem-se em prol da sociedade ("rectius", acusação). Sem embargo, parece-nos que acolher de forma indistinta esse raciocínio redundaria no recebimento indiscriminado

de toda e qualquer denúncia. De efeito, singrando essa linha de pensamento, poderiam comportar recepção denúncias das mais desarrazoadas, uma vez que mesmo nessas hipóteses haveria margem - ainda quando diminuta ou insignificante - de dúvida quanto à lisura da atividade tida como delituosa pela acusação.

A par disso, soa-nos tanto quanto incoerente à índole de nossa ordem processual, garantista por excelência, que uma dúvida seja desfechada contrariamente ao suplicado, dada a notória vigência, entre nós, do princípio da presunção do estado de inocência. Parece temerário conceber que mera hesitação possa vir a oportunizar a inauguração da instância penal, cuja instalação, só por só, repercute de forma eloqüente na dignidade da pessoa humana, em frente dos inconvenientes óbvios daí resultantes.

Destarte, mais do que guiar-se pelo dogma "in dúbio pro societate", na amplitude que usualmente lhe é outorgada, melhor seria, a nosso sentir, considerar o postulado à luz da justa causa, ou seja, sempre ao enfoque da razoabilidade da acusação como seu pressuposto obrigatório. E, a nosso crer, tal situação não aparenta positivada "in casu".

Rejeito, pois, a denúncia.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

DIREITO TRIBUTÁRIO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0008790-21.1999.4.03.6100
(1999.61.00.008790-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: MERRILL LYNCH REPRESENTAÇÕES LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: ApelReex 1379405
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. LEIS COMPLEMENTARES NºS 70/91 E 85/96. DECRETO Nº 1.030/93. ISENÇÃO. VENDA DE SERVIÇOS DESTINADOS AO EXTERIOR. DECISÃO Nº 446/97 DA SRF. NOVO REQUISITO. SERVIÇO PRESTADO EM TERRITÓRIO NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OUTORGA DE ISENÇÃO. INTERPRETAÇÃO LITERAL. ART. 111, DO CTN. ART. 170-A, CTN. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES AJUIZADAS ANTES DA LC Nº 104/01.

1. A Lei Complementar nº 70/91, ao instituir a contribuição para financiamento da Seguridade Social, em sua redação original, já assegurava, em seu art. 7º, a isenção por ocasião da venda de mercadorias ou serviços para o exterior, deixando a cargo do Poder Executivo a fixação das condições para o usufruto do benefício.

2. A regulamentação da matéria foi efetuada pelo Decreto nº 1.030/93, que estabeleceu a exclusão da tributação sobre as receitas decorrentes da exportação de mercadorias ou serviços, assim entendidas as vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, realizadas diretamente pelo exportador.

3. A questão central cinge-se, então, em saber se o fato dos serviços serem executados em território nacional, e não prestados diretamente no exterior, teria o condão de excluir tal benefício fiscal, aduzindo a União Federal, que é o entendimento adotado pela Secretaria da Receita Federal que o local de prestação dos serviços deve ser levado em consideração para fins de concessão do benefício.

4. Prescreve o Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 111, que a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente.

5. Caso o legislador, criando a isenção, ou o Poder Executivo, regulamentando a matéria, quisesse restringi-la aos serviços prestados exclusivamente no exterior, deveria tê-lo feito expressamente, por meio da Lei ou do Decreto Regulamentador, respectivamente, não competindo, dessa forma, ao exegeta fazer interpretação restritiva da norma isentiva em comento, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

6. Desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pelo Decreto nº 1.030/93, tem o contribuinte direito à exclusão da receita oriunda da prestação de serviços à empresa domiciliada no exterior da base de cálculo da contribuição em comento.

7. Não aplicação do disposto no art. 170-A, do CTN, eis que a ação foi ajuizada anteriormente à vigência da LC nº 104/2001, conforme entendimento do C. STJ, adotado à luz de precedentes sujeitos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia.

8. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação e remessa oficial em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada com o objetivo de reconhecer o direito da parte autora de compensar os valores indevidamente pagos a título de COFINS, no período de maio de 1992 a setembro de 1997, incidente sobre as receitas auferidas pela prestação de serviços para empresa sediada no exterior, inclusive os executados no Brasil, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal (SRF), em razão da isenção prevista no art. 7º, inciso I, na Lei Complementar nº 70/91, com a redação dada pela Lei Complementar nº 85/96, aplicando-se a atualização monetária, conforme a variação da UFIR e juros, pela taxa SELIC.

O pedido de tutela antecipada foi deferido.

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apelou a União Federal, requerendo a reforma do julgado, aduzindo, em breve síntese, que os serviços prestados, *in casu*, destinam-se à utilização no Brasil, não sendo a hipótese de "exportação de serviços", para os fins do disposto no art. 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 70/91, pleiteando, ainda, subsidiariamente, que a compensação seja admissível após o trânsito em julgado da presente ação, quando só então deverão incidir juros, nos termos do art. 161, § 1º c/c o art. 167, parágrafo único, do CTN.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, inciso VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

A apelação não merece prosperar.

Com efeito, reza o artigo 7º, da LC nº 70/91, alterada pela LC nº 85/96:

"Art. 7º - São também isentas da contribuição as receitas decorrentes:

I - de vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, realizadas diretamente pelo exportador;

(...)
VI - das demais vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo."

A Lei Complementar nº 70/91, ao instituir a contribuição para financiamento da Seguridade Social, em sua redação original, já assegurava, em seu art. 7º, a isenção por ocasião da venda de mercadorias ou serviços para o exterior, deixando a cargo do Poder Executivo a fixação das condições para o usufruto do benefício.

A regulamentação foi efetuada pelo Decreto nº 1.030/93, que estabeleceu a exclusão da tributação sobre as receitas decorrentes da exportação de mercadorias ou serviços, assim entendidas as vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, nos seguintes termos:

"Art. 1º Na determinação da base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, instituída pelo art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, serão excluídas as receitas decorrentes da exportação de mercadorias ou serviços, assim entendidas:
I - vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, realizadas diretamente pelo exportador
(...)"

Destarte, resta claro que, se o contribuinte presta serviços para empresa domiciliada no exterior, tem direito à isenção da COFINS incidente sobre a venda de tais serviços.

A questão central cinge-se, então, em saber se o fato dos serviços serem executados em território nacional, e não prestados diretamente no exterior, teria o condão de excluir tal benefício fiscal.

Aduziu a União Federal, que é o entendimento adotado pela Secretaria da Receita Federal, conforme decisão de nº 446/97 daquele órgão, que o local de prestação dos serviços deve ser levado em consideração, para a concessão do benefício, conforme ementa transcrita, *in verbis*:

"COFINS - CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.
Isenção sobre receitas de exportação.
As receitas resultantes da prestação de serviços de consultoria, assessoria e representação comercial executado no Brasil, à pessoa jurídica domiciliada no exterior, não se aplica ao disposto no art. 7º, I, da Lei Complementar nº 70/91 e sua alteração."

Importante frisar que a norma que concede determinada isenção fixa um regime jurídico tributário diferenciado, ou seja, fazendo menção às palavras de Pontes de Miranda:

"A regra jurídica de isenção é de direito excepcional, que põe fora do alcance da lei a pessoa (isenção subjetiva) ou o bem (isenção objetiva) que - sem essa regra jurídica - estaria atingido."
(*Comentários à Constituição de 1946*, vol. 2º, pág. 156)

Por essa razão, prescreve o Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 111, que a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente.

Nesse sentido, o Estado concede isenção de tributo de sua competência, nos limites de sua autonomia, sendo um ato discricionário seu, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, não podendo ser restringido arbitrariamente pelo intérprete.

Assim, caso o legislador, criando a isenção, ou o Poder Executivo, regulamentando a matéria, quisesse restringi-la aos serviços prestados exclusivamente no exterior, deveria tê-lo feito, expressamente, por meio da Lei ou do Decreto Regulamentador, respectivamente, não competindo, dessa forma, ao exegeta fazer interpretação restritiva da norma isentiva em comento, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

Entendo, portanto, que, tendo o contribuinte preenchido os requisitos estabelecidos pelo Decreto nº 1.030/93, tem este direito à exclusão da receita oriunda da prestação de serviços à empresa domiciliada no exterior da base de cálculo da contribuição em comento.

Esse foi o entendimento adotado pela Turma Suplementar da Segunda Seção desta C. Corte, conforme ementa de aresto trazido à colação, *in verbis*:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CRÉDITO PAGO POR DCTF INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DESNECESSIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO CARACTERIZADA. RECUSA LEGÍTIMA NA EXPEDIÇÃO DA CERTIDÃO.
> 1. Discute-se o direito à isenção do pagamento de PIS e COFINS sobre receitas de exportação de serviços, bem como à expedição de Certidão Negativa de Débitos e a suspensão da inclusão do nome da impetrante no CADIN.
> 2. As receitas decorrentes das vendas de mercadorias e serviços para o exterior, após a Emenda Constitucional nº 33/01, restaram excluídas das bases de cálculos das contribuições sociais, *in casu*, das contribuições ao PIS e à COFINS.
> 3. Anteriormente, a Lei Complementar 70/91, ao instituir a contribuição para financiamento da Seguridade Social, já assegurava, no art. 7º, a isenção por ocasião da venda de mercadorias ou serviços para o exterior, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 85/96.
> 4. Os critérios para a fruição desse benefício, até então sem qualquer condição ou requisito, foi restringido a partir da Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho de 1999, pois impôs que houvesse o efetivo ingresso de divisas pela exportação de serviço, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, regra hoje prestigiada pela Lei 10.833/03.
> 5. Enquanto para a COFINS as receitas de exportações estariam excluídas de sua base de cálculo, desde que comprovado pelo exportador os requisitos traçados pelo Decreto nº 1.030/93, sem qualquer condição, até o advento da MP nº 1.858/99, quando deverá demonstrar que as exportações feitas geraram o ingresso de divisas ao País, em relação ao PIS, o mesmo não ocorre.
> (...)"
> (TRF3, AMS nº 277782, Turma Suplementar da Segunda Seção, Rel. Juíza Convocada ELIANA MARCELO, j. 21/08/2008, DJF3 DATA: 03/09/2008)

Por fim, em relação ao art. 170-A, do CTN, introduzido pela LC nº 104/2001, acolho o entendimento do C. STJ, exarado à luz de precedentes sujeitos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia, no sentido de sua não aplicação somente às ações ajuizadas anteriormente à vigência do referido dispositivo, conforme demonstra o seguinte precedente jurisprudencial:

> "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104 /2001.
> 1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.
> 2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização 'antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC nº 104 /2001. Precedentes.
> 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/08."
> (REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Portanto, no caso vertente, como a ação foi ajuizada anteriormente à vigência da LC nº 104/01, *i. e.*, em 02/03/1999, afasto a aplicação do art. 170-A, do CTN.

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação e à remessa oficial*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA:

Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença e, após fazê-lo, não tenho dúvidas em acompanhar a Senhora Relatora.

Com efeito, tendo a autora preenchido os requisitos necessários à fruição da isenção prevista no art. 7º, da Lei Complementar nº 70/91, nos termos do disposto no Decreto nº 1.030/93, faz jus à exclusão da receita oriunda da prestação de serviços à empresa domiciliada no exterior da base de cálculo da COFINS, e à consequente compensação do respectivo crédito.

Ante o exposto, também *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL*.

É o voto.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0027814-64.2001.4.03.6100
(2001.61.00.027814-7)

Apelante: SIEMENS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AMS 298175
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/12/2011

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. LEI Nº 10.168/2000. CONSTITUCIONALIDADE. ACORDO INTERNACIONAL. INAPLICABILIDADE. REMESSA AO EXTERIOR. CONTRATO. TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA. LEGITIMIDADE DA CONTRIBUIÇÃO.

I - A instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico exige que tal intervenção seja feita com apoio em lei; que o setor da economia esteja sendo desenvolvido pela iniciativa privada para que se possa configurar um ato de intervenção no domínio econômico, nos termos da Constituição; e que as finalidades sejam aquelas a que se referem os princípios mencionados no art. 170 do Texto Fundamental.

II - A intervenção a ser custeada foi criada pela Lei nº 10.168/2000, instituidora do *Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação*, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo (art. 1º, da Lei nº 10.168, de 2000), finalidade alinhada com os ditames constitucionais (CR/88, arts. 170, III, 174, 218 e 219).

III - Apreciando a constitucionalidade da exação em questão, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, reafirmou a inexigência de lei complementar para instituição de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, bem como a desnecessidade de vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte. (RE 492353 AgR/RS, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie).

IV - A CIDE em tela incide sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas na Lei nº 10.168/00 e alterações, ocorridos após a respectiva vigência, sendo irrelevante para fins tributários a data da celebração do contrato.

V - Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia, porquanto a discriminação legal diz respeito a contribuintes que não se encontram em situação equivalente, o que justifica o tratamento diferenciado conferido pela norma impositiva, entre as empresas que utilizam tecnologia nacional, e as que buscam a tecnologia no exterior.

VI - A distinção apresenta-se também em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que tendente a estimular a contratação do uso de marcas e patentes, e de serviços técnicos e de assistência prestadas por

pessoas domiciliadas no País, com fortalecimento do mercado interno e incremento da riqueza nacional.

VII - O acordo internacional firmado entre o Brasil e a República Federal da Alemanha, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 92/75 e promulgado pelo Decreto nº 76.988/76, não se aplica à CIDE em questão, uma vez que se restringe ao Imposto sobre a Renda.

VIII - Analisando o objeto do contrato encartado aos autos verifica-se a legitimidade da exigência da exação, porquanto sua execução envolve transferência de tecnologia, amoldando-se à disciplina constitucional e legal que rege a referida contribuição.

IX - 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, 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 REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado por *SIEMENS LTDA*, contra o ato do *SR. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO/SP*, com pedido de liminar, objetivando afastar a exigência do recolhimento da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, instituída pela Lei nº 10.168/00, incidente sobre o pagamento de *royalties* decorrentes de contratos de licença de uso de conhecimentos tecnológicos e transferência de tecnologia, firmados com empresa estrangeira.

Sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade da contribuição por não ter sido instituída por lei complementar, pela inexistência de afetação a uma finalidade constitucional que autorize sua criação, pela ausência do requisito essencial da referibilidade, bem como por violar os princípios da isonomia, da irretroatividade, da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito. Alega, ainda, ofensa ao Acordo Internacional firmado entre o Brasil e Alemanha para evitar a dupla tributação - Decreto nº 76.988/76 (fls. 02/60).

À inicial foram acostados os documentos de fls. 61/92.

O pedido de liminar foi postergado para após a vinda das informações (fl. 94), prestadas às fls. 100/118.

A medida liminar foi deferida em parte, para suspender a exigibilidade da aludida contribuição incidente sobre os contratos firmados anteriormente à sua instituição (fls. 119/121). Contra essa decisão a Impetrante e a União Federal interpuseram, respectivamente, os agravos de instrumento nºs 2001.03.00.038440-0 (fls. 128/175) e 2002.03.00.002562-3 (fls. 189/206), os quais restaram prejudicados.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 208/216).

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, denegando a segurança, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil (fls. 245/259).

A Impetrante opôs embargos de declaração (fls. 271/276), os quais foram rejeitados (fls. 278/279 e 292/293).

Na sequência, a Impetrante interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, reiterando os fundamentos aduzidos na inicial, pleiteando a reforma da sentença e concessão da segurança (fls. 302/361).

Com contrarrazões (fls. 366/374), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da apelação (fls. 386/395).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de apelação em mandado de segurança, cuja sentença de improcedência manteve a exigência do recolhimento da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei nº 10.168/00.

A apreciação da pretensão deduzida impõe análise ainda que breve da disciplina pertinente às contribuições de intervenção no domínio econômico.

O fundamento constitucional das contribuições repousa no art. 149, *caput*, *in verbis*:

> "Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

Nos §§ 2º a 4º desse artigo, na redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs 33, de 2001 e 42, de 2003, cuida a Lei Maior especialmente das contribuições sociais e interventivas, como segue:

> "§ 2º As *contribuições* sociais e *de intervenção no domínio econômico* de que trata o *caput* deste artigo:
> I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;
> II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;
> III - poderão ter alíquotas:
> a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o *valor da operação* e, no caso de importação, o valor aduaneiro;
> b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.
> § 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.
> § 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez." (destaquei).

Conforme já manifestei-me em obra doutrinária, "da análise contida no *caput* desse artigo emerge, claramente, a nota peculiar dessa espécie tributária: sua instituição está autorizada para que funcione como instrumento de atuação da União, estando atrelada ao

atendimento de uma das finalidades constitucionalmente apontadas" - social, de intervenção no domínio econômico ou de interesse de categorias profissionais ou econômicas (*Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 129).

Tais contribuições, na sempre lembrada lição de Roque Carrazza, são tributos qualificados constitucionalmente por suas finalidades (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 20ª ed. rev., atual. e ampl. até a EC 44/2004, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 535).

Desse modo, está a União autorizada a instituir contribuições destinadas ao custeio de sua atividade interventiva no domínio econômico, regido pelos arts. 170 a 181, da Constituição da República. Caracterizam-se por serem *tributos setoriais*, restando evidente sua natureza *extrafiscal*, porquanto constituem instrumentos autorizados à União voltados ao direcionamento do comportamento dos particulares, nos diversos segmentos do domínio econômico (Cf. meu *Curso* ..., cit., p. 133).

