TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

ANO XXIV - N. 116 - JANEIRO/MARÇO DE 2013 - ISSN 1982-1506

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Direitos fundamentais das mulheres encarceradas

Renata Andrade Lotufo
Juíza Federal

■ **A terminalidade da vida**
José de Oliveira Ascensão - Professor

■ **Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do máximo ético**
Paulo Gustavo Guedes Fontes - Desembargador Federal

■ **A litigiosidade contida e a litigiosidade exacerbada nos Juizados Especiais Federais Cíveis**
Eliana Rita Resende Maia - Juíza Federal

■ **Primeiras considerações sobre a dosimetria da pena na Ação Penal 470/MG – "Mensalão"**
Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira - Juiz Federal

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Ambiental. Ação Civil Pública. Derramamento de óleo. Responsabilidade civil objetiva.

Comentários: **André Felipe Soares de Arruda** - Advogado - **Heraldo Garcia Vitta** - Juiz Federal

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Antonio Cedenho

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXIV	n. 116	p. 1-630	jan./mar. 2013

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Antonio Cedenho

ASSESSOR: Wladimir Rodrigues

EQUIPE:

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

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

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

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

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96 - Presidente[2]
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Vice-Presidente[3]
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98 - Corregedor-Regional[4]
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo THEOTONIO COSTA - 17/6/93
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95[5]
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
VESNA KOLMAR - 16/12/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 05/03/2013.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA TURMA

VESNA KOLMAR - Presidente
JOSÉ LUNARDELLI
PAULO DOMINGUES - Juiz Federal
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA

PEIXOTO JUNIOR - Presidente
NELTON DOS SANTOS
COTRIM GUIMARÃES
CECILIA MELLO

TERCEIRA TURMA

MÁRCIO MORAES
CECÍLIA MARCONDES
NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA

QUARTA TURMA

DIVA MALERBI
ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO - Presidente

QUINTA TURMA

ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI - Presidente
ANTONIO CEDENHO
TÂNIA MARANGONI - Juíza Federal

SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO
REGINA COSTA

SÉTIMA TURMA

ROBERTO HADDAD - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
CARLOS FRANCISCO - Juiz Federal
CARLA RISTER - Juíza Federal

OITAVA TURMA

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
VERA JUCOVSKY
PAULO FONTES
RAQUEL PERRINI - Juíza Federal

NONA TURMA

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

DÉCIMA TURMA

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
WALTER DO AMARAL
LUCIA URSAIA

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Direitos fundamentais das mulheres encarceradas
Renata Andrade Lotufo 17

A terminalidade da vida
José de Oliveira Ascensão 41

A litigiosidade contida e a litigiosidade exacerbada nos Juizados Especiais Federais Cíveis
Eliana Rita Resende Maia 57

Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do máximo ético
Paulo Gustavo Guedes Fontes 69

Primeiras considerações sobre a dosimetria da pena na Ação Penal 470/MG - "Mensalão"
Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira 83

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Ambiental. Ação civil pública. Derramamento de óleo. Legitimidade passiva da agência marítima. Responsabilidade civil objetiva. Agente poluidor. Evento danoso. Nexo causal. Laudo pericial. Existência anterior de elemento poluidor no local. Irrelevância. Valor monetário da indenização.
AC 0205472-68.1998.4.03.6104
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 95

COMENTÁRIOS
André Felipe Soares de Arruda 103
Heraldo Garcia Vitta 109

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Servidor público. Processo disciplinar. Legalidade. Prescrição. Demissão. Desproporcionalidade. Revisão da pena.
AC 0014724-52.2002.4.03.6100
Desembargadora Federal Cecilia Mello 119

Ação Popular. Remessa oficial. Instalação de postos bancários no Paço Municipal de Bertioga através de permissão. Inexistência de ilegalidade ou de prejuízo ao erário.
REO 0006953-06.2005.4.03.6104
Desembargador Federal Nery Júnior 127

Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o objetivo de impedir a continuidade das irregularidades apontadas (excesso de água) na comercialização de carnes de aves. Omissão do poder público na fiscalização por falta de padrões ou limites para o exame dos produtos.
ApelReex 0007664-62.2006.4.03.6108
Desembargador Federal André Nabarrete 129

Responsabilidade civil do Estado. Reparação de dano moral. Ação penal por crime de furto qualificado. Absolvição. Alegação de demora na prestação jurisdicional. Garantia da ampla defesa e do contraditório. Falta de comprovação de dolo ou culpa.
AC 0007353-04.2007.4.03.6119
Desembargador Federal Carlos Muta 146

Ação Civil Pública por atos de improbidade administrativa. Conduta não capitulada como crime. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais previstos no Código Penal.
AC 0009250-21.2007.4.03.6102
Desembargadora Federal Alda Basto 156

Mandado de Segurança. Pedido de parcelamento. Delegado da Receita Federal em Sorocaba/SP. Procurador chefe da Fazenda Nacional em Sorocaba. Legitimidade passiva. Prazo para encerramento. Princípios da eficiência e da moralidade.
AMS 0008305-68.2011.4.03.6110
Juiz Federal Convocado Paulo Sarno 169

DIREITO CIVIL

Instituições bancárias. Conta inativa. Pagamento de tarifas. Descabimento.
AC 0001475-06.2008.4.03.6106
Desembargador Federal Peixoto Junior 177

Bem de família não configurado. Imóvel alienado. Impenhorabilidade afastada. Excesso da execução. Ausência de documentos. Contrato de mútuo. Título executivo judicial.
Ag AI 0030344-22.2012.4.03.0000
Desembargador Federal José Lunardelli 184

DIREITO CONSTITUCIONAL

Indenização por danos morais. Prisão e tortura do autor. Regime militar. Alegada prescrição. Inocorrência. Possibilidade de cumulação com a indenização.
ApelReex 0019636-14.2010.4.03.6100
Desembargador Federal Márcio Moraes 193

Reintegração de posse. Indígenas Guarani Nhandeva. Fazenda Remanso Guaçu. Grave lesão à ordem e à segurança. Relevante interesse social. Suspensão mantida até o trânsito em julgado da ação possessória originária.
Ag SuExSe 0000072-45.2012.4.03.0000
Desembargador Federal Newton De Lucca 202

DIREITO PENAL

Apropriação indébita. Contrato de depósito, guarda e conservação de produtos vinculados a empréstimos do governo federal. Autoria e materialidade do delito comprovadas. Desvio de grande quantidade de grãos.
ACr 0002648-28.2004.4.03.6002
Juíza Federal Convocada Tânia Marangoni 231

Recurso Especial. Exploração de máquinas caça-níquel. Crime de contrabando ou descaminho. Absorção pelo "crime fim" (jogos de azar). Princípio da consunção. Princípio da insignificância. Inadmissibilidade.
REsp ACr 0002649-80.2009.4.03.6117
Desembargadora Federal Salette Nascimento 239

Crime contra o mercado de capitais. Uso indevido de informação privilegiada. "Insider trading". Ofensa ao bem jurídico tutelado no Brasil. Fixação do dano moral coletivo.
ACr 0005123-26.2009.4.03.6181
Desembargador Federal Luiz Stefanini 243

Reingresso de estrangeiro expulso. Não configuração do erro sobre a ilicitude do fato. Circunstância agravante da reincidência devidamente reconhecida.
ACr 0012506-55.2009.4.03.6181
Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 264

Tráfico de drogas. Flagrante preparado: inocorrência. Crime impossível: inocorrência. Desclassificação para uso: rejeitada. Internacionalidade delitiva. Delação premiada: inocorrência. Regime inicial fechado: possibilidade.
ACr 0002889-37.2010.4.03.6181
Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita 267

Crimes de peculato e de receptação. Empregado de agência franqueada dos correios. Equiparação a funcionário público. Ofensa a interesse da União. Competência da Justiça Federal.
EInfNu 0003370-97.2010.4.03.6181
Desembargador Federal Antonio Cedenho.....284

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Atividade insalubre. Monitor. FEBEM. Início de prova material não complementado. Comerciário. Comprovação.
ApelReex 0003571-30.2003.4.03.6183
Desembargador Federal Roberto Haddad.....293

Aposentadoria por invalidez. Requisitos comprovados. Qualidade de segurado e incapacidade. Síndrome do pânico.
Ag AC 0003985-13.2004.4.03.6112
Juíza Federal Convocada Carla Rister.....297

Revisão de benefícios. Maior e menor valor teto. Limitação de salários-de-contribuição. Habilitação de sucessores.
AR 0071409-75.2004.4.03.0000
Desembargadora Federal Vera Jucovsky 303

Pensão por morte até conclusão de curso universitário. Impossibilidade. Filha maior de 21 anos. Dependência econômica não configurada.
EI 0004623-27.2005.4.03.6107
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 320

Benefício assistencial. Sentença de procedência. Apelação do INSS. Superveniente óbito da parte autora. Decisão monocrática terminativa. Extinção do processo sem resolução de mérito. Benefício personalíssimo. Sucessores. Direito ao recebimento de resíduo.
Ag AC 0002484-32.2006.4.03.9999
Desembargador Federal Paulo Fontes 332

Aposentadoria por tempo de serviço. Enquadramento e conversão de parte do tempo especial em comum. Possibilidade. Preenchidas as exigências legais para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.
Ag AMS 0005505-46.2006.4.03.6109
Desembargador Federal Fausto De Sanctis.....338

Assistência social. Estrangeiro residente no país. Possibilidade. Igualdade de condições prevista na Constituição. Pessoa hipossuficiente e de baixa instrução. Idade avançada.
AgRg AC 0000218-92.2007.4.03.6004
Desembargador Federal Walter do Amaral.....345

Concessão do benefício de aposentadoria especial por tempo de serviço. Reconhecimento da atividade de magistério.
ApelReex 0004850-10.2007.4.03.6119
Desembargador Federal Nelson Bernardes 349

Pensão por morte. Fracionamento do valor a ser pago entre a cônjuge que requereu administrativamente e a companheira exequente.
Ag AI 0010959-64.2007.4.03.0000
Desembargadora Federal Marisa Santos 355

Pensão por morte. Restabelecimento do benefício. Celebração de segundo matrimônio. Precária situação econômica.
AC 0012374-97.2007.4.03.6106
Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro 364

Pensão por morte. Situação de desemprego. Qualidade de segurado comprovada. Etilismo crônico.
Ag AC 0001593-63.2009.4.03.6003
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 367

"Desaposentação". Cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria. Impossibilidade.
AC 0000290-85.2011.4.03.6183
Juiz Federal Convocado Carlos Francisco 370

Aposentadoria especial. Eletricidade. Periculosidade comprovada. Caracterização de atividade especial. Aplicação com relação à correção monetária.
Ag ApelReex 0002845-75.2011.4.03.6183
Desembargador Federal Baptista Pereira 376

Pensão por morte. Filho maior de 21 anos. Universitário. Restabelecimento. Pretensa repetição de valores pagos a título de benefício previdenciário. Caráter alimentar da verba paga. Impossibilidade de devolução.
AC 0010281-49.2012.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 385

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Reforma da sentença. Honorários advocatícios de sucumbência.
Ag AC 0088276-02.1992.4.03.6100
Desembargadora Federal Regina Costa 393

Demanda ajuizada pelos sucessores da pensionista. Pagamento interrompido em face do óbito, sendo então o resíduo pago a eles por alvará judicial, sobre o qual requerem correção monetária e juros de mora.
AC 0025835-73.2002.4.03.9999
Desembargadora Federal Daldice Santana 396

Honorários advocatícios. Óbito de um dos defensores da autora. Levantamento da verba sucumbencial pelo outro advogado constituído na razão de 50%.
AI 0018322-29.2012.4.03.0000
Juíza Federal Convocada Raquel Perrini.....403

Decisão que indeferiu medida liminar requerida em Mandado de Segurança, objetivando o processamento pela Receita Federal dos recursos administrativos com suspensão da exigibilidade de débitos. Compensação de créditos de terceiros. Impossibilidade.
Ag AI 0030441-22.2012.4.03.0000
Desembargador Federal Johonsom di Salvo 406

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda. Parâmetro para balizar a aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.
EDcl ACr 0006507-68.2002.4.03.6181
Desembargadora Federal Vesna Kolmar 419

Mandado de Segurança. Sequestro de bens em operação policial. Pedido incidental de substituição de veículos automotores usados. Princípio da duração razoável do processo. Indeferimento da petição inicial.
MS 0031082-10.2012.4.03.0000
Desembargador Federal Fábio Prieto 426

"Habeas corpus". Prisão preventiva. Roubo duplamente majorado. Apreensão da "res". Evidência de materialidade. Prisão em flagrante e confissão extrajudicial. Periculosidade. Ausência de endereço certo e de atividade profissional lícita.
HC 0031197-31.2012.4.03.0000
Desembargador Federal Nelton dos Santos.....428

DIREITO TRABALHISTA

Reclamatória trabalhista proposta antes do advento da Constituição Federal de 1988. Competência residual da Justiça Federal Comum. Auxiliar administrativo no Consulado Geral do Brasil em Paris/França. Regime celetista. Estabilidade decenal. Reintegração ao trabalho inviável. Indenização.
ROTRAB 0017278-82.1987.4.03.6100
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....433

DIREITO TRIBUTÁRIO

IPTU. Imóvel da extinta RFFSA. Sucessão tributária. Imunidade.
Ag AC 0003582-52.2009.4.03.6182
Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn 447

FUNRURAL. Empregador rural pessoa física. Exigibilidade. Prescrição. Repetição de indébito ou compensação. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Jurisprudência do STF.
ApelReex 0001006-07.2010.4.03.6003
Desembargador Federal André Nekatschalow 450

Embargos à Execução Fiscal. Caixa Econômica Federal. Programa de Arrendamento Residencial (PAR). Imunidade não configurada. Legitimidade da cobrança.
Ag AC 0016403-20.2011.4.03.6182
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 456

Execução Fiscal. Inclusão de empresa no polo passivo. Formação de grupo econômico. Confusão patrimonial. Sucessão tributária. Responsabilidade solidária.
Ag AI 0035015-88.2012.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira 460

SENTENÇAS

Fundos de investimento. Pleito indenizatório alegando que os prejuízos suportados pelos demandantes foram decorrentes de gestão temerária. Descabimento do pedido. Prejuízos decorrentes de alteração de política cambial. Risco inerente ao negócio. Não configurada responsabilidade estatal por ausência de fiscalização.
0022121-02.2001.4.03.6100
Juiz Federal Djalma Moreira Gomes.....473

Fiscalização realizada pela Delegacia da Receita Federal. Denúncia por omissão fraudulenta de rendimentos para supressão de pagamento de tributo devido - IRPF. Responsabilidade criminal e responsabilidade tributária.
0000248-52.2005.4.03.6181
Juiz Federal Toru Yamamoto 486

Ação Penal. Desembaraço de mercadorias importadas. Subfaturamento. Emissão de documentos falsos. Pagamento de vantagem ilícita a fiscal da Receita Federal. Apreensão da carga. Perdimento.
0013163-36.2006.4.03.6105
Juíza Federal Márcia Souza e Silva de Oliveira 494

Ação Penal Pública. "Doleiros" realizando operações internacionais clandestinas de câmbio, sem autorização ou conhecimento do Banco Central. Lavagem de ativos. Gestão fraudulenta, operação de instituição financeira sem autorização, evasão de divisas, por meio de contas mantidas em instituições financeiras nos EUA. Produto pecuniário dos delitos submetido a ocultação e dissimulação, com utilização de "offshore" e conversão dos ativos em imóveis no território brasileiro.
0011628-33.2009.4.03.6181
Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali 523

Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Irregularidades na aquisição de merenda escolar no período em que a ré exerceu o cargo de Prefeita.
0012573-12.2009.4.03.6119
Juíza Federal Madja de Sousa Moura Florencio 575

Ação Civil Pública. Aparente choque entre a liberdade de comunicação da ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., e a liberdade de crença e filosofia de um determinável grupo de pessoas ligadas ao ateísmo. Excesso de conduta por parte da ré com prejuízo sensível aos direitos fundamentais dos ofendidos. Condenação à exibição de retratação no mesmo programa.
0023966-54.2010.4.03.6100
Juiz Federal Paulo Cezar Neves Junior 582

Correspondência expedida pela Alfândega de Portugal relatando que a autora havia solicitado ressarcimento de uma grande quantia de impostos recolhidos em virtude da compra de jóias ("tax free"). Não apresentação à autoridade alfandegária com a declaração de bagagem acompanhada ao reingressar ao Brasil. Tratamento intimidador pelo agente fiscalizador. Prisão em flagrante por desacato e remoção da autora algemada. Dano moral configurado.
0003504-42.2011.4.03.6100
Juiz Federal João Batista Gonçalves 611

Lotérica em prevenção demasiada a indesejar a instalação de nova unidade de atendimento ao povo. Ausentes elementos de amparo ao intento desconstitutivo.
0003088-16.2012.4.03.6108
Juiz Federal José Francisco da Silva Neto 620

Ação Civil Pública. Requerimento de afastamento do sigilo de informações atinentes ao recenseamento de crianças e adolescentes pelo IBGE para efeito de identificar-se aqueles ainda não possuidores de registro civil.
0005687-25.2012.4.03.6108
Juiz Federal Marcelo Freiberger Zandavali.....622

SÚMULAS 627

Artigos Doutrinários

Revista do TRF3 - Ano XXIV - n. 116 - Jan./Mar. 2013

Direitos fundamentais das mulheres encarceradas

Renata Andrade Lotufo
Juíza Federal Titular da 4ª Vara Criminal Federal em São Paulo/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico da mulher criminosa. 3. Números. 3.1. Criminalidade feminina no mundo. 3.2. Criminalidade feminina no Brasil. 4. Perfil da mulher presa. 5. Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. 6. Princípio da humanidade. 7. Políticas públicas. 8. Questões de gênero. 9. A mãe reclusa. 10. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução.

Com o presente trabalho pretendemos abordar o tema dos direitos fundamentais das mulheres encarceradas.

A primeira análise cinge-se à pesquisa do perfil desta camada da população conhecida por poucos e, sobretudo, sua representação numérica na sociedade e suas principais características comuns.

Com estes dados, passaremos aos estudos dos direitos fundamentais aplicáveis e conferidos especialmente pela Constituição brasileira a estas mulheres.

Passaremos pelos princípios da dignidade humana e humanidade, conferindo um aspecto geral para a categoria dos encarcerados, já que são mais abrangentes.

Na sequência, a análise do tema requer ponderações sobre *políticas públicas*, já que, segundo nossa pesquisa, normas, doutrina e o *Encontro Nacional do Encarceramento Feminino*, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, em junho de 2011, concluem e clamam por políticas públicas que assegurem o cumprimento dos direitos fundamentais das mulheres encarceradas.

As peculiaridades do gênero feminino vistas sob o prisma do *princípio da igualdade* também serão examinadas, até finalizarmos com a abordagem de um direito fundamental específico das mulheres encarceradas que também são mães: o de permanecer com seus filhos durante a amamentação (art. 5º, L, da CF).

Porém, quando se pensa neste direito da mãe presa, não há como deixar de ponderar o direito fundamental da criança previsto no inciso XLV do artigo 5º da Carta: o *princípio da intranscendência*, segundo o qual "nenhuma pena passará da pessoa do condenado".

Portanto, a análise dos direitos fundamentais da mulher encarcerada, muito embora esteja calcada principalmente na Constituição brasileira também implicará no estudo e auxílio de outras áreas além do Direito, com breves ponderações de dados estatísticos, notícias da imprensa e sociologia. Isso porque a prévia compreensão da realidade da presa é imprescindível para o estudo de seus direitos.

2. Breve histórico da mulher criminosa.

Se, durante a Antiguidade, a mulher teve seu papel valorizado em sociedades matriarcais, com o advento da Idade Média, tudo mudou no cenário feminino. Segundo Olga Espinoza:

> (...) a Inquisição teve um papel fundamental no processo de consolidação do modelo punitivo. A ordem inquisitorial pretendeu eliminar o espaço social público da mulher na Idade Média gerado pela ausência dos homens que abandonavam as cidades para participar de guerras medievais. Com essa finalidade, buscou-se erradicar a religiosidade popular medieval e a cultura fortemente comunitária, motivada pelas mulheres.[1]

Na sociedade medieval, as mulheres foram objeto de sanções mais brutais do que homens. Isso porque, para manutenção do seu poder, o clero difundia a ideia que as mulheres eram débeis, facilmente influenciadas por tentações do diabo. Para isso a própria Bíblia foi interpretada de forma a demonstrar a mulher como um ser perigoso e muitas vezes traiçoeiro, como por exemplo: Eva, Dalila, Salomé e Maria Madalena. Por via de consequência, era incutido o pensamento de que a mulher sempre precisaria estar tutelada por um homem. Mesmo depois, já em 1692, a história norte-americana ficou marcada pelo episódio conhecido como "As bruxas de Salém", quando a cidade de Salém em Massachussets foi acometida de histeria geral, com a acusação e julgamento de várias mulheres e prisão de mais de 150 pessoas.[2]

Segundo a socióloga Julita Lemgruber,[3] isso fez com que historicamente a mulher criminosa fosse tida como pior do que o homem na mesma condição, já que teria tido a ousadia de trair sua própria natureza. A socióloga cita pensadores importantes como Freud, para quem a mulher criminosa teria se rebelado contra o "natural papel biológico"; Lombroso, no sentido de que seria uma mulher "biologicamente anormal"; e Carpenter, afirmando que, "quando a mulher deixa de lado os virtuosos freios da sociedade e fica do lado do mal, ela é muito mais perigosa do que o outro sexo".

Isso explica por que historicamente a mulher é muito mais sujeita a controles e castigos quando inserida no complexo prisional. Partindo-se deste pressuposto, ou seja, que a criminalidade feminina era uma verdadeira aberração, a história mostra que, além das punições e castigos serem piores para as mulheres, elas não teriam direito às adaptações atinentes ao seu gênero.

Por muito tempo chegaram a dividir os mesmos estabelecimentos prisionais que os homens, ou então passavam a ocupar presídios ou centros de detenção que já tinham sido destinados ao encarcerado do sexo masculino, sem, contudo, qualquer adaptação. Uma situação que, sem dúvida, por muito tempo foi objeto de descaso e improviso. Tem-se como exemplo o relato de Flavia Ribeiro de

1 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 55.

2 Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bruxas_de_Sal%C3%A9m>. Acesso em: 27/08/2011.

3 LEMGRUBER, Julita. *Gênero e prisão*: evolução histórica e realidade atual. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.julitalemgruber.generoeprisao.pdf>. Acesso em: 27/08/2011.

Castro no livro *Flores do cárcere* ao descrever sua experiência como voluntária na cadeia pública feminina de Santos:

> Por causa disso aprendi que não havia vaso sanitário nas celas. Em seu lugar, apenas o boi, bem embaixo do chuveiro; um estreito e fedorento buraco, envolto por um piso de plástico branco, onde, depois de um bom treinamento era possível encaixar os dois pés em paralelo, tratando de se equilibrar agachada, com as pernas escancaradas, para cumprir as necessidades mais primárias. Permanecer rotineiramente naquela posição era degradante.[4]

3. Números.

3.1. Criminalidade feminina no mundo.

O crescimento vertiginoso do encarceramento é mundial. A socióloga Julita Lemgruber,[5] ao analisar as estatísticas do Centro Internacional de Estudos Prisionais (*International Centre for Prision Studies)*, observou que a taxa de encarceramento de mulheres vem crescendo mais rapidamente do que a de homens. Em se tratando do universo carcerário geral (homens e mulheres), segundo este Centro, os Estados Unidos lideram como sendo o país com maior população carcerária, seguido da China, Rússia e o Brasil em quarto lugar.[6] Já no universo da mulher encarcerada, o Brasil está em 57º lugar com 6,6% do contigente carcerário feminino,[7] caminhando em direção à 10% graças ao aumento da participação feminina no tráfico de drogas.

Mas o aumento do encarceramento também pode ser observado como uma característica da sociedade moderna, medrosa e insegura. Como bem observaram Ney Fayet Júnior e Inezil Penna Marinho Júnior este clima de "ansiedade social" e "cultura fóbica" influencia diretamente as diretrizes de políticas criminais, gerando o "Direito penal de risco", onde as criminalizações, antecipações e agravamentos de medidas punitivas passam a ser as respostas ao clamor público, gerando no plano legislativo:

> (...) a crescente proliferação de novos bens jurídicos (supraindividuais ou civis), a preponderância no ordenamento penal dos delitos de perigo abstrato, a flexibilização na apreciação do nexo causal, a diminuição de categorias como as da tentativa e da consumação, da autoria e da participação ou do dolo, o emprego de expressões e termos ambíguos e imprecisos (sobretudo na legislação penal econômica), a utilização massiva de leis penais em branco, etc.[8]

Apenas para explicitar, Canotilho[9] diferencia o risco típico da nova civilização tecnológica e as problemáticas jurídicas decorrentes, do "risco existencial criado pelo outro", perigoso legitimador de medidas pouco democráticas, supostamente na defesa da segurança dos cidadãos.

No caso específico das mulheres, é importante ressaltar que o aumento da participação do gênero, em especial no tráfico de drogas, se deu, em primeiro lugar, como uma correspondência ao crescimento da par-

4 CASTRO, Flavia Ribeiro de. *Flores do cárcere*. São Paulo: Talento, 2011, p. 51.

5 LEMGRUBER, Julita. *Gênero e prisão*: evolução histórica e realidade atual. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.julitalemgruber.generoeprisao.pdf>. Acesso em: 27/08/2011.

6 Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=wb_female>. Acesso em: 31/10/2012.

7 Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=wb_female>. Acesso em: 27/08/2011.

8 FAYET JÚNIOR, Ney; MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul./dez. 2009, p. 86.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 240.

ticipação feminina no mercado de trabalho lícito.[10] De outro lado, a mulher, em especial a carente emocional e financeiramente, é presa fácil para as organizações internacionais de tráfico de entorpecentes, sempre na busca de "mulas"[11] para o transporte da droga. Além disso, é comum a mulher do traficante assumir o seu papel quando ele é preso, ou ainda, é igualmente rotineiro as mulheres serem presas por transportar a droga para dentro do estabelecimento penitenciário onde seu homem está recluso.

3.2. Criminalidade feminina no Brasil.

Segundo a socióloga Julita Lemgruber,[12] o Brasil já tem quase meio milhão de presos. É a quarta maior população prisional no mundo e, ao que parece, as penas alternativas não têm contribuído para reduzir o número de encarceramentos. Ressalta a estudiosa que os dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN são os únicos disponíveis, todavia, não retratam fielmente a realidade já que muitos Estados não alimentam adequadamente estas informações.

Mas, mesmo assim, ela concluiu que existe uma grande diferença na taxa de encarceramento no Brasil em relação ao *gênero*. Por exemplo, enquanto os três maiores índices masculinos são Acre, Rondônia e São Paulo; no caso feminino, os três primeiros são Distrito Federal, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Nota-se uma clara correspondência entre os locais das maiores rotas do tráfico de drogas em relação aos locais onde está o maior

número de mulheres encarceradas.

Lemgruber expôs ainda que, de 2005 a 2010, a população geral de presos cresceu 45%, sendo que a de homens teve crescimento de 42% e a de mulheres simplesmente *dobrou*. Neste período, 15.263 mulheres foram presas no Brasil, dentre elas quase 10 mil por tráfico. Em outras palavras, aproximadamente 2/3 das mulheres respondem ou foram condenadas por tráfico de drogas.

O Promotor de Justiça da Bahia, Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, debatedor do painel sobre as "Regras de Bangkok" no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, *Geder Luiz Rocha Gomes*, trouxe outro dado interessante para ajudar a explicar esse aumento do número de prisões: a ampliação do controle penal. Se em 1990 havia no sistema brasileiro um total de 820 infrações penais, em 2008 chegou-se a 1.530 infrações penais.[13] Repisamos que este fenômeno não é apenas brasileiro, é o *Direito Penal do Risco*, fruto de uma cultura de medo e poder de polícia pós "11 de setembro".

10 Ideia difundida por Frieda Adler em *Sister in crime* (New York: McGraw-Hill, 1975) apud GREENE, Judith; PRANIS, Kevin. *Hard hit*: the growth in the imprisonment of women, 1977 – 2004. Disponível em: <http://www.wpaonline.org/institute/hardhit/part1.htm>. Acesso em: 29/10/2011.

11 "Mula" é o "indivíduo que faz correio de drogas", segundo Vicente Greco Filho. Tóxicos: prevenção – repressão. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 203.

12 LEMGRUBER, Julita. *Gênero e prisão*: evolução histórica e realidade atual. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.julitalemgruber.generoeprisao.pdf>. Acesso em: 27/08/2011.

13 GOMES, Luiz Rocha Geder. *Encarceramento feminino:* realidade brasileira. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.gederrocha.encarceramentofeminino.pdf >. Acesso em: 28/08/2011.

Portanto, as estatísticas indicam que a população carcerária vem aumentando no mundo todo e, no Brasil, o contingente prisional feminino cresce em uma velocidade preocupante.

4. Perfil da mulher presa.

Segundo o relatório de 2007, elaborado pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL e pelas entidades que constituem o Grupo de Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas, o perfil da mulher presa hoje é:

> (...) jovem, mãe solteira, afrodescendente, e na maioria dos casos, condenada por envolvimento com tráfico de drogas (ou entorpecentes). Ela apresenta um vínculo tão forte com a família que prefere permanecer em uma cadeia pública, insalubre, superlotada e inabitável, mas com chance de receber a visita de sua família e filhos, a ir a uma penitenciária distante, onde poderia eventualmente ter acesso à remição da pena por trabalho ou estudo, e a cursos de profissionalização, além de encontrar melhores condições de habitabilidade.[14]

Infelizmente, essa esperança pela visita familiar é uma realidade bem distante se comparada com o homem encarcerado. Uma vez presas, elas são frequentemente abandonadas por suas famílias e, via de regra, como uma dolorosa constante, por seus companheiros. As mulheres fazem filas e sacrifícios para visitar seus maridos e companheiros reclusos, todavia não recebem a mesma atenção. Segundo Nina Fideles, jornalista do "Jornal Estado de Direito", na Penitenciária de Santana, São Paulo, Capital, "apenas 8% recebem visitas de namorados ou maridos, e 11% são visitadas pelo menos uma vez por mês por suas mães, filhos, irmãos e irmãs. A maioria nunca recebe visitas".[15]

De acordo com informações mais recentes do DEPEN trazidas por Lemgruber,[16] 50% das presas tem até 29 anos, 46% tem apenas o ensino fundamental completo, e boa parte delas já foi vítima de violência física e/ou sexual antes da prisão.

Segundo Alessandra Teixeira, advogada integrante do Coletivo para Liberdade e Reinserção Social – Colibri, em 1996 a ONG *Coletivo de Feministas Lésbicas de São Paulo*, em conjunto com o Ministério da Saúde e apoiada pela Secretaria de Administração Penitenciária, elaborou um trabalho junto à casa de detenção feminina no Tatuapé, São Paulo – Capital, no qual se aferiu que:

> (...) a população prisional feminina é composta por mulheres jovens (77% têm menos de 35 anos), 43% delas afrodescendentes, com baixo grau de escolaridade (84% não ultrapassavam o ensino fundamental/1º grau), com internações anteriores como a FEBEM (54%), com histórico de violência conjugal (51%) e maternidade precoce (78% delas foram mães antes dos 21 anos) (...) Enquanto a chefia da família é exercida hoje em 25% dos lares brasileiros por mulheres, no caso de famílias chefiadas por presas esse número sobe para 57%. (...) 80% delas trabalhavam antes de serem presas em situações vulneráveis, contra 44% das mulheres em liberdade e apenas 32% dos homens.[17]

14 *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil.* Disponível em: <http://asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf>, p. 15. Acesso em: 28/08/2011.

15 FIDELES, Nina. Mulheres encarceradas. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 11 jul. 2011. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/-7/11/mulheres-encarceradas/>. Acesso em: 28/08/2011.

16 LEMGRUBER, Julita. *Gênero e prisão*: evolução histórica e realidade atual. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.julitalemgruber.generoeprisao.pdf>. Acesso em: 27/08/2011.

17 TEIXEIRA, Alessadra. Encarceradas, igualdade de direitos e a visita íntima. *Boletim da Associação Juízes para a Democracia*, São Paulo, n. 24, abr./jun. 2001, p. 11–12.

Em resumo, e obviamente ressalvando exceções, de um modo geral o perfil da encarcerada feminina é o protótipo da pessoa *excluída*. Sem educação, qualificação profissional, autoestima, a criminalidade tornou-se seu caminho natural, seja só, ou principalmente com o apoio das grandes organizações criminosas voltadas para o tráfico de entorpecentes.

Como ensina Zaffaroni:

> (...) as pessoas costumam tolerar injustiça, mas não podem tolerar a falta de esperança. É da essência do humano ter projetos e projetar-se. Não há existência sem projeto. A exclusão é a falta de esperança, frustra todos os projetos, fecha todas as possibilidades, potencializa todos os conflitos sociais (qualquer que seja sua natureza) e os erros de conduta. (...) É inquestionável, pois, que a exclusão – não a pobreza – gera maiores cotas de violência social, pois ela mesma é a violência estrutural.[18]

Assim, no percurso de uma vida com poucas oportunidades e geralmente marcada pela violência, o aprisionamento é o destino provável, e a recuperação muitas vezes uma palavra vazia, já que não há como tornar a adquirir o que nunca se teve.

5. Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Na Constituição Brasileira de 1988, a *dignidade da pessoa humana* vem disposta no inciso III do artigo 1º, e não como um dos princípios inscritos como *fundamentais*. Segundo a Constituição, a *dignidade da pessoa humana* é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é um Estado Democrático de Direito formado pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Tal disposição foi novidade no cenário constitucional de 1988, já que a Constituição de 1969 não a mencionava expressamente.[19]

O fato da *dignidade da pessoa humana* estar em um lugar de destaque e fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II da CF) não significa que deixe de ser um direito fundamental. Isso porque os direitos não se definem e muito menos podem ser interpretados meramente por sua capitulação normativa.

A *dignidade da pessoa humana* tem uma amplitude tão grande e, sobretudo o papel de condicionar os princípios jurídicos, que de acordo com a sistematização das normas defendida por Humberto Ávila é um verdadeiro *postulado normativo:*

> Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau.[20]

A dignidade da pessoa humana passa então a ser também um direito fundamental na medida que os sustenta e os influencia diretamente.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins definem os *direitos fundamentais* como:

> (...) direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto,

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal.* Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 173–174.

19 "Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes: (...)
§ 14. Impõe-se a tôdas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário."

20 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 134.

> que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.[21]

Mas muito mais do que nortear o exercício do poder estatal, os direitos fundamentais sustentam os pilares da sociedade com proposições positivas para o Estado em relação ao cidadão e as pessoas entre si, já que os destinatários dos direitos fundamentais são todas as pessoas sem distinção, como preceitua o princípio da igualdade no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, os *direitos fundamentais* são um compêndio de direitos inalienáveis e intransferíveis de todas as pessoas que vivem ou transitam pelo país, como um presente que ganham ao nascer. Vale lembrar que este exercício poderá ser limitado por outro direito fundamental, a depender do caso concreto.

Neste contexto, a *dignidade da pessoa humana* também é um atributo de toda pessoa e, portanto, poderá ser oponível contra o Estado, terceiros, ou simplesmente considerada como uma declaração de conteúdo positivo. Até porque, conforme Joaquín Herrera Flores, a *dignidade humana* nada mais é do que a soma de três grandes valores: *liberdade, igualdade e vida*.[22]

Ingo Wolfgang Sarlet explica que a positivação da *dignidade humana* na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental faz com que, além do princípio da dignidade humana isoladamente considerado, tenhamos também que reconhecê-lo como "*direito fundamental à dignidade*".[23]

Temos, então, o princípio da dignidade da pessoa humana como base inspiradora e fonte de vários outros direitos fundamentais, e a *dignidade humana* considerada em seu sentido mais literal, mas nem por isso menos abrangente.

Para George Marmelstein, os direitos fundamentais no Brasil possuem relevâncias práticas, pois têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF), são cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF) e possuem hierarquia constitucional. Mas, sobretudo, o autor destaca o conteúdo ético dos direitos fundamentais, já que a vida digna não existe onde há um ambiente de opressão.[24] É o chamado "fundamento filosófico e jurídico, a razão de ser dos direitos fundamentais", no dizer de Helena Regina Lobo da Costa.[25]

Neste sentido é claro que por trás da maioria, senão até de todos os princípios inscritos como *direitos fundamentais*, está a *dignidade da pessoa humana*, alicerçando-os e inspirando-os. Talvez não fosse necessária a repetição de todos os desdobramentos da *dignidade humana* na Constituição, como por exemplo, no inciso XLVII do artigo 5º, ao proibir as penas de morte, perpétuas, de trabalho forçado, banimento e cruéis. Mas não podemos deixar de lembrar que as Constituições são o retrato da História. No Brasil veio depois do regime militar e por isso precisou falar e repisar os direitos esquecidos por tanto tempo. De outro lado, na Alemanha pós II Guerra, a Lei Fundamental Alemã apenas concebeu a *dignidade humana* e, a partir daí. foram construídos os princípios decorrentes, como, por exemplo, o devido processo legal.[26]

21 DIMITRI, Demoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

22 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 141.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83–84.

24 MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17–18.

25 COSTA, Helena Regina Lobo da. *A Dignidade da pessoa humana e as teorias de prevenção geral positiva*. Dissertação de Mestrado. Orientação: Professor Miguel Reale Júnior. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

26 Aula ministrada em 23 de maio de 2011, pelo Prof. Antônio Cezar Peluso, no curso de extensão da FAAP "O devido processo legal: história, dogmática e jurisprudência do STF", no Campus FAAP São Paulo – Sede. Cfr. também: SARLET, Ingo Wolfgang. Os sessenta anos da lei fundamental da alemanha e o direito constitucional brasileiro. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 04 fev. 2011. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/02/04/os-sessenta-anos-da-lei-fundamental-da-

Ingo Wolfgang Sarlet, depois de analisar todo o contexto internacional e filosófico do tema, definiu a *dignidade humana* como:

> (...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[27]

Daí se denota a ligação íntima entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sua fusão e fundamentação. Mas, sobretudo, a *dignidade da pessoa humana* é também verdadeira *diretriz de interpretação* se houver aparente colidência entre os direitos fundamentais explícitos.

Ao estudar a aplicação da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ingo Wolfgang Sarlet notou que:

> (...) cada vez mais e especialmente após a promulgação da CF de 1988, [o STF] invoca o princípio (e regra) da dignidade da pessoa humana como fundamento principal ou secundário para a solução de controvérsias que lhe são direcionadas, demonstram claramente uma tendência no sentido de consagrar, também no direito brasileiro, a noção de que na dúvida deverá o intérprete – seja no âmbito de "uma ponderação de interesses", seja em outras hipóteses – optar pela alternativa compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*).[28]

Feitas todas essas colocações, pergunta-se, como fica a dignidade humana dos encarcerados?

A sociedade atemorizada tem sido implacável ao pedir o agravamento de penas e maior criminalização de condutas. A polícia e as forças armadas cada vez mais ganham créditos na popularidade junto aos brasileiros segundo o jornal "O Estado de São Paulo", de 08/07/2010.[29] O Legislativo muitas vezes procura fazer a vontade de seus vorazes eleitores. O Judiciário fica cada vez mais premido pela imprensa, implacável no seu julgamento. E o Executivo, diante de tudo isso, como veremos a seguir, ao tratar de políticas públicas, acaba

alemanha-e-o-direito-constitucional-brasileiro/>. Acesso em: 1º/10/2011.>. Acesso em: 1º/10/2011.

27 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 72–73, grifos nossos.

29 Só um terço dos brasileiros confia na Justiça, diz FGV. *Jornal O Estado de São Paulo*. São Paulo, 08 jul. 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,so-um-terco-dos-brasileiros-confia-na-justica-diz-fgv,578349,0.htm>. Acesso em: 27/08/2011.

relegando a questão carcerária ao segundo plano, até porque é um assunto que não gera votos em futuras reeleições.

Porém, se a imprensa não ajuda e, ao contrário, ganha créditos e rendimentos com a propagação do medo e da violência, o Estado, especificamente seus três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, deve contribuir e zelar pela dignidade humana do preso, sob pena de se retornar ao Estado Absolutista, como bem desenhou Nucci:

> (...) se época houver em que os agentes do Estado passarem a agir desgovernadamente, com ânimo de vingança e prazer sádico de ferir e lesar aquele que, porventura, fez o mesmo a seu semelhante, não mais se poderá falar em Estado Democrático de Direito e muito menos em respeito à dignidade da pessoa humana.[30]

É dever do Estado, portanto, lembrar a sociedade que deve vigorar sempre, em qualquer situação a *dignidade humana*.

6. Princípio da humanidade.[31]

Sob a égide da Constituição anterior, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/69, ao apenado era garantida apenas a dignidade humana, prevista no artigo 153, § 14º. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, embora reconhecesse já antes da Constituição de 1988 que a dignidade humana bastava para informar a execução penal, defendia sua insuficiência na prática, pois, segundo ela, "diante da diversidade de conceitos, de posições filosóficas, da capacidade de compreensão, os agentes do Poder Público precisam de normas explícitas".[32]

Assim, como fruto da História, o rol de garantias cresceu com a Carta de 1988.

Preceitua o artigo 5º, III, da Constituição Federal que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

Tal disposição foi baseada na Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada e adotada na Organização das Nações Unidas – ONU, em dezembro de 1948. Esta, em seu artigo 5º, apenas incluiu o "castigo cruel": "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou *castigo cruel*, desumano ou degradante".[33] A redação desta Declaração foi praticamente reproduzida no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), adotado pelo Brasil. Em seu artigo 5º, 2, acrescenta-se apenas que "toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano".

Apesar da Constituição não mencionar no inciso III a expressão "castigo cruel", como posto na Declaração Universal de Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica, especificamente no inciso XLVII do artigo 5º, preceitua a Carta que:

> (...) *não haverá penas*:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> *e) cruéis*. (grifos nossos).

E, para deixar ainda mais claro que o preso deve ser tratado condignamente, o inciso XLIX do mesmo artigo 5º declara que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Vê-se, então, que por todas as formas possíveis nosso constituinte erigiu como direito fundamental dos presos *o respeito por*

30 NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.
31 Nomenclatura de NUCCI, *ibidem*, p. 145.
32 CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 26.
33 Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 08/07/2011.

sua dignidade, integridade física e moral, sendo expressamente proibidas penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, banimento, cruéis, torturantes, desumanas ou degradantes.

Muito embora a pena tenha outras finalidades, a primeira, que aflora no singelo entender de qualquer pessoa, é o *castigo,* ou seja, *o pagamento* pelo crime cometido, conhecido no Direito Penal como o caráter *retributivo* da pena.[34]

Considerando-se, então, este extenso rol de exigências da Constituição erigidas a princípios fundamentais, aqui consubstanciadas no *princípio da humanidade* como um fragmento da *dignidade humana*, ou, até mesmo o *princípio da dignidade* "*strictu sensu*", pergunta-se: este preceito constitucional está sendo respeitado na prática? Ou ainda, há no Brasil *pena privativa de liberdade digna que respeite a integridade física e moral do apenado*?

A II Caravana de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados presenciou inúmeras situações degradantes, dentre a falta total de higiene, espancamentos e estupros nos presídios femininos. Trechos do relatório elaborado pela comissão demonstram episódios extremos como os seguintes:

> INSTITUTO PENAL FEMININO DESEMBARGADORA AURI MOURA COSTA – Um labirinto em Fortaleza (...) Essas celas de isolamento estão entre as piores que vimos em toda Caravana. São três pequenos cubículos escuros e úmidos aos quais se tem acesso após uma serpentina de corredores e portas chaveadas. Em um deles, uma das internas recolhidas nos mostrou a situação dramática do isolamento levantando o colchão onde dormia por sobre uma espécie de estrado. Embaixo, havia um buraco no concreto, uma verdadeira cloaca onde habitavam inúmeras baratas.[35]
>
> PENITENCIÁRIA FEMININA DO BUTANTAN (Doutora Maria Marigo Cardoso de Oliveira) – quando o Estado espanca e estupra. (...) Casos de espancamento e de violência sexual foram descritos. Segundo as presas, uma interna teria engravidado em estupro praticado por agente, cujo nome já sabíamos. A vítima dessa agressão, todavia, não foi identificada. Entrevistamos uma detenta que relatou ter sido pisoteada pelo mesmo agente no interior da C.I..[36]

Assim, cremos que *princípio da humanidade* é o mais violado quando o assunto é a pena privativa de liberdade no Brasil. Isso porque a própria sociedade despreza essa parte da história da vida do infrator. A imprensa cobre passo a passo os casos policiais que causam mais clamor na população como, por exemplo, de Suzane Von Richthofen[37] e Alexandre Nardoni[38] até o momento da prisão, voltando a relatar sua indignação se lhe forem concedidos quaisquer benefícios. Uma vez trancafiados e imposto o *castigo,* nada mais interessa, a justiça foi feita.

Este é o pensamento geral. Quem está preso está pagando por alguma coisa e, como tal, não merece nada de bom e sim sofrer para expiar seus pecados. Boa parte da implacável população clama por penas sempre mais altas justamente porque ainda mistura a justiça com a vingança.[39] E, neste ponto, como bem observou Giovandro Marcus Ferreira,[40] ao

34 MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 108–111.

35 Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. *II Caravana Nacional de Direitos Humanos – Relatório* – Uma amostra da realidade prisional brasileira. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000, p. 28. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/relatorios/prisional.html>. Acesso em: 17/10/2012.

36 *Ibidem*, p. 68.

37 Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Suzane_von_Richthofen>. Acesso em: 10/09/2011.

38 Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Isabella_Nardoni>. Acesso em: 10/09/2011.

39 FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 71–78.

40 Diretor da Faculdade de Comunicação e Coordenador do

prefaciar a obra de Aline D'Eça:

> (...) salta aos olhos, em muitas declarações e conversas, a semelhança entre uma pessoa que cometeu um delito e é posta em prisão, em geral brasileiras e brasileiros pobres, e a relação que se tem com o lixo. Como aquela dona de casa que quer se livrar do lixo na porta de sua residência: não quer saber para onde vai, qual será seu destino, enfim, não quer ser mais incomodada por ele.[41]

A situação é pior quando se trata do gênero feminino. A uma porque o preconceito em relação à mulher que comete crime, ainda na concepção histórica de que estaria traindo sua "natureza", continua bastante comum. A duas porque, apesar do crescente número de mulheres presas, as casas de detenção foram feitas e pensadas para o universo masculino.

A pena privativa de liberdade é a mais drástica no sistema criminal brasileiro. Mesmo que revestida de todas as garantias constitucionais, ela restringe um dos sentimentos mais básicos e instintivos do ser humano na vida: a liberdade. É uma medida radical, que deve ser tomada em casos que o Estado/Judiciário repute graves, já é forte o suficiente se for digna, e passa a ser desmedida e abusiva na medida que for cruel.

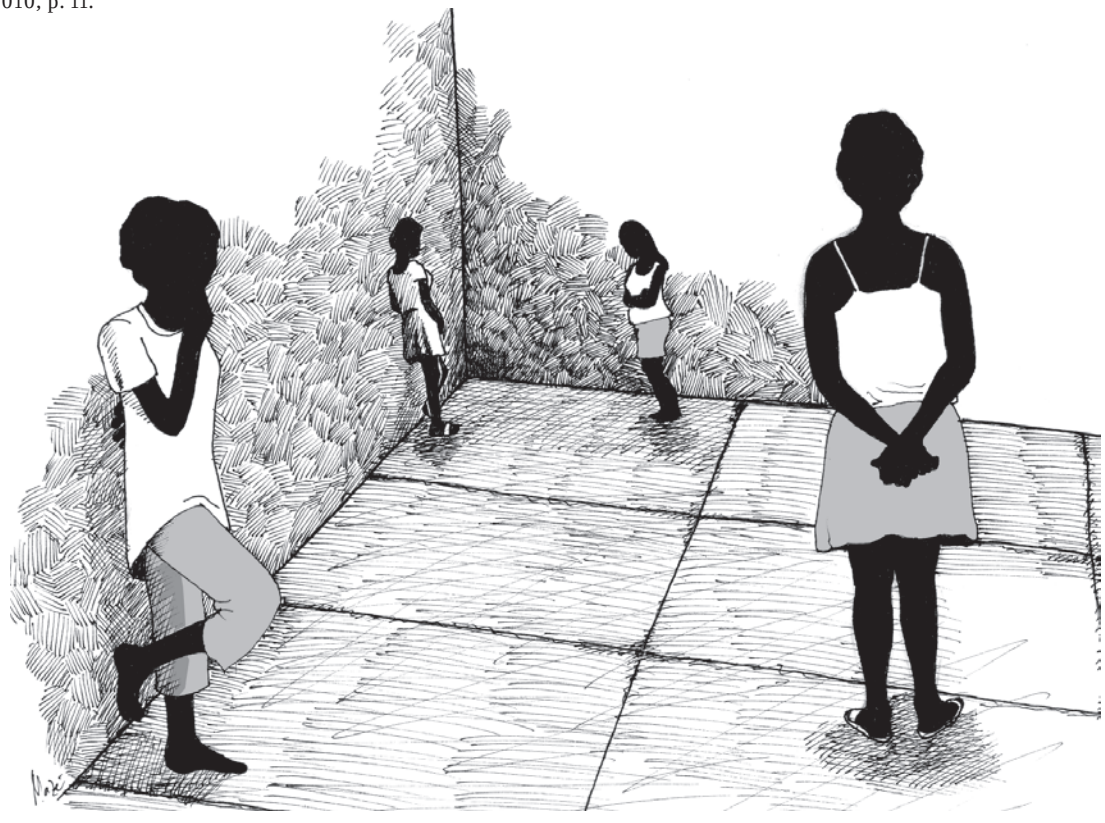
Em termos antropológicos, a crueldade prisional é fruto inerente do confinamento.