Releva destacar, ainda, que a autorização constitucional para a instituição de contribuições interventivas somente se aplica na hipótese de atuação da União na qualidade de *agente normativo e regulador da economia*, nos termos do art. 174, da Constituição da República.

Isso porque, quando a União explora diretamente atividade econômica, em regra em caráter subsidiário à iniciativa privada (art. 173, da Constituição da República), não terá necessidade de instituir tributo para custear tal atuação, uma vez que os recursos provenientes dessa exploração remunerarão as despesas decorrentes de seu desempenho.

Em outras palavras, a contribuição interventiva somente poderá ser exigida daqueles que explorarem, sob regime de direito privado, a atividade econômica objeto da regulação estatal.

Sendo assim, exige-se, para legitimar a instituição de contribuição interventiva, o atendimento dos seguintes requisitos: *i)* que a intervenção seja feita com apoio em lei; *ii)* que o setor da economia esteja sendo desenvolvido pela iniciativa privada para que se possa configurar um ato de intervenção no domínio econômico, nos termos da Constituição; e *iii)* que as finalidades sejam aquelas a que se referem os princípios mencionados no art. 170 do Texto Fundamental (cf. meu *Curso* ..., cit., p. 134).

Nesse cenário, a União instituiu a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, mediante a Lei nº 10.168, de 2000, assim expressa:

> "Art. 1º Fica instituído o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, *cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.*
> Art. 2º *Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.*
> § 1º Consideram-se, para fins desta Lei, *contratos de transferência de tecnologia* os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica."
> "omissis" (destaques meus).

A Lei nº 10.332, de 2001, veio a dar nova redação a esse texto normativo, incluindo novo parágrafo ao art. 2º, nos seguintes termos:

> "§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, *a contribuição de que trata o* caput *deste artigo* passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior
> § 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo." (destaquei).

Em 2007, nova alteração na Lei nº 10.168, de 2000 foi promovida pela Lei nº 11.452, de 2007, inserindo-lhe o § 1º-A ao art. 2º:

> "§ 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia" (destaques meus).

Posto isto, cumpre verificar se a lei instituidora da CIDE em tela atende aos mencionados requisitos, necessários a legitimar sua instituição.

Em primeiro lugar, a intervenção a ser custeada foi feita mediante lei, instituidora do *Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação*, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo (cf. art. 1º, da Lei nº 10.168, de 2000).

Em segundo lugar, trata-se de segmento que vem sendo desenvolvido pela iniciativa privada, qual seja, o de desenvolvimento tecnológico, ensejando a possibilidade de intervenção no domínio econômico, nos termos da Constituição.

Cabe registrar que a finalidade que qualifica a CIDE-*Royalties* afina-se aos ditames constitucionais, como facilmente extrai-se da Lei Maior, a teor de seus art. 218 e 219:

> "Art. 218. *O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.*
> § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.
> § 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.
> § 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

> § 4º - *A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.*
> § 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.
> Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal." (destaques meus).

A propósito, vale remarcar que tal finalidade coaduna-se com um dos princípios gerais da atividade econômica, qual seja, o da *função social da propriedade* (art. 170, III, CR), habilitando a União, portanto, a instituir a contribuição interventiva em foco, destinada a financiar programa de estímulo ao desenvolvimento tecnológico brasileiro.

A respeito da conexão existente entre a tributação e a função social da propriedade, já expressei-me em obra doutrinária:

> "Assim é que o dever de contribuir para a sustentação do Estado consubstancia um elemento constitutivo da função social da propriedade, revelando-se esta o fundamento mesmo da imposição tributária.
> Com efeito, na medida em que a titularidade do direito de propriedade pressupõe manifestação de riqueza, revela-se inegável que a tributação sobre ela incidente insere-se nos contornos da função social a ser por ela cumprida, especialmente à vista da ideia de justiça distributiva." (Cf. meu *Curso* ..., cit., p. 60).

Nessa esteira, não há que se falar em desvio de finalidade da CIDE em debate, nem em ausência de previsão constitucional a sua instituição.

De seu turno, impende destacar que a instituição de contribuições com fundamento no art. 149 da Constituição da República não exige lei complementar. Tal conclusão exsurge do fato de que a Constituição, quando quis determinar a instituição de tributo por meio de lei complementar, dispôs expressamente nesse sentido, como o fez em relação aos empréstimos compulsórios (art. 148); aos impostos de competência residual da União (art. 154, I) e às contribuições para o financiamento da seguridade social cujas bases de cálculo não são por ela apontadas expressamente (art. 195, § 4º).

Por outro lado, o art. 146, III, *a*, do texto constitucional, ao prescrever caber à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies, não infirma a assertiva, pois não impõe a instituição das contribuições a que se refere o art. 149 por meio de lei complementar. O Código Tributário Nacional, secundando a Constituição, abriga as normas gerais em matéria de legislação tributária, às quais o regime das contribuições, como os das demais espécies tributárias, devem observar (cf. STF, RE 396.266, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26.11.2003).

No que se refere à questão da referibilidade da exação, consoante leciona Estevão

Horvath, em obra monográfica sobre as contribuições de intervenção no domínio econômico, "a intervenção do Estado na atividade econômica é *pressuposto* para que a lei da União crie a exação, mas não é (ao menos não o é *necessariamente*) o seu critério material". E prossegue, afirmando que, "no entanto, se não se exige que o critério material consista numa atuação estatal, ele pode ser um ato do particular, *desde que tenha algum tipo de conexão com a atuação escolhida*".

Em consequência, conclui o autor que "*não se exige* que as pessoas atingidas pela atuação se beneficiem com a atuação. Elas (os sujeitos passivos) devem estar relacionadas com a finalidade (e, portanto, também ao fato escolhido como objeto de tributação - o critério material da hipótese de incidência), *porém* não precisam, necessariamente, experimentar nenhum benefício com a respectiva atuação estatal. Basta que o *setor* objeto de intervenção seja beneficiado" (*Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*, São Paulo, Dialética, 2009, pp. 122-123, destaques do original).

Assim, quanto à referibilidade da CIDE em tela em relação aos seus contribuintes, é suficiente que o segmento da ciência e tecnologia extraia benefícios com a atuação da União, o que se confirma uma vez que os recursos arrecadados com tal contribuição serão vertidos a investimentos nesse setor.

Apreciando a constitucionalidade da exação em questão, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, reafirmou, recentemente, a inexigência de lei complementar para instituição de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, bem como a desnecessidade de vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte, em acórdão assim ementado:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR E VINCULAÇÃO À ATIVIDADE ECONÔMICA: DESNECESSIDADE. ARTS. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, DA CF/88: OFENSA INDIRETA.
> 1. *O Supremo Tribunal Federal entende que é constitucional a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei nº 10.168/2000 em razão de ser dispensável a edição de lei complementar para a instituição dessa espécie tributária, e desnecessária a vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte. Precedentes.*
> 2. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal - legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa - podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário.
> 3. O fato de a decisão ter sido contrária aos interesses da parte não configura ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (RE 492353 AgR/RS, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.02.2011, destaque meu).

Destaque-se, outrossim, não ser obrigatória a definição da temporalidade da exigência da CIDE em questão, porquanto impossível ao legislador prever até quando a situação ensejadora de tal intervenção persistiria, assinalando prazo certo para a exigência da contribuição.

No que tange ao princípio da irretroatividade, como cediço a lei tributária não pode ser aplicada a fatos geradores ocorridos antes de sua vigência.

Entretanto, o fato gerador da CIDE em questão não é a celebração do contrato de transferência de tecnologia, mas "os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no caput e no § 2º deste artigo" (art. 2º, § 3º, da Lei nº 10.168/00).

De rigor, portanto, sua incidência sobre as remessas ocorridas após a sua vigência, como na espécie, pois a obrigação tributária decorre de lei, e não do negócio jurídico, sendo, pois, irrelevante a data de celebração do ajuste, não havendo que se falar em ofensa ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica.

Cumpre assinalar não existir, na espécie, ofensa ao princípio da isonomia, porquanto a discriminação legal diz respeito a contribuintes que não se encontram em situação equivalente, o que justifica o tratamento diferenciado conferido pela norma impositiva, entre as empresas que utilizam tecnologia nacional, e as que buscam a tecnologia no exterior.

Ademais, a distinção apresenta-se também em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que tendente a estimular a contratação do uso de marcas e patentes, e de serviços técnicos e de assistência prestados por pessoas domiciliadas no País, com fortalecimento do mercado interno e incremento da riqueza nacional.

De outra parte, também não vislumbro que a CIDE instituída pela Lei nº 10.168/2000 revista a natureza de imposto. Ensina Geraldo Ataliba que as contribuições são tributos vinculados "cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediatamente (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado" (*Hipótese de Incidência Tributária*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 134).

Tais espécies tributárias, portanto, podem revestir materialidade de imposto ou taxa, mas com eles não se confundem.

No caso, clara nas hipóteses de incidência da CIDE-*Royalties* sua vinculabilidade com atuação estatal indireta e mediatamente referida ao contribuinte - o que a diferencia das demais espécies tributárias - qual seja, o estímulo ao desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

Ademais, nítidos os aspectos fiscal e extrafiscal da contribuição em exame: a par de constituir instrumento de arrecadação de recursos para o financiamento da atuação da União no âmbito mencionado, produz os efeitos de desestimular a aquisição de tecnologia estrangeira, incentivando, por outro lado, o desenvolvimento e a utilização do conhecimento tecnológico brasileiro.

Outrossim, cumpre destacar a inexistência de *bis in idem* entre a CIDE em questão e o Imposto sobre a Renda. O fato de tratar-se de contribuição interventiva, cuja materialidade tem a natureza de imposto, não conduz à conclusão simplista de que o fato gerador de ambos seja o mesmo. Aliás, a indicação da base de cálculo da contribuição, no § 3º do art. 2º da Lei nº 10.168/2000, bem o demonstra, porquanto consiste no *valor da operação*, base de cálculo expressamente prevista no art. 149, § 2º, III, *a*, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001.

No tocante ao acordo internacional firmado entre o Brasil e a República Federal da Alemanha (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 92/75 e promulgado pelo Decreto nº

76.988/76), verifico que sua aplicação restringe-se ao Imposto sobre a Renda (art. 2º, do referido acordo - fls. 176/187), de modo que a limitação imposta pelo seu art. 12 não se aplica à presente contribuição de intervenção no domínio econômico.

Quanto à incidência da contribuição em decorrência de contrato de transferência de tecnologia, da análise da lei instituidora do tributo em tela (art. 2º da Lei nº 10.168/2000), emoldurada pela disciplina constitucional apontada, exsurge que somente pode ser exigida a CIDE-*Royalties* no universo *da ciência e da tecnologia*, não podendo alcançar relações jurídicas que a elas não digam respeito, sob pena de desvirtuamento da finalidade legitimadora de sua exigência.

Com efeito, se o que se pretende é o desenvolvimento tecnológico, mediante o incentivo à pesquisa científica nesse domínio, contribuição interventiva instituída para financiar a atuação da União com esse objetivo não pode alcançar situação a ele alheio.

Ora, tratando-se de "contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior" (art. 2º, *caput*), as hipóteses de incidência previstas no § 2º desse artigo, como expressamente diz a lei, *referem-se à contribuição de que trata o* caput e, assim, não podem ser alheias à exigência de que os contratos envolvam obtenção de tecnologia.

A corroborar tal entendimento, o ato normativo da própria Administração Pública Federal, qual seja, o Decreto nº 4.195, de 2002, regulamentador das Leis nºs 10.168/2000 e 10.332/2001, em seu art. 10, preceitua:

> "Art. 10. A contribuição de que trata o art. 2º da Lei nº 10.168, de 2000, incidirá sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de *royalties* ou remuneração, *previstos nos respectivos contratos, que tenham por objeto*:
> I - fornecimento de tecnologia;
> II - prestação de assistência técnica:
> a) serviços de assistência técnica;
> b) serviços técnicos especializados;
> III - serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes;
> IV - cessão e licença de uso de marcas; e
> V - cessão e licença de exploração de patentes." (destaque meu).

Note-se que, não basta a existência de um contrato que enseje uma remessa ou pagamento de *royalty* para o exterior para que incida a contribuição em tela. Ao arrolar, taxativamente, os objetos contratuais que poderão ensejar a incidência da CIDE em questão, tal ato normativo não deixou margem de dúvida quanto ao campo de aplicação da Lei nº 10.168/2000.

Marco Aurélio Greco, ao comentar a CIDE em análise, ensina a respeito desse aspecto:

> "Assim, diante de um contrato, é preciso identificar se o seu objeto é a obra ou a tecnologia nele incorporada. Se o contrato tem por objeto em si (obra material ou

intelectual) estará fora da área circunscrita pelo artigo 218 da CF/88 e, portanto, não pode ser alcançado pela contribuição que é instrumento de atuação da União. Se o objeto não for a obra em si, mas os conhecimentos que levaram à sua produção, então estaremos perante negócio jurídico que tem por objeto a tecnologia.

É o que ocorre em se tratando de *software*. Em si, ele é um conjunto de instruções a serem seguidas pela máquina. Criar um *software* é dispor de uma determinada maneira este conjunto de instruções para que a máquina funcione de certa maneira desejada. Como tal é uma obra intelectual, protegida pela Lei nº 9.609/98 pelo regime de proteção dos direitos autorais. O *software* em si é uma obra, mas a sua concepção e criação envolve conhecimentos especiais, vale dizer, uma tecnologia. Assim, à luz da distinção feita, adquirir o direito de usar o *software* é apenas adquirir o direito de vê-lo funcionar tal como foi concebido. É adquirir um direito que tem por objeto o produto (= obra). Muito diferente é adquirir o direito à respectiva tecnologia, pois isto implicaria ter acesso aos conhecimentos técnicos (fluxogramas, código-fonte, fórmulas matemáticas etc.) que fazem com que o *software* seja o que é.

Contrato que tenha por objeto o direito de uso do *software* em si ou mesmo autorização para sua exploração comercial, se desacompanhado do acesso aos conhecimentos científicos quanto à estruturação das instruções, fluxogramas etc., não é contrato que tem por objeto a tecnologia. O adquirente ou licenciado neste caso irá se beneficiar apenas das utilidades que o objeto pronto (*software*) lhe traz, mas não agregará ao seu acervo intelectual nenhum conhecimento tecnológico novo.

Só haverá negócio jurídico alcançado pelo preceito do artigo 218 da CF/88 se ele tiver por objeto a tecnologia (= conhecimento técnico) que faz com que o *software* seja o que ele é."

(*Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre Royalties*, *in* Revista Dialética de Direito Tributário nº 99, dezembro de 2003, p. 139).

E com a habitual lucidez, arremata:

"Conhecer tecnologia é permitir que outros produzam a mesma obra e o País alavanque seu desenvolvimento; por isso, é tão importante que desenvolvamos nossa própria tecnologia e não a adquiramos de terceiros.

Daí o perfil da Lei nº 10.168/2000 pois, de um lado, estimula a criação de tecnologia brasileira e, de outro lado, tributa os negócios jurídicos que *envolvam tecnologia estrangeira*.

Sublinhe-se que *envolvam tecnologia estrangeira* e não que envolvam *produtos* ou obras intelectuais estrangeiras."

(*Ob. cit.*, pp. 139-140, destaques do original).

Diante de tal quadro, extrai-se que a transferência de conhecimento tecnológico é condição indispensável para a incidência da CIDE-*Royalties*, sob pena de alargar-se a materialidade de suas hipóteses de incidência, em evidente ofensa à finalidade para a qual foi instituída.

No caso em tela, analisando o objeto do contrato encartado aos autos (fls. 71/81),

verifico a legitimidade da exigência da CIDE-*Royalites*, porquanto sua execução envolve transferência de tecnologia, amoldando-se à disciplina constitucional e legal que rege a referida contribuição.

Isto posto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO*.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

- Versando sobre a CIDE - contribuição de intervenção no domínio econômico, criada pela nº 10.168/2000, veja também o artigo doutrinário "Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - uma Visão Genérica e Preliminar", de autoria do Juiz Federal Marcelo Guerra Martins, publicado na RTRF3R 72/13, e os seguintes julgados: AMS 0028513-50.2004.4.03.6100/SP, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, publicado na RTRF3R 108/390 e AC 0020686-56.2002.4.03.6100, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, publicada na RTRF3R 109/439.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0033319-31.2004.4.03.6100
(2004.61.00.033319-6)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: JOHNSON E JOHNSON COM. E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO
Classe do Processo: AMS 293729
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/12/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. VENDAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS - ISENÇÃO DO PIS E COFINS - COMPENSAÇÃO.
1. No recente julgamento do RE 566621, o Colendo Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu ser de dez anos, no que toca aos processos distribuídos antes do advento da lei complementar nº 118/05, o prazo para pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação (Notícias STF de 04 de agosto de 2011).
2. Os artigos 5º, da Lei Federal nº 7.714/88, com a redação da Lei 9.004/95, e 7º da Lei Complementar 70/91, autorizam a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores referentes às receitas oriundas da exportação de produtos nacionais ao estrangeiro.
2. Nos termos do artigo 4º do Decreto-Lei nº 288/67, a exportação de mercadorias à zona franca de Manaus, equivale à exportação de produto brasileiro ao estrangeiro.
3. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de novembro de 2011.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator): Trata-se de apelação contra a r. sentença que, em ação mandamental, julgou procedente o pedido de compensação de PIS e COFINS incidentes sobre a venda de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus.