Dentro das prisões, a crueldade pode existir nas condições físicas dos estabelecimentos prisionais, na rotina, mas, sobretudo no *microcosmo* formado dentro da prisão. E, para tanto, conta-se com as penas disciplinares muitas vezes descabidas da carceragem, somada à conveniente cegueira dos administradores penitenciários em relação ao "sistema penal interno" dos detentos.

Ao ser tolhida de sua liberdade e, portanto, de suas escolhas mais básicas, como

Centro de Comunicação, Democracia e Cidadania da Universidade Federal da Bahia.

41 D'EÇA, Aline. *Filhos do cárcere*. Salvador: EDUFBA, 2010, p. 11.



a hora de acordar e dormir, o que vestir, o que fazer e o que comer, os internos e seus custodiadores passam por um processo de "assimilação" ou "prisonização", conforme Augusto Thompson, já que segundo ele:

> (...) a população penitenciária – presos, guardas, especialistas terapeutas e membros da direção – fica comprimida numa área física angusta, as pessoas forçadas a viver numa intimidade estreita, onde a conduta cada uma é objeto de constante escrutínio por parte das outras. *Não é a solidão que perturba os indivíduos na comunidade carcerária mas, sim, a vida em massa.*[42]

O Direito pode contribuir para a diminuição da crueldade e das situações degradantes, caminhando por fazer valer os princípios da *dignidade humana* e *humanidade*.

Para tanto, o Estado precisa trabalhar com políticas públicas, o Legislativo e o Judiciário necessitam urgentemente analisar a questão de frente como foi feito nas Caravanas de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados[43] e, recentemente, com lançamento do programa que analisa o sistema carcerário pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Esse programa trabalha no sistema carcerário com os seguintes temas: a) "Começar de Novo": incentivo do trabalho e cursos profissionalizantes aos egressos do sistema carcerário; b) "Geopresídios": compilação de dados fornecidos pelos magistrados das execuções penais a respeito das inspeções pessoais nos presídios nos termos da Resolução nº 47/2007 da Presidência do CNJ; c) "Justiça Criminal": Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal; e, d) "Mutirão Carcerário": iniciado em 20 de julho de 2011 no Estado de São Paulo, propõe a análise de aproximadamente 94 mil processos de pessoas condenadas e a inspeção de 149 estabelecimentos prisionais paulistas.[44]

No campo legislativo e jurisdicional, seus representantes têm de assumir a responsabilidade das penas privativas de liberdade, saber e conhecer para onde estão enviando essas pessoas, para que desta forma analisem melhor a proporcionalidade das penas. Ainda, esses estudos não podem desconsiderar as características femininas, com necessidades diferentes dentro de um estabelecimento prisional.

A questão da superpopulação carcerária transformando os estabelecimentos prisionais em *depósitos de seres humanos* está nas mãos do Estado. Judiciário e Ministério Público não podem deixar apenas a cargo das defesas, *quando existentes*, a revisão das penas. Afirmamos isso não porque haja um descumprimento sistemático ao direito de defesa, mas é comum entre as trocas de advogados, ou até que se perceba a impossibilidade do detento constituir um advogado – com a consequente nomeação da Defensoria Pública ou advogado dativo – grandes períodos de silêncios defensivos na fase da execução da pena.

Neste sentido, mesmo que de modo imperfeito, caminhou bem a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, ao procurar mitigar as prisões provisórias. Um passo, dentre outros tantos ainda necessários. Esta lei, inclusive, voltou um pouco seus olhos para as peculiaridades femininas ao prever a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar quando for caso de gestante de alto risco ou com mais de sete meses de gestação, assim como "pessoa" que seja imprescindível aos cuidados especiais de menor de 6 anos de idade ou deficiente, que na maioria dos casos é a mãe (art. 318, III e IV, do CPP).

Propõe-se, assim, a fim de minorar e

42 THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

43 Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/relatorios/prisional.html>. Acesso em: 17/10/2012.

44 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos>. Acesso em: 19/08/2011.

evitar penas cruéis, a tentativa conjunta dos três poderes para diminuir a população carcerária com responsabilidade. Não se trata aqui de colocar nas ruas pessoas perigosas sem qualquer critério, mas com melhores políticas públicas do Executivo voltar os olhos para este setor, cotejando-se o trabalho conjunto do Legislativo e do Judiciário em prol da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade.

Anabela Miranda Rodrigues defende que, especificamente nos critérios de determinação da pena privativa de liberdade, os juristas deveriam considerar os estudos sobre *criminologia:*

> Não se estabelece, por outras palavras, a necessária cooperação entre investigação criminológica e doutrina da determinação da pena. E quão estreitos deveriam ser os nexos entre ambas é algo que se torna patente quando se considera a importância dos fins das penas no processo de determinação da pena. Sendo certo que, quer o legislador, quer o juiz, têm que desempenhar a sua tarefa de determinação da pena no respeito pelas finalidades que lhe são assinaladas, a verdade é que nem o legislador poderá selecionar os indícios mais adequados à determinação de uma pena que corresponda à realização da finalidade pretendida, nem o juiz poderá respeitar as indicações neste âmbito ditadas pela lei, senão enquanto um e outro já disponham de uma série de conhecimentos fornecidos pela criminologia.[45]

Neste assunto o Direito não basta. É imprescindível o conhecimento dos fatos e da realidade com o auxílio de outras disciplinas, principalmente humanísticas.

No que se refere à população encarcerada do gênero feminino, paulatinamente o Estado vem olhando para o assunto, observando junto com o crescimento deste contingente as questões específicas do gênero.

Essas questões, via de regra, defluem para um assunto comum: a necessidade de novas políticas públicas para as mulheres encarceradas.

7. Políticas públicas.

As políticas públicas são o conjunto de ações realizadas pelo Estado e voltadas ao bem geral da comunidade. Um dos grandes dilemas do administrador estatal é justamente a escolha das políticas públicas a serem adotadas, quais serão seus destinatários e a distribuição de recursos. E, em sendo escasso o recurso, como escolher entre um ou outro, isto é, o que fazer primeiro, construir um hospital ou uma escola?[46]

Em se tratando de estabelecimentos prisionais, é certo que no campo das políticas públicas muitas propostas são geralmente relegadas em prol de outra política considerada mais urgente e, sobretudo, mais *merecedora*. Não há dúvida que no momento da escolha dos administradores entre construir/reformar um hospital e uma penitenciária, geralmente ficam com a primeira opção. E, neste juízo de discricionariedade, entra de novo, para sopesar as necessidades, a avaliação de quem tem mais mérito: o doente ou o infrator? O infrator é, então, julgado de novo e, muitas e muitas vezes, os estabelecimentos prisionais ficam submetidos às soluções de improviso. Além disso, a opinião popular tem força. Calcada pela imprensa, seja a imprensa séria ou a sensacionalista, é de se considerar que construir presídios não gera tantos votos aos políticos se comparado à construção de escolas, hospitais e até investimentos em transporte público.

Como bem ressaltaram Guido Cala-

45 RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade.* Coimbra: Coimbra, 1995, p. 23–24.

46 Aula do curso de pós-graduação em "Direitos Fundamentais", organizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Ius Gentium Conimbrigae, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, proferida pelo Professor Diogo Coutinho, em 09 de junho de 2011.

bresi e Philip Bobbit, nas escolhas trágicas, ao eleger o "merecimento absoluto", algumas categorias de pessoas atendem menos os padrões de dignidade absoluta do que outras. Se esse critério for sempre levado em conta, poderá revelar que houve apenas a *aparente* preservação da igualdade entre as pessoas.[47]

A questão penitenciária tem mais chance de ser sopesada pelas políticas públicas quando se cingir na problemática da *segurança pública*. Presídios superlotados, com a criminalidade interna sendo retroalimentada e multiplicada, geram certamente rebeliões violentas e a organização criminosa se arma contra o próprio Governo. Foi o que aconteceu no dia 12 de maio de 2006, quando o Primeiro Comando da Capital – PCC organizou um atentado em vários pontos do Estado de São Paulo contra órgãos de segurança e civis.

O PCC é uma organização criminosa nascida no Estado de São Paulo, junto à Penitenciária de segurança máxima de Taubaté, e tem como objetivo principal defender os direitos dos encarcerados. Para isso, dentro e fora dos presídios, conta com o financiamento dos internos em troca de segurança, tem organização e hierarquia, organiza e financia vários crimes de grande porte para inflar mais recursos à organização e, com isso, adquirir armas de última geração. Em maio de 2006, em virtude de não concordarem com a transferência de 765 presos, proferiram de forma simultânea cerca de 280 ataques em pontos espalhados do Estado de São Paulo, contabilizando vários mortos e feridos.[48]

Trata-se, aliás, de um fenômeno sociológico aferível em qualquer comunidade carcerária hiperlotada, gerando várias consequências no ambiente prisional, como ressaltado em trabalho divulgado pela John Howard Society of Alberta: a) diminuição de oportunidades para internos participarem de autoaperfeiçoamento diversos (trabalho, estudo, etc.); b) ociosidade carcerária e consequente aumento de rixas por motivos variados como raça, por exemplo; e, c) diminuição da recreação e mitigação da identidade pessoal contribuindo para o *estresse de aglomeração* manifestado principalmente através da violência e da depressão.[49]

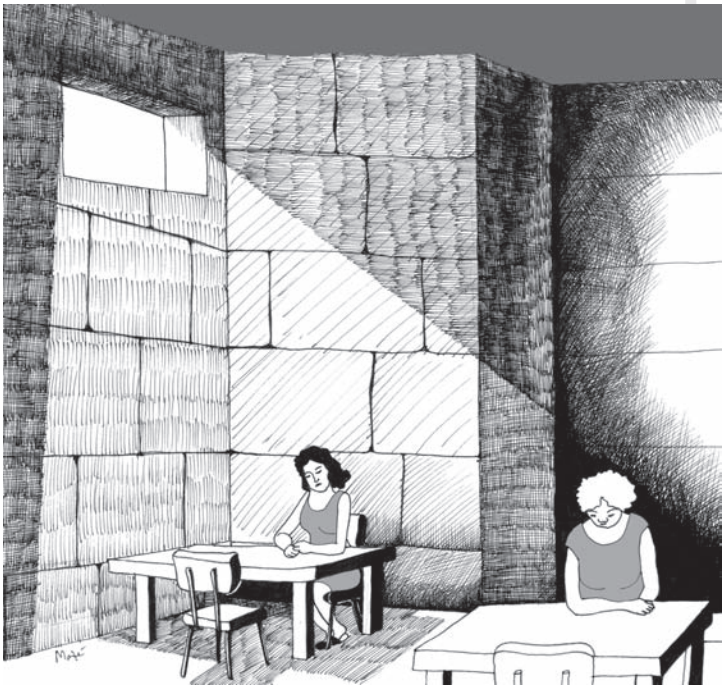
É de se ressaltar que em se tratando de estabelecimentos penitenciários *femininos* dois pontos merecem destaque: o *improviso* é maior pelo despreparo do Estado em perceber as peculiaridades da presa mulher, somado ao aumento crescente das encarceradas. Ademais, de modo geral, há bem menos *rebeliões* em centros de detenção femininos, e com intensidade bem menor de violência, o que sem sombra de dúvidas chama menos a atenção de quem está do lado de fora.

Porém, em se tratando do gênero feminino, as políticas públicas têm de atentar para uma reação diferente da mulher em relação à superpolução carcerária. No homem, o resultado do "estresse da aglomeração" se revela principalmente pela violência. Na mulher o reflexo é direto na sua saúde. Não se pretende aqui discorrer sobre questões médicas e psiquiátricas, mas é praticamente de conhecimento geral que as mulheres são mais suscetíveis e sensíveis a comportamentos ansiosos e depressivos, consoante destacado por Joel Rennó Júnior:

47 "The scandal of an absolute worthiness approach is its sacrifice of values of honesty and openness. If some categories of people are, in fact, substantially less likely to be able to meet standards of absolute worthiness than others, the only the appearance of egalitarianism has been preserved. Similarly, if perfectibility is a fantasy, if society would not tolerate the first-order demands required by jury findings that every candidate is worthy, than the first-order determination is avoided only through subterfuge". Tradução livre da autora. CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices.* The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 74–75.

48 Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/imprensa/cronologiapcc>, <http://pt.wikipedia.org/wiki/ Primeiro_Comando_da_Capital>, e <http://revistaepocasp.globo.com/Revista/Epoca/SP/0,,EMI105234-17276,00.html>. Acessos em: 12/09/2011.

49 The *effects of prision overcrowding*. Tradução livre da autora. Disponível em: <http://www.patrickcrusade.org/EFFECTS_OF_OVERCROWDING.html>. Acesso em: 13/09/2011.



Mulheres têm maior risco aos transtornos ansiosos. Embora ainda tais dados sejam controversos quanto aos seus fatores causais, cabe aqui ressaltar que as variações hormonais em conjunto com variáveis psicológicas e sociais têm um impacto relevante nesse maior risco encontrado. Há maior associação com depressão e transtornos alimentares no sexo feminino. Os transtornos do pânico com agorafobia são mais comuns. Agorafobia significa o comportamento de evitação provocado por lugares ou situações onde o escape seja difícil ou embaraçoso devido a uma crise de pânico (geralmente locais cheios de pessoas). Cerca de 1/3 a 1/2 dos pacientes com pânico têm agorafobia.[50]

E isso é só o começo. Segundo Eduardo Crosara Gustin,[51] médico palestrante no *Encontro Nacional do Encarceramento Feminino*,[52] são inúmeras as questões de saúde específicas das detentas. Além da função reprodutiva e a maternidade, a superpopulação e a insalubridade contribuem para o aumento de vícios, transtornos mentais, doenças infectocontagiosas, AIDS, traumas e doenças crônicas degenerativas não transmissíveis. A política de prevenção de doenças, no mais das vezes, é deficiente, e a escassez de visitas e frequente abandono concorrem para o sentimento de abandono e depressão.

Como fazer, então, para adequar os estabelecimentos a um mínimo de dignidade humana e resolver o problema crescente da superpopulação carcerária,[53] principalmente em relação às mulheres encarceradas?

Vale observar que este problema não é exclusividade do Brasil, já que a população carcerária cresce, a violência aumenta e o orçamento é cada vez menor para atender um grande número de demandas em todo o mundo.[54]

50 RENNÓ JÚNIOR, Joel. *Ansiedade*: as diferenças entre homem e mulher. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vyaestelar/ansiedade_homem_mulher.htm>. Acesso em: 11/10/2011.

51 GUSTIN, Eduardo Grosara. *Mulher e saúde na prisão*: a realidade nacional. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.educardocrossara.pdf>. Acesso em: 11/10/2011.

52 LEMGRUBER, Julita. *Gênero e prisão*: evolução histórica e realidade atual. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.julitalemgruber.generoeprisao.pdf>. Acesso em: 27/08/2011.

53 Segundo Julita Lemgruber, "O Brasil tinha, em dezembro de 2010, segundo o Ministério da Justiça, 496.251 presos para 298.275 vagas. Falta lugar para mais da metade dos presos". O custo das prisões. *Jornal O Estado de São Paulo*. São Paulo, 07 jul. 2011. Disponível em: < http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,o-custo-das-prisoes,745899,0.htm>. Acesso em: 18/10/2012.

54 MAURIQUE, Jorge; GARCIA, Rafael. Da natureza jurídica da interdição de estabelecimentos prisionais e do enfoque macro do problema prisional. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 4–10, jan./mar. 2009. Cfr. tb. Superpopulação carcerária do Estado da Califórnia, disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/06/01/opinion/lweb01prison.html> e <http://blogs.kqed.org/newsfix/2011/05/23/scott-shafer-explains-todays-major-

O Brasil, aliás, não carece de mais preceitos normativos, pois além de ter ratificado vários tratados internacionais, tem uma Constituição com direitos humanos reconhecidos como fundamentais e uma Lei de Execuções Penais igualmente humanitária, inclusive na questão feminina. O problema maior do encarceramento, e principalmente do encarceramento *feminino*, repousa na questão das *políticas públicas*.

Em se tratando de infraestrutura, os presídios femininos precisam de creches, local adequado para o tratamento de saúde, possibilidade de trabalho, esporte e lazer. A mulher, via de regra, gosta de cuidar de seu lar, por isso, seria interessante, se possível, o presídio contar com as próprias detentas para cuidar da alimentação, educação e higiene da instituição.

As peculiaridades da mulher podem também ser objeto de especialização. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, teve uma iniciativa sensível em relação ao tema. Em 2007, criou uma Vara Especializada em Execuções Criminais para Mulheres,[55] exemplo a ser seguido no resto do Brasil.

Outro fator a contribuir na melhoria da saúde mental das mulheres é a possibilidade de trabalho e esporte. Se um dos problemas principais da mulher é a tendência à ansiedade e depressão, trabalhar e se exercitar pode ser de grande auxílio. A laborterapia melhora a autoestima e o estresse, nutre a esperança na liberdade em virtude da detração penal e, também, é a possibilidade de um aprendizado de um novo ofício, o que auxiliaria na sua futura reinserção na sociedade.

Em suma, voltamos a defender que as *políticas públicas* são de responsabilidade geral e, portanto, a solução deve ser conjunta entre os três poderes do Estado com uma conversa franca com a sociedade. O problema é de todos e gera reflexo em *todos*, não há como fechar os olhos para isso.

Estas, aliás, foram também as conclusões e recomendações da *Carta de Brasília*,[56] resultado do *Encontro Nacional do Encarceramento Feminino*,[57] promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, em junho de 2011. Dos nove itens da Carta, discutidos em plenária, a maioria destina-se ao tema de *políticas públicas*, com recomendações e sugestões aos três poderes do Estado brasileiro.

Com a nova conscientização, já temos o primeiro passo para colocá-las em prática.

8. Questões de gênero.

A igualdade entre gêneros é o primeiro princípio no rol dos Direitos Fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, com os dizeres "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". A expressão final, conforme ensina José Afonso da Silva,[58] reforça o entendimento de que qualquer tratamento desigual entre homens e mulheres fora dos especificados na própria Carta, é uma verdadeira "infringência constitucional".

De acordo com Flávia Piovesan e Tamara Amoroso Gonçalves,[59] os avanços da Constituição de 1988, no que tange aos direitos humanos das mulheres, foi fruto de anos de movimentos femininos e da elaboração da

supreme-court-ruling-on-california-prison-overcrowding/>. Acessos em: 13/09/2011.

55 TJSP instala varas de Execução Criminal na capital. Brasília, 29 out. 2007. Disponível em: <http://direito2.com/tjsp/2007/out/29/tjsp-instala-varas-de-execucao-criminal-na-capital>. Acesso em: 11/10/2011.

56 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/carta%20de%20braslia_2.pdf>. Acesso em: 11/10/2011.

57 LEMGRUBER, Julita. *Gênero e prisão*: evolução histórica e realidade atual. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/8ghc>. Acesso em: 31/10/2012.

58 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 212.

59 PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 376.

"Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes". As autoras lembram, ainda, que a par disso, alguns "avanços obtidos no plano internacional têm sido capazes de impulsionar transformações internas" a ponto de a agenda dos direitos humanos das mulheres chegar a influir nos discursos políticos e gerar políticas públicas em favor desta igualdade de gênero.

Segundo Olga Espinoza[60] explanou no *Encontro Nacional do Encarceramento Feminino,* o marco normativo internacional em relação às mulheres encarceradas foi o conjunto de regras aprovado na assembléia geral da ONU, em 21 de dezembro de 2010, conhecido como as *Regras de Bangkok ("Bangkok rules").*[61]

Estas regras trataram de muitos problemas já mencionados como, por exemplo, a questão da saúde (em especial a mental), higiene, prevenção, tratamento e atenção para os casos de HIV, abuso de drogas e ações preventivas. O documento foi citado no primeiro item da *Carta de Brasília*[62] como norteador das ações dos Poderes Executivos da União e dos Estados e do Poder Judiciário brasileiro.

As próprias Regras de Bangkok preocupam-se em entender os motivos sociológicos e as consequências do encarceramento na família da reclusa, baseando-se na realidade de vários países. Isso porque as diferenças de gênero no encarceramento feminino, embora com nuances entre os países, não se resumem a uma nação; ao contrário, revelam uma questão observada no mundo todo. Além disso, é importante observar que tais desigualdades não se limitam ao período do cárcere. Ao contrário, é necessário perquirir os motivos do aumento desta parcela da população na atividade criminosa, já que, *durante e após* o período de reclusão, as consequências do encarceramento na realidade que cerca a mulher reclusa, no mais das vezes, é mais nefasta que a do homem.

Como já foi afirmado, quando o homem é encarcerado, via de regra, a mulher assume o papel de comando da família, ao contrário da mulher reclusa que frequentemente deixa sua família e filhos à própria sorte. Outro fator importante é na questão da reabilitação e ressocialização. O estigma e o preconceito com a mulher que ousou transpor a lei é maior. E o perfil da mulher detenta, conforme já analisado, é daquela com baixo poder aquisitivo e poucas oportunidades de estudo.

No *Encontro Nacional do Começar de Novo*, promovido pelo CNJ e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, em 5 e 6 de setembro de 2011, muito se falou das oportunidades e programas de muitas empresas na concessão de empregos aos ex-reclusos, sobretudo no campo da construção civil. Tais programas lutam inclusive com o preconceito entre os próprios trabalhadores locais. Pouco se disse especificamente em relação à mulher, mas uma coisa é certa, se o perfil da maioria das ex-reclusas é o de pouco estudo e oportunidades, com certeza a opção de trabalhar no âmbito doméstico, como empregada, cuidadora de idosos ou babá, é um campo que lhe é fechado. Cabe, assim, mais políticas públicas específicas para sua reinclusão na sociedade, já que o peso da desigualdade de gêneros incide com mais frequência também nesta fase.

A violência sexual é outra questão onde a desigualdade entre homens e mulheres no âmbito carcerário é grande.

Quando se pensa em encarceramento feminino, não há como não lembrar um caso emblemático ocorrido em 2007 na carceragem da Polícia Civil da cidade de Abaetetuba no Pará. Foi tido como uma verdadeira vergonha nacional. Uma adolescente de 15 anos,

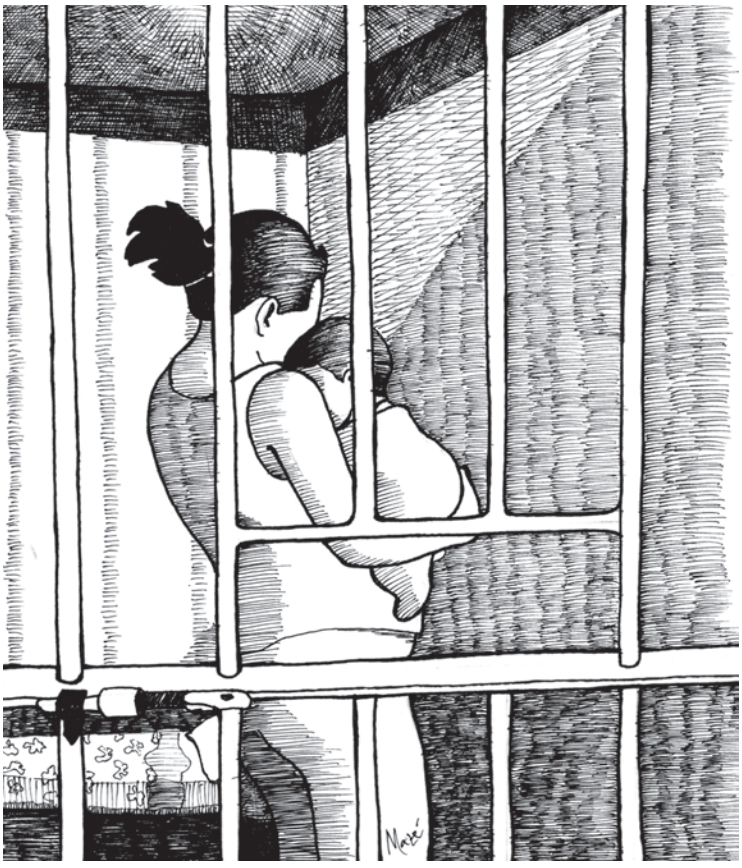
60 ESPINOZA, Olga. *As regras de Bangkok*: o marco normativo internacional de proteção das mulheres encarceradas. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresntacao.olgaespinoza.regrasbangkok.pdf>. Acesso em: 11/10/2011.

61 Disponível em: <http://www.quno.org/geneva/pdf/humanrights/women-in-prison/PRI-QUNO_English.pdf>. Acesso em: 11/10/2011.

62 Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/8ghc>. Acesso em: 31/10/2012.

que teria feito se passar por 19 anos, foi acusada de furtar um celular e ficou presa por quase um mês na mesma cela com *trinta e quatro homens*. O resultado não poderia ser mais desastroso. O relato saiu no New York Times:

> Por 26 dias eles (os prisioneiros homens) a trataram como a um brinquedo particular, estuprando-a e torturando-a seguidamente. Algumas vezes ela trocava sexo por comida, outras vezes era simplesmente estuprada.[63]



Este caso foi de repercussão internacional, chocou a imprensa, gerou inquérito e afastamentos, mas, apesar de menos extrema, a violência sexual ainda é muito frequente. E ela ocorre não apenas por parte dos presos do sexo masculino, mas também da carceragem e das próprias detentas.

É imprescindível, assim, que os estabelecimentos prisionais femininos *efetivamente* sejam separados dos masculinos, com carceragem feminina preparada.

Em suma, para as violações aos direitos fundamentais das encarceradas serem minoradas e quiçá exterminadas, a Constituição Federal, Lei de Execução Penal e Regras de Bangkok, além de serem cumpridas, devem ser interpretadas à realidade do encarceramento *antes*, *durante* e *depois* do aprisionamento.

9. A mãe reclusa.

Dentre os direitos fundamentais da mãe reclusa encontra-se no inciso L do artigo 5º da Constituição Federal, o de permanecer com seus filhos durante a amamentação. Antes disso, porém, o inciso XLV do mesmo artigo estipula o *princípio da intranscendência*, no sentido de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado(...)".

Segundo Zaffaroni, na prática isso é impossível:

> (...) toda intervenção do sistema pena ultrapassa a pessoa do criminalizado de modo estrutural e inevitável. O criminalizado pertence a um grupo que como regra geral, sofre as consequências da criminalização. Ninguém pode evitar essa transcendência, a não ser mediante a supressão da pena.[64]

Busca-se, de acordo com seu entendimento, que os poderes públicos trabalhem para reduzir essa transcendência ao mínimo possível.

63 Estupro de menina expõe abusos nas prisões brasileiras, diz "NYT". *Jornal Folha de S. Paulo*. São Paulo, 12 dez. 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u354041.shtml>. Acesso em: 13/10/2011.

64 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2010 – reimpressão do original de 1989, p. 242.

Os artigos 83 e 89 da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84 regulam a possibilidade da mulher detenta amamentar seu filho pelo menos até os seis meses de idade do bebê, bem como a instalação de creches no estabelecimento prisional para crianças de seis meses a sete anos de idade (quando desamparadas). A própria lei coloca a criança dentro da prisão, ainda que sob o indiscutível argumento da força do laço materno.

Esta situação se repete em outros lugares. Em Portugal, por exemplo, segundo Paulo Pinto de Albuquerque, se houver vantagem para as crianças, elas podem ficar com as mães encarceradas até os três anos de idade.[65]

Quando analisamos o perfil da mulher presa, percebemos que pelo menos 57% delas eram chefes de família. Isso indica que a situação da "mãe" encarcerada é difícil tanto tendo os filhos com ela no cárcere como fora dele. O relatório da Assembléia Geral da ONU, na Resolução 58/183 constatou que "87% das detentas brasileiras têm filhos, sendo que 65% delas não mantém relacionamento com os pais das crianças (são mães solteiras)".[66]

Para as crianças, ousaríamos afirmar que a situação pode muitas vezes ser pior que a orfandade. Por ser a mãe na nossa sociedade a grande responsável por seus filhos, sua prisão interfere profundamente no processo de socialização do menor.[67] Dados da *Women's Prision Association* (Associação de Mulheres Presas) demonstram que às vezes, até mesmo antes da prisão da mãe e da separação da família, muitas crianças já passaram por situações de abusos, com os vícios dos pais e a instabilidade econômica. Quando encarceradas, as crianças sentem ansiedade, culpa, vergonha, medo, pois sujeitas à instabilidade e incerteza. A maioria não visita suas mães, tem em média pelo menos dois cuidadores diferentes, e mais da metade experimenta a separação dos irmãos.[68]

Como a lei não estipula um prazo máximo para a retirada da criança, quando não há do lado de fora alguém que a ampare, muitas vezes ela acaba ficando detida com a mãe. Nasce no cárcere, e cresce lá dentro. Sujeita a políticas de banho de sol e várias regras inerentes ao estabelecimento prisional, aprende a andar e falar naqueles corredores e celas. A mãe, por muitas vezes, fica impedida de trabalhar deixando de beneficiar-se com a detração penal.

Quando se fala em políticas públicas e escolhas difíceis, esta, sem dúvida, é a pior. Quando se pensa em violação aos direitos fundamentais, da mesma forma, admitir-se a transcendência da pena fere todos os princípios e sentimentos humanos. Não se sabe, na prática, se ficar com o filho é um *direito* da mãe reclusa, ou um *fardo* para ela (aumentando a dor de sua pena). Mas, com certeza, para a criança pode ser um *cumprimento de pena* pelo delito de seu ascendente.

A mãe reclusa não pode ser obrigada a ceder seu filho para a adoção ou deixá-lo com quem não confia, não há castigo pior para uma mãe. O Estado precisa cuidar desta criança, assegurando a visita à sua mãe e fornecendo-lhe saúde, educação e todo o rol de seus direitos fundamentais em *liberdade*.

65 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Direito prisional português e europeu*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 400.

66 *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. Disponível em: <http://asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf>, p. 39. Acesso em: 28/08/2011.

67 STELLA, Cláudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, UERJ, Rio de Janeiro, Ano 9, n. 2, p. 292–306, 2º semestre de 2009.

68 "Even before a mother's arrest and separation from the family unit, many children will have experienced emotional hardship associated with parental substance abuse and economic instability. While she is incarcerated they suffer additional trauma, anxiety, guilt, shame and fear. More than half of mothers in prison have no visits with their children for the duration of their time behind bars. Children are generally subject to instability and uncertainly while their mothers are imprisoned. On average, the children of incarcerated mothers will live with at least two different caregivers during the period of their incarceration. More than half will experience separation from their siblings". Tradução livre da autora. GREENE, Judith; PRANIS, Kevin. *Hard hit*: the growth in the imprisonment of women, 1977 – 2004. Disponível em: <http://www.wpaonline.org/institute/hardhit/part1.htm>. Acesso em: 29/10/2011.

Existe o exemplo do Centro Nova Semente, fundado em 1999, pela Irmã Adele Pezone, em Mata Escura, na Bahia, nas adjacências do Complexo Penitenciário do Estado da Bahia. Trata-se de uma casa-abrigo, onde as crianças recebem tudo o que necessitam, inclusive educação em escolas convencionais e creches vinculadas ao projeto. A instituição conta com doações e convênios nas esferas municipais, estaduais e federais. As crianças visitam suas mães quinzenalmente e também seus pais, quando reclusos no mesmo complexo penitenciário.[69]

Aline D'Eça[70] contou parte desta experiência, narrando episódios de sucessos e fracassos, mas sempre permeados com a *liberdade*.

10. Conclusões.

Historicamente, a mulher criminosa sempre foi vista como aquela que ousa trair sua própria natureza. Hoje em dia, os números demonstram uma crescente participação feminina no crime e, consequentemente, na população carcerária.

No Brasil, cerca de dois terços das mulheres encarceradas respondem ou foram condenadas por tráfico de drogas e, na maior parte dos casos, são pessoas excluídas pela sociedade: jovens, com baixa escolaridade, frequentemente com histórico de vitimização de violência e maternidade precoce.

As mulheres são albergadas no mais das vezes em estabelecimentos prisionais improvisados, projetados para o público masculino.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser um princípio em si mesmo, e que, portanto, deve ser observado para todas as pessoas, inclusive as encarceradas, é uma verdadeira diretriz de interpretação (*in dubio pro dignitate*).

Do mesmo modo, o princípio da humanidade, também um direito fundamental da pessoa encarcerada, preceitua o respeito à integridade física e moral do preso, determinando o banimento das penas cruéis, torturantes, desumanas ou degradantes. Do ponto de vista antropológico, a pena privativa de liberdade por si só já conduz à crueldade e degradação impostas pelo próprio sistema, sendo mais uma vez responsabilidade da sociedade vigiar para evitar situações torturantes e humilhantes.

Cabe ao Judiciário, Legislativo e Executivo a responsabilidade pelo cumprimento da Constituição, tratados internacionais e leis infraconstitucionais sobre o tema, com o conhecimento dos fatos que cercam a realidade dos encarcerados, em especial do sexo feminino. Isso como forma do cumprimento do princípio da igualdade, já que as diferenças atinentes ao gênero se revelam muitas vezes desastrosas para as mulheres. O confinamento reflete diretamente na saúde da mulher, e o fato de boa parte delas serem chefes de família gera a desestruturação de famílias fora dos muros prisionais.

69 SANTOS, Jaciara. Presos cumprem pena e filhos são assistidos no Nova Semente. *Correio*. Salvador, 23 nov. 2008. Disponível em: <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-4/artigo/presos-cumprem-pena-e-filhos-sao-assistidos-no-nova-semente/>. Acesso em: 31/01/2011.

70 D'EÇA, Aline. *Filhos do cárcere*. Salvador: EDUFBA, 2010, p. 11.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Outra peculiaridade que torna a pena da mulher mais cruel é ser mãe no inóspito ambiente prisional. Com o direito fundamental de amamentar seu filho até os seis meses de idade, e muitas vezes sem ter com quem deixar a criança, o filho acaba tendo sua permanência estendida dentro da penitenciária, caso em que um dos direitos fundamentais mais importantes do ser humano é flagrantemente ferido: o principio da instranscendência. A pena passa da pessoa da mãe diretamente para seu filho, ainda muito criança.

Para corrigir estas diferenças de gênero, neste longo tempo em que a questão penitenciária feminina foi tratada com improvisação e descaso, urge a adoção de políticas públicas para este segmento.

Por mais que as políticas públicas impliquem em escolhas difíceis e trágicas, não pode mais haver a dupla punição, e cada setor da sociedade e dos três poderes precisa se conscientizar desta realidade e chamar para si sua parte de responsabilidade.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Direito prisional português e europeu*. Coimbra: Coimbra, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Flavia Ribeiro de. *Flores do cárcere*. São Paulo: Talento, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana e as teorias de prevenção geral positiva*. Dissertação de Mestrado. Orientação: Professor Miguel Reale Júnior. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

D'EÇA, Aline. *Filhos do cárcere*. Salvador: EDUFBA, 2010.

DIMITRI, Demoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESPINOZA, Olga. *As regras de Bangkok*: o marco normativo internacional de proteção das mulheres encarceradas. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.olgaespinoza.regrasbangkok.pdf>. Acesso em: 11/10/2011.

____ . *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FAYET JÚNIOR, Ney; MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização:

repercussões no sistema penal contemporâneo. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84–100, jul./dez. 2009.

FIDELES, Nina. Mulheres encarceradas. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 11 jul. 2011. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/-7/11/mulheres-encarceradas/>. Acesso em: 28/08/2011.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOMES, Luiz Rocha Geder. *Encarceramento feminino:* realidade brasileira. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.gederrocha.encarceramentofeminino.pdf >. Acesso em: 28/08/2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*: prevenção – repressão. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GREENE, Judith; PRANIS, Kevin. *Hard hit*: the growth in the imprisonment of women, 1977 - 2004. Disponível em: <http://www.wpaonline.org/institute/hardhit/part1.htm>. Acesso em: 29/10/2011.

GUSTIN, Eduardo Grosara. *Mulher e saúde na prisão*: a realidade nacional. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.educardocrossara.pdf>. Acesso em: 11/10/2011.

LEMGRUBER, Julita. O custo das prisões. *Jornal O Estado de São Paulo*. São Paulo, 07 jul. 2011. Disponível em: < http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,o-custo-das-prisoes,745899,0.htm>. Acesso em: 18/10/2012.

____ . *Gênero e prisão*: evolução histórica e realidade atual. Palestra proferida no Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, CNJ, Brasília, 29 jun. 2011. Parte disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.julitalemgruber.generoeprisao.pdf>. Acesso em: 27/08/2011.

____ . *Cemitério dos vivos:* análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 108–111.

MAURIQUE, Jorge; GARCIA, Rafael. Da natureza jurídica da interdição de estabelecimentos prisionais e do enfoque macro do problema prisional. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 4–10, jan./mar. 2009.

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

PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Gênero no Supremo Tribunal Federal. *In:* SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 367–390, 2011.

RENNÓ JÚNIOR, Joel. *Ansiedade*: as diferenças entre homem e mulher. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vyaestelar/ansiedade_homem_mulher.htm>. Acesso em: 11/10/2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

SANTOS, Jaciara. Presos cumprem pena e filhos são assistidos no Nova Semente. *Correio*. Salvador, 23 nov. 2008. Disponível em: <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-4/artigo/presos-cumprem-pena-e-filhos-sao-assistidos-no-nova-semente/>. Acesso em: 31/01/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

____ . Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 37–74, 2011.

____ . Os sessenta anos da lei fundamental da alemanha e o direito constitucional brasileiro. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre,

04 fev. 2011. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/02/04/os-sessenta-anos-da-lei-fundamental-da-alemanha-e-o-direito-constitucional-brasileiro/>. Acesso em: 1º/10/2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STELLA, Cláudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, UERJ, Rio de Janeiro, Ano 9, n. 2, p. 292–306, 2º semestre de 2009.

TEIXEIRA, Alessandra. Encarceradas, igualdade de direitos e a visita íntima. *Boletim da Associação Juízes para a Democracia*. São Paulo, n. 24, p. 11–12, abr./jun. 2001.

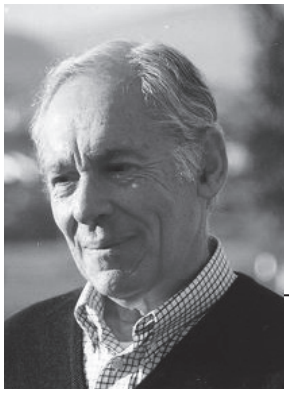
THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

____ . *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2010 – reimpressão do original de 1989.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

A terminalidade da vida



José de Oliveira Ascensão

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Presidente da Direção do Instituto dos Valores Mobiliários, da APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual e da GESTAUTOR – Associação de Gestão Colectiva do Direito de Autor.

SUMÁRIO: 1. A vida: um valor em erosão progressiva? 2. A morte cerebral. 3. O estado de coma. 4. O estado vegetativo persistente. 5. A fase terminal. 6. A Resolução do Conselho Federal de Medicina e a impugnação do Ministério Público Federal. 7. A relevância do consentimento. 8. Limites da autonomia. 9. Consentimento por terceiros? 10. Parâmetros da decisão final do médico. 11. Os estados terminais de grande sofrimento. 12. Os cuidados paliativos.

1. A vida: um valor em erosão progressiva?

Propomo-nos examinar alguns problemas relacionados com o fim da vida humana.

A nossa análise é também uma análise jurídica. Por isso começamos por situar a vida nos diplomas jurídicos fundamentais. Estes proclamam a defesa da vida e do seu valor intrínseco.

A Constituição Federal propõe-se, logo em seu Preâmbulo, assegurar os valores duma sociedade fraterna. Para isso parte, no artigo 1º, III, da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro.

No artigo 4º, II, afirma, nas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos.

O artigo 5º enumera os direitos fundamentais; mas logo no proêmio, portanto em posição privilegiada em relação aos direitos singularmente previstos, garante a todos direitos básicos. O primeiro é a inviolabilidade do direito à vida, que prevalece assim sobre tudo o resto.

Isso não impede que a demarcação das fronteiras seja muitas vezes difícil de fixar.

A Emenda nº 45 da Constituição aditou um § 3º, segundo o qual os tratados sobre direitos humanos são equiparados a direitos fundamentais.

Esta orientação expande-se depois pela legislação ordinária. Exprime um profundo respeito em relação ao bem vida.

Mas não há absolutos no Direito. A vida também não o é.

O Direito tem de aceitar a relatividade da vida; bem como a verdade muito simples, mas que o dia a dia faz por ignorar, que no ponto de vista individual toda a vida é aproximação da morte. Por isso a vida humana é trágica – pelo menos enquanto não soubermos incorporar nela a realidade da morte.

No ponto de vista jurídico há uma conciliação dialética entre o valor vida e outras implicações sociais.

Nunca a vida é posta na disponibilidade individual; não é bem disponível, nesse sentido.

Mas há a guerra...

Há a legítima defesa...

Há as situações de estado de necessidade radicais, em que a salvação de um implica o sacrifício de outros...

Não se admite a exposição gratuita da vida, mas há um ponto que está além de toda a restrição: o sacrifício da própria vida por outrem. Representa a forma mais sublime de auto-realização ética.

Temos que entre o valor vida, incluindo a nossa própria, e o dever moral de servir os outros há uma dialética, que está presente em toda a nossa existência.

Fora destas implicações da solidariedade, a vida não é nem jurídica nem eticamente um bem disponível.

O respeito à vida é expresso maravilhosamente pelo Juramento de Hipócrates, lapidar na colocação de médico sempre ao serviço da vida e nunca contra ela.

Todavia, pesam hoje sobre a sociedade as maiores ameaças para a vida.

Amparam-se no crescimento exponencial da população. O maltusianismo insinua-se hoje nas mais variadas feições.

As tensões são agravadas pelo envelhecimento das populações noutros países, que invertem uma saudável pirâmide de idades.

Invoca-se a quebra dos esquemas previdenciários, fundados em sistemas de repartição ou outros, que hoje se mostram inoperantes.

É insuflado pela saturação dos sistemas de saúde pública, aos quais os utentes cada vez reclamam mais enquanto os governos querem afetar cada vez menos recursos, por se terem tornado ruinosos.

Tudo isto leva a uma nunca confessada mas subjacente vontade de afastar "vidas inúteis", através do amolecimento das fronteiras do que representa já provocar a morte.

Mas o Homem é história e realização pessoal até ao último momento. A sua humanidade subsiste mesmo com a perda da consciência. Todo o homem é sempre um ser que participa do nosso destino e está em comunhão conosco.

2. A morte cerebral.

A primeira situação que merece ser meditada é a da morte cerebral.[1]

Tem a característica, impressionante para todo o leigo, de não importar a cessação das funções cardíaca e respiratória. Aparentemente, a pessoa está viva.

Diz-nos a Medicina porém que a pessoa está morta, quando as funções cerebrais cessam. Pode prolongar-se o estado de vida aparente, ligando a pessoa a uma máquina; pode acontecer até que se desligue a máquina e esse estado se prolongue ainda. Mas se é apenas vida aparente, não há pessoa viva.

Este prolongamento artificial pode arrastar-se muito. A isso se tem recorrido para com personalidades políticas, para evitar ou retardar conseqüências que se crêem negativas do seu passamento. Essas práticas são em geral eticamente condenáveis, por desrespeitarem a verdade da morte. Mas podem ser positivas: é o caso da manutenção artificial em relação a uma grávida, para dar mais probabilidades à formação de uma criança viável.[2]

Suscita-se nestas situações um problema específico, relacionado com a colheita de órgãos ou tecidos dos cadáveres. Enquanto a vida aparente persiste têm maior valor, porque não se põem problemas de conservação.

1 É o critério de morte vigente no Brasil, por força da Lei dos Transplantes. Sobre problemas que se suscitam cfr. Elida Séguin, *Biodireito*, 4. ed., Lumen Juris, 2005, p. 145-150.

2 Admite-se que haja outras situações igualmente justificativas dum prolongamento artificial desta vida aparente.

São por isso muito cobiçados, para efeito de transplantes. Mas será lícito colhê-los enquanto as funções cardíaca e respiratória se mantêm, para assegurar o bom estado de conservação dos tecidos, considerando que a morte já ocorreu?

A lógica levaria a dar uma resposta positiva. Se a pessoa está morta, a colheita dessas partes é como qualquer outra, sujeita aos mesmos princípios. Mas outras razões, além da lógica, levam-nos a que devamos ser aqui ultraprudentes.

Há uma indústria da morte, que é uma indústria milionária e em rápido crescimento. É social e economicamente potente e tem fácil acesso aos meios de comunicação social – como aliás se passa também com todas as indústrias da saúde.

Isto não altera os princípios, mas não pode deixar de se refletir na prática concreta. O princípio da prudência, que é um dos princípios fundamentais da Bioética, deve prevalecer. É necessário assegurar a intervenção duma entidade independente, não comprometida nem pessoal nem institucionalmente com aquela pesquisa, que comprove a morte cerebral. Uma atuação unicamente com base no juízo do interessado na colheita não deve ser admitida.

Além disso, muito grande será a tentação de esquecer as barreiras e colher os órgãos ou tecidos, não apenas de quem está morto (por morte cerebral) mas de quem *parece morto.*

3. O estado de coma.

O fato de alguém se encontrar em estado de coma – portanto por definição vivo, por não estar em morte cerebral – em nada altera a natureza humana. A pessoa mantém-se tal qual. A situação deve ser considerada sempre reversível; e ainda que a Medicina ditasse a irreversibilidade o paciente não se transformaria em objeto. A dignidade da pessoa humana mantém-se até ao fim.

Pode ser que a pessoa apenas subsista, aos olhos da Medicina, porque ligada a uma máquina. Mas isso também pode acontecer não estando o paciente em coma. Continua sempre a ser uma pessoa.

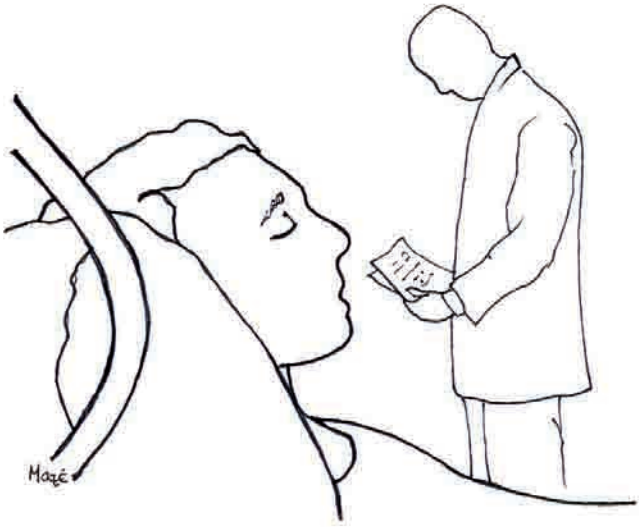
Podem surgir problemas, que versaremos aqui em geral, derivados da desproporção dos meios de tratamento, em relação a quantos deles carecem.

Suponhamos que um hospital só tem um dispositivo e surgem dois doentes que, ambos, dependem dele para a sobrevivência. Impõe-se uma escolha por parte do médico, dramática mas que não pode deixar de ser feita. Seguirá os critérios técnicos, as *leges artis* adequadas, também na escolha, mas em qualquer caso estará condenando uma pessoa à morte. E todavia, nada há que lhe reprovar.

E se a única máquina disponível está ocupada e ingressa um doente que dela precisa igualmente para sobreviver? Pode o médico mandar desligar a máquina, para a disponibilizar para o recém-vindo? Ainda que o faça por razões médicas que vamos supor fundadas, por exemplo, considerando que aquele tem maiores probabilidades de sobrevivência?

Poder-se-á dizer que beneficia então de uma causa de justificação, que seria o estado de necessidade. Ensina porém o Direito Penal que o valor da vida é qualitativo e não quantitativo; que não cede mesmo quando se sacrifica um número menor de pessoas para poupar maior número. A escolha humana traz sempre consigo, quando implica a perda de vida de outrem, a marca da ilicitude.

A questão nunca pode pois ser apresentada como resolvida por uma vida valer mais que outra, ou por razões quantitativas. Mas a atuação é eticamente legítima quando assente no princípio do mal menor, que é um princípio ético. O médico que procura reduzir o mal procede eticamente, sabendo-se que a doença e a morte são males. No caso, quando se orienta pelas maiores probabilidades de sobrevivência (a supor que as regras de



Deontologia lho permitam) cumpre a sua função.