Nas razões de apelação, a União requer o julgamento de improcedência do pedido inicial.

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer.

Sentença sujeita à remessa oficial.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

VOTO

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

O Regime Jurídico da Prescrição

A Primeira Seção, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, já consolidou o entendimento da prescrição decenal para a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação. Confira-se:

> "TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. 'TESE DOS CINCO MAIS CINCO'. ENTENDIMENTO CONSAGRADO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP). AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, referente a pagamento indevido efetuado antes da entrada em vigor da LC 118/05, continua observando a 'tese dos cinco mais cinco' (REsp 1.002.932/SP, Rel Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJ 18/12/09).
> 2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC 118/05, que estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, por ofensa dos princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (AI nos EREsp 644.736/PE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, CE, DJ 27/8/07).
> 3. 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado' (Súmula 168/STJ).
> 4. Agravo regimental não provido."
> (STJ, Primeira Seção, AgRg nos EResp 1024745/SC, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, v. u., j. 13/04/2011, DJe 29/04/2011).

A par disso, no recente julgamento do RE 566621, o Colendo Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu ser de dez anos, no que toca aos processos distribuídos antes do advento da lei complementar 118/05, o prazo para pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação (Notícias STF de 04 de agosto de 2011).

A compensação está restrita aos créditos provados nas guias de recolhimento acostadas com a petição inicial, no período compreendido *entre novembro de 2004 e novembro de 1994*, não afetados pela prescrição.

O Mérito

O artigo 4º, do Decreto-Lei nº 288/67:

> "A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na zona franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos

os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro."

O artigo 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

"É mantida a zona franca de Manaus, com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição."

A exportação de mercadorias à zona franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro ao estrangeiro.

O artigo 5º da Lei Federal nº 7.714/88, com a redação da Lei 9.004/95, e artigo 7º da Lei Complementar 70/91, autorizam a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores referentes às receitas obtidas com a exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

A exclusão é válida, *também*, para as receitas oriundas de operações comerciais envolvendo produtos destinados à zona franca de Manaus.

O Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar na ADI nº 2348-9, suspendeu a eficácia da expressão "na zona franca de Manaus" contida na Medida Provisória nº 2.037-24 - revogadora da isenção do PIS e COFINS sobre o produto das vendas efetuadas na zona franca de Manaus (artigo 14, § 2º, I).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. ISENÇÃO. PIS E COFINS. PRODUTOS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS.

1. A interposição de embargos declaratórios é pressuposto do especial fundado na violação ao art. 535 do CPC, sob pena de não conhecimento do recurso quanto ao ponto, dada a ausência de prequestionamento.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

3. Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.

4. Nos termos do art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, da Constituição de 1988, a zona franca de Manaus ficou mantida 'com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, por vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição'. Ora,

entre as 'características' que tipificam a zona franca destaca-se esta de que trata o art. 4º do Decreto-lei 288/67, segundo o qual 'a exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na zona franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro'. Portanto, durante o período previsto no art. 40 do ADCT e enquanto não alterado ou revogado o art. 4º do DL 288/67, há de se considerar que, conceitualmente, as exportações para a zona franca de Manaus são, para efeitos fiscais, exportações para o exterior. Logo, a isenção relativa à COFINS e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à zona franca. Precedentes: RESP 223.405, 1ª T. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 01.09.2003 e RESP 653.721/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 26.10.2004)

5. 'O Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI nº 2348-9, suspendeu a eficácia da expressão "na zona franca de Manaus", contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP 2.037-24, de 23.11.2000, que revogou a isenção relativa à COFINS e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na zona franca de Manaus' (REsp 823.954/SC, 1ª T. Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.05.2006).

6. 'Assim, considerando o caráter vinculante da decisão liminar proferida pelo E. STF, e, ainda, que a referida ação direta de inconstitucionalidade esteja pendente de julgamento final, restam afastados, no caso concreto, os dispositivos da MP nº 2.037-24 que tiveram sua eficácia normativa suspensa' (REsp nº 677.209/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/02/2005).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido."

(REsp 1084380/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, por unanimidade; j. 19/03/2009, DJe 26/03/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ISENÇÃO. PIS E COFINS. PRODUTOS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. O art. 4º do DL 288/67 e o art. 40 do ADCT 'preserva a zona franca de Manaus como área de livre comércio, estendendo às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região os benefícios fiscais presentes nas exportações ao estrangeiro'. Consectariamente, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à zona franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sob esse enfoque, é assente nas Turmas de Direito Público que: 'O conteúdo do art. 4º do Dec. lei 288/67, foi o de atribuir às operações da zona franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.'

3. O art. 5º da Lei 7.714/88, com a redação dada pela Lei 9.004/95, bem como o art. 7º da Lei Complementar nº 70/91 autorizam a exclusão, da base de cálculo do

PIS e da COFINS respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.
4. Havendo equiparação dos produtos destinados à zona franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à COFINS e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à zona franca. Precedentes do STJ (RESP 223.405-MT, DJ de 01.09.2003, Relator Min. Humberto Gomes de Barros; RESP 144.785-PR, DJ de 16.12.2002, Relator Min. Paulo Medina).
5. O Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI 2348-9, suspendeu a eficácia da expressão 'na zona franca de Manaus', contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP 2.037-24, de 23.11.2000, que revogou a isenção relativa à COFINS e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na zona franca de Manaus.
6. Assim, considerando o caráter vinculante da decisão liminar proferida pelo E. STF, e, ainda, que a referida ação direta de inconstitucionalidade esteja pendente de julgamento final, restam afastados, no caso concreto, os dispositivos da MP 2.037-24 que tiveram sua eficácia normativa suspensa.
7. Recurso Especial desprovido."
(STJ, 1ª T., RESP 677209/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/12/2004, v. u., DJU 28/02/2005).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - TRIBUTO LANÇADO POR HOMOLOGAÇÃO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL: HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA - LC 118/2005 - APLICAÇÃO RETROATIVA - INCONSTITUCIONALIDADE - ZONA FRANCA DE MANAUS - PRESCRIÇÃO - REMESSA DE MERCADORIAS EQUIPARADA À EXPORTAÇÃO - CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI - ISENÇÃO DO PIS E DA COFINS - PRECEDENTES.
1. Declarada a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da LC 118/05, que determinava a aplicação retroativa do art. 3º do mencionado diploma legal, permanece rígido o entendimento consolidado pelo STJ, no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, é a data em que ocorrida essa, de maneira expressa ou tácita, regra que se aplica a todos os recolhimentos efetuados no período anterior à vigência da LC 118/05.
2. A destinação de mercadorias para a zona franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, em termos de efeitos fiscais, segundo interpretação do Decreto-lei 288/67.
3. Direito da empresa à isenção relativa às contribuições do PIS e da COFINS.
4. O Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI MC 2348-9, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, havia suspendido a eficácia da expressão 'na zona franca de manaus', contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP 2.037-24, de 23.11.2000, que revogara a isenção relativa à COFINS e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na zona franca de Manaus. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada pelo relator, com prejuízo da medida liminar deferida, porque não aditada a petição inicial após as sucessivas reedições da Medida Provisória 2.037/2000.
5. Entendimento do STJ inalterado em razão de ter sido excluída a expressão 'na

zona franca de Manaus' do texto do art. 14, § 2º, inciso I, nas reedições da MP 2.037/2000, acompanhando-se o entendimento do STF no julgamento da liminar na ADI MC 2348-9.
6. Recurso especial da empresa provido.
7. Recurso especial da Fazenda não provido."
(REsp 982666/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, por unanimidade, j. 26/08/2008, DJe 18/09/2008)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÕES. ZONA FRANCA DE MANAUS . EQUIVALÊNCIA. DL. Nº 288/67. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
1. Despicienda a alegação de contrariedade ao art. 535, II, do CPC, haja vista que não foram opostos embargos de declaração pela parte insurgente. Além disso, mostra-se destituída de razoabilidade as assertivas acerca da aplicabilidade do prazo prescricional encartado no art. 1º do Decreto 20.910/32, pois refoge da matéria efetivamente debatida nos autos.
2. A apreciação de pretensa violação a dispositivo de natureza constitucional mostra-se imprópria para a via eleita, por se tratar de matéria adstrita ao Supremo Tribunal Federal.
3. Esta Corte possui entendimento assente no sentido de que as operações envolvendo mercadorias destinadas à zona franca de Manaus são equiparadas à exportação, para efeitos fiscais, conforme disposições do Decreto-lei nº 288/67.
4. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa parte, não provido."
(REsp 802474/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, por unanimidade, j. 05/11/2009, DJe 13/11/2009)

** * * O regime jurídico da compensação * * **

O regime aplicável à compensação é o *vigente ao tempo da propositura da ação*, conforme assentado no julgamento do Resp 1.137.738/SP, relator o Min. Luiz Fux.
Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização,

autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada 'Restituição e compensação de Tributos e Contribuições', determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: 'Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração'.
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber:
'Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.'
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005,

pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte propria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu *in casu*; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
(...)
17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008".
(STJ, Primeira Seção, Resp nº 1.137.738?SP, Relator Ministro Luiz Fux, v. u., Dje: 01/02/2010)

No caso concreto, a ação foi ajuizada *em 30 de novembro de 2004* (fls. 02). O regime jurídico da compensação é o previsto na Lei Federal nº 10.637/2002, que dispõe:

"Artigo 49 - O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:
'Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.
§ 1º A compensação de que trata o "caput" será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.
§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação'."

A compensação está restrita aos créditos provados nas guias de recolhimento acostadas com a petição inicial, não afetados pela prescrição (fls. 71/133).

Observo que esta tutela jurisdicional reconhece apenas o *direito à* compensação e seus limites.

Fica ressalvado o direito potestativo da Administração para fiscalizar o procedimento e os valores apurados pelo contribuinte.

A atualização monetária deve ser feita nos termos da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

- Sobre a isenção de PIS/COFINS nas operações com a Zona Franca de Manaus, veja também a decisão proferida no Ag 2004.03.00.057990-0/SP, Relator Desembargador Federal Fábio Prieto, publicada na RTRF3R 77/164 e o seguinte julgado: ApelReex 0010645-25.2005.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, publicado na RTRF3R 104/326.

AÇÃO RESCISÓRIA
0000443-82.2007.4.03.0000
(2007.03.00.000443-5)

Autora: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Ré: APPARECIDA GIAFFONE
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES
Classe do Processo: AR 5139
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. IOF. ART. 1º, IV, LEI Nº 8.033/90. PRELIMINARES NÃO ACOLHIDAS.

1. A preliminar de decadência do direito de ajuizar a rescisória já foi afastada por meio das decisões de fls. 287/291 e 323/324.

2. Preliminar de inadequação dos argumentos utilizados na peça exordial face aos termos do v. acórdão rescindendo afastada: o v. acórdão aqui questionado entendeu que o inciso IV do art. 1º da Lei nº 8.033/90 violou o art. 146, III, *a* da CF/88, uma vez que, devido ao fato de a hipótese de incidência do IOF não estar prevista no CTN, apenas poderia ser veiculada por meio de lei complementar, sendo certo que a União, na inicial da presente ação, pretendeu demonstrar que a exação aqui combatida encontra seu fundamento de validade tanto no art. 63, IV do CTN, quanto no art. 153, V da CF/88, e que, via de consequência, o art. 1º, IV da Lei nº 8.033/90 não violou o art. 146, III, *a* da CF/88.

3. Preliminar de decurso do tempo para constituição do crédito tributário afastada: o decurso do prazo decadencial está nitidamente vinculado ao fato de existir liberdade para o sujeito ativo da obrigação tributária agir, ou seja, se o Fisco não pode constituir o crédito tributário em razão da ordem judicial deferida na demanda original, resta evidenciado que há um óbice jurídico vedando-lhe a atuação. Assim, existindo um impedimento alheio à sua vontade, não há que se cogitar de inércia do Fisco.

4. A questão abordada na presente ação rescisória, referente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do inciso IV do art. 1º da Lei nº 8.033/90, já foi alvo da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 95.03.056130-2/SP, tendo o E. Órgão Especial deste E. Tribunal decidido pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal.

5. Esta relatora, posteriormente, no julgamento da Ação Rescisória nº 2007.03.00.021089-8 (relator Desembargador Federal Carlos Muta), votou no sentido de julgar procedente o pedido, acolhendo a tese da constitucionalidade da tributação.

6. Analisando mais detidamente a questão, verifico que o precedente citado na ocasião do julgamento acima mencionado (RE nº 286.997-0/RS) não tem força vinculante, por se tratar de decisão monocrática, proferida nos termos do art. 557 do CPC.

7. O RE nº 223.144-2, também citado por ocasião daquele julgamento, se refere à matéria diversa da aqui versada, uma vez que decidiu acerca da constitucionalidade do inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.033/90 (IOF sobre a transmissão ou resgate de títulos a valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de

curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias), ao passo que o que se pretende nesta ação rescisória (bem como o que se almejou na de nº 2007.03.00.021089-8), é que seja declarado válido o inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8.033/90 (transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas).

8. Levando-se em consideração o reconhecimento do E. Supremo Tribunal Federal de repercussão geral acerca da matéria aqui debatida (RE nº 583.712-2/SP), não havendo, portanto, qualquer decisão de caráter vinculante no âmbito daquele tribunal, há que ser mantido o entendimento proferido pelo E. Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 95.03.056130-2/SP, no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8.033/90.

9. Em consequência da integral sucumbência da União, fixo a verba honorária em 10% sobre o valor da causa, devidamente corrigido desde o ajuizamento da ação.

10. Preliminares rejeitadas e ação rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar, suscitada pela Desembargadora Federal REGINA COSTA, de não cabimento da ação rescisória, em razão da vinculação ao entendimento proferido pelo E. Órgão Especial desta Corte nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 95.03.056130-2, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO (em antecipação de voto), CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, o Juiz Federal Convocado NINO TOLDO e o Desembargador Federal MÁRCIO MORAES; vencidos os Desembargadores Federais NERY JÚNIOR, REGINA COSTA, o Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI e a Desembargadora Federal MARLI FERREIRA; e, também por maioria, rejeitou as preliminares suscitadas pelas partes e julgou improcedente o pedido, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais NERY JÚNIOR, CONSUELO YOSHIDA, REGINA COSTA, os Juízes Federais Convocados NINO TOLDO e SANTORO FACCHINI, e a Desembargadora Federal MARLI FERREIRA; vencidos os Desembargadores Federais CARLOS MUTA e MÁRCIO MORAES, que julgavam procedente o pedido e, em juízo rescisório, davam provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2011.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de ação rescisória com pedido de antecipação de tutela proposta pela União com o objetivo de rescindir o v. acórdão proferido pela E. Quarta Turma, que afastou a incidência

do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) sobre a transmissão de ações de companhias abertas e das bonificações decorrentes.

A ação foi proposta em 05/01/07, tendo sido atribuído à causa o valor de R$ 3.400,00.

O contribuinte apresentou contestação às fls. 212/232.

A antecipação de tutela foi deferida, tendo a ré veiculado pedido de reconsideração (fls. 309/311), o qual foi indeferido (fls. 323/324).

Réplica às fls. 295/302.

Razões finais de ambas as partes às fls. 329/334 e 343/352.

Parecer do Ministério Público Federal pela procedência da ação rescisória.

Dispensada a revisão regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de ação rescisória com pedido de antecipação de tutela proposta pela União com o objetivo de rescindir o v. acórdão proferido pela E. Quarta Turma, que afastou a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) sobre a transmissão de ações de companhias abertas e das bonificações decorrentes.

Alega a União, em síntese, que as razões que levaram este E. Tribunal a declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, IV da Lei nº 8.033/90 não mais prevalecem, afastadas que foram pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 223.144-2/SP, 286.997-0/RS e 218.287/SC.

Conclui a União afirmando que o artigo questionado é constitucional, estando o v. acórdão proferido pela E. Quarta Turma em desacordo com o entendimento da Suprema Corte, razão pela qual pleiteia a sua rescisão, devendo ser prolatado, em substituição, novo julgamento, no qual se declare a validade do art. 1º, IV da Lei nº 8.033/91.

Antes de apreciar o mérito da presente ação rescisória, cumpre analisar as preliminares suscitadas pela parte ré em sua contestação.

Inicialmente, a preliminar de decadência do direito de ajuizar a rescisória já foi afastada por meio das decisões de fls. 287/291 e 323/324.

Melhor sorte não assiste à ré no que tange à alegada deficiência da fundamentação da ação rescisória, sob a alegação de que os argumentos utilizados na peça exordial não teriam atacado os termos do v. acórdão rescindendo.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o v. acórdão aqui questionado entendeu que o inciso IV do art. 1º da Lei nº 8.033/90 violou o art. 146, III, *a* da CF/88, uma vez que, devido ao fato de a hipótese de incidência do IOF não estar prevista no CTN, apenas poderia ser veiculada por meio de lei complementar.