No ponto de vista penal diremos que, se não há exclusão da ilicitude, haverá a da culpabilidade. Não pratica crime porque, ainda que haja falta de cumprimento dum dever, pelo menos não lhe pode ser assacada culpa.

São opções extremamente difíceis, mas em que se manifesta justamente toda a dignidade e densidade ética do múnus médico.

4. O estado vegetativo persistente.

Neste estado o doente não está em coma. Está desperto, com períodos de sono. Mas não está consciente. Não responde a estímulos em geral mas pode exprimir algo, por exemplo, um esgar em reação à dor provocada.[3]

Raramente os doentes estão mais de 10 anos nesse estado. Muitos falecem entretanto. Em poucos casos os doentes recuperam. Nesta hipótese apresentam normalmente graves seqüelas. Num caso recente o doente recuperou ao fim dum período de mais de 20 anos, embora com seqüelas.

Para continuar vivos carecem de alimentação.[4] Dependem de cuidados alheios. A família vai-se normalmente desinteressando e muitas vezes abandona-os. Não se sabe o que verdadeiramente se passa no seu íntimo, mas não se pode falar de sofrimento porque não têm consciência.

Sobrevindo uma ocorrência destas, há que iniciar sempre a alimentação/hidratação, até para confirmação do diagnóstico.

Ao fim de algum tempo, verificada a persistência, pôr-se-á a opção de cessar a hidratação – sabendo-se que daí resultará a morte? Não é a prática. Os gastos não são em si consideráveis, só os da ocupação do espaço e com os cuidados.[5]

O problema surge quando se discute a aplicação ou a prossecução de cuidados médicos a um doente que se encontra longamente em estado vegetativo.

Por exemplo: justifica-se a realização duma intervenção cirúrgica grave sobre um doente nesse estado, se sobrevier patologia que o requeira?

Afastamos tudo o que possa representar tratamento fútil – categoria que teremos oportunidade de referir mais tarde; e aí a obstinação terapêutica, consistente em procurar sempre reparar o que para as forças humanas é irreparável.

Façamos a distinção entre tratamentos ordinários e extraordinários, porque nos dá uma idéia, por mais difícil que seja traçar a linha de fronteira.

Tende-se a considerar que submeter um doente nessas condições a intervenções extraordinárias eqüivale a lesar a integridade física, pela falta de perspectiva de cura ou de proveito para o paciente. Pelo que se tende a concluir que eticamente o médico se deve abster.

3 Distingue-se ainda do *estado minimamente consciente*, em que o paciente apresenta alguma reação. Estas situações não se integram no tipo de terminalidade da vida que estamos a examinar.

4 Mas a alimentação é praticamente hidratação, porque não têm condições de engolir.

5 O que só seria relevante num caso verdadeiramente extremo de limitação de recursos públicos para afetação à saúde, que se não admite já nas sociedades em que vivemos.

Há porém que ser extremamente preciso na distinção dos casos, para não omitir tudo o que possa pelo menos dar a expectativa de uma existência com melhor qualidade de vida.

Aqui como sempre, a Ética aplica-se em concreto, perante as circunstâncias. A deficiência de meios é uma ocorrência que pode explicar a falta de intervenção. Mas não pode transformar-se em escusa fácil para toda a omissão. Tudo o que puder melhorar a condição do paciente – o que se chama a qualidade de vida – é devido. O que não tiver essa perspectiva ou for desproporcionado pela agressão a que sujeita em confronto com o benefício que daí possa resultar, é fútil.

Situação especial encontra-se na hipótese de haver manifestação autônoma sobre o tipo de cuidados a ministrar.

Por parte do doente, não pode por natureza haver manifestação atual. A hipótese de haver manifestação anterior será muito rara. Remetemos a questão geral do consentimento para o que diremos a propósito de outros estados terminais.

Pode haver também intervenção familiar. Cabe ao médico procurar quanto possível a colaboração com a família; esta pode pronunciar-se a favor ou contra a limitação ou cessação de tratamentos.

Temos como princípio básico que a família não se pode substituir ao doente. A família não o representa, exceto em casos de incapacidade, mas mesmo então sempre no interesse do doente.

Isto significa que o médico não fica vinculado pela posição que a família adote, mesmo que esta seja unânime. Ele decidirá no fim o que considera o bem do doente, dentro do correspondente às *leges artis*. Se a posição familiar for no sentido da limitação ou interrupção de tratamentos o médico estará ainda atento à possibilidade de essa posição não ser ditada pelo bem do doente mas por interesses sucessórios, ou pelo desejo de se livrar daquele fardo[6] ou por não saber o que fazer com o doente se for colocado aos seus cuidados.

A posição da família pode ser no sentido da prossecução dos tratamentos. Deverá ser ouvida, mas não pode constranger o médico a empreender tratamentos fúteis,[7] contrários às *leges artis*. O recurso a comissões de ética independentes é com freqüência a via de solução.

O que parece importante é manter em todo o processo o máximo de colaboração possível com a família, com a consciência de que ela própria deve ser objeto de acompanhamento e atenção.

Observe-se ainda um pormenor significativo: no Norte da Europa as interrupções de hidratação são muito mais freqüentes que no Sul, o que se não deve decerto a maior escassez de recursos.

5. A fase terminal.

Há ainda que encarar a situação dos pacientes terminais. É independente de o doente se encontrar em estado vegetativo persistente, mas pode estar em coma. Se o não estiver, supõe-se consciente, mesmo que a consciência esteja reduzida. O diagnóstico é o de não haver nenhuma probabilidade de recuperação. O doente está na fase terminal.

Também aqui é necessário agir com humildade e prudência. Há sempre a possibilidade de erro de diagnóstico, de evolução fora de toda a normalidade, de superveniência de novos métodos de tratamento...

Em todo o caso, se o diagnóstico for fiável, as probabilidades de recuperação seriam sempre baixíssimas.

---

6 O próprio médico e pessoal hospitalar não estão imunes a essa tentação.

7 As hipóteses de divergência entre os médicos e a família são determinadamente contempladas no Parecer do CNECV (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Portugal) sobre "Estado Vegetativo Persistente", Lisboa, 2005.

A medicina tem hoje recursos para fazer prolongar a vida humana quase indefinidamente. Assim se tem feito com personalidades políticas.[8] Mas há então algo que impressiona, porque tem o sentido de se procurar negar a condição humana.

A pergunta que se coloca nestes casos está fora da hipótese de eutanásia, sempre condenável como atentado contra a vida.[9] Pergunta-se se é lícito cessar então os tratamentos, chamados extraordinários (ou que não sejam secundários ou paliativos) com a conseqüência previsível de resultar daí o desenlace ou pelo menos a antecipação deste.

A atitude a tomar perante os doentes terminais é hoje muito discutida e está na ordem do dia no Brasil. Não podemos entrar nela dissociando-a do quadro da "cultura de morte" que nos rodeia, em que o pragmatismo produtivista e o hedonismo dos que estão no auge da força se combinam tacitamente na eliminação dos elementos que não servem já para fazer funcionar o ciclo de produção e consumo.

Há que distinguir situações, pois cremos que a indistinção das várias figuras é muito nociva ao afinamento das idéias.

Estaria em causa a limitação ou cessação de tratamentos extraordinários, destinados a prolongar a vida do doente terminal. A conseqüência natural desta omissão seria abreviar a morte do doente. Fala-se em *eutanásia passiva*, mas a expressão é de rejeitar porque cria nefasta confusão com a figura da eutanásia, que deve ser reservada para uma forma ativa de provocar a morte.

Também se lhe chama *ortotanásia*, termo que não sofre do mesmo defeito. Contrapõe-se à *distanásia*, que eqüivaleria ao encarniçamento terapêutico, que poderá retardar mas não afasta o percurso anunciado da morte.[10]

A ortotanásia consistiria em suspender os tratamentos extraordinários, mantendo apenas os secundários, a alimentação e os cuidados paliativos – contra a dor, por exemplo. Discute-se no Brasil se está compreendida na previsão do homicídio, por o artigo 13 do Código Penal caracterizar este como causar a morte de outrem por ação *ou omissão*.

Vamos abstrair de anteprojetos legislativos, mesmo os referentes ao Código Penal e concentramo-nos numa polêmica recente.

6. A Resolução do Conselho Federal de Medicina e a impugnação do Ministério Público Federal.

A Resolução nº 1.805/2006, de 9 de Novembro, do CFM – Conselho Federal de Medicina,[11] dispõe:

> Na fase terminal de doenças graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva duma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou do seu representante legal.

Esta Resolução foi contestada pelo Ministério Público Federal, através da Procuradoria dos Direitos do Cidadão. Não tendo não obstante a Resolução sido alterada, o

8 Teria sido já o caso, ao que se diz, com o imperador Hirohito do Japão.

9 A justificação corrente da eutanásia, como exercício da autodeterminação, pressupõe que a autodeterminação é um fim em si mesma, que tudo justifica, o que não é verdade. Por outro lado, apenas abrange uma modalidade, a eutanásia a pedido: a eutanásia por iniciativa alheia, mesmo que por piedade, é sempre um crime contra a vida; e é-o no máximo grau contra a autodeterminação alheia, ainda que se encontrem atenuantes. Sobre as várias situações cfr. *Euthanasia – I* – Ethical and Human Aspects, Conselho da Europa, 2003, p. 3; aí nomeadamente Göran Hermerén, *The debate about dignity*, p. 37-57.

10 Cfr. Léo Pessini – Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira, *in Grandes Temas da Atualidade. Bioética e Biodireito*, coord. Eduardo de Oliveira Leite, Forense, 2004, p. 251.

11 Publicada no D.O.U. de 28 de Novembro.

Ministério Público intentou ação civil pública, em 9 de Maio de 2007.

A petição, lavrada aliás em estilo pouco habitual em documentos desta ordem, tem vários fundamentos. Antes de mais, a falta de competência do Conselho Federal de Medicina como a entidade reguladora da matéria. É questão em que não pretendemos entrar, mas não ocultamos que nos impressiona esta espécie de para-legislação, em que setores verdadeiramente fundamentais da ordem jurídica brasileira são regulados por entidades diferentes das que se diria que constitucionalmente seriam as competentes para tal.

Mas o Ministério Público impugna também longamente o estatuído na Resolução, considerando-o violador da Constituição e do Código Penal.

Representará a omissão ou cessação de tratamento do doente terminal, seguida da morte deste, um crime de homicídio?

A resposta positiva está generalizada. A Ordem dos Advogados do Brasil, no caso paralelo da cessação de cuidados a doentes em estado vegetativo persistente, considerou ser um caso de homicídio por essa excepção não estar prevista.[12]

O fundamento, como dissemos, estaria no artigo 13 do Código Penal, que no seu proêmio equipara à ação a omissão sem a qual o evento não teria ocorrido.

Não há previsão específica sobre esta matéria, nem a propósito do homicídio nem noutro lugar da Parte Especial.

Dissocio-me desta doutrina dominante. A isto me conduzem os princípios gerais de interpretação da lei.

O artigo 13 do Código Penal especifica no § 2º os pressupostos da relevância da omissão. Esta só releva quando o agente podia e devia atuar.

Requer-se pois um *dever de atuar*. Este existe, nos termos da alínea *a*, quando o agente "tinha por lei" esse dever.

Na situação que nos ocupa, há pois que indagar se o médico tem por lei o dever de prosseguir sempre os tratamentos primários, mesmo quando traumatizantes, se a morte se apresenta em qualquer caso como inevitável.

Não há lei específica sobre a matéria. A conduta do médico terá então de ser determinada pelas *leges artis*.

O que estas estabelecem não é seguramente o dever de curar, que negaria a morte e a irredutibilidade de muitas doenças.

Não é também o dever de retardar por todas as formas a morte, provocando ou prolongando a agonia, fora de toda a esperança.

O dever é o de evitar a morte se possível: não o sendo, acompanhar o paciente terminal até ao fim, eliminando ou limitando o sofrimento, porque o sofrimento é em si um mal, embora possa ser sublimado pela sua aceitação individual.

Isto significa, no que respeita à posição do médico, que não recai sobre ele um dever cego de tratar em qualquer caso. Prevalece um outro dever, que é o de evitar o procedimento fútil ou a obstinação terapêutica, a que o médico está eticamente vinculado. As atuações com um fim de cura tornam-se então desproporcionadas, justificando-se apenas tratamentos secundários ou paliativos que beneficiem quanto possível o estado do doente na fase terminal.

Daqui resulta que o médico que assim procede não viola nenhum dever de agir, médico ou de qualquer outra fonte. Não se preenchem os pressupostos jurídicos da omissão penal. Consequentemente, nunca lhe poderia ser imputado o crime de homicídio.

Porém, se a conduta prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina não suscita em si objeção essencial, já a maneira como vem articulada merece grandes reservas.

A limitação ou suspensão de "procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida

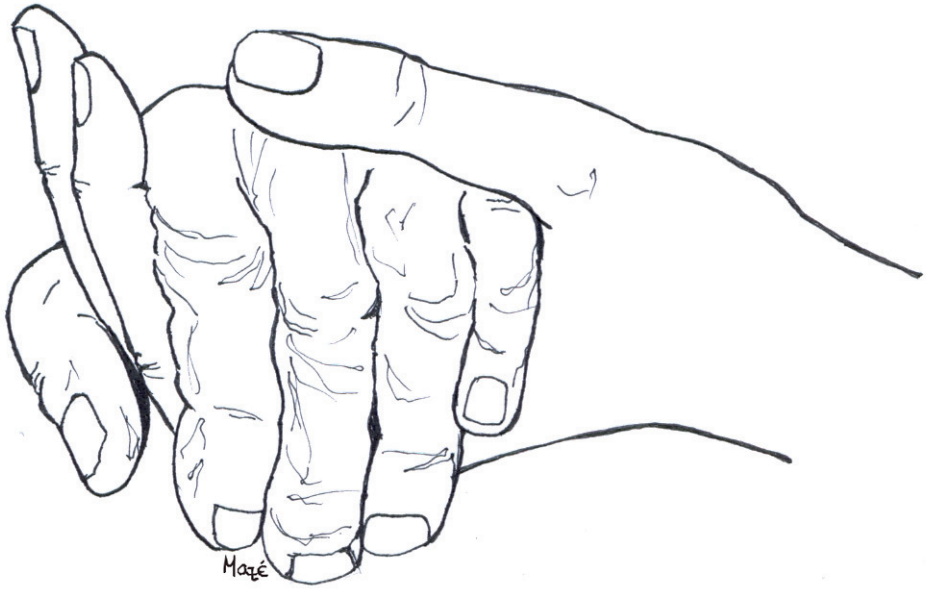
12 Não possuímos esta declaração.

do doente em fase terminal, de doença grave e incurável" é apresentada como uma faculdade de médico (art. 1º).

Está apenas condicionada à obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação (§ 1º).[13]

Ao doente ou a representante legal só restaria o direito de solicitar uma segunda opinião médica (§ 3º).

Há uma contradição: enquanto no *caput* ou proêmio se manda respeitar a vontade da pessoa ou do seu representante legal, dos §§ resulta que a decisão seria exclusivamente médica – seria um ato médico.



A conciliação poderia procurar-se distinguindo a decisão de suspender ou limitar os tratamentos emanada do doente ou do seu representante, que seria obrigatoriamente seguida pelo médico, e a oposição a tal suspensão ou limitação, que já não seria vinculativa. Mas se assim se consegue alguma conciliação formal, o resultado seria sempre paradoxal e injustificado.

Resulta que o sistema estabelecido é de todo o modo inaceitável.

Pressupõe uma decisão monocrática do médico, a que apenas eventualmente aderiria uma segunda opinião médica.

É necessário muito mais do que isso. Tem de haver um sistema de controlo, dados os perigos irreversíveis que podem resultar desta prática. Há a eventualidade sempre presente do erro médico, a que acresce a possibilidade de desvio da finalidade médica, para desoneração dos encargos de saúde. Recorde-se o que dissemos inicialmente, sobre as ameaças para a vida na fase terminal e sobre a cultura de morte.

Esta decisão pressupõe sempre a intervenção doutra entidade que seja incontestavelmente independente, até no plano institucional, de quem emitiu a primeira opinião. Isso está de todo ausente desta Resolução.

Como se disse, o Ministério Público intentou ação civil pública tendo por fim a revogação da Resolução. Alternativamente pede porém o estabelecimento de critérios, com intervenção duma equipa inter-disciplinar. Pede ainda o controlo prévio do Ministério Público e do Judiciário sobre os pedidos emanados dos pacientes ou dos seus representantes legais. Usa-se mesmo a frase "todos considerados juridicamente incapazes".

Independentemente de aspectos ligados ao consentimento, que consideraremos a seguir, a estruturação dum sistema que assegure a fidedignidade desta prática é indispensável. É um ponto nuclear de defesa da vida,

13 A decisão deverá ser fundamentada e registada no prontuário (§ 2º).

em que são necessárias garantias. Corre-se o grande risco de a invocação de princípios em si corretos vir a disfarçar afinal uma espécie de eutanásia social, um mecanismo regulador da disponibilidade de leitos em hospitais, ou ainda uma cobertura pseudo-ética para a inércia.

7. A relevância do consentimento.

As decisões fundamentais médicas, no que respeita à limitação ou cessação de tratamentos a doentes, quando dessa omissão resultará previsivelmente a morte, são situações de extrema gravidade.

Não parece admissível que, salvo emergência, sejam tomadas isoladamente por um médico. Eticamente, deveriam ser tomadas ou referendadas por uma entidade independente.

Por outro lado, deveriam basear-se, sempre que possível, no consentimento informado do paciente ou da família deste.

Não nos propomos, nem caberia nos limites deste trabalho, versar especificamente a matéria do consentimento. Mas este tem de estar constantemente presente nesta matéria.

Há que estar bem consciente que o consentimento que se requer é o consentimento informado. Por isso, o médico deve usar todos os meios ao seu dispor para esclarecer o doente, bem como, caso possível, a família deste.

Isso posto, haverá que distinguir o consentimento do doente comum e o consentimento daquele que está internado – e ainda mais particularmente, do internado em estado terminal.

Pode fazer-se uma aproximação com o que se passa quando a pessoa se encontra em situação normal, ou seja, não terminal. Pode recusar um tratamento, uma intervenção cirúrgica, por exemplo. Mas não há que levar muito longe esta analogia, porque aqui a situação é muito mais grave. No estado terminal a recusa de tratamentos não altera o desfecho, enquanto que a mesma recusa por não terminais pode pôr efetivamente a vida em jogo.[14]

Por outro lado, o internamento hospitalar cria uma circunstância nova, que influi sobre as pessoas e obriga a julgar a uma nova luz as manifestações de vontade.

É que a situação de dependência e impotência em que se vê caído o doente, arrancado ao seu meio e sujeito a critérios alheios, influi poderosamente sobre as manifestações de vontade. Tudo isso tem de ser tomado na devida conta no que respeita à validade daquele consentimento.

Consideremos, antes de mais, o consentimento prestado pelo próprio. Será lícito ao próprio, em estado terminal, determinar que cessem os tratamentos, reduzindo-se tudo à manutenção mínima?[15]

A pergunta tem a sua raiz na circunstância de o doente em estado terminal ser sempre uma pessoa, e como tal autônoma. Teria em qualquer caso de ser acompanhado, com esclarecimento cabal da situação. Nomeadamente, a família e os próximos devem ser ouvidos. Mas o que fazer, se no final mantém a decisão sobre a recusa de tratamentos?

Se a decisão é tomada com toda a consciência, essa decisão deve ser seguida, porque a "cura" não é imposta. Aqui, aliás, nem teria já o sentido de *cura*, uma vez que qualquer intervenção pode eliminar isoladamente um mal, mas traz o seu próprio gravame sobre o paciente e em conjunto não melhora a situação de saúde nem altera o estado terminal do paciente. Não lhe traz melhoria.

Por outro lado, há a questão do destinatário da manifestação de vontade no sentido da cessação ou limitação dos tratamentos. Se

14 Lembremo-nos de hipóteses de recusa de transfusões de sangue. As reações vão desde a observância direta da vontade do paciente à ministração forçada ou desde que ele esteja inconsciente. Nada se ganha em confundir as duas situações.

15 E a cuidados paliativos, como a ministração de analgésicos. Mas mesmo esses pode o paciente recusar, criando-se então problemas particulares.

puser previsivelmente termo à vida, é grave demais para que possa ser dirigida a um médico apenas. Como dissemos, há que fazer intervir uma entidade independente, a quem incumbe assegurar-se da informação prestada, da atualidade e genuidade da manifestação e de todos os outros aspectos relevantes, à luz de critérios éticos.

8. Limites da autonomia.

Mas voltemos à autonomia – ou, como seria preferível dizer, autodeterminação. A autodeterminação permite fixar o que queremos para nós próprios. Mas a autodeterminação não é um absoluto. Assim como nem tudo nos é permitido, também nem tudo pode ser determinado para que os outros façam. Não pode justificar a prática de atos cujo sentido seja provocar diretamente a morte, porque isso cairia na eutanásia a pedido, com o desvalor e os riscos inerentes, que é vedada ética e juridicamente.

A vontade expressa em situações terminais tem também de ser encarada com muita prudência. Uma vontade de morrer pode exprimir apenas a situação de desespero ou a depressão provocada pela irremediabilidade da doença e pelo abandono a que o paciente esteja (ou se sinta) votado. Há que ter toda a finura para concluir pela genuinidade da vontade expressa.

Este aspeto, que é da maior importância, ultrapassa muito a cessação dos tratamentos em estado terminal. Abrange todos os pedidos que conduzam à morte – a eutanásia a pedido ou o pedido de auxílio ao suicídio. Em vez do exercício genuíno da autodeterminação há com freqüência apenas o reflexo duma situação de extrema vulnerabilidade psicológica e circunstancial, que pode ser totalmente diversa do que corresponderia à estrutura mental do paciente.

E se a pessoa não estiver já consciente? Pode ter determinado antes como desejaria ser tratado se porventura estivesse nessa situação.

Temos aqui a questão dos chamados *testamentos vitais*. Impropriamente chamados, apressamo-nos a observar desde já, porque de nenhum testamento se trata: o testamento só valeria depois da morte, enquanto que esta vontade é expressa para operar ainda em vida, em situações de terminalidade ou quando uma manifestação de vontade não for efetivamente possível.

Este é outro tema, que não podemos desenvolver aqui. Ainda é uma manifestação de autodeterminação, que não vemos por que não deveria ser aceite. A validade depende do conteúdo, evidentemente, mas se a vontade for a de a pessoa não ser sujeita a tratamentos que apenas prolonguem o estado terminal, não vemos diferença de uma declaração atual de vontade.

Tem de se fazer uma prova rigorosa da autenticidade da declaração que seja apresentada, sem que isso implique uma formalização.

Outro aspecto muito importante está na *atualidade* da declaração. O fato de ter sido manifestada uma vontade no passado não significa que, aqui e agora, a vontade da pessoa "incompetente"[16] fosse ainda a mesma. É muito importante recorrer ao testemunho de familiares e outras pessoas próximas que garantam a permanência da vontade.

A Lei francesa nº 2005/370, de 22 de Abril, no artigo 7º, mandou inserir no Código da Saúde Pública um preceito que exige que essas diretrizes tenham sido escritas menos de três anos antes da inconsciência da pessoa. Parece-nos formalização demasiada. O que é necessário é uma prova convincente.

Mas se não se lograr uma prova convincente não há que tomar em conta a declaração de vontade, porque se não trata já de válida autodeterminação.

16 No sentido impróprio em que se usa a palavra em Biomedicina, para exprimir o que está incapacitado de exprimir consentimento fidedigno. Ninguém pode prever antecipadamente como reagiria em estado terminal.

Se a vontade é no sentido da cessação das intervenções com o sentido de cura e se verificam realmente as condições que permitem qualificá-las como fúteis, a vontade deve ser seguida. Se é negativa, o médico toma-la-á em conta, dentro da margem de manobra disponível, mas não pode ser obrigado a praticar atos que, em consciência, prolongam a agonia e são contrários às *leges artis*.

Pensamos que a chave deste delicadíssimo ponto de encontro de várias vertentes pode ser expressa pelo lema que foi difundido pela Igreja de França em 2001: "Accepter la mort, maintenir les soins auprès du malade". Antes de mais, é a aceitação da nossa condição humana, da nossa qualidade de mortais, muito naturalmente. Diz-se textualmente que seria desumano procurar prolongar as agonias. De fato, seria a manutenção dum sofrimento que resultaria já de uma intervenção *contra natura* do homem.

Por isso, a Igreja de França, seguindo aliás orientação que vem já de Pio XII, não levantou obstáculos ao projeto de diploma donde resultou a referida Lei nº 2005/370, de 22 de Abril, relativa aos direitos dos doentes e ao fim da vida.

9. Consentimento por terceiros?

Pode o consentimento ser prestado por terceiros?

A referida Resolução CFM nº 1.805/2006, de 29 de Novembro, prevê: "... respeitada a vontade da pessoa *ou de seu representante legal*" (art. 1º/ proêmio). No § 2º prevê a obrigação de o médico esclarecer ao doente *ou a seu representante legal* as modalidades terapêuticas adequadas. No § 3º assegura ao doente *ou a seu representante legal* o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Quem é este "representante legal"?

Em sentido técnico, suporia uma situação de incapacidade juridicamente declarada e a designação dum representante. É mais que duvidoso que sejam apenas essas situações que estejam contempladas. Até porque o dever de informação e esclarecimento, constante do artigo 1º, § 1º, abrange os familiares e próximos em geral, e não apenas as situações relativamente menos freqüentes em que haja incapacidade e designação formal de representante.

Poderá estar incluída nesta categoria a pessoa de confiança a quem foi confiada a vontade do paciente, embora a expressão "representante legal" não a abranja diretamente?

Pensamos que sim, até porque de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina não é de esperar um aperfeiçoamento jurídico particular. É uma figura muito freqüente em países estrangeiros. Com todas as cautelas, pode realmente concluir-se que a um amigo mais próximo foi confiada a vontade válida para esse momento terminal.

Mas atenção: a pessoa de confiança não tem legitimidade para elaborar a vontade que será imputada ao paciente terminal. Em termos técnicos ele não é sequer um representante: é um *núncio*, ou seja, é pessoa que tem a mera função de transmitir uma vontade formada pelo paciente, tal qual como por este lhe foi transmitida. Vale apenas como depositário da vontade. Por isso a prova da veracidade e fidedignidade é ainda mais severa. Nomeadamente, não podem deixar de ser ouvidos os familiares. E, em qualquer caso, ainda ocorre a subsequente verificação da atualidade daquele querer.

Voltemos então ao "representante legal". Excluída a "pessoa de confiança" (embora esta deva ter a intervenção que assinalamos) quem pode estar compreendido?

Não há que afastar o representante legal em sentido técnico. Este abrange o titular do poder paternal, os tutores e também, dada a imprecisão da Resolução, deve abranger os curadores, pelo menos nalguns casos.

Mas a situação destas várias entidades não é sempre a mesma. Há que distinguir

profundamente os pais e as restantes categorias.

Os pais têm uma posição privilegiada. A presunção de que atuam no interesse do menor é muito forte. Por isso, a sua decisão é tomada como decisão do próprio menor, mesmo que não seja vinculante.

Não se esqueça porém nunca que o representante, por definição, age *no interesse do representado* e não no seu próprio interesse. Por isso, esta presunção cede se houver razões que levem a crer que mesmo os pais possam estar a agir fora do sentido funcional dos seus poderes.

No que respeita aos outros representantes, já o médico está numa posição de maior liberdade e, em contrapartida, com maior responsabilidade. Terá de verificar se se orientam ou não pela preocupação do interesse do menor. Aí, a importância de ouvir os restantes membros da família é muito maior. A observância da posição do curador será mesmo nula quando este esteja circunscrito às situações patrimoniais do curatelado, como acontece em relação aos pródigos.

E nisto, qual a posição da família?

A Resolução do Conselho Federal de Medicina não refere sequer a família. E efetivamente a família não se pode substituir nunca ao paciente e exprimir uma vontade que valha juridicamente como a dele.

Mas se não se pode substituir deve pelo contrário ser sempre ouvida, para esclarecer a vontade, histórica ou atual, ou para trazer outros elementos de informação. E deve ser quanto possível incluída na decisão, sentindo-se participante e responsável por aquele ato.

As situações podem ser muito diferentes. Pode o cônjuge ser o elemento decisivo – e pode ser o contrário. Isto impõe as maiores cautelas, pois a família pode estar mais interessada em desenvencilhar-se dum elemento que lhe pesa ou na abertura da sucessão.

O direito de solicitar uma segunda opinião médica deve caber a todo o elemento da família, mesmo não tendo maioria. Mas nunca os membros da família, como tal, podem exprimir uma vontade vinculativa de limitação ou suspensão dos tratamentos.

Diríamos que a família acaba por desempenhar uma função mais relevante para se opor à cessação ou limitação dos tratamentos do que para os fundamentar.[17] Se exprime a vontade de que esses tratamentos cessem ou se limitem já serve só de elemento de informação e ponderação.

O médico tem, na previsão expressa do artigo 1º, § 1º, da Resolução, a obrigação de esclarecer – obrigação que, como vimos, se refere também aos familiares.

Pode não haver ninguém para esclarecer, situação que examinaremos no número seguinte.

Se houver, a obrigação do médico é antes de mais a de dialogar – o que infelizmente muitas vezes não se faz. O diálogo traz pelo menos a oportunidade ao médico de se esclarecer ele próprio, granjeando elementos para uma decisão ponderada.

17 Em qualquer caso, por mais relevante, não é por si determinante.

O acordo entre médicos e familiares é possível, mesmo partindo de posições divergentes, porque não há apenas uma posição matematicamente correta, em geral. Pode assim pelo diálogo chegar-se a um ponto de concordância, dentro da margem opcional existente. Pelo menos por algum tempo.

E se não chegar nunca a acordo?

10. Parâmetros da decisão final do médico.

O médico está vinculado a abster-se de praticar tratamentos contra a vontade esclarecida do paciente. Assim acontecerá também se essa vontade lhe for transmitida de modo fidedigno por pessoa de confiança, vencidas as questões de prova.

Está vinculado também se for essa a vontade dos pais, quando não houver dúvidas quanto a estes agirem no interesse do menor; e ouvido o próprio menor, se tiver desenvolvimento mental para tanto.

No que respeita a outros familiares o médico deve tomar em conta a opção destes pela abstenção de tratamentos, antes de mais tratando-se de filhos e do cônjuge, em princípio; mas já não há uma vinculação direta, mas apenas uma indicação importante. O que significa que há uma margem em que o médico pode ir contra a posição de pessoas qualificadas que falem pelo doente.

A Resolução do CFM, no seu artigo 1º, dispõe: "... respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal". Do que dissemos resulta que a vontade da pessoa deve ser respeitada, mas o único representante legal cuja vontade se impõe ao médico são os pais (e mesmo então com reservas). Nos outros casos, o médico não está vinculado.

E se a posição destas pessoas for, pelo contrário, no sentido da prossecução dos tratamentos? Admite-se um espaço de manobra, em que se busque uma conciliação de posições. Poderá haver ainda acordo quanto às "modalidades terapêuticas adequadas", na linguagem da Resolução.

E se o dissenso se mantiver?

Há um limite, que o médico não pode transpor por razões deontológicas e éticas: é o dos tratamentos fúteis ou da obstinação terapêutica. Esse limite poderá ser fixado mais além ou mais aquém, mas existe; transpô-lo seria sempre condenável, por melhores que sejam as intenções. E seria angelismo supor que só há as melhores intenções: a prossecução de tratamentos custosos com os meios sofisticados hoje existentes representa uma copiosa fonte de rendimentos quando aplicada a quem esteja em condições de os pagar.[18]

Mas representaria a imposição de grandes sacrifícios ao doente. Ora o sacrifício deixa de basear-se em indicação médica se não é compensado por resultados; ou se é desproporcionado, quando os resultados que se podem obter o não compensam.

O médico tem, seguramente, o dever de evitar estas situações.

Configura-se então a hipótese de o médico, sozinho, ou até contra a opinião dos mais próximos do paciente, decidir suspender os tratamentos.

Perante essa grave decisão, a Resolução só prevê uma defesa do doente ou seu representante legal: o direito de solicitar uma segunda opinião.

É muito pouco. Desde logo, parece claro que o próprio médico pode igualmente pedir uma segunda opinião, particularmente em caso de divergência com a posição do doente ou da família.

Já dissemos também que qualquer membro da família o pode fazer – desde que tenha ligação efetiva ao doente. Este aspecto deveria constar com clareza da lei.

18 Para o Prof. Daniel Serrão, cientista português de cúpula neste domínio, reconhecido o estado terminal, toda a intervenção curativa é fútil. E adverte que a obsessão curativa abre o caminho para a eutanásia.

Mas há situações de doentes que não têm nenhum acompanhamento familiar; e em qualquer caso a limitação dos meios de defesa ao pedido de segunda opinião está muito longe de corresponder à gravidade do que está em jogo.

Como dissemos, uma decisão de suspender ou limitar os tratamentos deveria sempre ser comprovada por uma entidade independente. E a independência deve ser tomada mesmo a sério: não basta que esse médico pertença ao Conselho de ética ou a outra equipa do mesmo hospital. Deveria haver uma entidade, sem qualquer aparência sequer de vínculos pessoais com a primeira, a quem coubesse intervir nessa situação.

Nada disto é excessivo. É o indispensável para que se preserve realmente a dignidade da pessoa humana na fase terminal.

Há que dar realidade ao princípio que o doente terminal não é uma excrescência, um galho seco que importa arrancar; é um NÓS; é um ser com quem comungamos até final.

11. Os estados terminais de grande sofrimento.

Os estados terminais podem ser acompanhados de grande sofrimento. Assim acontece por exemplo em ocorrências oncológicas.

As situações de sofrimento não são exclusivas dos estados terminais. Mas nestes têm sido particularmente discutidas. E são normalmente utilizadas para a defesa da eutanásia a pedido.

Mas receamos que assim estejamos a afastar-nos da essência da questão. Se a questão é combater a dor, é este combate que deve colocar-se em primeiro plano.

Hoje há meios que nos levam cada vez mais longe no combate à dor. A aplicação de drogas fortes como a morfina faz-se aliás de há longos anos e estudos médicos revelam que o uso da morfina para combate à dor não cria dependência psicológica.[19]

A eutanásia é uma fuga à questão. Como escreve Daniel Serrão: "A eutanásia não é a solução do problema do sofrimento, é a destruição do sofredor".

Tratar corretamente o sofrimento não é *soft* eutanásia. É pelo contrário a consumação do plano de Hipócrates, de defender a vida até ao fim, mas colocando o Homem como a justificação última.

Neste caminho, pode chegar-se a uma encruzilhada. Há medicamentos ou substâncias que em si são tóxicos mas que podem ser usados com êxito para aliviar o sofrimento.

19 Cfr. Eduardo Bruno da Costa, *Atitudes médicas perante o fim da vida, in* Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Actas do III Seminário: Ética da Vida, Lisboa, 1996, p. 105-120 (p. 108-110).

Não se podem fazer análises sectoriais. O que interessa é o efeito global sobre o doente terminal. Se deste modo se contribui para humanizar o estado terminal o efeito é intrinsecamente positivo e não suscita objeção ética.[20] Não há autodestruição, há a resposta adequada à gravidade da situação terminal em que o doente se encontra.

De fato, há que não esquecer que no centro das nossas preocupações deve estar o doente e não a doença. Ele é o protagonista: assim, todos os esforços se devem fazer para o acompanhar.

Se enfocamos a Medicina na doença e não no doente tendemos a colocar em segundo plano o sofrimento; vimos já o que acontece com os tratamentos traumatizantes e fúteis, que combatem doenças sem em absoluto nada aproveitar ao doente. Assim, acabamos por esquecer que o sofrimento é também doença e aliviá-lo é ainda ato médico.

Mas justamente porque colocamos o doente em primeiro plano, tudo o que dissemos tem de ser conjugado com outra vertente de valor ético mais alto.

O combate à dor não pode ser identificado com a destruição antecipada do doente terminal, tornando-o inconsciente e incapaz de viver os seus momentos finais. Anestesiar o doente pode ser a maneira mais cômoda de todos os que seriam chamados a participar, incluindo a própria instituição, se desembaraçar agilmente do dever de o acompanhar; mas não é a mais humana e portanto não é a que a Ética impõe.

A vontade do paciente de manter a consciência nesses momentos, mesmo afrontando a dor, tem de ser rigorosamente cumprida. É um dos pontos em que o consentimento do doente impera, porque há um aspecto espiritual que se sobrepõe.

Generalizando, diremos que mesmo no combate à dor há que não considerar o doente apenas como um objeto. Há que manter, em tudo o que for possível, a consciência. E é imperativo fazê-lo se essa for a vontade, expressa ou presumível, do doente.

12. Os cuidados paliativos.

Chegamos assim à soleira da grande problemática dos cuidados paliativos.

A pessoa não perde nunca a sua dignidade intrínseca; por isso não pode ser nunca abandonada. Mesmo que se encontre em estado considerado terminal e não haja nenhuma perspectiva de cura deve continuar sempre a ser acompanhada médica e espiritualmente.

O artigo 2º da Resolução do CFM nº 1.805/2006 toca aspectos essenciais:

> Art. 2º. O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito de alta hospitalar.

Sem discutirmos o que há de programático nesta previsão e tendo consciência da rudeza com que a realidade dela se afasta, é bom que se aponte para estes aspectos, que são muito importantes.

Está em causa o doente em estado terminal. Antes de mais há que ocorrer ao imediato: se há dor, há que combatê-la. É função médica aliviar ao máximo o sofrimento, porque a função médica não é só curar.

É um objetivo a possível qualidade de vida do doente. E para isso há que ter presente que o doente não representa apenas uma anomalia orgânica de que há que cuidar. É um todo, que é pessoa. A esse todo há que atender,

20 Cfr. neste sentido Chaïm Perelman, *Ética e Direito* (trad.), Martins Fontes, 2002, p. 310. O autor observa no mesmo lugar: "Não há nada a modificar a esse respeito em nosso Código Penal, pois é salutar um médico saber que se administra uma dose mortal de morfina corre o risco de ser processado. Trata-se de uma proteção indispensável do doente e da sociedade contra abusos sempre possíveis e sempre ameaçadores".

de modo especial na fase ultradelicada da terminalidade da vida.

Por isso o artigo 2º da Resolução refere acertadamente a assistência integral e o conforto não apenas físico. Prevê o psíquico, e a assistência psicológica tem aí decerto o seu lugar, mas não aceita que se apresente como uma alternativa à assistência espiritual total. A pessoa não pode ser minimizada como ente biológico, é um ser espiritual. Por outro lado, a vida espiritual não se limita à vivência religiosa.

Isso implica ainda a compreensão das dimensões do homem como ser social. O homem internado fica desintegrado: as ligações interpessoais, incluindo as familiares, afrouxam. Há que fazer esforços para preservar minimamente estas ligações.

O preceito em causa manifesta sensibilidade por este aspecto ao referir que se assegura o direito de alta hospitalar. Tudo na vida pode ser deturpado; a pressão pela alta hospitalar pode transformar-se numa forma de aliviar a superlotação dos hospitais e disfarçar a insuficiência destes. Os doentes terminais podem ser empurados para junto das famílias, que dificilmente terão meios para os acompanhar e ocorrer às suas necessidades.

Mas, se há esta deturpação, há também um sentido verdadeiro das coisas. É muito melhor para o doente, na normalidade dos casos, a integração familiar que o anonimato do hospital. Se houver meios para a família se encarregar dele a repercussão positiva sobre o espírito do doente é muito favorável. As entidades públicas só têm legitimidade para afastar os que recorrem aos hospitais porque não têm outro abrigo quando esta questão conexa estiver resolvida. Este é um dos meios, possivelmente dos mais simples, de o assegurar.

Particularmente em relação às pessoas idosas, é conhecido o trauma que representa o afastamento dos seus hábitos. Chama-se a atenção para que em certos casos, mesmo de terminalidade da vida, uma medicação ajustada e aceite pelo doente pode fazer-se na residência deste.

Quando os doentes terminais permanecem em hospitais, é prática corrente serem colocados em unidades separadas e não em enfermarias juntamente com outros doentes, para evitar a vivência deprimente para os restantes das situações terminais e dos eventuais desenlaces. É sem dúvida aspeto a ter em conta. Mas por outro lado há que ponderar atentamente a repercussão que pode ter para o doente terminal o fato de ser retirado do local onde se encontrava e conduzido para onde se encontram os outros doentes terminais, se tiver consciência disso.

Chegamos assim ao fim desta panorâmica geral da terminalidade da vida. O fulcro de tudo está na concepção e aceitação da morte como componente natural da condição humana; mas que, como tal, participa também de toda a dignidade dessa condição. Merece-nos, naturalmente, respeito. Esse respeito, recaindo sobre a pessoa que morre, deve marcar todo o acompanhamento pessoal e comunitário desse momento único, mas que cabe a cada um de nós “viver” uma vez na vida...

- Sobre a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contestando a Resolução nº 1.805/2006 do CFM, mencionada no item 6 deste artigo, veja o andamento do Processo nº 2007.34.00.014809-3 da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal

- Veja também outros artigos doutrinários do autor publicados nesta Revista: “Contratação em rede informática no Brasil”, publicado na RTRF3R 78/57 e “O início da vida”, publicado na RTRF3R 81/91.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

A litigiosidade contida e a litigiosidade exacerbada nos Juizados Especiais Federais Cíveis

Eliana Rita Resende Maia
Juíza Federal Substituta da 1ª Vara do Juizado Especial Federal de Mogi das Cruzes/SP.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Fundamentação teórica. 3. Estudo de caso. 3.1. A primeira década dos Juizados Especiais Federais. 3.2. Da litigiosidade contida e da litigiosidade exacerbada. 3.3. Da reflexão sobre a atual estrutura dos Juizados Especiais Federais em face das perspectivas de capilarização da Justiça Federal. 3.4. Das propostas para o fortalecimento do rito sumaríssimo. 3.5. Da necessidade de conformação e harmonização dos princípios que direcionam os Juizados. 4. Considerações finais. Bibliografia.

1. Considerações iniciais.

A instalação dos Juizados Especiais Federais foi acompanhada de grande contentamento por parte dos representantes do Poder Judiciário, notadamente em face da cognominada demanda contida, é dizer, a demanda não antevista que surpreenderia os entusiastas da expansão do rito sumaríssimo para a seara federal, reforçando, por conseguinte, a relevância e a urgência na criação de tais instituições.

No ano em que se comemora os dez anos da criação dos Juizados Especiais Federais, as estatísticas do JEF de São Paulo provocam espanto, até mesmo para os parâmetros de megalópole que acompanham os números da maior cidade do país. Durante o período dos dez anos de funcionamento, o JEF de São Paulo atingiu a marca de 1,53 milhão de atendimentos, os quais redundaram em 1,48 milhão de processos julgados, sendo que 76% desse índice foram qualificados como demandas em face do Instituto do Seguro Nacional.[1]

A despeito do desenvolvimento de novas técnicas e da otimização do gerenciamento de processos de objeto similar, tal qual ocorre nas decisões "em lote", o JEF – SP ainda possui 95.612 processos em tramitação na presente data (março de 2012).

Daí a emergência em se discutir o su-

1 GUIMARÃES, Juca. Com dez anos de existência, Juizado Especial Federal de SP mantém 76% dos processos contra a Previdência. *Clipping online*. São Paulo, 02 mar. 2012. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/noticias/ClippingOnline/Noticia/Exibir/264185>. Acesso em: 22 out. 2012.

cesso e o crescimento de tal instituição de destaque no Judiciário Federal, porquanto a proclamada e festejada celeridade – que figura como diretriz do rito sumaríssimo dos JEFs – tem enfrentado o obstáculo do excesso de ações, e – tomando como empréstimo das expressões apresentadas por Alexandre Freitas Câmara – a litigiosidade inicialmente contida tem se transformado em litigiosidade exacerbada a ponto de comprometer a execução da meta de entrega efetiva da Justiça.

No presente estudo, pretende-se explorar os vetores hermenêuticos que colorem esse "procedimento especial", com o fim de desestimular a distribuição de demandas temerárias, repetitivas de teses pacificadas ou sem a regular atuação da Administração Pública na esfera pré-processual.

2. Fundamentação teórica.

O ponto de partida do estudo fundou-se nas avaliações recentemente publicadas sobre as estatísticas dos Juizados Especiais Federais, em razão das comemorações da primeira década de funcionamento. Cabe aqui ressaltar as observações apontadas por representantes de destaque do Judiciário Nacional na 11ª edição da Revista Via Legal, que publicou análise especial dos 10 anos dos Juizados.

Em paralelo, para a exposição dos fatos e desenvolvimento das críticas ao modelo vigente do rito sumaríssimo, não foram olvidados os parâmetros principiológicos impostos pelo microssistema dos Juizados no país, cujo alicerce constitucional está estampado no artigo 98 do Texto Magno e regulamentado pelos diplomas normativos que se seguiram: a) a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Estaduais e traceja as linhas principais desse novo olhar processual em nome da proteção dos direitos; b) a Lei nº 10.259/2001, que, recepcionada com muita expectativa na arena jurisdicional, expandiu a concepção simplificada da entrega da Justiça para a arena das ações deflagradas em face do poder público federal, e, por fim, c) a Lei nº 12.153/2009, conhecida como lei dos Juizados da Fazenda Pública.

Cumpre definir, de plano, que a concepção de processo aqui delineada, para o fim de reafirmar o direito fundamental de acesso ao Judiciário, está pautada nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, para quem:

> A compreensão do direito de ação como direito fundamental confere ao intérprete luz suficiente para a complementação do direito material pelo processo e para a definição das linhas desse último na medida das necessidades do primeiro. Ou seja, a perspectiva do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional permite que o campo da proteção processual seja alargado, de modo a atender a todas as situações carecedoras de tutela jurisdicional. Ao mesmo tempo, esse ângulo de análise é capaz de viabilizar uma adequada relação entre os vários aspectos do processo e as necessidades de tutela material.[2]

3. Estudo de caso.

3.1. A primeira década dos Juizados Especiais Federais.

A se julgar pelos números apresentados, o retrato dos Juizados Especiais Federais no seu décimo aniversário é, primordialmente, de sucesso, sendo indubitável a expressiva margem de distribuição de renda (em regra, alimentar) que se alcançou com o julgamento de milhões de ações:

> Dez anos depois, com um balanço que supera 10 milhões de processos recebidos, 9 milhões deles já julgados e mais de R$ 15 bilhões pagos em virtude de suas sentenças, a constatação é de

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 23.

> que, em sua essência, a promessa foi cumprida com êxito. Mas ainda são muitos os desafios a serem vencidos. A maior parte deles, ironicamente, relacionada à grande procura que o serviço gerou. Algumas dessas dificuldades poderiam, inclusive, ameaçar até mesmo a continuidade dessa experiência de sucesso.[3]

A problemática dos expressivos números dos Juizados Especiais Federais já era catalogada desde o início dos trabalhos, no ano subsequente à previsão legal, em 2001 (Lei nº 10.259/2001):

> Em 2002, primeiro ano de funcionamento dos juizados, o desembolso com RPVs foi de R$ 47,6 milhões, enquanto as varas federais comuns pagaram R$ 460,8 milhões. No ano seguinte, o valor das RPVs pagas nos JEFs já havia saltado para R$ 449,2 milhões, quantia ainda inferior aos R$ 987,8 milhões liberados nas varas comuns. Já em 2004 houve uma inversão brutal: enquanto os juizados pagaram a cifra de R$ 2,3 bilhões (um aumento superior a 400%), nas varas comuns o valor foi de R$ 648,6 milhões. Nos anos seguintes, esse crescimento se estabilizou. Hoje, em média, são desembolsados cerca de R$ 2 bilhões por ano para o pagamento das RPVs.[4]

A par de todas as comemorações, salta aos olhos a dificuldade material para dar vazão a essa enorme quantidade de demandas, fato potencializado com a perspectiva, já anunciada, de se expandir a instalação de varas dos Juizados Especiais Federais – tal como previsto pela Lei nº 12.011/2009 – posto que se vislumbra a extensão de um sistema debilitado e extenuado, antes que se efetive uma depuração do excesso de demandas nesses órgãos judiciais.

3.2. Da litigiosidade contida e da litigiosidade exacerbada.

Como antes anunciado, as expressões que dão título ao presente estudo foram extraídas das observações de Alexandre Freitas Câmara em "Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica". Por oportuno, vale transcrever a crítica:

> A criação dos Juizados Especiais Cíveis, porém, se por um lado diminui a litigiosidade contida, por outro lado contribuiu para uma litigiosidade exacerbada. Hoje, muitas causas que normalmente não seriam levadas ao Judiciário por serem verdadeiras bagatelas jurídicas acabam por ser deduzidas em juízo

3 BASTOS, Roberta. Especial: Dez anos depois de serem criados, JEFs se firmam como vertente cidadã da JF. *Revista Via Legal*. Brasília, ano IV, n. XI, maio/ago. 2011, p. 24.