Ora, a União, na inicial da presente ação, pretendeu demonstrar que a exação aqui combatida encontra seu fundamento de validade tanto no art. 63, IV do CTN, quanto no art. 153, V da CF/88, e que, via de consequência, o art. 1º, IV da Lei nº 8.033/90 não violou o art. 146, III, *a* da CF/88.

Não há, portanto, que se falar que o que pretendeu a União foi dar à rescisória caráter recursal, com o intuito de discutir a injustiça da decisão transitada em julgado.

Merece, igualmente, ser afastada a preliminar de decadência do direito da União

de constituir o crédito tributário, nos termos do art. 173 do CTN.

Entendo que o decurso do prazo decadencial está nitidamente vinculado ao fato de existir liberdade para o sujeito ativo da obrigação tributária agir, ou seja, se o Fisco não pode constituir o crédito tributário em razão da ordem judicial deferida na demanda original, resta evidenciado que há um óbice jurídico vedando-lhe a atuação. Assim, existindo um impedimento alheio à sua vontade, não há que se cogitar de inércia do Fisco.

Aceitar o decurso do prazo decadencial, neste caso, implicaria admitir a desfiguração do instituto, assim como do sentido da norma jurídica, uma vez que representaria impor uma sanção a quem cumpriu uma norma jurídica concreta e individual, qual seja, a ordem judicial, ensejando um estado de incerteza jurídica e desprestígio do próprio senso de justiça, porquanto haveria necessidade de o Fisco descumprir a ordem judicial para manter a possibilidade do exercício de seu direito. A decisão judicial, mesmo que provisória, caracteriza uma coação, impedindo a declaração de vontade por parte do titular do direito e obstando o seu exercício.

Superadas essas questões, prossigo.

A questão abordada na presente ação rescisória, referente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do inciso IV do art. 1º da Lei nº 8.033/90, já foi alvo da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 95.03.056130-2/SP, tendo o E. Órgão Especial deste E. Tribunal decidido pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, em acórdão que seguiu assim ementado:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. Recolhimento do IOF incidente sobre a transmissão de ações de companhias abertas e das consequentes bonificações emitidas. Aplicação do art. 146, III, 'a', da CR/88. I- Em atenção ao que dispõe o art. 14, III, 'a', da Constituição da República, a hipótese de incidência tributária do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF (art. 1º, IV, da Lei nº 8.033/90), por não se encontrar prevista pelo Código Tributário Nacional, apenas poderia ser veiculada por meio de lei complementar. II- Inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8033/90 reconhecida" (TRF3, Órgão Especial, INAMS nº 95.03.056130-2/SP, relatora Desembargadora Federal Lucia Figueiredo, j. 21/05/98).

É certo que esta relatora, posteriormente, no julgamento da Ação Rescisória nº 2007.03.00.021089-8 (relator Desembargador Federal Carlos Muta), votou no sentido de julgar procedente o pedido, acolhendo a tese da constitucionalidade da tributação.

No entanto, analisando mais detidamente a questão, verifico que o precedente citado na ocasião do julgamento acima mencionado (RE nº 286.997-0/RS) não tem força vinculante, por se tratar de decisão monocrática, proferida nos termos do art. 557 do CPC.

Registro, ainda, que o RE nº 223.144-2, também citado por ocasião daquele julgamento, se refere à matéria diversa da aqui versada, uma vez que decidiu acerca da constitucionalidade do inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.033/90 (IOF sobre a transmissão ou resgate de títulos a valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias), ao passo que o que se pretende nesta ação rescisória (bem como o que se almejou na de nº 2007.03.00.021089-8), é que seja declarado válido o inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8.033/90 (transmissão de

ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas).

Assim, levando-se em consideração o reconhecimento do E. Supremo Tribunal Federal de repercussão geral acerca da matéria aqui debatida (RE nº 583.712-2/SP), não havendo, portanto, qualquer decisão de caráter vinculante no âmbito daquele tribunal, há que ser mantido o entendimento proferido pelo E. Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 95.03.056130-2/SP, no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8033/90.

Em consequência da integral sucumbência da União, fixo a verba honorária em 10% sobre o valor da causa, devidamente corrigido desde o ajuizamento da ação.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas e julgo improcedente o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, I do CPC.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR: Cuida-se de ação rescisória interposta pela União, com fundamento no inciso V do artigo 485 do CPC, visando à desconstituição da decisão proferida pela Quarta Turma e a prolação de novo julgamento em que se declare a validade do artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.033/90.

Iniciado o julgamento, a Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, rejeitou as preliminares levantadas pelas partes e julgou improcedente o pedido.

Foi então suscitada, pela Desembargadora Federal Regina Costa, *preliminar de não cabimento da ação rescisória*, em razão da vinculação ao entendimento proferido pelo E. Órgão Especial desta Corte nos autos da argüição de inconstitucionalidade nº 95.03.056130-2.

A Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, também, rejeitou essa preliminar.

Eminentes pares, pedi vista para analisar com maior precisão a preliminar de não cabimento da ação rescisória.

A ação rescisória não se destina a revisar a justiça da decisão. É ação que inaugura nova relação jurídico-processual, sujeitando-se às condições da ação e aos pressupostos processuais de validade e de existência. Conforme disposto no Código de Processo Civil é imprescindível ao processamento da rescisória que a mesma amolde-se a umas das hipóteses elencadas no artigo 485.

A presente rescisória deve ser indeferida, pois carente a ação. Ausente o interesse processual, uma vez que não está presente a hipótese prevista no inciso V do art. 485 do CPC.

Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se “recurso” ordinário com prazo de interposição de dois anos (REsp nº 9.086-SP).

In casu, o Órgão Especial desta Corte respeitando a cláusula de reserva de plenário

prevista no artigo 97 da Constituição Federal, declarou a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 1º, da Lei nº 8.033/90, na argüição de inconstitucionalidade nº 95.03.056130-2, com julgamento datado de 21/5/1998.

O acórdão que se pretende rescindir, cujo julgamento ocorreu em 18/8/1999, adotou o entendimento firmado pelo Órgão Especial declarando a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 1º, da Lei nº 8.033/90. Aliás, outro não poderia ser o entendimento adotado da Turma Julgadora, pois uma vez declarada a inconstitucionalidade as Seções e Turmas desta Corte ficam vinculadas ao entendimento fixado pelo Órgão Especial.

A vinculação só cessará caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso. Neste ponto, ressalte-se que a E. Corte Constitucional no processo RE nº 583712, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (constitucionalidade do inciso IV, do artigo 1º da Lei nº 8.033/90), porém tal feito ainda não foi julgado, não havendo nenhuma decisão com força vinculante capaz de esvaziar os efeitos do decidido pelo Órgão Especial desta Corte.

Prevalece, portanto, no âmbito deste Regional, o entendimento exarado pelo Órgão Especial na argüição de inconstitucionalidade nº 95.03.056130-2, que declarou inconstitucional o inciso IV, do artigo 1º da Lei nº 8.033/90.

Isto posto, não poderia a Quarta Turma julgar de forma diversa do que o fez, de modo que inexiste a alegada violação literal a dispositivo de lei, requisito essencial ao conhecimento da ação rescisória.

Acolho a preliminar de não cabimento da ação rescisória levantada pela Desembargadora Federal Regina Costa.

Prosseguindo o julgamento, vencido na liminar de não cabimento da ação rescisória levantada pela Desembargadora Federal Regina Costa, quanto às demais preliminares levantadas pelas partes e quanto ao mérito, acompanho os termos do bem lançado voto da e. Relatora, julgando *improcedente* o pedido.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR

APELAÇÃO CÍVEL
0005261-02.2010.4.03.6102
(2010.61.02.005261-9)

Apelantes: EDUARDO RIBEIRO RALSTON E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: AC 1673439
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/12/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS. CONTRIBUIÇÃO. ARTS. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da LEI Nº 8.212/91. LEI Nº 10.256/2001. EXIGIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. ART. 543-B DO CPC. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Com a edição das Leis nºs 8.212/91 - PCPS - Plano de Custeio da Previdência Social e Lei nº 8.213/91 - PBPS - Plano de Benefícios da Previdência Social, a contribuição sobre a comercialização de produtos rurais teve incidência prevista apenas para os segurados especiais (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar (Lei nº 8.212/91, Art. 12, VII e CF/88, Art. 195, § 8º), à alíquota de 3%. O empregador rural pessoa física contribuía sobre a folha de salários, consoante a previsão do art. 22.

2. O art. 1º da Lei nº 8.540/92 deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, cuidando da tributação da pessoa física e do segurado especial. A contribuição do empregador rural, antes sobre a folha de salários, foi substituída pelo percentual de 2% incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção rural para o pagamento dos benefícios gerais da Previdência Social, acrescido de 0,1% para financiamento dos benefícios decorrentes de acidentes de trabalho.

3. Quanto aos segurados especiais, a Lei nº 8.540/92 reduziu a sua contribuição de 3% para 2% incidente sobre a receita bruta da comercialização da produção rural e instituiu a contribuição de 0,1% para financiamento da complementação dos benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, além de possibilitar a sua contribuição facultativa na forma dos segurados autônomos e equiparados de então.

4. O art. 30 impôs ao adquirente/consignatário/cooperativas o dever de proceder à retenção do tributo.

5. Os ministros do Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciarem o RE 363.852, em 03.02.2010, decidiram que a alteração introduzida pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92 infringiu o § 4º do art. 195 da Constituição na redação anterior à Emenda 20/98, pois constituiu nova fonte de custeio da Previdência Social, sem a observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto.

6. A decisão do STF diz respeito apenas às previsões legais contidas nas Leis nºs

8.540/92 e 9.528/97 e aborda somente as obrigações subrogadas da empresa adquirente, consignatária ou consumidora e da cooperativa adquirente da produção do empregador rural pessoa física (no caso específico o "Frigorífico Mataboi S/A").
7. O STF não tratou das legislações posteriores relativas à matéria, até porque o referido Recurso Extraordinário foi interposto na Ação Ordinária nº 1999.01.00.111.378-2, o que delimitou a análise da constitucionalidade da norma no controle difuso ali exarado.
8. O RE 363.852 não afetou a contribuição devida pelo segurado especial, quanto à redução de contribuição prevista pelos mesmos incisos I e II, do artigo 25, da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 8.540/92, como retro mencionado. Portanto, não houve declaração de inconstitucionalidade integral da norma, mas apenas em relação ao fato gerador específico e à ampliação do rol de sujeitos passivos (contribuição sobre a receita bruta da comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física), permanecendo válidos e constitucionais os incisos I e II do artigo 25 da norma legal ventilada.
9. A Emenda Constitucional nº 20/98 deu nova redação ao artigo 195 da CF/88 e permitiu a cobrança também sobre a receita de contribuição do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada.
10. Em face do permissivo constitucional (EC nº 20/98), a "receita" passou a fazer parte do rol de fontes de custeio da Seguridade Social. A conseqüência direta dessa alteração é que, a partir de então, foi admitida a edição de lei ordinária para dispor acerca da exação em debate nesta lide, afastando definitivamente a exigência de lei complementar como previsto no disposto do artigo 195, § 4º, com a observância da técnica da competência legislativa residual (art. 154, I).
11. Editada após a Emenda Constitucional nº 20/98, a Lei nº 10.256/2001 deu nova redação ao artigo 25 da Lei nº 8.212/91 e alcançou validamente as diversas receitas da pessoa física, ao contrário das antecessoras, Leis nºs 8.540/92 e 9.528/97, surgidas na redação original do art. 195, I, da CF/88 e inconstitucionais por extrapolarem a base econômica vigente.
12. Não cabe o argumento de que os incisos I e II foram declarados inconstitucionais e, portanto, inexiste a fixação de alíquota, o que tornaria a previsão do *Caput* "letra morta". Na hipótese, não houve declaração de inconstitucionalidade integral da norma, mas apenas em relação ao fato gerador específico e à ampliação do rol de sujeitos passivos (contribuição sobre a receita bruta da comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física), permanecendo válidos e constitucionais os incisos I e II do artigo 25 da norma legal ventilada quanto ao segurado especial.
13. Com a modificação do *Caput* pela Lei nº 10.256/2001, aplicam-se os incisos I e II também ao empregador rural pessoa física.
14. O empregador rural pessoa física não se enquadra como sujeito passivo da COFINS, por não ser equiparado à pessoa jurídica pela legislação do imposto de renda (Nota Cosit nº 243, de 04/10/2010), não se podendo falar, assim, em "bis in idem", mas apenas a tributação de uma das bases econômicas previstas no art. 195, I, da CF, sem qualquer sobreposição.
15. A contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, vem em substituição à contribuição incidente sobre a folha de salários, a cujo pagamento estaria obrigado na condição de empregador, mas foi dispensado pela Lei nº 10.256/2001.

16. Nos termos do artigo 30, III, da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 11.933/2009, cabe à empresa adquirente, consumidora ou consignatária e à cooperativa a obrigação de recolher a contribuição de que trata o artigo 25, da Lei nº 8.212/91 até o dia 20 do mês subseqüente ao da operação de venda ou consignação da produção.
17. São devidas as contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta da comercialização de produtos pelo empregador rural pessoa física, a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.256/01.
18. Quanto ao prazo prescricional para a repetição, vinha se adotando o posicionamento pacificado no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, adotado por sua Primeira Seção, a qual decidiu no regime de Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC), por unanimidade, (Recurso Especial Repetitivo nº 1002932/SP), que, na hipótese de pagamentos indevidos realizados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.05), aplica-se a tese que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.
19. Todavia, em 11/10/2011, o Supremo Tribunal Federal disponibilizou no Diário de Justiça Eletrônico, o V. Acórdão do RE 566.621, apreciado pelo Pleno da Suprema Corte, que entendeu pela aplicabilidade da Lei Complementar nº 118/2005 *ÀS AÇÕES AJUIZADAS* após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, *a partir de 9 de junho de 2005*. A partir da publicação do supracitado Acórdão não há mais como prevalecer o entendimento então sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o RE 566.621 foi proferido no regime previsto no artigo 543-B, § 3º, do CPC.
20. Aqueles que *AJUIZARAM AÇÕES ANTES* da entrada em vigor da LC 118/05 (*09/06/2005*) têm direito à repetição das contribuições recolhidas no período de DEZ ANOS anteriores ao ajuizamento da ação, limitada ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da nova lei (art. 2.028 do Código Civil). No tocante *ÀS AÇÕES AJUIZADAS APÓS* a vigência da LC 118/05, o prazo prescricional é de *CINCO ANOS*.
21. Os honorários advocatícios foram fixados conforme a complexidade da demanda e a teor do entendimento desta Turma em causas com teses semelhantes, nos termos do artigo 20, § 4º do CPC, pelo que devem ser mantidos, até porque a autora não sucumbiu totalmente na demanda.
22. Apelação da autora a que se nega provimento. Remessa Oficial, tida por determinada e apelação da União parcialmente providas, para julgar improcedente o pedido inicial.

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, em negar provimento à apelação da autora e dar parcial provimento à Remessa Oficial, tida por determinada e à apelação da União, para julgar improcedente o pedido inicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2011.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações interpostas pela autora e pela União em face de sentença (fls. 315/319v) que julgou parcialmente procedente ação declaratória cumulada com pedido de repetição de indébito, em face da UNIÃO, pretendendo, em síntese, obter a suspensão da exigibilidade da contribuição sobre a produção rural de pessoa física, prevista nos artigos 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com a alteração legislativa pela Lei nº 8.540/92, bem assim evitar a retenção imposta pelo art. 30 da Lei nº 8.212/91 e compensar os recolhimentos feitos a esse título.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para assegurar a repetição dos valores recolhidos anteriormente ao transcurso do prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da vigência da Lei nº 10.256/2001, observada a prescrição decenal. Honorários advocatícios pela autora em R$ 2.500,00.

A autora apela, alegando que a base de cálculo da contribuição referida não se enquadra no conceito de folha de salário, faturamento, receita ou lucro, previstos no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. Desta forma, por se tratar de nova fonte de custeio, a iniciativa de sua criação deveria ocorrer mediante a aprovação de Lei Complementar, nos termos do § 4º do art. 195 c/c art. 154, inciso I, ambos da Constituição Federal.

Sustenta que a única contribuição incidente sobre o resultado da comercialização da produção é a prevista no art. 195, § 8º, da CF, que faz referência apenas ao segurado especial, não incluindo outras classes de contribuintes.

Aduz que a decisão proferida pelos ministros do Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE 363.852 suspendeu a cobrança da referida contribuição e que foi fundamentada no fato de que a alteração introduzida pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92 infringiu o § 4º do art. 195 da Constituição na redação anterior à Emenda 20/98, pois constituiu nova fonte de custeio da Previdência Social, sem a observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto.

Assim, alega, indevida a contribuição mesmo após a edição da Lei nº 10.256/2001. A União apelou, afirmando que a prescrição aplicada à hipótese é quinquenal, contada do fato gerador, nos termos da Lei Complementar nº 118/2005, bem como que a contribuição em tela é legal e constitucional, pleiteando, ainda, a majoração dos honorários advocatícios.

Apelação contrarrazoada, subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

Tenho a Remessa Oficial por determinada, nos termos do artigo 475 do CPC.

DIGRESSÃO HISTÓRICA

O Serviço Social Rural, criado pela Lei 2.613/55, estabeleceu benefícios de caráter previdenciário para os trabalhadores rurais.

Para financiar o sistema, a mesma norma legal criou um adicional de 0,3% sobre

os salários de contribuição devido pelos empregadores que contribuíam, à época, para os Institutos (caixas) de Aposentadorias e Pensões existentes antes da unificação no Instituto Nacional de Previdência Social.

Posteriormente, a Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural) assegurou diversas garantias ao rurícola, custeadas pelo Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, a cargo do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários - IAPI.

A Lei nº 4.863/65, no seu artigo 35, § 2º, VIII, majorou para 0,4% a alíquota do já mencionado adicional.

O Decreto-lei nº 1.146/70 regulou, em seu artigo 3º, a referida majoração e deu novos contornos à matéria, dividindo em duas a receita até então existente (prevista na Lei nº 2.613/55, no art. 6º do Decreto-Lei nº 582/69 e no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.110/70): uma para o INCRA (50%) e outra para atender ao FUNRURAL (50%).

Como a contribuição era de 0,4% sobre os salários de contribuição, o rateio acabou fixado em 0,2% para cada um.

Conforme a LC 11/71 (posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 16/73 e pela Lei nº 7.604/87) o FUNRURAL passou a gerir um novo programa chamado PRORURAL, que ficou incumbido das prestações de aposentadoria elencadas no seu artigo 2º. O art. 15 estabeleceu as fontes de custeio do Prorural, no item I quanto à fixação da contribuição de 2% (dois por cento) devida pelo produtor rural sobre o valor comercial dos produtos rurais e elevou, no item II, a contribuição prevista no art. 3º do Decreto-Lei nº 1.146 para 2,6%, cabendo 2,4% ao FUNRURAL.

O Decreto nº 83.081/79, III (redação alterada pelo Decreto nº 90.817/85) estabeleceu o custeio da Previdência Social do Trabalhador Rural pela contribuição da empresa em geral, vinculada à Previdência Social Urbana, à alíquota de 2,4%.

O serviço previdenciário ficou a cargo do FUNRURAL cujo sistema permaneceu até a edição da Lei 7787/89 que, obedecendo ao previsto nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal de 1988, unificou os sistemas urbano e rural de Seguridade Social. Destaco que a Lei nº 7.787/89 não revogou a contribuição sobre a comercialização dos produtos rurais (art. 15, II da LC nº 11/71), o que só ocorreu com a edição da Lei nº 8.213/91, que em seu art. 138 assim dispôs:

> "Ficam extintos os regimes de Previdência Social pela LC 11, de 25 de maio de 1971, e pela Lei nº 6.260, de 6 de novembro de 1975, sendo mantidos, com valor não inferior ao do salário-mínimo, os benefícios concedidos até a vigência desta Lei."

Com a edição das Leis nºs 8.212/91 - PCPS - Plano de Custeio da Previdência Social e Lei nº 8.213/91 - PBPS - Plano de Benefícios da Previdência Social, a contribuição sobre a comercialização de produtos rurais teve incidência prevista apenas para os segurados especiais (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar (Lei nº 8.212/91, Art. 12, VII e CF/88, Art. 195, § 8º), à alíquota de 3%.

O empregador rural pessoa física contribuía sobre a folha de salários, consoante a previsão do art. 22.

O art. 1º da Lei 8.540/92 deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei 8.212/91, cuidando da tributação da pessoa física e do segurado especial. A contribuição do empregador rural, antes sobre a folha de salários, foi substituída pelo percentual de 2% incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua

produção rural para o pagamento dos benefícios gerais da Previdência Social, acrescido de 0,1% para financiamento dos benefícios decorrentes de acidentes de trabalho.

Quanto aos segurados especiais, a Lei nº 8.540/92 reduziu a sua contribuição de 3% para 2% incidente sobre a receita bruta da comercialização da produção rural e instituiu a contribuição de 0,1% para financiamento da complementação dos benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, além de possibilitar a sua contribuição facultativa na forma dos segurados autônomos e equiparados de então.

O art. 30 impôs ao adquirente/consignatário/cooperativas o dever de proceder à retenção do tributo.

Confira-se:

> "Art. 12:
> V-
> a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;
> Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física e do segurado especial referidos, respectivamente, na alínea 'a' do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada a Seguridade Social, é de:
> I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;
> II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.
> 1º O segurado especial de que trata este artigo, além da contribuição obrigatória referida no *caput* poderá contribuir, facultativamente, na forma do art. 21 desta lei.
> 2º A pessoa física de que trata a alínea *a* do inciso V do art. 12 contribui, também, obrigatoriamente, na forma do art. 21 desta lei.
> 3º Integram a produção, para os efeitos deste artigo, os produtos de origem animal ou vegetal, em estado natural ou submetidos a processos de beneficiamento ou industrialização rudimentar, assim compreendidos, entre outros, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, secagem, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem, torrefação, bem como os subprodutos e os resíduos obtidos através desses processos.
> 4º Não integra a base de cálculo dessa contribuição a produção rural destinada ao plantio ou reflorestamento, nem sobre o produto animal destinado a reprodução ou criação pecuária ou granjeira e a utilização como cobaias para fins de pesquisas científicas, quando vendido pelo próprio produtor e quem a utilize diretamente com essas finalidades, e no caso de produto vegetal, por pessoa ou entidade que, registrada no Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, se dedique ao comércio de sementes e mudas no País.
> Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:
> III - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa são obrigadas a recolher a contribuição de que trata o art. 25, até o dia 2 do mês subseqüente ao da operação de venda ou consignação da produção, independentemente

de estas operações terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, na forma estabelecida em regulamento;"

Posteriormente, veio a lume a Lei nº 8.870/94, a qual determinou, em seu artigo 25, que os empregadores rurais pessoas jurídicas também deixassem de recolher sobre a folha de salários e passassem a contribuir sobre a receita proveniente da comercialização de sua produção.

À guisa de esclarecimento, há, portanto, três diferentes tipos de contribuintes no âmbito rural, quanto ao que interessa neste feito, que contribuem sobre a receita advinda da comercialização da produção:

SEGURADO ESPECIAL (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar, nos termos da Lei nº 8.212/91, Art. 12, VII e CF/88, Art. 195, § 8º)

PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS (Lei nº 8.212/91, Art. 12, V, *a*)

PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA COM EMPREGADOS (Lei nº 8.870/94, Art. 25)

PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS

Como destacarei mais à frente, a contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física com empregados, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, substituiu a contribuição incidente sobre a folha de salários, a cujo pagamento estaria obrigado na condição de empregador.

De qualquer sorte, independentemente da forma de recolhimento, se nos termos do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 (folha de salários) ou sobre a comercialização da produção (artigo 25 da Lei nº 8.212/91), o empregador rural pessoa física também é segurado obrigatório, como contribuinte individual, nos termos do artigo 21, da Lei nº 8.212/91 e deve recolher tal contribuição.

Os ministros do Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciarem o RE 363.852, em 03.02.2010, decidiram que a alteração introduzida pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92 infringiu o § 4º do art. 195 da Constituição na redação anterior à Emenda 20/98, pois constituiu nova fonte de custeio da Previdência Social, sem a observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO - VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO - ANÁLISE - CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina - José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUB-ROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 - ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL - PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA - EXCEÇÕES - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRECEDENTE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária

sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações."
(STF - RE 363.852 - Pleno - Relator Ministro Marco Aurélio - DJe-071 de 23/04/2010)

Trago trecho do voto proferido pelo relator, na parte relativa à necessidade de lei complementar para a criação de nova fonte de custeio:

"(...) Ora, como salientado no artigo de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, houvesse confusão, houvesse sinonímia entre o faturamento e o resultado da comercialização da produção, não haveria razão para a norma do § 8º do artigo 195 da Constituição Federal relativa ao produtor que não conta com empregados e exerça atividades em regime de economia familiar. Já estava ele alcançado pela previsão imediatamente anterior - do inciso I do artigo 195 da Constituição. Também sob esse prisma, procede a irresignação, entendendo-se que comercialização da produção é algo diverso de faturamento e este não se confunde com receita, tanto assim que a Emenda Constitucional nº 20/98 inseriu, ao lado do vocábulo 'faturamento', no inciso I do artigo 195, o vocábulo 'receita'. Então, não há como deixar de assentar que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar. O mesmo enfoque serve para rechaçar a óptica daqueles que vislumbram, no artigo 25, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91, a majoração da alíquota alusiva à citada contribuição que está prevista na Lei Complementar nº 70/91. (...)"

É importante para a solução da questão posta nestes autos limitar a decisão do STF ao seu real alcance:

1 - ela diz respeito apenas às previsões legais contidas nas Leis nºs 8.540/92 e 9.528/97;

2 - aborda somente as obrigações subrogadas da empresa adquirinte, consignatária ou consumidora e da cooperativa adquirente da produção do empregador rural pessoa física (no caso específico o "Frigorífico Mataboi S/A").

O STF não tratou das legislações posteriores relativas à matéria, até porque o referido Recurso Extraordinário foi interposto na Ação Ordinária nº 1999.01.00.111.378-2, o que delimitou a análise da constitucionalidade da norma no controle difuso ali exarado.

Outro aspecto relevante é que o RE não afetou a contribuição devida pelo segurado especial, quanto à redução de contribuição prevista pelos mesmos incisos I e II, do artigo 25, da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 8.540/92, como retro mencionado.

Portanto, não houve declaração de inconstitucionalidade integral da norma, mas apenas em relação ao fato gerador específico e à ampliação do rol de sujeitos passivos (contribuição sobre a receita bruta da comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física), permanecendo válidos e constitucionais os incisos I e II do artigo 25 da norma legal ventilada.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

A Emenda Constitucional nº 20/98 deu nova redação ao artigo 195 da CF/88 e

permitiu a cobrança também sobre a receita de contribuição do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada:

> "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
> b) a receita ou o faturamento;
> c) o lucro;"

Em face do permissivo constitucional (EC nº 20/98), a "receita" passou a fazer parte do rol de fontes de custeio da Seguridade Social. A conseqüência direta dessa alteração é que, a partir de então, foi admitida a edição de lei ordinária para dispor acerca da exação em debate nesta lide, afastando definitivamente a exigência de lei complementar como previsto no disposto do artigo 195, § 4º, com a observância da técnica da competência legislativa residual (art. 154, I).

LEI Nº 10.256/2001

Editada após a Emenda Constitucional nº 20/98, a Lei nº 10.256/2001 deu nova redação ao artigo 25 da Lei nº 8.212/91 e alcançou validamente as diversas receitas da pessoa física, ao contrário das antecessoras, Leis nº 8.540/92 e 9.528/97, surgidas na redação original do art. 195, I, da CF/88 e inconstitucionais por extrapolarem a base econômica vigente. Confira-se a redação dada ao artigo 25 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 10.256/2001:

> "Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea *a* do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:
> I - 2% (dois por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;
> II - 0,1% (um décimo por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho."

INCISOS I E II DO ARTIGO 25 DA LEI Nº 8.212/91

Não cabe o argumento de que os incisos I e II foram declarados inconstitucionais e, portanto, inexiste a fixação de alíquota, o que tornaria a previsão do *Caput* "letra morta". Na hipótese, como mencionei anteriormente, não houve declaração de inconstitucionalidade integral da norma, mas apenas em relação ao fato gerador específico e à ampliação do rol de sujeitos passivos (contribuição sobre a receita bruta da comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física), permanecendo válidos e constitucionais os incisos I e II do artigo 25 da norma legal ventilada quanto ao segurado especial.

Com a modificação do *Caput* pela Lei nº 10.256/2001, aplicam-se os incisos I e II também ao empregador rural pessoa física.

BITRIBUTAÇÃO

O empregador rural pessoa física não se enquadra como sujeito passivo da COFINS, por não ser equiparado à pessoa jurídica pela legislação do imposto de renda (Nota Cosit nº 243, de 04/10/2010), não se podendo falar, assim, em "bis in idem", mas apenas a tributação de uma das bases econômicas previstas no art. 195, I, da CF, sem qualquer sobreposição.

Confira-se o trecho que importa da mencionada nota expedida pela Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil:

"(...)
3. Seguem os dispositivos legais que tratam dos contribuintes da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins:
- Lei Complementar nº 7, de 1970, art. 1º, § 1º:
= 'Art. 1º ...
§ 1º Para os fins desta Lei, entende-se por empresa a pessoa jurídica, nos termos da legislação do Imposto de Renda, e por empregado todo aquele assim definido pela Legislação Trabalhista.'
- Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 1º, *caput*:
= 'Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.'
- Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º, I:
= 'Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:
I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;'
- Lei nº 10.637, de 2002, art. 1º, *caput*, combinado com o art. 4º:
= 'Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.
(...)
Art. 4º O contribuinte da contribuição para o PIS/Pasep é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º .'
- Lei nº 10.833, de 2003, art. 1º, *caput*, combinado com o art. 5º:
= 'Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.
(...)

Art. 5º O contribuinte da COFINS é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º .'

4. O Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999, o Regulamento do Imposto de Renda, dispõe no art. 150 sobre as pessoas físicas equiparadas a pessoas jurídicas: 'Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º).

§ 1º São empresas individuais:

I - as firmas individuais (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º , alínea = "a");

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º , alínea 'b');

III - as pessoas físicas que promoverem a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos, nos termos da Seção II deste Capítulo (Decreto-Lei nº 1.381, de 23 de dezembro de 1974, arts. 1º e 3º, inciso III, e Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, art. 10, inciso I).'

5. Não obstante a definição geral da referida equiparação pela legislação do Imposto de Renda, esta não se aplica no caso de atividade rural, tendo em vista o tratamento específico concedido à atividade rural através do art. 57 do Decreto nº 3000, de 1999, que afasta o dispositivo do inciso II do art. 150 do mesmo Decreto ao se utilizar da expressão 'apurado conforme o disposto nesta Seção', em função do princípio da especialidade.

'Seção VII Rendimentos da Atividade Rural

Art. 57. São tributáveis os resultados positivos provenientes da atividade rural exercida pelas pessoas físicas, apurados conforme o disposto nesta Seção (Lei nº 9.250, de 1995, art. 9º).

Subseção I Definição

Art. 58. Considera-se atividade rural (Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990, art. 2º, Lei nº 9.250, de 1995, art.17, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 59):

I - a agricultura;

II - a pecuária;

III - a extração e a exploração vegetal e animal;

IV - a exploração da apicultura, avicultura, cunicultura, suinocultura, sericicultura, piscicultura e outras culturas animais;

V - a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas a composição e as características do produto *in natura*, feita pelo próprio agricultor ou criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como a pasteurização e o acondicionamento do leite, assim como o mel e o suco de laranja, acondicionados em embalagem de apresentação;

VI - o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à mera intermediação de animais e de produtos agrícolas (Lei nº 8.023, de 1990, art. 2º, parágrafo único, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 17).'

6. Portanto, conclui-se que, em razão do produtor rural pessoa física (empregador) não ser equiparado a pessoa jurídica pela legislação do Imposto de Renda, este

mesmo produtor rural não se enquadra como contribuinte da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, não havendo incidência neste caso".

Não bastasse isso, a contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, vem em substituição à contribuição incidente sobre a folha de salários, a cujo pagamento estaria obrigado na condição de empregador, mas foi dispensado pela Lei nº 10.256/2001.

A outra contribuição que o empregador rural recolhe é a segurado obrigatório, como contribuinte individual, nos termos do artigo 21, da Lei nº 8.212/91.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já apreciou hipótese semelhante à posta nesta ação:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO. LC 118/05. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

1 - O STF, ao julgar o RE nº 363.852, declarou inconstitucional as alterações trazidas pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92, eis que instituíram nova fonte de custeio por meio de lei ordinária, sem observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto.

2 - Com o advento da EC nº 20/98, o art. 195, I, da CF/88 passou a ter nova redação, com o acréscimo do vocábulo 'receita'.

3 - Em face do novo permissivo constitucional, o art. 25 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 10.256/01, ao prever a contribuição do empregador rural pessoa física como incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, não se encontra eivado de inconstitucionalidade.

4 - O prazo prescricional para a repetição do indébito tributário é de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário, consoante previsto no art. 168, *caput*, e inciso I, do CTN.

5 - Segundo o disposto no artigo 3º da LC 118/05, para fins de interpretação da regra do prazo prescricional da repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário deve ser considerada como ocorrida na data do pagamento antecipado do tributo.

6 - Para os recolhimentos ocorridos até 08/06/2005, aplica-se o prazo prescricional de 10 anos anteriores ao ajuizamento, limitado ao prazo máximo de cinco anos a contar da data da vigência da lei nova, e para os pagamentos havidos após 09/06/2005, o prazo prescricional é de cinco anos."

(TRF4 - AC 0002422-12.2009.404.7104 - Relatora Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, 1ª Turma, D. E. 12/05/2010).

RECOLHIMENTO

Nos termos do artigo 30, III, da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 11.933/2009, cabe à empresa adquirente, consumidora ou consignatária e à cooperativa a obrigação de recolher a contribuição de que trata o artigo 25, da Lei nº 8.212/91 até o dia 20 do mês subseqüente ao da operação de venda ou consignação da produção.

Em conclusão, são devidas as contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta da comercialização de produtos pelo empregador rural pessoa física, a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.256/01.