4 *Ibidem*, p. 25

> através dos Juizados Especiais Cíveis. Isso se dá, principalmente, em razão da total gratuidade do processo em primeiro grau de jurisdição, o que faz com que muitas pessoas se aventurem a demandar mesmo não tendo razão, sabendo que nada perdem.[5]

Como retrato da transformação da litigiosidade contida em litigiosidade exacerbada, em termos específicos, foi possível comparar o número de processos distribuídos nos Juizados com as demandas ajuizadas nas varas comuns, sem que os primeiros gozassem da mesma estrutura ofertada ao rito ordinário:

> O sucesso dos juizados, paradoxalmente, se transformou em uma fonte de preocupação para a Justiça Federal. A explosão processual deu origem a uma série de gargalos que hoje comprometem o funcionamento do serviço. "Esperava-se para os primeiros dez anos de juizados especiais federais menos de 200 mil processos e hoje isso já se multiplicou por dez", acentua o ministro Pargendler. Já em 2003, um ano depois de terem entrado em funcionamento, os JEFs já tinham uma demanda processual equivalente à das varas federais de competência comum: enquanto nos poucos JEFs a distribuição alcançava cerca de 915 mil processos, nas varas comuns esse número era de pouco mais de 1 milhão. Em resposta à tendência de crescimento que se manteve nos anos seguintes, os JEFs também provaram ser capazes de julgar com mais agilidade. Enquanto nas varas comuns a média de processos julgados em relação aos recebidos fica em torno de 55%, nos JEFs este índice é de 97%. Tanto que, ao longo desses dez anos, as varas comuns acumularam um estoque superior a 4 milhões de processos em tramitação. Já nos JEFs, este acervo é de pouco mais de 1,5 milhão. A precária estrutura é outro entrave que aos poucos vem sendo vencido. Como a Lei 10.259 não criou cargos específicos, os primeiros juizados foram instalados mediante transformação de varas comuns em juizados autônomos (que funcionam exclusivamente como JEFs) ou adjuntos (que recebem ações tanto da competência de uma vara comum como de JEF).[6]

A rigor, tem-se questionado a grande abertura ofertada pelos Juizados Especiais, uma vez que o crescimento sem controle das ações pode ocasionar um resultado autofágico, ou melhor, a inviabilidade de prestação jurisdicional no rito sumaríssimo em face do contingente oceânico de ações a serem enfrentadas.

3.3. Da reflexão sobre a atual estrutura dos Juizados Especiais Federais em face das perspectivas de capilarização da Justiça Federal.

Uma das razões que motiva a presente reflexão está ligada ao compromisso de se expandir a Justiça Federal (e consequentemente os Juizados Especiais Federais) para as localidades interioranas desprovidas de órgãos do Judiciário Federal.

É imperioso trazer à discussão as dificuldades do rito sumaríssimo na atual conjuntura para se evitar a difusão das mesmas dificuldades com a amplificação da Justiça Federal. Há de se buscar novos caminhos para a solução dos "gargalos" dos Juizados Especiais, posto que a promessa de expansão da Justiça traz, a reboque, a disseminação de um modelo claudicante e exaurido.

Comumente se repete nas críticas acadêmicas que a morosidade dos Juizados tem se aproximado da delonga processual existente nas varas comuns, fazendo com que o móbile inicial para a instituição dos JEFs seja desacreditado.

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5.

6 BASTOS, Roberta. Especial: Dez anos depois de serem criados, JEFs se firmam como vertente cidadã da JF. *Revista Via Legal*. Brasília, ano IV, n. XI, maio/ago. 2011, p. 27.

O exame prático das causas distribuídas nos Juizados demonstra que a festejada informalidade que orienta o procedimento tem se confundido, por vezes, com a dispensa do ônus probatório. Essa abertura não só facilita sobremaneira a distribuição dos processos, como estimula a apresentação das pretensões, já amparadas pela gratuidade.

A título ilustrativo, vale rememorar a discussão da exigência da comprovação do prévio requerimento administrativo no INSS para a apresentação da lide perante o Juizado Especial Federal. Se na seara ordinária os Tribunais Regionais e Superiores já sedimentaram a dispensa de tal requisito para a comprovação do interesse na causa, o mesmo entendimento não pode ser exportado para os Juizados, sob pena de enfraquecimento dos propósitos do microssistema.

> PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. CARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. Para o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social é indispensável a comprovação de prévio requerimento administrativo perante a autarquia previdenciária.
> 2. Não compete ao Judiciário fazer-se substituir à autoridade administrativa, sob pena de usurpação de tarefa ou mister incumbida a órgão previdenciário especializado.
> 3. Precedente: Súmula nº 77/FONAJEF.
> 4. Recurso improvido.
> 5. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 46, da Lei nº 9.099/1995 c/c o artigo 1º, da Lei nº 10.259/2001.
> (Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região – Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Processo nº 0004935-12.2010.4.03.6306/SP, Quinta Turma Recursal, Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, j. 27/01/2012, DJe 08/02/2012)

> PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA ESPECIAL – TRABALHADOR RURAL EM REGIME DE ECONOMA FAMILIAR – SENTENÇA QUE JULGA EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – NECESSIDADE DE PRÉVIA CARACTERIZAÇÃO DE LIDE – PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NÃO CONHECIDO.
> 1 – A Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que afasta a necessidade de prévio requerimento administrativo para que o segurado possa ajuizar ação de natureza previdenciária não tem similitude fática com as hipóteses das ações previdenciárias que tramitam nos Juizados Especiais Federais, tendo em vista que foram estabelecidos em processos previdenciários de varas federais comuns, antes mesmo da criação dos Juizados Especiais Federais.
> 2 – Nas ações previdenciárias no âmbito dos JEFs, é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEFs, o que compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário.
> (CJF, PU nº 2005.72.95.006179-0/SC, Turma Nacional de Uniformização, Relator Juiz Federal Alexandre Miguel, j. 18/09/2006, DJ de 26/10/2006)

O entusiasmo que acompanhou a instalação e o início das atividades dos Juizados foi responsável por uma interpretação, a princípio, flexível das regras processuais para se amparar, com a maior abertura possível, o

recebimento das lides.

Deveras, há situações fáticas de grande fragilidade social e estrutural que inviabilizariam a prestação jurisdicional em termos com a exigência dos requisitos normais do processo. Com efeito, nas hipóteses em que o Juizado atua de forma itinerante, para alcançar comunidades longínquas, desprovidas da assistência do Estado, as regras processuais devem se amoldar às condições do direito material a ser protegido, justificando as flexibilizações aplicáveis, como dispensa de prévio requerimento administrativo ou comprovação robusta e documental das contingências do caso concreto.

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AÇÃO PROPOSTA POR OCASIÃO DE JUIZADO ESPECIAL ITINERANTE. EXAME DO CASO CONCRETO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO IMPROVIDO.
> 1. Proposta a ação por ocasião de Juizado Especial Itinerante, caracterizado por atender pessoas de baixa instrução e renda, sem qualquer familiaridade com os procedimentos administrativos e judiciais, e se reconhecendo, ademais, em face da natural publicidade da realização da Justiça Itinerante na comunidade envolvida, não se afigura exigível o prévio requerimento administrativo para caracterizar o interesse processual na demanda visando à obtenção de benefício previdenciário, mesmo sem prévio requerimento perante o INSS.
> 2. A atuação jurisdicional, na hipótese, não implica supressão da instância administrativa e substituição indevida do Judiciário ao Executivo, prevalecendo o princípio da inafastabilidade do controle judicial.
> 3. Incidente conhecido e improvido.
> (CJF, PU 2006.38.00.724354-4/MG, Turma Nacional de Uniformização, Relatora Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, j. 04/08/2009, DOU 21/10/2011)

No cenário comum, entretanto, a flexibilização das regras processuais não pode ser justificada pela simplicidade do rito sumaríssimo, invariavelmente e sem nenhum critério, posto que tal direção tem contribuído de forma negativa para o incremento exagerado de ações nos Juizados, notadamente ações temerárias.

Nesse passo, não há de se dispensar a normativa dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil para se especificar, com detalhamento suficiente, os fatos, os fundamentos jurídicos e as provas que alicerçam o pedido.

Não é possível amparar petições iniciais, sobretudo quando amparadas por advogado, que se estruturam de forma genérica e abstrata pleiteando um benefício qualquer em face do INSS ou uma revisão de prestação previdenciária sem pormenorizar os embasamentos ou identificar o proveito pretendido.

Não são raras as ações em que se pleiteia um pedido de revisão de benefício previdenciário sem se declinar a razão do pedido, ou muito menos especificar o *quantum* pretendido, em que se conclui (após vários atos judiciais, inclusive com parecer

laborioso da contadoria) que os cálculos do INSS são regulares ou até mesmo mais benéficos ao requerente.

Em síntese, a pretensão legal de aproximar o jurisdicionado da Justiça, por intermédio dos Juizados, não pode solapar o mecanismo dialógico do processo, o qual pressupõe a defesa de um interesse específico (certo e determinado) pretendido por ações da parte, sob pena de se travestir a prestação do serviço jurisdicional em mera consultoria administrativa.

Equiparar a simplicidade à dispensa ampla do ônus processual traz como reflexo a necessidade de atuação compensadora do magistrado, que, em obséquio ao princípio da economicidade, passa a buscar dados e a consultar registros públicos da parte interessada para conferir a regularidade do direito buscado.

Sobre a temática da excepcional iniciativa instrutória do magistrado, calha consignar a advertência da doutrina:

> Na verdade, "as normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processo, qual seja a efetividade do direito substancial. Não se pode ver na iniciativa instrutória do juiz uma atividade substitutiva de qualquer das partes, em detrimento da outra. A doutrina moderna demonstra isso com clareza. O processualista que veja na efetividade do processo um dos mais eficazes fatores de harmonia social, não pode concordar com tal orientação, de inspiração exageradamente privatista". (...) Em síntese, o poder instrutório do Juiz, previsto no art. 130 do CPC não se subordina às regras sobre o ônus da prova, e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos.[7]

É necessário, ainda, fazer a diferenciação entre a parte que está acompanhada de advogado e a que está sem assistência técnica; deveras, para o primeiro, a regra da informalidade não há de ser ampliada, posto que a exigência processual não irá dificultar a prestação jurisdicional. É de se pontuar, ao ensejo, que, nos Juizados Especiais Federais, a maior parte dos litigantes está acompanhada por advogados.

> Mesmo não sendo necessário contratar um advogado, a experiência tem mostrado que a maioria dos usuários ainda prefere ser assistida por um profissional. "Os advogados, na época, diziam que as partes não estariam bem representadas e que isso diminuiria o mercado advocatício. O que se viu foi o contrário. A maior parte das pessoas recorre aos advogados e esse se tornou um mercado muito atraente", avalia o ministro Ari Pargendler, presidente do Conselho da Justiça Federal (CJF).[8]

Ainda cabe referir o enorme desserviço advindo da distribuição de ações contra a autarquia previdenciária, sabidamente fundadas em teses pacificadas em nossos Tribunais e que já deveriam ter sido adotadas pelo INSS.

Na acepção do Desembargador Newton De Lucca, Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para o biênio 2012/2014, a falta de estrutura do INSS ocasiona uma "transferência de responsabilidade do Poder Executivo para o Judiciário", formando-se essa "pletora invencível de processos em cima da Justiça Federal".

3.4. Das propostas para o fortalecimento do rito sumaríssimo.

Além das restrições acima catalogadas – no sentido de se reforçar a exigência do ônus processual e recobrar da Administração

7 TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 130.

8 BASTOS, Roberta. Especial: Dez anos depois de serem criados, JEFs se firmam como vertente cidadã da JF. *Revista Via Legal*. Brasília, ano IV, n. XI, maio/ago. 2011, p. 25.

Pública uma atuação eficiente nas manifestações do INSS –, cabe sublinhar que, atualmente, ganham corpo as discussões em prol da regulamentação das sentenças "em lote" nos Juizados Especiais Federais, bem como a emergencial necessidade de se estruturarem cargos fixos para a composição das Turmas Recursais.

Como sabido, as sentenças "em lote" são cotidianamente proferidas pelos Juizados Especiais Federais no país, posto que contam com a estrutura eletrônica dos autos virtuais. A implementação de tais práticas, em nome da celeridade é, indubitavelmente, um procedimento essencial para o andamento de milhares de ações distribuídas diuturnamente.

A prática, já sedimentada, se dá com o agrupamento de ações com pedidos idênticos e, em regra, versando sobre questões unicamente de direito (como as inúmeras ações dos expurgos inflacionários). Após a análise unitária de cada processo, as ações são organizadas por assuntos, como forma de otimizar os despachos e decisões proferidas. Na sequência, aplica-se aos processos de mesma pretensão uma decisão padrão com um só ato mecânico do juiz, é dizer com uma única assinatura.

Com o fito de formalizar tal prática institucional, tem se debatido a temática para se estruturar um regulamento para as sentenças em lote e afastar, a princípio, as impugnações e reclamações das partes e advogados.

Com o mesmo propósito de perseguir a celeridade é que se busca, em paralelo, a criação de cargos fixos para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais (Projeto de Lei nº 1597/2011), que hoje operam com a atuação desdobrada de Juízes convocados da primeira instância que cumulam ambas as atribuições.

A litigiosidade exacerbada, que se originou da inicial litigiosidade contida, também refletiu de forma negativa para as Turmas Recursais, que sofreram, por consequência, os efeitos dessa enxurrada de processos sem a necessária contraprestação material. Dos dados recentemente publicados, colhe-se:

> "Em muitos lugares, os Juizados recebem mais processos do que as varas, e muitas Turmas Recursais recebem mais processos do que tribunais", afirmou o ministro. Segundo ele, parte do problema se deve à expectativa errada de processos que entrariam nessas varas quando os Juizados foram criados. "Uma pesquisa de demanda estimou 200 mil casos por ano", lembra. Em 2010, entraram nos Juizados 1,3 milhão de casos. O acervo de processos pendentes está em 1,7 milhão, segundo números do CNJ. Já as varas federais comuns receberam 467 mil ações novas no mesmo ano e têm no acervo 1 milhão sem julgamento. Nas Turmas Recursais, foram 438 mil novos recursos em 2010, que ajudaram a formar o acervo de 621 mil não julgados.[9]

9 CRISTO, Alexandre. Presidente do STJ quer juízes fixos em Turmas Recursais. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 06 mar. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-06/presidente-stj-defende-cargos-fixos-juiz-turmas-recursais>. Acesso em: 22 out. 2012.

3.5. Da necessidade de conformação e harmonização dos princípios que direcionam os Juizados.

A partir dos contornos já expostos sobre a temática da litigiosidade exacerbada nos Juizados Especiais Federais, é possível concluir que o embasamento principiológico que alicerça tais órgãos é formado por diretrizes, muitas vezes, opostas. Explica-se.

Os Juizados foram erguidos sob a bandeira da informalidade e da gratuidade, com o fim de aproximar o jurisdicionado (principalmente o menos aquinhoado) da estrutura jurisdicional. Por consequência, o incremento no número de ações distribuídas seria o resultado natural e esperado na implantação bem sucedida de tais órgãos.

Todavia, em paralelo, a despeito do incremento do número de ações, exige-se a celeridade, a qual seria viabilizada por meio de um procedimento menos rigoroso e mais enxuto, com fases concentradas e dispensando-se prazos diferenciados.

De fato, a gratuidade e a informalidade alimentam o recrudescimento desenfreado de demandas nos Juizados, todavia, em observância ao paradigma da harmonização e convivência dos princípios, é imperativo recepcionar-se essa nova demanda realizando, igualmente, a meta da celeridade. Aqui é que se retrata o conflito entre os valores: um que exige rapidez na solução da lide e outro que incentiva e facilita o ajuizamento das ações.

Para a conformação prática de ambos os compromissos legais (simplicidade e rapidez), cabe destacar, de plano, que a celeridade não existe pela celeridade, mas se presta a assegurar a efetividade da jurisdição:

> A agilização da distribuição da justiça não pode constituir a razão de ser dos Juizados. A filosofia dos Juizados é tocada pelo tema da demora no processo apenas porque o hipossuficiente é aquele que mais sofre com o retardo na entrega da prestação jurisdicional. Assim, é necessário deixar claro, para que não ocorram distorções, que a finalidade dos Juizados não é simplesmente propiciar uma justiça mais célere mas sim garantir maior e mais efetivo acesso à justiça. Se a celeridade contribui com a efetividade, de modo especial quando estão presentes as causas das pessoas menos favorecidas, isso não quer dizer que um dos elementos necessários para a efetividade do acesso à justiça possa ser visto como a causa de ser dos Juizados. O problema da tempestividade do processo passa pela necessidade da criação de um maior número de órgãos jurisdicionais, da adoção de um critério mais racional de distribuição de competência, de uma melhor formação dos juízes, de critérios mais eficientes e probos de seleção de auxiliares judiciários etc. De modo que é incorreto pensar os Juizados como meros órgãos destinados à aceleração da justiça, pois, dessa forma, estar-se-ia diante a transformação dos Juizados em varas cíveis peculiarizadas pela adoção de um procedimento deformalizado e mais ágil. Não bastam a deformalização e a aceleração do procedimento se é esquecida a ideologia que inspirou a sua instituição.[10]

Cumpre advertir, nesse cenário, que a exigência abstrata da celeridade para o rito sumaríssimo não oferta uma análise qualitativa das decisões, posto que se privilegia o fim do processo, sem considerar a real entrega da prestação jurisdicional. Com efeito, mais do que analisar, de forma panorâmica, os dados estatísticos dos Juizados, impende indagar se a sentença tem contemplado, ao tempo e modo, os direitos deduzidos em juízo.

Não é consentâneo ao sistema privilegiar um princípio em detrimento do outro, nem a informalidade, nem a celeridade devem tomar a frente das metas do rito sumaríssimo. O que orienta essa nova formatação de

10 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

entrega da jurisdição é a aproximação do jurisdicionado e a garantia de que o Estado-Juiz irá pacificar uma situação social aflitiva. Os meios, assim, não podem suplantar a finalidade e o compromisso constitucional.

4. Considerações finais.

A despeito da abordagem crítica ora desenvolvida, insta destacar, nessa oportunidade, que as instabilidades enfrentadas pelos Juizados são compatíveis com o estágio contemporâneo da formação da democracia no país, que ainda amarga as cicatrizes dos períodos de restrição da cidadania. Não é outra a lição de Câmara ao discursar sobre a temática em debate:

> Essa litigiosidade exacerbada, porém, deve ser encarada como um desequilíbrio do sistema, típico de uma sociedade que acaba de se livrar das barreiras que impedem que a litigiosidade contida fosse liberada.[11]

É natural que se viva essa euforia de acesso ao Judiciário, notadamente à vista da maior abrangência da previsão legal para a defesa dos direitos de maneira efetiva, que vem acompanhada de um maior conhecimento da população sobre os pilares da cidadania participativa.

Com o propósito maior de consolidação do Estado Democrático de Direito, inaugurado em nossa sociedade pela ambiciosa Constituição de 1988, as instabilidades do processo de crescimento e amadurecimento da relação entre a Administração Pública em sentido amplo e seus administrados apontam, no caso presente, para um caminho de vitórias. Um progresso que pressupõe a autocrítica do sistema e um atento olhar para as dificuldades e inovações que acompanham a estrutura nova de uma sociedade.

Sabia-se, de antemão, que para se concretizar as promessas da evolução do novo processo civil, com alicerce nas ondas renovatórias de Cappelletti e Garth, seria necessário sintonizar vários setores do poder estatal, fato que provoca, por si, um choque de interesses e uma resistência natural às mudanças. É exatamente essa a revolução que os Juizados Especiais vêm desencadeando no complexo sistema jurisdicional brasileiro. E, como toda alteração substanciosa, por vezes causa impactos e noutras regressos.

Felizmente é possível atestar que, a despeito constatação de uma litigiosidade exacerbada, o ideal de extensão da Justiça aos menos providos de rendas e amparo estatal continua sua marcha, no afã de não se sucumbir às relutâncias e aos óbices materiais da estrutura dos Juizados.

Como um sopro de vitaliciedade para o microssistema dos Juizados, o JEF de São Paulo apresentou, em meio às comemorações de sua primeira década, um esboço multidisciplinar de atendimento dos moradores de rua, adequando as exigências processuais às especificidades de domicílio e de documentação (ou falta destes) das pessoas em situação de risco social. É de fato uma demonstração clara de resiliência e ambição dos operadores do Direito, notadamente em face do quantitativo surpreendente de processos ora retratado.

11 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Bibliografia

BASTOS, Roberta. Especial: Dez anos depois de serem criados, JEFs se firmam como vertente cidadã da JF. *Revista Via Legal*. Brasília, ano IV, n. XI, p. 22–28, maio/ago. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRISTO, Alexandre. Presidente do STJ quer juízes fixos em Turmas Recursais. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 06 mar. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-06/presidente-stj-defende-cargos-fixos-juiz-turmas-recursais>. Acesso em: 22 out. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A obrigatoriedade da audiência de conciliação nos juizados especiais cíveis: uma lição para o processo comum. *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, ano XII, n. 72, p. 59–63, jul./ago. 2011.

GUIMARÃES, Juca. Com dez anos de existência, Juizado Especial Federal de SP mantém 76% dos processos contra a Previdência. *Clipping online*. São Paulo, 02 mar. 2012. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/noticias/ClippingOnline/Noticia/Exibir/264185>. Acesso em: 22 out. 2012.

MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. A conciliação nos Juizados da Fazenda Pública. *Revista Fórum Administrativo. Repositório autorizado de Jurisprudência*. Belo Horizonte, ano 11, n. 128, p. 42–53, out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. Aplicação do instituto do julgamento antecipado da lide nas ações sob o rito do Juizado Especial Cível. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 86, p. 74–83, maio/2010.

SANTOS, William Douglas Resinente dos. Juizados Especiais Federais. *Revista CEJ*. Brasília, n. 4, abr. 1998. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo6.htm>. Acesso em: 23 fev. 2012.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VARGAS, Cirilo Augusto. Juizados especiais cíveis e a alteração do pedido após a estabilização da demanda. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n. 2048, 8 fev. 2009 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12305>. Acesso em: 22 out. 2012.

Revista do TRF3 - Ano XXIV - n. 116 - Jan./Mar. 2013

Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do *máximo ético*

Paulo Gustavo Guedes Fontes
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse, França. Ex-Procurador da República. Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

SUMÁRIO: 1. Relação entre direito e moral na filosofia do direito. 2. Autonomia moral e limites do direito. 2.1. Liberdade de religião e laicidade. 2.2. O princípio do dano de John Stuart Mill (*harm principle*). 2.3. Reserva epistêmica. 2.4. A ideia de "bem" como deliberação individual. 2.5. Liberdade e moral. 3. Supremo Tribunal Federal e autonomia moral. 4. Conclusões. Bibliografia.

Num ambiente intelectual e jurídico em que predomina o neoconstitucionalismo, propondo uma reaproximação do direito e da moral, parece-nos importante enfatizar que o direito, além de incorporar preceitos morais, evoluiu também no sentido de excluir do seu âmbito certos conteúdos e campos da moral. No presente artigo, abordaremos a relação entre direito e moral na filosofia do direito (*1*), para em seguida delinear conceitos e princípios que limitam o direito diante da esfera moral do indivíduo (*2*), analisando decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram do tema (*3*) e apresentando conclusões (*4*).[1]

1. Relação entre direito e moral na filosofia do direito.

A relação entre direito e moral ou entre direito e justiça é talvez o tema mais presente na filosofia do direito e aquele que serve de divisor de águas das diversas correntes.

O positivismo jurídico assenta-se na *tese da separação* entre direito e moral. O direito distingue-se da moral por consistir num conjunto de normas impostas pelo Estado, de forma coativa. A validade da norma jurídica prende-se, para os positivistas, a critérios de ordem formal e independe da avaliação que dela se faça sob o prisma moral, da sua justiça ou injustiça.