PRESCRIÇÃO

Quanto ao prazo prescricional para a repetição, vinha adotando o posicionamento pacificado no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, adotado por sua Primeira Seção, a qual decidiu no regime de Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC), por unanimidade, (Recurso Especial Repetitivo nº 1002932/SP), que, na hipótese de pagamentos indevidos realizados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.05), aplica-se a tese que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

Todavia, em 11/10/2011, o Supremo Tribunal Federal disponibilizou no Diário de Justiça Eletrônico, o V. Acórdão do RE 566.621, apreciado pelo Pleno da Suprema Corte, que entendeu pela aplicabilidade da Lei Complementar nº 118/2005 *ÀS AÇÕES AJUIZADAS* após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, *a partir de 9 de junho de 2005*. A partir da publicação do supracitado Acórdão não há mais como prevalecer o entendimento então sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o RE 566.621 foi proferido no regime previsto no artigo 543-B, § 3º, do CPC.

Trago a Ementa do referido julgado:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACACIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005*. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. *O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.*

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se *válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido."
(RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273) - (grifei)

COMPENSAÇÃO E REPETIÇÃO

Assim, aqueles que AJUIZARAM AÇÕES antes da entrada em vigor da LC nº 118/05 (09/06/2005) têm direito à repetição das contribuições recolhidas no período de 10 anos anteriores ao ajuizamento da ação, limitada ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da nova lei (art. 2.028 do Código Civil). No tocante ÀS AÇÕES AJUIZADAS APÓS a vigência da LC nº 118/05, o prazo prescricional é de cinco anos.

Na espécie, como a demanda foi proposta em *02/06/2010*, os valores referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a *03/06/2005* foram fulminados pela prescrição.

Assim, não é possível a pretensão de compensação, pois prescritas as parcelas recolhidas no período anterior à Lei nº 10.256/2001.

Os honorários advocatícios foram fixados conforme a complexidade da demanda e a teor do entendimento desta Turma em causas com teses semelhantes, nos termos do artigo 20, § 4º do CPC, pelo que devem ser mantidos, até porque a autora não sucumbiu totalmente na demanda.

Posto isto, NEGO PROVIMENTO à apelação da autora, DOU PARCIAL PROVIMENTO à REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO DA UNIÃO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

- Sobre a contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física, veja também os seguintes julgados: AC 2007.03.99.036521-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 90/640 e AMS 0008419-65.2010.4.03.6102/SP, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 109/475.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0012421-84.2010.4.03.6100
(2010.61.00.012421-2)

Apelantes: VOTORANTIM METAIS S/A E OUTROS E FILIAIS E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AMS 332212
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/11/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELAS EMPRESAS MATRIZES E SUAS RESPECTIVAS FILIAIS, OBJETIVANDO APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA AO RAT CALCULADA SEGUNDO O GRAU DE RISCO EXISTENTE EM CADA UM DOS ESTABELECIMENTOS INDIVIDUALIZADOS POR CNPJ PRÓPRIO. SENTENÇA CONCESSIVA. DECADÊNCIA PARCIAL DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA EM PARTE.

1. Embora o egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha fixado o entendimento de que a vetusta tese do "cinco mais cinco" anos deveria ser aplicada aos fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (REsp 1.002.932/SP), o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 566.621/RS, em repercussão geral, afastou parcialmente esta jurisprudência do STJ, entendendo ser válida a aplicação do novo prazo de 5 anos às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias da Lei Complementar nº 118/2005, ou seja, a partir de 9.6.2005. Assim, considerando que o mandado de segurança foi impetrado em 8 de junho de 2010, não há que se falar na possibilidade de compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 anos anteriores à impetração.
2. A exigibilidade do SAT, atualmente denominada contribuição para os riscos ambientais do trabalho - RAT não tem mais discussão válida no âmbito da existência de base legal para cobrança, existindo até súmula de Corte Superior que abona a exação, *verbis*: "A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro." (Súmula 351, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2008, DJe 19/06/2008).
3. Na presente impetração há prova nos autos de que as autoras têm mais de um registro em CNPJ (antigo CGC), distinguindo-se a empresa matriz de suas respectivas filiais, e que cada um dos seus pontos de atividades empresariais tem a autonomia fiscal exigida na súmula. Com essa prova, não há como não abrigar o intento postulado na ação: aferição do grau de risco em cada estabelecimento da empresa, distintamente conforme a natureza da atividade desempenhada.
4. Reconhecida a tributação diferenciada, têm as impetrantes direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior.
5. Os valores recuperáveis serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer

suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado.

6. A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*.

7. No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (super-Receita), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

8. Apelo das impetrantes a que se dá parcial provimento, apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e remessa oficial improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento à apelação da impetrante e negar provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de novembro de 2011.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Mandado de Segurança em que as impetrantes - empresas matrizes e suas filiais - objetivam efetuar o recolhimento da contribuição ao Risco Acidente do Trabalho - RAT pelo percentual *da atividade desenvolvida em cada estabelecimento* (todos com inscrição própria no CNPJ) quer seja pelas ilegalidades que maculam os Decretos nºs 2.173/91 e 3.048/99, quer seja por força do disposto na Súmula nº 351 do E. STJ, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos desde junho de 2000 até a presente data, com parcelas vincendas da contribuição a este título, ou com tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

A sentença de fls. 6.674/6.678 *julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu em parte a segurança* para reconhecer o direito das impetrantes de recolher a contribuição para o custeio de riscos ambientais do trabalho - RAT, de acordo com o grau de risco aferido em seus estabelecimentos, individualizados por seus CNPJs, reconheceu o direito a compensação dos valores recolhidos a esse título desde junho de 2005, com parcelas vincendas do próprio RAT, bem como com outras contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social recebidas e administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observado o prazo prescricional quinquenal, após o trânsito em julgado, como disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, com atualização pela

SELIC, conforme previsto no parágrafo 4º, do art. 39, da Lei nº 9.250/95. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a impetrante requerendo seu direito a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 (dez) anos anteriores ao ajuizamento da ação, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (fls. 6.690/6.704). Recurso respondido.

Apelou a União Federal (Fazenda Nacional) sustentando, em síntese a legalidade e constitucionalidade da contribuição ao SAT/RAT e do enquadramento devido, partindo-se da atividade preponderante da empresa. Requereu a reforma da sentença (fls. 6.715/6.727). Recurso respondido.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento dos recursos mantendo-se a r. sentença (fls. 6.759/6.766).

Dispensei a revisão nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

As impetrantes pedem compensação de recolhimentos feitos desde junho de 2000 sob o fundamento de que fariam jus à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 anos anteriores à impetração.

Embora o egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha fixado o entendimento de que a vetusta tese do "cinco mais cinco" anos deveria ser aplicada aos fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (REsp 1.002.932/SP), o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 566.621/RS, em repercussão geral, afastou parcialmente esta jurisprudência do STJ, entendendo ser válida a aplicação do novo prazo de 5 anos às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias da Lei Complementar nº 118/2005, ou seja, a partir de 9.6.2005. Confira-se a ementa do STF:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACACIO LEGIS* - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.
> Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como

qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido."
(RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

Assim, considerando que o mandado de segurança foi impetrado em 8 de junho de 2010, não há que se falar na possibilidade de compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 anos anteriores à impetração.

No mais, a exigência do SAT, atualmente denominada contribuição para os riscos ambientais do trabalho - RAT não tem mais discussão válida no âmbito da existência de base legal para cobrança, existindo até súmula de Corte Superior que abona a exação, *verbis*:

"A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro."
(Súmula 351, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2008, DJe 19/06/2008)

Deveras, sob o aspecto da legalidade a jurisprudência pacificou-se pelo cabimento da contribuição, como se vê dos paradigmas:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. DEFINIÇÃO REGULAMENTAR DO GRAU DE RISCO DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA EMPRESA. LEGALIDADE. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
1. Trata-se de demanda em que se discute a exigibilidade da Contribuição ao Seguro

de Acidentes do Trabalho - SAT, instituída pela Lei 8.212/91. O acórdão atacado reconheceu a ilegalidade da contribuição discutida determinado que empresa autora se abstenha do seu recolhimento.
2. No julgamento dos EREsp 297.215/PR, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 12/09/2005, a Primeira Seção deste Tribunal decidiu que não há ofensa ao princípio da legalidade tributária a definição regulamentar do grau de periculosidade das atividades desenvolvidas pelas empresas para fins de incidência do SAT .
3. Recurso especial provido."
(REsp 1065205/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. LEI Nº 8.212/91, ART. 22, II. DECRETO Nº 2.173/97. ALÍQUOTAS. FIXAÇÃO PELOS GRAUS DE RISCO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE DESEMPENHADA EM CADA ESTABELECIMENTO DA EMPRESA, DESDE QUE INDIVIDUALIZADO POR CNPJ PRÓPRIO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. SÚMULA 7/STJ.
1. A Primeira Seção assentou que: A Lei nº 8.212/91, no art. 22, inciso II, com sua atual redação constante na Lei nº 9.732/98, autorizou a cobrança do contribuição do SAT, estabelecendo os elementos formadores da hipótese de incidência do tributo, quais sejam: (a) fato gerador - remuneração paga, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos; (b) a base de cálculo - o total dessas remunerações; (c) alíquota - percentuais progressivos (1%, 2% e 3%) em função do risco de acidentes do trabalho. Previstos por lei tais critérios, a definição, pelo Decreto 2.173/97 e Instrução Normativa nº 02/97, do grau de periculosidade das atividades desenvolvidas pelas empresas não extrapolou os limites insertos na referida legislação, porquanto tenha tão somente detalhado o seu conteúdo, sem, contudo, alterar qualquer daqueles elementos essenciais da hipótese de incidência.
Não há, portanto, ofensa ao princípio da legalidade, posto no art. 97 do CTN, pela legislação que institui o SAT - Seguro de Acidente do Trabalho. (EREsp 297215/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 12.9.2005).
2. A Primeira Seção reconsolidou a jurisprudência da Corte, no sentido de que a alíquota da contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho - SAT, de que trata o art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, deve corresponder ao grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa, individualizado por seu CNPJ. Possuindo esta um único CNPJ, a alíquota da referida exação deve corresponder à atividade preponderante por ela desempenhada (Precedentes: ERESP nº 502.671/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10.8.2005; EREsp nº 604.660/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 1.7.2005 e EREsp nº 478.100/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28.2.2005). Incidência da Súmula 351/STJ.
3. A alíquota da contribuição para o seguro de acidentes do trabalho deve ser estabelecida em função da atividade preponderante da empresa, possuidora de um único CNPJ, considerada esta a que ocupa, em cada estabelecimento, o maior número

de segurados empregados e trabalhadores avulsos, nos termos do Regulamento vigente à época da autuação (§ 1º, artigo 26, do Decreto nº 612/92).
4. Vale ressaltar que o reenquadramento do pessoal administrativo em grau de risco adequado e a estipulação da alíquota devida, assentados pela instância ordinária com fundamento na prova produzida nos autos, decorre de enquadramento tarifário, restando, assim, inviável o exame da matéria pelo E. STJ, a teor do disposto na Súmula 7, desta Corte, que assim determina: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.
5. Agravo regimental não-provido."
(AgRg no REsp 747.508/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009)

No âmbito do STF, confira-se:

(AI 624516 AgR/SP - SÃO PAULO AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 26/05/2009, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJe-118 DIVULG 25-06-2009, PUBLIC 26-06-2009, EMENT VOL-02366-10 PP-02033)
"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil."

(AI 742458 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 14/04/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJe-089, DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009, EMENT VOL-02360-18 PP-03789)
"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SAT. TRABALHADORES AVULSOS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Contribuição social. Seguro de Acidente do Trabalho - SAT. Lei nº 7.787/89, artigo 3º, II. Lei nº 8.212/91, artigo 22, II. Constitucionalidade. Precedente. 2. A cobrança da contribuição ao SAT incidente sobre o total das remunerações pagas tanto aos empregados quanto aos trabalhadores avulsos é legítima. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento."

Na presente impetração há prova nos autos de que as autoras têm mais de um registro em CNPJ (antigo CGC), distinguindo-se a empresa matriz de suas respectivas filiais, e que cada um dos seus pontos de atividades empresariais tem a autonomia fiscal exigida na súmula.

Com essa prova, não há como não abrigar o intento postulado na ação: aferição do grau de risco em cada estabelecimento da empresa, distintamente conforme a natureza da atividade desempenhada.

Reconhecida a tributação diferenciada, têm as impetrantes direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública - *§ 4º do artigo 39 da Lei nº 9.250/95* - pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa. Nenhuma outra norma, ainda que posterior, pode ser invocada para fins de correção monetária, se importar diminuição na recomposição do patrimônio do contribuinte lesado, já que a União Federal se vale da SELIC para fins de corrigir seus créditos.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

> "TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.
> 1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe 'É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', é aplicável às ações ajuizada após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.
> 2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).
> 3. Recurso especial provido."
> (REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

No tocante ao mais, entende-se que *o exercício* da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).
> 1. Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.
> 2. Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.

3. ...
Agravo regimental improvido."
(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.
1. ...
2. ...
3. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, 'consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG)' (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).
4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.
5. Agravo regimental não provido."
(AgRg nos EREsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada 'Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições', determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: 'Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração'.
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: 'Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.'
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte propria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. ...
13. ...
14. ...
15. ...
16. ...
17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."
(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal (artigo 74, Lei 9.430/96, com redação da Lei 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (super-Receita), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Pelo exposto, *dou parcial provimento à apelação da impetrante e nego provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial.*

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0028078-33.2010.4.03.0000 (2010.03.00.028078-4)

Agravante: MWM INTERNACIONAL IND/ DE MOTORES DA AMÉRICA DO SUL S/A
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AI 418170
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2011

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. CERTIDÃO FISCAL DE REGULARIDADE. ART. 206 DO CTN. GARANTIA SUFICIENTE AO TEMPO DA PENHORA. RECURSO PROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que a penhora que autoriza a emissão da certidão, de que trata o artigo 206 do CTN, deve ser efetiva e suficiente para garantia do débito fiscal.

2. Havendo garantia suficiente, expede-se certidão de regularidade fiscal.

3. Alegação de que o valor da dívida ultrapassa o valor dos bens, levando-se em conta a atualização monetária de seu valor, bem como considerando-se que os bens penhorados devem ter sofrido depreciação ao longo dos anos. Ausência de demonstração deste último fato e, ainda que houvesse, caberia à exequente requer reforço de penhora perante o Juízo da execução.

4. Agravo inominado provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo inominado, nos termos do voto do Desembargador Federal Márcio Moraes, vencido o Relator Desembargador Federal Carlos Muta que lhe negava provimento.

São Paulo, 29 de setembro de 2011.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de agravo inominado em provimento a agravo de instrumento contra decisão que, em embargos à execução fiscal, determinou à PFN a anotação de que a inscrição 80.7.02.018428-87 foi garantida por penhora, para fins de certidão de regularidade fiscal, nos termos do artigo 206 do CTN.

No recurso, alegou-se que: *(1)* "a execução fiscal foi ajuizada pela ora agravada, visando a cobrança de alegados débitos de PIS nos períodos de apuração de 02/93 a 01/95 e 04/95 e 07/95, conforme CDA 80.7.018428-82 no valor de R$ 11.901.840,26"; *(2)* "para

garantir o valor da execução, e visando a interposição de embargos, em 18/02/2003 foi realizada a penhora de bens da agravante, bens estes que foram avaliados em R$ 12.450.000,00, conforme se verifica no auto de penhora de f. 203/05"; *(3)* "percebe-se, portanto, que os bens dados em garantia pela agravante foram avaliados em valor superior ao montante original da CDA, a saber, em R$ 548.153,74, acima do valor exeqüendo"; *(4)* "assim, os embargos foram recebidos, estando, por força de lei, suspensa a execução até o julgamento do incidente"; *(5)* "o valor penhorado era tão superior ao valor executado que a agravada silenciou sobre os bens constritos, concordando que eram suficientes para a garantia do Juízo"; *(6)* "portanto, até o julgamento de primeira instância dos embargos, o que ainda não ocorreu, a execução fiscal encontra-se suspensa, podendo, portanto, a agravante requerer, a qualquer tempo, a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, conforme artigo 206 CTN"; *(7)* "uma vez que a exigibilidade da execução foi suspensa por determinação judicial, e tendo em vista que tal suspensão decorre de lei, a agravante não pode ser penalizada pela desídia da agravada em atualizar as informações constantes em seu banco de dados, sendo, portanto, seu direito, a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa a qualquer tempo, enquanto os embargos não forem julgados em primeira instância"; *(8)* "pouco importa a data em que o pedido de CND tenha sido realizado; o que importa, no caso, é que a execução fiscal encontra-se suspensa pela penhora de bens dados em garantia à época da oposição dos embargos à execução fiscal"; e *(9)* deve ser mantida decisão proferida pelo Juízo "a quo", que manteve suspensa a exigibilidade da CDA 80.7.018428-82, objeto da execução fiscal 2003.61.82.003494-2, com as devidas anotações no cadastro da PFN.

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 207/09):

> "A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil. Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não basta sequer a nomeação, mas a efetiva penhora, sobre o valor integral, para validar a expedição de certidão de regularidade fiscal:
> AGEDAG nº 1.077.186, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE de 20/04/2009: 'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. *EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL (CTN, ART. 206). PENHORA INSUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE*. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.' (g. n.)
> AGRESP nº 1.022.831, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJE de 08/05/2008: 'TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL INSTAURADA. PENHORA INSUFICIENTE. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE DESÍDIA DO FISCO EM REQUERER REFORÇO. SÚMULA Nº 07/STJ. I - A interpretação que se extrai do art. 206 do CTN é a de que a penhora, para fins de garantia do crédito tributário, há de ser efetiva e suficiente. Portanto,

para a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, não basta o oferecimento de bens à penhora, sendo necessária a penhora de bens suficientes para a garantia do débito exeqüendo. Precedentes: AgRg no REsp 798.215/PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 10/04/2006; AGRMC nº 7.731/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/05/2004; AgRg no Ag 469.422/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 19/05/2003; REsp nº 408.677/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 23/09/2002 e REsp nº 205.815/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 28/06/1999. II - Acolher o argumento da agravante de ter havido desídia por parte do Fisco quando o acórdão recorrido afirma o contrário importaria em revolvimento do substrato fático-probatório, o que em sede de recurso especial é vedado pelo enunciado sumular nº 07/STJ. III - Agravo regimental improvido.' (g. n.)

RESP nº 413.388, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 18/10/2004: 'RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A". TRIBUTÁRIO. ART. 206. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. PENHORA INSUFICIENTE. CERTIDÃO INDEFERIDA PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. A questão debatida nos presentes autos não enseja maiores digressões, pois somente pode ser expedida a certidão positiva com efeitos de negativa, na forma do artigo 206 do CTN, quando no processo executivo tiver sido efetivada a penhora ou quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário por alguma das hipóteses previstas no artigo 151 e incisos do mesmo Codex. *In casu*, constatado que *a penhora não foi suficiente para garantir integralmente o débito fiscal, não se é de autorizar a expedição da certidão*. Precedentes: AGRMC 7731/RJ, Relator Min. Denise Arruda, DJU 03/05/2004; REsp 494.881/CE, Relator Min. Luiz Fux, DJU 15/03/2004, e REsp 182.984/SE, Relator Min. Garcia Vieira, DJU 14/12/1998. Recurso especial improvido.' (g. n.)

AGRMC nº 7.731, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/05/2004: 'PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL - COMPETÊNCIA - EXCEÇÃO - BENS OFERECIDOS À PENHORA CONSIDERADOS INSUFICIENTES À GARANTIA DA DÍVIDA - ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DA POSSIBILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO ESPECIAL - AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. 1. Tratando-se de recurso especial cujo juízo de admissibilidade ainda não foi proferido pelo e. Tribunal *a quo*, falece competência a esta Corte para apreciar a medida cautelar em comento, *ex vi* enunciados 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Não obstante, esta Corte, em hipóteses excepcionalíssimas, vem deferindo efeito suspensivo a recursos especiais pendentes de admissibilidade e até mesmo a apelos sequer interpostos, "quando manifesto o risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do futuro recurso especial" (MC 7.720/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 25.02.2004). 3. Assim, a análise superficial da viabilidade do recurso em medida cautelar que visa atribuir efeito suspensivo ativo ao especial, coaduna-se com o próprio exame da verossimilhança do direito vindicado ensejador da concessão da medida, tendo em vista o caráter acessório do processo cautelar. 4. *Não há como compelir a Administração a fornecer ao contribuinte certidão positiva de débito com efeito de negativa, se os bens oferecidos em caução foram considerados insuficientes à garantia do débito pelo e. Tribunal* a quo.

5. A questão acerca da proporcionalidade entre os valores dos imóveis e o montante da dívida encontra óbice no enunciado nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.' (g. n.)

No mesmo sentido a jurisprudência desta Corte:

AG nº 2005.03.00.089460-2, Rel. Des. Fed. SALETTE NASCIMENTO, DJU de 19/12/2007: 'EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. CONCORDÂNCIA DA EXEQÜENTE. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DOS BENS PENHORADOS. MERA IRREGULARIDADE. CND, ART. 206, CTN. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. REGIMENTAL PREJUDICADO. I - A exeqüente agravada concordou com a nomeação de bens à penhora. II - A falta de avaliação dos bens penhorados no Termo de Penhora constitui mera irregularidade formal, podendo ser posteriormente suprida. III - A avaliação não é indispensável ao prosseguimento da execução e ou condição de oferecimento de Embargos à Execução, na medida em que a lei exige para a respectiva interposição que o Juízo esteja garantido pela penhora. (art. 16, III, Lei 6.830/80) IV - Insuficiente a penhora, o seu reforço poderá ser deferido em qualquer fase do processo. V - *Descabida a expedição de Certidão Positiva com efeitos de Negativa a teor do art. 206 do CTN, vez que, na espécie, a constrição é insuficiente à integral garantia do débito fiscal*. VI - Agravo a que se dá parcial provimento, prejudicado Regimental.' (g. n.)

AMS nº 2005.61.00.024374-6, Rel. Des. Fed. RAMZA TARTUCE, DJU de 11/12/2007: 'TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITO DE NEGATIVA - ART. 206 DO CTN - PENHORA EFETIVADA EM EXECUTIVO FISCAL - PRELIMINAR REJEITADA - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. Os documentos acostados à inicial, mormente a cópia da Execução Fiscal nº 2004.61.82.065491-2, acostada às fls. 27/119, são suficientes para o exame do pedido. Preliminar rejeitada. 2. A ordem de expedição de certidão negativa de débito ou de certidão positiva com efeito de negativa, a ser dada pelo Poder Judiciário, está condicionada à demonstração de que o contribuinte preenche os requisitos para obtê-la. 3. Compulsando a cópia da execução acostada às fls. 27/119, vê-se que o débito, quando do ajuizamento da execução, em 10/12/2004, correspondia a R$ 293.273,24 (duzentos e noventa e três mil, duzentos e setenta e três reais e vinte e quatro centavos) (fls. 30/31), e os bens penhorados foram avaliados, em 06/09/2005, no valor de R$ 294.300,00 (duzentos e noventa e quatro mil e trezentos reais) (fls. 112/113). Como se vê, o valor da avaliação do bem penhorado é menor que o da execução, ainda mais se considerarmos a sua atualização monetária, porquanto a penhora foi efetivada quase um ano após o ajuizamento da execução fiscal. 4. Assim, a penhora realizada é insuficiente para garantia da execução, tanto que, após a impetração do mandado de segurança (25/10/2005, fl. 02), o MM. Juiz "a quo", por decisão proferida em 21/06/2006, determinou a expedição de mandado de reforço da penhora. 5. *Considerando que a penhora, efetuada antes da impetração do mandado de segurança, não garantiu suficientemente o Juízo, não é o caso de se expedir certidão positiva de débito com efeito de negativa, na forma do art. 206 do CTN*. 6. Preliminar rejeitada. Recurso improvido. Sentença mantida.' (g. n.)

Na espécie, a execução fiscal foi ajuizada em 21.01.03 (f. 114), sendo penhorados

bens do executado em 19.02.03 perfazendo o montante de R$ 12.450.000,00 (f. 139/40), sendo que o pedido para que conste no banco de dados da Procuradoria da Fazenda Nacional a informação de suspensão da exigibilidade da CDA 2006.61.82.003494-2 somente foi formulado em 25.03.10 (f. 100/1), não podendo, portanto, a certidão ou o registro da situação fiscal deixar de retratar a realidade no momento em que expedido o documento ou inserida a informação no sistema.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao presente recurso, restabelecendo a informação original do banco de dados da Procuradoria da Fazenda Nacional."

O recurso não merece provimento.

Com efeito, a certidão de regularidade fiscal deve retratar a situação fiscal existente no momento de sua expedição. Em 19/02/2003, a garantia era suficiente para cobrir a execução fiscal. Todavia, além dos bens nomeados serem de natural depreciação (f. 138/40), o fato é que a dívida executada é passível de constante atualização e, assim, decorridos meses e anos, como no caso, sem que tenha havido qualquer complemento ou reforço, não se pode afirmar que aquela penhora ainda continue eficaz para integralmente garantir a emissão de certidão de regularidade.

A solução encontra-se no reforço da penhora, de interesse próprio do contribuinte, que pretende a certidão de regularidade fiscal. O registro de dado valor da execução fiscal, para fins de penhora e regularidade fiscal, reflete o que havido naquele momento, mas sujeito às alterações dinâmicas em relação tanto à garantia, em si, como quanto à dívida garantida, daí porque não servir a penhora de anos atrás para garantir, hoje, a certidão de regularidade fiscal sem o reforço capaz de alcançar o valor atualizado da execução fiscal.

A certidão fiscal tem validade por tempo determinado e, observada a situação existente ao tempo de sua emissão, é direito do contribuinte valer-se de seus efeitos enquanto não houver modificação substancial da condição durante o prazo de sua vigência. Para renovação ou emissão muito posterior ao da garantia, a certidão deve considerar a situação vigente, pois é esta a sua função, provar uma situação fiscal ao tempo da emissão, não a de meses ou anos depois, como ora se pretende.

Com relação à suspensão da execução fiscal, em si, não se trata de uma medida imodificável, que não exija reforço da penhora sempre que presente a necessidade respectiva. O reforço não é providência de saneamento apenas para a penhora insuficiente ao tempo respectivo, mas serve para revitalizar, ao longo do tempo, a garantia em função, seja da deterioração da garantia originária, seja da atualização do valor da execução fiscal, daí porque não existe, a partir de uma penhora defasada, direito à suspensão processual e, menos ainda, à regularidade fiscal para fins de certidão, sem o necessário reforço ou atualização da garantia.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES: Cuida-se de agravo inominado, interposto por MWM Motores Diesel Ltda., em face de decisão proferida

monocraticamente pelo Relator, por meio da qual foi dado provimento ao agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional (tirado de decisão proferida em embargos à execução fiscal).

Levado o feito em mesa, foi apresentado o voto pelo Desembargador Federal Carlos Muta, no sentido de negar provimento ao agravo inominado.

Divergi do Relator, no que fui acompanhado pela Desembargadora Federal Cecília Marcondes, pelos motivos a seguir expostos.

A executada MWM Motores noticiou, nos autos dos embargos à execução fiscal, que requereu na esfera administrativa fosse consignado no sistema da embargada/exequente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário para fins de obtenção de certidão de regularidade fiscal, tendo em conta que o débito estava devidamente garantido por penhora.

Porém, tal pedido foi negado, ao argumento de que haveria necessidade de reforço de penhora.

O MM. Juízo *a quo* entendendo que o total da avaliação dos bens penhorados nos autos da execução fiscal equivalia, à época, ao montante objetivado pela exequente - o que configuraria o disposto no artigo 206 do Código Tributário Nacional - determinou que se oficiasse ao Procurador-Chefe da Fazenda Nacional para que fosse imediatamente anotada em seus cadastros a circunstância de estar a dívida objeto da execução em apenso garantida por penhora.

Dessa decisão é que interpôs a União o presente agravo de instrumento.

Consta dos autos que a execução fiscal foi ajuizada em 21 de janeiro de 2003, objetivando a cobrança de débitos de PIS, no montante de R$ 11.901.840,26 (fls. 114/134), com citação da empresa em 7 de fevereiro de 2003 e penhora em 18 de fevereiro do mesmo ano (fls. 137), sendo lavrado o respectivo auto de penhora em 19 de fevereiro de 2003 (fls. 138/140), consubstanciado em diversas máquinas da empresa, as quais foram avaliadas em R$ 12.450.000,00.

Justifica a Fazenda Nacional que a pretendida anotação de débito com a exigibilidade suspensa não pode ser mantida pelo fato de que, na atualidade, a dívida excutida monta mais de R$ 16.500.000,00, e que, portanto, o valor dos bens penhorados não mais seria suficiente para garantir a execução (já que o valor da avaliação era de R$ 12.450.000,00, agravado pela depreciação sofrida ao longo dos sete anos passados).

Dispõe o artigo 206 do Código Tributário Nacional:

> "Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos**,** *em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora*, ou cuja exigibilidade esteja suspensa" (destaquei)

O que exige a norma em comento é que o débito objeto da cobrança executiva esteja garantido por penhora. E, no momento em que efetivada a penhora, o valor de avaliação dos bens superava o valor do débito.

Importante destacar que a Fazenda Nacional apenas opõe que o valor da dívida ultrapassa o valor dos bens, levando-se em conta a atualização monetária de seu valor, bem como considerando-se que os bens penhorados devem ter sofrido depreciação ao longo dos anos.

Não houve demonstração deste último fato e, ainda que houvesse, caberia à exequente requer reforço de penhora perante o Juízo da execução.

Nesse sentido a jurisprudência:

"TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. REFORÇO DE PENHORA. GARANTIA. AUSÊNCIA DE GFIP NÃO CONFIGURADA. DIREITO À OBTENÇÃO. 1. *Garantido o crédito fiscal pela penhora, a posterior necessidade de reforço para atualização do crédito fiscal é questão que deve ser resolvida nos autos da execução fiscal*, mediante o devido contraditório, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 6830/80, não sendo motivo para a recusa de expedição da certidão requerida. 2. *Considerando a existência de penhora regular, a garantir o débito exequendo, não há justificativa para obstaculizar a expedição da Certidão Positiva de Débitos com efeito de Negativa*. 3. Precedentes desta Corte (REO 2007.38.02.004069-2/MG, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Publicação: 16/01/2009 e-DJF1 p. 581); AC 2005.34.00.024507-2/DF, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (Conv.), Publicação: 05/10/2007 DJ p.250). 4. No tocante à alegação de divergências ou ausência de entrega de Guia de Recolhimento de Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, a jurisprudência é pacífica no sentido de que a alegação genérica sem a demonstração do descumprimento de obrigação acessória ou do valor da contribuição que o contribuinte deixou de pagar não é motivo suficiente para a negativa de CPD-EN, ainda mais considerando que no caso em comento a apelante juntou cópia da entrega da GFIP, competência 11/2005. 5. Precedentes desta Corte (REO 2007.38.02.004069-2/MG, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Publicação: 16/01/2009 e-DJF1 p. 581); AC 2005.34.00.024507-2/DF, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (Conv.), Publicação: 05/10/2007 DJ p. 250). 6. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas." (destaquei)
(TRF/1ª Região, AMS nº 200638000131810, 7ª Turma, Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, e-DJF1 de 1/10/2010, p. 56)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA, ART. 206 DO CTN. DÉBITO GARANTIDO POR PENHORA EFETIVADO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. Ocorrência de julgamento *ultra petita*, tendo em vista a análise de débitos que não foram objeto do presente *mandamus*, razão pela qual, a sentença tem que ser reduzida aos limites do pedido. 2. A necessidade de a certidão negativa de débitos (art. 205 do CTN) retratar com fidelidade a situação do contribuinte perante o Fisco impossibilita a sua expedição na existência de débitos, ainda que estejam com a exigibilidade suspensa. Nesta última situação, o contribuinte tem direito à denominada 'certidão positiva com efeitos de negativa' expedida nos termos e para os fins do art. 206 do CTN. 3. Conforme documentação acostada aos autos (fls. 16/19), o débito inscrito em dívida ativa sob o nº 80.6.04.096420-50, está garantido por penhora suficiente à garantia do juízo, efetivada nos autos da Execução Fiscal nº 09/2005, o que possibilitou a interposição dos respectivos embargos. 4. *Não cabe à autoridade coatora, nesse momento, alegar a insuficiência da penhora já aceita pelo juízo, diante da atualização do débito executado, uma vez que o valor do bem oferecido à penhora não foi atualizado,*

o que demonstra a desproporcionalidade do argumento da União Federal. Precedentes das Cortes Regionais. 5. Sendo assim, inexistindo outros impedimentos à expedição da certidão requerida, deveria a mesma ter sido fornecida à impetrante. 6. Sentença reduzida aos limites do pedido. Apelação provida." (destaquei)
(TRF/3ª Região, AMS nº 200761070080831, 6ª Turma, Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, DJF3 CJ1 de 13/10/2011, p. 809)

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL - DADO EM GARANTIA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUA INSUFICIÊNCIA. 1. A hipótese é de Agravo de Instrumento interposto pela FAZENDA NACIONAL contra a decisão que, em sede de Execução Fiscal, deferiu o pedido formulado por GURGEL IMPORTADORA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA, autorizando a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa em favor deste. 2. *O oferecimento de bens à penhora possibilita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN, de modo que não haveria razão para a recusa do fornecimento de Certidão Positiva com Efeito de Negativa de Débito na hipótese de garantia da dívida mediante penhora*. 3. Há a comprovação nos autos de que *o imóvel dado em garantia era, à época da avaliação feita pelo Oficial de Justiça, suficiente para cobrir o valor do débito tributário; ao passo em que inexiste demonstração de que a valorização sofrida pelo imóvel penhorado foi inferior à atualização do valor da dívida pela SELIC*, havendo, por isso, que se desacolher a pretensão da Recorrente. 4. Agravo de Instrumento não provido." (destaquei)
(TRF/5ª Região, AG nº 200805000357286, 2ª Turma, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, DJE de 12/11/2009, p. 447)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo legal para que seja negado provimento ao agravo de instrumento da União.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator designado para o Acórdão

- Sobre a possibilidade de expedição de certidão de regularidade fiscal, após a penhora suficiente à garantia do débito, veja também os seguintes julgados: AMS 2000.61.00.043404-9/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, publicada na RTRF3R 70/320; AMS 2003.61.00.021823-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 70/327 e Ag 2003.03.00.055271-8/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicado na RTRF3R 64/188.

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO(*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

(*) N. E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

"Das medidas cautelares e o princípio da persuasão racional motivada". Juiz Federal Massimo Palazzolo ... 110/4

"Duração razoável do processo de execução fiscal". Juiz Federal Renato Lopes Becho 110/8

"O artigo 273 do Código Penal no âmbito da Justiça Federal: uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal". Juiz Federal Paulo Bueno de Azevedo 110/28

"O crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior (artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86): análise do tipo penal a partir do bem jurídico tutelado". Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali 110/41

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

REOMS	0039635-36.1999.4.03.6100	Desembargadora Federal Alda Basto	110/64
AC	0017944-58.2002.4.03.6100	Desembargador Federal Mairan Maia	110/67
AC	0015660-09.2004.4.03.6100	Juiz Federal Souza Ribeiro	110/72
AC	0000488-10.2007.4.03.6007	Desembargador Federal Peixoto Junior	110/86
AC	0004806-33.2007.4.03.6105	Juiz Federal Nino Toldo	110/96
AMS	0020190-17.2008.4.03.6100	Juiz Federal Valdeci dos Santos	110/103
CauInom	0022873-57.2009.4.03.0000	Desembargador Federal Johonsom di Salvo	110/109
AI	0017474-13.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Marli Ferreira	110/118

DIREITO CIVIL

AC	0024514-41.1994.4.03.6100	Juiz Federal Silva Neto	110/124
ApelReex	0007831-68.1995.4.03.6107	Juiz Federal Wilson Zauhy	110/127
AC	0031587-49.2003.4.03.6100	Desembargador Federal André Nekatschalow	110/130

DIREITO CONSTITUCIONAL

AC	0058641-29.1999.4.03.6100	Desembargador Federal Carlos Muta	110/137
AI	0025470-28.2011.4.03.0000	Juiz Federal Santoro Facchini	110/157

DIREITO PENAL

ACr	0009846-48.2002.4.03.6112	Desembargador Federal Nelton dos Santos	110/172
ACr	0006045-52.2005.4.03.6102	Desembargadora Federal Ramza Tartuce	110/184
ACr	0004051-88.2007.4.03.6111	Desembargadora Federal Vesna Kolmar	110/196

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

ApelReex	0016209-85.2009.4.03.6183	Desembargadora Federal Marisa Santos	110/229

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

AC	0044086-07.1999.4.03.6100	Juiz Federal Fernando Gonçalves	110/249
EDcl AR	0008340-74.2001.4.03.0000	Desembargadora Federal Marianina Galante	110/253
EDcl AR	0026450-24.2001.4.03.0000	Juíza Federal Márcia Hoffmann	110/264
EI	0044352-63.2001.4.03.9999	Desembargador Federal Nelson Bernardes	110/299
AR	0012992-03.2002.4.03.0000	Desembargador Federal Nelson Bernardes	110/307
Ag EDcl REO	0003153-92.2003.4.03.6183	Desembargadora Federal Vera Jucovsky	110/314
AR	0013162-38.2003.4.03.0000	Desembargador Federal Newton De Lucca	110/318
EDcl AC	0014360-52.2004.4.03.9999	Desembargadora Federal Diva Malerbi	110/328
AC	0001863-14.2005.4.03.6105	Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	110/340
AC	0018676-92.2009.4.03.6100	Desembargador Federal Luiz Stefanini	110/353
AI	0012303-41.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Nery Júnior	110/356
Ag CC	0019754-20.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Baptista Pereira	110/360

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ACr	0011418-71.2009.4.03.6119	Desembargador Federal Cotrim Guimarães	110/366
IP	0002344-80.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Suzana Camargo	110/428

DIREITO TRIBUTÁRIO

ApelReex	0008790-21.1999.4.03.6100	Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	110/447
AMS	0027814-64.2001.4.03.6100	Desembargadora Federal Regina Costa	110/452
AMS	0033319-31.2004.4.03.6100	Juiz Federal Paulo Sarno	110/463
AR	0000443-82.2007.4.03.0000	Desembargadora Federal Cecília Marcondes	110/472
AC	0005261-02.2010.4.03.6102	Desembargador Federal José Lunardelli	110/478
AMS	0012421-84.2010.4.03.6100	Desembargador Federal Johonsom di Salvo	110/492
Ag AI	0028078-33.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Márcio Moraes	110/502

ANALÍTICO-REMISSIVO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

"Das medidas cautelares e o princípio da persuasão racional motivada". Juiz Federal Massimo Palazzolo 110/4

"Duração razoável do processo de execução fiscal". Juiz Federal Renato Lopes Becho .. 110/8

"O artigo 273 do Código Penal no âmbito da Justiça Federal: uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal". Juiz Federal Paulo Bueno de Azevedo 110/28

"O crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior (artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86): análise do tipo penal a partir do bem jurídico tutelado". Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali 110/41

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Mandado de Segurança. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria do Direito Econômico - Ministério da Justiça. Suspensão de promoções de distribuição gratuita de prêmios envolvendo medicamentos. Não sujeição das promoções na modalidade "programa de fidelidade" à disciplina da Lei nº 5.768/71. REOMS 0039635-36.1999.4.03.6100, Relatora Desembargadora Federal Alda Basto 110/64

- Conselhos Federal e Regional de Medicina. Órgãos de supervisão do exercício profissional. Pena ético-disciplinar. Censura pública. Regularidade. Lei nº 3.268/57. AC 0017944-58.2002.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Mairan Maia 110/67

- Ação Civil Pública. Exploração de jogos de bingo. Ilicitude após 31/12/2001. Retirada de publicidade. Descabimento de dano moral coletivo e de multa pelo exercício da atividade após a revogação legal das autorizações de funcionamento. AC 0015660-09.2004.4.03.6100, Relator Juiz Federal Souza Ribeiro 110/72

- Militar. Acidente em serviço. Incapacidade permanente para atividades militares. Reforma. Danos morais e materiais: descabimento. AC 0000488-10.2007.4.03.6007, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior 110/86

- Regime de admissão temporária de aeronaves. Art. 326 do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002). Contrato de arrendamento firmado com instituição financeira estrangeira para aquisição das aeronaves. Possibilidade. Arrendamento mercantil não caracterizado. AC 0004806-33.2007.4.03.6105, Relator Juiz Federal Nino Toldo 110/96

- Mandado de Segurança Preventivo. Teste de alcoolemia. Etilômetro (bafômetro). Princípio da não autoincriminação. Autoridade impetrada: ilegitimidade. Falta de interesse de agir. Ausência das condições da ação. Extinção do processo sem resolução de mérito. AMS 0020190-17.2008.4.03.6100, Relator Juiz Federal Valdeci dos Santos 110/103

- Cautelar Incidental em Mandado de Segurança Coletivo. CREA/SP. SINSEXPRO - Sindicato das Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional do Estado de São Paulo. Contratação de pessoal mediante realização de concurso público e dispensa dos funcionários

admitidos sem concurso. Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. Incompatibilidade entre os termos do TAC e o Acórdão prolatado nesta Corte na ação principal, que entendeu pela desnecessidade de realização de concurso público para admissão de novos funcionários e a instauração de processo administrativo em caso de demissão. Pleito acautelatório acolhido. CauInom 0022873-57.2009.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo 110/109

- Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. Requerimento de registro. Impossibilidade de restrição. Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público. Agravo de Instrumento. Provimento negado. AI 0017474-13.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira 110/118

DIREITO CIVIL

- Contrato de abertura de crédito rotativo. Inexigibilidade de nota promissória. Discrepância entre os valores contidos no extrato da conta corrente e os lançados em nota de débito. Procedência do pedido. AC 0024514-41.1994.4.03.6100, Relator Juiz Federal Silva Neto..... 110/124

- Alienação de imóvel adquirido pelo processo de assentamento de famílias. Reintegração de posse: improcedência. INCRA. Ocupação que atinge os objetivos da reforma agrária. ApelReex 0007831-68.1995.4.03.6107, Relator Juiz Federal Wilson Zauhy 110/127

- Dano moral. Agência bancária. Travamento de porta giratória. Não caracterização. Comportamento abusivo e discriminatório. Caracterização. Prova. Necessidade. Valor da indenização com duplo objetivo: ressarcir a vítima e desestimular a reincidência. AC 0031587-49.2003.4.03.6100, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow 110/130

DIREITO CONSTITUCIONAL

- PIS. Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97: rejeição das arguições de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial desta Corte. Medida Provisória nº 517/94 e reedições: declaração de constitucionalidade pelo STF. AC 0058641-29.1999.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Carlos Muta 110/137

- Ação Civil Pública. Declaração de existência de relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira, assim como as vítimas da Operação Bandeirantes (OBAN). Competência da Justiça Federal. Legitimidade do MPF. Prescrição da pretensão de responsabilização civil/administrativa dos supostos torturadores. AI 0025470-28.2011.4.03.0000, Relator Juiz Federal Santoro Facchini 110/157

DIREITO PENAL

- Disparo de arma de fogo. Lei nº 9.437/97, art. 10, § 1º, III. CPP, art. 514: inaplicabilidade. Crime que não se classifica como de responsabilidade de funcionário público. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria da pena: revisão “ex officio”. ACr 0009846-48.2002.4.03.6112, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos 110/172

- Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Declaração falsa às autoridades fazendárias. Utilização de recibos médicos falsos. Presença do elemento subjetivo do tipo. Recurso do réu desprovido e apelações das rés parcialmente providas. ACr 0006045-52.2005.4.03.6102, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce .. 110/184

- Operação Oeste. Coação no curso do processo - art. 344 do Código Penal. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria da pena. ACr 0004051-88.2007.4.03.6111, Relatora Desembargadora Federal Vesna Kolmar 110/196

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

- Desaposentação. Devolução dos valores: impossibilidade. Constitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. Renúncia não configurada. ApelReex 0016209-85.2009.4.03.6183, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos 110/229

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

- Embargos à Execução. Reclamação trabalhista. Cálculos do contador: acolhimento. Coincidência dos critérios adotados pelo embargante e pela contadoria judicial. Total procedência dos embargos. Honorários devidos. AC 0044086-07.1999.4.03.6100, Relator Juiz Federal Fernando Gonçalves 110/249

- Embargos de Declaração. Ação Rescisória. Inexistência de contradição. Omissão caracterizada. Julgado que não disciplinou direito de opção, caso a escolha do segurado recaia sobre benefício concedido na via administrativa. Acolhimento parcial. EDcl AR 0008340-74.2001.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante 110/253

- Embargos de Declaração. Obscuridade. Impossibilidade de rediscussão dos fundamentos da causa. Condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios em favor da ré, representada pela Defensoria Pública da União. Possibilidade. Não provimento dos Embargos. EDcl AR 0026450-24.2001.4.03.0000, Relatora Juíza Federal Márcia Hoffmann 110/264

- Embargos Infringentes. Acórdão unânime. Divergência destacada em Embargos de Declaração. Discordância não caracterizada na ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição. Abertura na via infringente: impossibilidade. EI 0044352-63.2001.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes 110/299

- Ação Rescisória. Aposentadoria por idade. Rurícola. Litispendência. Dolo não configurado. Violação a literal dispositivo de lei: inocorrência. Improcedência do pedido. AR 0012992-03.2002.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes . 110/307

- Agravo Legal contra negativa de seguimento a Embargos de Declaração. Revisão de benefícios previdenciários. Reconhecimento da prescrição quinquenal parcelar. Lei nº 11.280/06. Aplicação imediata. Provimento ao agravo. Ag EDcl REO 0003153-92.2003.4.03.6183, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky 110/314

- Ação Rescisória. Embargos à Execução de sentença. Violação a literal disposição de lei. Arts. 610 e 743, I, do CPC. Procedência. AR 0013162-38.2003.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca 110/318

- Embargos à Execução. Omissão. Coisa julgada. Acolhimento. Revisão de benefícios. Correção dos salários-de-contribuição. Inclusão de índices inflacionários expurgados (jan./89 e abr./90) determinada no título executivo judicial. EDcl AC 0014360-52.2004.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi 110/328

- Embargados à Execução Fiscal. Identidade da causa de pedir em Mandado de Segurança. Relação de prejudicialidade entre os feitos. Sobrestamento dos Embargos. CPC, art. 265, IV, "a". AC 0001863-14.2005.4.03.6105, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 110/340

- Contrato de empréstimo. Fiador. Direito intertemporal. Interrupção. Prescrição intercorrente. AC 0018676-92.2009.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini 110/353

- Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Prova pericial: desnecessidade. Destinatário da prova. Livre convencimento. CPC, art. 420. Agravo improvido. AI 0012303-41.2011.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Nery Júnior 110/356

- Agravo previsto no parágrafo único do art. 120 do CPC. Conflito de Competência. Juizado Especial Federal e Juízo de Direito da Justiça Estadual. Competência delegada. Pensão por morte decorrente de acidente de trabalho. Competência deste TRF. Ag CC 0019754-20.2011.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira 110/360

DIREITO PROCESSUAL PENAL

- Tráfico internacional de entorpecente. "Mula". Materialidade e autoria comprovadas. Transnacionalidade delitiva demonstrada. Delação premiada inaplicável. Semi-imputabilidade. Redução da pena obrigatória. Medida de segurança. Internação recomendada por laudo psiquiátrico. ACr 0011418-71.2009.4.03.6119, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães 110/366

- Supressão ou redução de tributo - art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90. Deputado estadual. Competência originária. Encerramento do procedimento fiscal. Indícios suficientes de autoria. Materialidade comprovada. Súmula Vinculante nº 24 do STF. Preenchimento dos requisitos formais do artigo 41 do CPP. Recebimento da denúncia. IP 0002344-80.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo 110/428

DIREITO TRIBUTÁRIO

- Cofins. Isenção. Venda de serviços destinados ao exterior. Decisão nº 446/97 da SRF. Novo requisito. Serviço prestado em território nacional. Impossibilidade. Outorga de isenção. ApelReex 0008790-21.1999.4.03.6100, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 110/447

- Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE. Programa de estímulo à interação universidade-empresa para apoio à inovação. Lei nº 10.168/2000. Constitucionalidade. Acordo internacional: inaplicabilidade. Remessa ao exterior. Contrato. Transferência de tecnologia. Legitimidade da contribuição. AMS 0027814-64.2001.4.03.6100, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa 110/452

- Vendas destinadas à Zona Franca de Manaus. Isenção de PIS e COFINS. Compensação. AMS 0033319-31.2004.4.03.6100, Relator Juiz Federal Paulo Sarno 110/463

- Ação Rescisória. IOF sobre a transmissão de ações de companhias abertas e das bonificações decorrentes. Inciso IV do art. 1º da Lei nº 8.033/90. Arguição de Inconstitucionalidade já reconhecida pelo Órgão Especial do TRF 3ª Região. Vinculação. Improcedência do pedido. AR 0000443-82.2007.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes 110/472

- Contribuição do produtor rural pessoa física com empregados. Lei nº 8.212/91, arts. 12, V; 25, I e II e 30, IV. Lei nº 10.256/2001. Exigibilidade. Constitucionalidade. Prescrição. Decadência. Prazo reduzido para cinco anos para repetição ou compensação de indébitos nos processos ajuizados a partir de 09/06/2005. Aplicabilidade da Lei Complementar nº 118/2005, conforme entendimento do STF proferido no regime previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC. AC 0005261-02.2010.4.03.6102, Relator Desembargador Federal José Lunardelli 110/478

- Mandado de Segurança. Empresas matrizes e suas respectivas filiais. Apuração da contribuição previdenciária para os riscos ambientais do trabalho (RAT) calculada pelo grau de risco existente em cada um dos estabelecimentos individualizados por CNPJ próprio. Sentença concessiva. Decadência parcial do direito de compensação. AMS 0012421-84.2010.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo 110/492

- Embargos à Execução Fiscal. Penhora. Certidão de regularidade fiscal: possibilidade. Garantia suficiente. Ag AI 0028078-33.2010.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes 110/502

III - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO

Súmulas nºs 01 a 35 ..... 110/511

Expediente

A Revista do TRF 3ª Região é uma publicação oficial.

DIRETOR DA REVISTA

Márcio José de Moraes
Desembargador Federal

ASSESSORA

Selma Lacerda de Alcântara

EQUIPE

Conceição Falcone Leite
Francisco Oliveira da Silva
Lucia Massako Y. C. Rosa
Maria José F. da Rocha
Renata Bataglia Garcia

PROJETO DA VERSÃO DIGITAL

Secretaria de Informática
Divisão de Serviços Gráficos

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Av. Paulista, 1.842,
Torre Sul, 11º and.
CEP 01310-936 - São Paulo - SP
www.trf3.jus.br -
revista@trf3.jus.br

O conteúdo dos artigos doutrinários é de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

As decisões e os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar a diagramação, conferência com o original e padronização.

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95 - Presidente[2]
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95 - Vice-Presidente[3]
SUZANA de CAMARGO Gomes - 04/8/95 - Corregedora-Regional[4]
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo THEOTONIO COSTA - 17/6/93
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
RAMZA TARTUCE Gomes da Silva - 04/8/95
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
LEIDE POLO Cardoso Trivelato - 21/5/2003
VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
MARIANINA GALANTE - 16/12/2003
VESNA KOLMAR - 16/12/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004[5]
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/01/2011

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 13/01/2012.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.