Isso não significa que os positivistas proponham obediência às normas jurídicas. Não há o "dever de obediência", que estaria já no âmbito da moral e da política. Os auto-

1 Utilizaremos com a mesma significação os termos *moral* e *ética*, pois nada os distingue do ponto de vista etimológico, um advindo do grego (*ethos*) e outro do latim (*mores*), mas ambos remetendo rigorosamente à mesma ideia de costumes. (cf. RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995, p. 161).

res vinculados a essa corrente postulam que sua filosofia é descritiva e não normativa. Esse aspecto parece ser por vezes olvidado pela doutrina, ao associar o positivismo aos regimes autoritários e mesmo ao nazismo. A associação não procede, ao menos em relação ao nazismo, tendo em vista que os nazistas não professavam o positivismo jurídico, mas uma espécie de moralismo avesso às garantias individuais, segundo o qual o juiz alemão devia considerar o direito e a moral nazista uma só coisa.[2]

Mais ainda. Além de afirmar que o positivismo permite a crítica moral e política das normas jurídicas, os positivistas chegam a dizer que ele o permite de forma superior ao jusnaturalismo. Este último, ao conferir ao direito um fundamento metafísico, acabaria servindo para legitimar ideologicamente o sistema jurídico vigente.[3]

Por outro lado, o positivismo não nega a influência da moral sobre o direito, diz apenas que as relações e coincidências entre as duas esferas são contingentes ou genéticas. Segundo Hart, "não é uma verdade necessária que o direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo se frequentemente isso ocorre de fato."[4] Pode haver mesmo o dever jurídico de observar certos preceitos morais (pensemos no princípio constitucional da *moralidade* administrativa), mas a obrigatoriedade jurídica não decorreria do mandamento moral e sim da lei que determinou a sua observância.[5]

No outro lado do espectro jusfilosófico, temos o jusnaturalismo ou as teorias moralistas do direito, assim chamadas por alguns autores[6] justamente porque defendem a *conexão* conceitual entre direito e moral. Para essas correntes, o direito teria seu fundamento na moral, em especial no conceito de justiça, auferindo dela a sua validade e advindo daí também a obrigatoriedade da sua observância. Alexy assevera que tanto as normas jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente uma *pretensão à correção*[7]; nessa correção, que é propriamente moral, é que se perceberia a convergência e conexão dos dois campos.

Os jusnaturalistas não negam a existência do direito positivo e a obrigatoriedade de sua observância, mas acreditam que ele se fundamenta num direito superior, divino, natural ou racional, segundo as diversas tendências. O problema aparece quando se considera existir conflito, na solução de um litígio, entre o direito positivo e o direito natural. Hoje a maioria dos autores adota a perspectiva da fórmula de Radbruch, segundo a qual a lei positiva somente perde a validade quando ultrapassa certo *limiar* de injustiça, isto é, quando se mostra extremamente injusta, perdendo então a natureza de regra jurídica ou, dizendo de outro modo, de acordo com Alexy, se abdica da pretensão à correção.[8]

Questão interessante sobre o jusnaturalismo diz respeito à discricionariedade do juiz. À primeira vista, pode parecer que a corrente recomenda uma discricionariedade maior, pois a eleição da solução justa pelo

2 Cf. MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 103-127.

3 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 145. No mesmo sentido, HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Havard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593-629.

4 *Apud* DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 99.

5 *Ibidem*, p. 174.

6 *Ibidem*, p. 85 e também SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

7 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 43.

8 Gustav Radbruch foi um filósofo alemão do direito que, após a Segunda Guerra, aderiu ao jusnaturalismo. Para um autor brasileiro jusnaturalista, numa perspectiva próxima à da fórmula, cf. NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 88.

juiz, para além da letra da lei, comportaria dose maior de subjetividade. Dworkin, que pode ser considerado um autor moralista, na perspectiva acima explicitada, ataca o positivismo justamente porque deixaria ao juiz um poder discricionário muito grande, nos casos de lacuna nas previsões legais.[9] Para esse autor, o direito deve ser visto como integrando um conjunto maior abrangendo os princípios políticos e morais de uma determinada comunidade, que são concretizados sucessivamente pela legislação e pelas decisões judiciais *(law as integrity)*; assim, cada caso teria *uma única solução correta*, se bem interpretado esse conjunto de princípios e regras, o que retiraria do juiz o poder discricionário.

O neoconstitucionalismo, através de um caminho próprio, advoga também certa indistinção entre o direito e a moral. Já se afirmou que essa corrente partiu de um modelo normativo (o constitucionalismo) e transformou-se em uma teoria do direito.[10] É certo que, frente à realidade das constituições modernas e do seu caráter principiológico, o neoconstitucionalismo admite a reintrodução da ética no raciocínio jurídico, ao menos no nível argumentativo, em que se mostrariam incindíveis os argumentos legais e extralegais. Nesse sentido,

> (...) os partidários do moralismo jurídico afirmam que o direito moderno incorpora valores morais, positivando princípios de direito natural ou convicções morais, e que também conhece uma flexibilização, abrindo-se diante da moral.[11]

Também Luís Roberto Barroso:

> Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.[12]

Assim, por um lado, o positivismo jurídico, apesar da tese da separação conceitual entre direito e moral, reconhece que as regras morais podem ser trazidas para o sistema jurídico pelo legislador. Embora possamos conceber que a seguinte assertiva tem caráter descritivo e não normativo, Kelsen afirmou que

> (...) todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.[13]

9 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 50-63.

10 GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional:* superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 79-101.

11 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 172.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

13 *Apud* DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo

Por outro lado, é sobretudo o neoconstitucionalismo que insiste, e aí numa perspectiva normativa — do que *deve ser* o direito —, na interpenetração entre direito e moral e, no limite, na possibilidade de que o juiz venha a decidir com base em critérios éticos. Esse contexto conta por vezes com o entusiasmo dos partidários da corrente, que atribuem valor positivo a essa possibilidade, a partir da qual o Judiciário poderia exercer uma função corretiva do direito e faria com que ele coincidisse cada vez mais com os princípios éticos. Chegaríamos mais facilmente ao ideal de alguns jusnaturalistas, de que

> (...) uma ordem jurídica verdadeiramente acorde com a instância superior do Jus, em que os direitos subjetivos se identificam com a Moral, é uma questão de aperfeiçoamento do Direito Positivo. Esta deve ser a meta permanente dos cultores da ciência.[14]

Num sentido semelhante, Joaquim Carlos Salgado, após incursões na obra de Hegel, propõe abandonar a concepção de Georg Jellinek de que o direito seria um "mínimo ético", pela constatação de que as normas jurídicas seriam realizadoras de um máximo ético na vida social, pois são o ponto de chegada da dialética do reconhecimento e manifestação apurada da Razão Prática.[15]

Ocorre que o direito evoluiu em parte incluindo regras que antes pertenciam apenas ao mundo moral, ou dando novas dimensões aos princípios morais e concretizando-os na regulação jurídica das relações sociais, mas também, em parte, excluindo do seu âmbito preceitos morais e religiosos. O que é assim excluído do direito passa a integrar um campo em que as condutas dependem da vontade do homem, livres de interferência estatal, terreno de escolhas coincidente com as diversas liberdades reconhecidas ao indivíduo sobretudo a partir da Reforma, do Iluminismo e das revoluções liberais.

2. Autonomia moral e limites do direito.

A questão dos limites da lei ou do direito diante da autonomia moral dos indivíduos é bem conhecida da literatura jurídica anglo-saxã.[16] Dworkin fala em direito de independência moral.[17]

As correntes moralistas criticam o positivismo por considerar *direito* qualquer disposição emanada dos órgãos estatais, formalmente válida, independentemente do seu conteúdo. A preocupação geralmente está ligada ao problema da lei injusta, isto é, cogita-se de um limite à normatividade estatal que consistiria na injustiça da norma positiva. Não se coloca com muita frequência, por outro lado, a existência de limites outros à lei, como os colocados pela existência de um campo próprio da moral a ser preservado pelo direito.

O debate é mais comum na tradição da *common law*, talvez por influência de John Stuart Mill no seu famoso livro sobre a liberdade.[18] Segundo John Stanton-Ife, admite-se facilmente que a lei possui limites práticos (*means-ends limits*), em contraposição à polêmica existência de *principled limits*, que derivariam de princípios e que poderiam ser estabelecidos *a priori*. Os limites práticos, relativos aos fins perseguidos pela lei, adviriam

jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 103.

14 NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

15 BROCHADO, Mariá. O direito como mínimo ético e como *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, p. 237-260.

16 HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. Cf. também DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Cap. 17. Temos direito à pornografia?, p. 497-554 e STANTON-IFE, John. *The limits of law*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>. Acesso em: 11 dez. 2012.

17 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Cap. 17. Temos direito à pornografia?, p. 542.

18 MILL, John Stuart. *A liberdade - utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

da impossibilidade circunstancial de alcançá-los; ninguém duvida que a lei pode fracassar nos seus intentos, como, por exemplo, ao buscar diminuir a criminalidade mediante o aumento das penas.

Quanto à existência de limites principiológicos, deve-se rememorar o célebre debate entre Hart e Lord Devlin sobre a "coerção legal da (i)moralidade". O relatório produzido pelo *Wolfenden Comittee* recomendou em 1954, na Inglaterra, a descriminalização da homossexualidade, desde que praticada entre adultos de forma privada e consentida. O texto incluiu a afirmação de que "deve existir um campo de moralidade e imoralidade legalmente irrelevante", atraindo a crítica de Lord Devlin em *The enforcement of morals*.[19]

Devlin foi de encontro à tese de Mill baseada no *harm principle*, de que a lei só deve proibir o que for causar dano ou prejuízo a outrem[20]. O direito protegeria *a moral em si mesma*, a moral compartida pelos membros de uma sociedade, sem a qual esta não sobreviveria; haveria, para a sociedade, o direito de impor a moral dominante em determinada época e lugar. Deu exemplos que a seu ver mostravam a verdade de sua concepção: 1) as normas proibindo certa conduta, ainda que haja consentimento da vítima; 2) a gradação da punibilidade em matéria penal, baseada na reprovabilidade (moral) da conduta e 3) as normas proibindo certas condutas indecentes em público.

Hart busca refutar um a um os exemplos dados por Devlin, postulando a validade, na maioria dos casos, do *harm principle*. Para Hart, quando a lei proíbe uma lesão corporal, ainda que feita com o consentimento da vítima, não veicula apenas um preceito moral, mas busca evitar um prejuízo à vítima, contra a sua vontade; propõe, aqui, distinguir o paternalismo legal do que seria a mera coerção legal da imoralidade, por ele combatida. O esforço de Hart é o de demonstrar que o direito não protege, ou não deve proteger, a moral em si, na tentativa de referendar as conclusões do *Wolfenden Comittee* de que a lei não deve se imiscuir em certos domínios, notadamente em questões de moral sexual envolvendo adultos.

Apesar do caráter progressista, a posição de Hart é difícil de sustentar no plano puramente teórico. A lei muitas vezes veicula preceitos morais e nem sempre busca apenas impedir que se cause dano ou prejuízo aos outros. Isso se constata em muitos dispositivos legais, notadamente naqueles ligados à proteção dos costumes, de ordem sexual, como, *e.g.*, em direito brasileiro, o ato obsceno. Não nos parece convincente a ideia de que haveria aí dano aos outros, materializado na ofensa aos seus sentimentos morais, o que acabaria se confundindo com a proteção da própria moralidade. Pode-se cogitar da proibição do incesto, que é considerada um universal cultural. No Brasil, diferentemente de alguns países, o incesto não constitui ilícito penal, sendo sua proibição veiculada em matéria de impedimentos matrimoniais. Elemento essencial no conceito de cultura, chegando a confundir-se com ele para a antropologia estrutural[21], também nessa hipótese teríamos dificuldade em vislumbrar mera aplicação do *harm principle*.

Contudo, apesar das dificuldades teóricas em estabelecer-se previamente campos autônomos de incidência da moral e da lei, estes decorrem, mesmo sem precisão absoluta, das liberdades constitucionais e dos contornos que lhes foram conferidos pela evolução do direito e das instituições políticas nos últimos três séculos.

19 *Apud* HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 45.

20 *Harm* significa dano ou prejuízo. Traduziremos a expressão, a seguir, como *princípio do dano,* para evitar a concepção restritiva de prejuízo ligada ao aspecto material e, igualmente, para não confundir com o "princípio do prejuízo" conhecido no processo civil, em matéria de nulidades.

21 As estruturas elementares do parentesco. *In*: *Wikipédia, a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/ As_Estruturas_Elementares_do_Parentesco>. Acesso em: 12/12/2012.

2.1. Liberdade de religião e laicidade.

Num movimento que começa com a Reforma Protestante e passa pelas guerras de religião, chegamos com o Iluminismo e as revoluções liberais à liberdade de religião. Essa liberdade, por sua vez, acarreta a necessidade de o Estado adotar postura neutra diante das opções religiosas, o que constitui a chamada laicidade.[22]

Segundo Roger-Pol Droit, existem três tipos de resposta para a pergunta "de onde vem a ética"? A primeira seria que a ética vem de Deus, é por Ele estabelecida; o autor inclui também aqui a fundamentação não religiosa, mas metafísica da ética, como o platonismo. A segunda resposta seria que a ética é algo natural, provém da natureza, do que seria prova o sentimento espontâneo de piedade. Por fim, para a terceira corrente, a ética teria fundamento meramente convencional e os seus preceitos seriam criados pela razão e sensibilidade do homem.[23]

Assim, a liberdade de religião, associada à laicidade, impede que a norma jurídica veicule regras baseadas unicamente na ética religiosa. Geralmente se perquire sobre a laicidade unicamente do ponto de vista da postura dos agentes públicos e de outras manifestações estatais como o uso de símbolos religiosos em repartições públicas. Raramente o debate coloca em questão o caráter eventualmente religioso de determinadas normas legais. De qualquer forma, o par liberdade de religião/laicidade comporta um primeiro campo de limitação do direito em matéria moral.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão que afastou a tipificação do crime de aborto no caso de interrupção da gravidez do feto anencéfalo, foi enfático, pelas palavras do relator, Ministro Marco Aurélio, em buscar parte dos fundamentos da decisão na laicidade do Estado. Considerou positiva a participação no processo das entidades religiosas, mas entendeu que,

> (...) para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente "traduzidos" em termos de razões públicas, ou seja, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença. A respeito, sobrelevou que crença não poderia conduzir à incriminação de suposta conduta de mulheres que optassem por não levar a gravidez a termo, visto que ações de cunho meramente imoral não mereceriam glosa do direito penal.[24]

Além da liberdade propriamente religiosa ou de crença, as revoluções liberais formularam uma ainda mais abrangente, que foi denominada às vezes de liberdade de opinião[25] e que, na nossa Carta Magna, está consagrada como sendo a liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). Essa liberdade mais ampla, que confere ao indivíduo o direito de formular sua própria concepção do mundo e das relações entre os homens, está ligada ao *harm principle* de Mill e aos tópicos seguintes.

22 Conferir o meu Véu islâmico, laicidade e liberdade religiosa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 set. 2009.

23 DROIT, Roger-Pol. *Ética*: uma primeira conversa. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 43-52.

24 STF, ADPF 54/DF, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, transcrição conforme o Informativo do STF n. 661/2012.

25 O artigo X da *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* dispõe: "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi".

2.2. O princípio do dano de John Stuart Mill (*harm principle*).

O *harm principle* consiste na formulação de Mill que retira do Estado a possibilidade de interferir nas escolhas pessoais. Mill, na Inglaterra, juntamente com Benjamin Constant e Tocqueville na França, são os primeiros a formalizarem a crítica liberal ao potencial liberticida das democracias. Trata-se não apenas de conferir direitos à maioria na instituição dos governos, mas de limitar os direitos dessa maioria, materializada no poder do Estado, em favor da liberdade individual. Segundo Mill,

> (...) o único propósito para se exercer poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano a outrem.[26]

Mesmo não explicando, a nosso ver, como acima asseverado, o conjunto das regras jurídicas, e dando margem a controvérsias quanto ao que constitua *dano* a outrem, esse princípio teve enorme importância na demarcação do conceito e dos limites da liberdade individual, mesmo fora da *common law*.[27] Com base nele, é possível pensar numa *self regarding area*[28] em que não se toleraria a intromissão estatal. O Supremo Tribunal Federal introduziu-o de certa forma na ementa da decisão sobre união homoafetiva, nos seguintes termos:

> Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*.[29]

2.3. Reserva epistêmica.[30]

A formulação de Devlin de que o direito deve assegurar coativamente a moral compartida da sociedade adota um pressuposto nem sempre aceito pelos filósofos, que seria o universalismo ou objetivismo moral, isto é, a concepção de que existe *uma* moral correta e de que é possível ao homem conhecê-la. A esta concepção opõe-se a visão relativista que ou nega a existência dessa moral objetiva ou a possibilidade de os homens conhecerem-na de modo seguro.[31]

Alguns autores, apesar de admitir que o direito veicule preceitos morais, entendem que isso não deveria ocorrer quando se trate de temas controversos, em que não haja uma verdade moral ou em que ela seja difícil de estabelecer. O desacordo sobre temas morais seria algo persistente nas sociedades e adviria da divergência sobre as prioridades e escolhas que devem ser feitas dentro de vasto leque de possibilidades; a própria moralidade aconselharia nesses casos uma restrição ou reserva contra a possibilidade de coagir as pessoas a atuar de forma contrária aos seus pontos de vista.[32]

A questão do aborto, por exemplo, é marcada por duas dúvidas, uma que pode se revestir de cunho científico e outra que surge no próprio campo religioso. A primeira diz

26 *Apud* SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 19.

27 Mais uma vez, encontramos na Déclaration: "(...) IV- La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...) V - La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société (...)".

28 SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 20.

29 STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

30 *Epistemic restraint in* STANTON-IFE, John. The limits of law. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>. Acesso em: 11 dez. 2012, p. 18.

31 O relativismo axiológico está na base da doutrina de Kelsen, que dele faz decorrer sua visão positivista do direito. Hart considera, porém, que mesmo a existência de uma moral objetiva não levaria à confusão entre a moral e o direito (Positivism and the separation of law and morals. *Havard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593-629). No mesmo sentido de Hart, cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 191/192.

32 STANTON-IFE, John. *The limits of law*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>. Acesso em: 11 dez. 2012, p. 19. O autor dá conta da adesão a essa forma de pensar por Thomas Nagel e John Rawls, este último considerando direito da mulher o aborto no primeiro trimestre de gravidez.

respeito a quando se daria a formação do ser humano, se com a mera concepção (posição *concepcionista*) ou num estágio mais avançado do desenvolvimento do embrião ou do feto (posição *sencientista ou neurológica*[33]); a segunda refere-se à transmissão da alma ao feto pelos pais (*traducionismo*) ou a sua introdução no corpo por Deus (*criacionismo*), esta última teoria comportando divergências dentro da teologia cristã sobre o momento em que a introdução se consumaria. Umberto Eco, em troca de cartas com o Cardeal Martini, oferece-nos exemplo da reserva epistêmica, após esclarecer que, talvez em razão de sua formação religiosa, não concordaria com o aborto de embrião gerado por ele:

> Não sou biólogo (assim como não sou teólogo) e não me sinto em condições de fazer qualquer afirmação sensata sobre este limiar, se é que, de fato, existe um. Não há uma teoria matemática das catástrofes capaz de nos dizer se existe um ponto de guinada, de explosão súbita: talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido, nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão, quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da própria consciência e da humanidade.[34]

A reserva epistêmica pode ser uma postura coerente em matérias como o aborto e a eutanásia, admitindo, ante a não cognoscibilidade do que de fato ocorre (a partir de que momento existe um ser humano?) ou do que é mais correto do ponto de vista moral (abreviar a vida do paciente que sofre ou postergá-la ao máximo?), que o indivíduo decida de acordo com sua consciência, sem o constrangimento estatal. A moralidade, longe de requerer sempre a chancela estatal, exerce-se no âmbito da liberdade de escolha, como veremos adiante.

Stanton-Ife considera inapto o argumento da reserva epistêmica, porque o legislador poderia invocar uma postura objetivista da moral, arguindo a correção do seu ponto de vista mesmo em temas controversos. Contudo, isso é justamente o que já foi chamado de "paradoxo da moral": acreditamos profundamente no nosso ponto de vista e na nossa visão de mundo, que para nós é a correta ou mais correta que a dos demais, mas somos capazes de aceitar a multiplicidade e coexistência de sistemas morais distintos. Essa postura adviria já de uma certa reserva epistêmica espontânea ou, quando não, da tolerância:

> Mesmo quem propugna pela tolerância em relação a pessoas e ideias divergentes geralmente não faz isso em virtude da dúvida ou indecisão moral, mas porque adota o valor moral de respeito às "razões" ou ao "modo de ser" de outras pessoas, tendo uma postura de humildade de natureza moral.[35]

O modelo aqui seria o do tolerância religiosa que, apesar do caráter *fundacionista* ou fundamentalista próprio das religiões, recomenda a coexistência das diferentes crenças. Sendo possível a liberdade religiosa e a laicidade estatal, por que não o seria uma espécie de laicidade moral, ao menos nos temas em que haja grande e razoável controvérsia?

A reserva epistêmica ou a semelhante

33 Esta tese perquire a partir de que momento, na gestação, o novo ser torna-se *senciente*. É uma posição gradualista, mais à vontade com o direito ao aborto precoce, defendida pelo filósofo Jeff McMahan, para quem "um aborto precoce não mata ninguém, apenas impede alguém de vir a existir." (*Apud* BONELLA, Alcino Eduardo. A ética do aborto. *Revista Filosofia, Ciência e Vida*, São Paulo, Escala, Ano VI, n. 65, nov. 2011, p. 50)

34 ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que creem os que não creem?* 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 33.

35 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 188.

falibilidade humana, de forma interessante, acaba sendo também o fundamento adotado por Mill para a liberdade individual e especialmente para a liberdade de expressão. Não sabemos qual a melhor opinião e, por isso, devemos deixar que todas se manifestem.

> Nunca podemos ter certeza de que seja falsa a opinião que tentamos sufocar; e, se tivéssemos certeza, sufocá-la seria, ainda assim, um mal.[36]

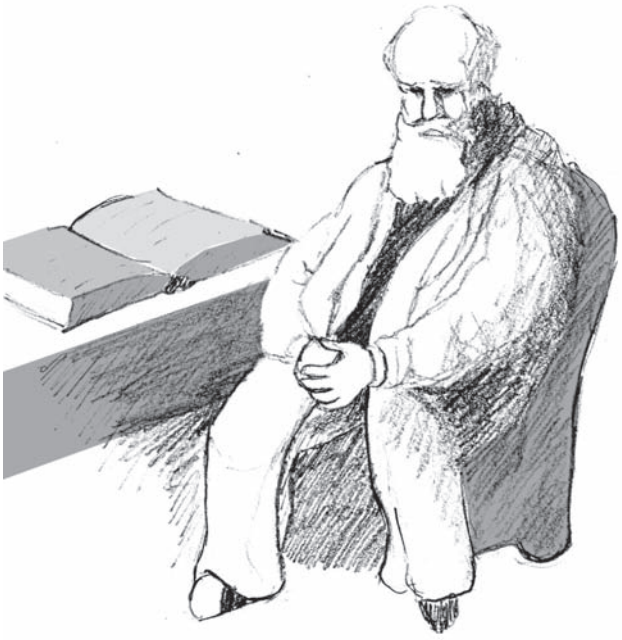
2.4. A ideia de "bem" como deliberação individual.

Próxima à tese da reserva epistêmica, existe a concepção de que o *bem* ou, na tradição da filosofia antiga, aquilo em que consistiria a *vida boa*, é assunto privado, deixado à liberdade de decisão dos indivíduos, sendo a interferência estatal nesse domínio incompatível com a *neutralidade* reclamada do Estado pelo liberalismo.

Temos aqui os mesmos problemas que suscitou o debate Hart x Devlin e, também nesse aspecto, inclinamo-nos pela impossibilidade de que as leis ou a atuação estatal como um todo observem rigorosa neutralidade axiológica. A eleição de valores e a sua implementação social é próprio, ou mesmo *o próprio* da política.

Nessa linha, busca-se distinguir entre o que é o *bom (no sentido moral, de bem)* e o que é o *correto*. O que é correto entraria normalmente no campo do direito; não cabe ao indivíduo sustentar seu direito a um modo de vida que considera ser o bem, mas que não é correto, pois traria prejuízo aos demais. Por outro lado, o Estado não poderia impor uma conduta que fosse considerada apenas boa, se ela não pudesse ser qualificada de correta ou incorreta, pois o bem seria uma questão de escolha individual.

Richard Rorty, na tradição liberal e adotando como ponto de partida filosófico o



ceticismo e o relativismo, propõe a distinção rigorosa de uma esfera privada e outra pública. Na privada, os fins são tantos quantos se propuserem os indivíduos, na absoluta contingência dos desejos pessoais e idiossincrasias; é o domínio da autonomia e da autocriação. A esfera pública, da política, existiria para assegurar a convivência e a liberdade existente na esfera privada, cogitando-se da igualdade de oportunidades, mas sempre no sentido de propiciar a todos a possibilidade da autonomia.[37]

Embora problemático diferenciar entre o que é o bem e o que é meramente o correto, a distinção pode contribuir para deslegitimar ações estatais que signifiquem a eleição de

36 Apud SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 34.

37 RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 89-129. O autor considera que a metafísica tentou unir a vida privada e a vida pública, conjugando o autodescobrimento e a utilidade política; e que o marxismo em determinado momento "pareceu mostrar como sintetizar a criação de si mesmo com a responsabilidade social, o heroísmo pagão com o amor cristão, o desapego do contemplativo com o fervor do revolucionário." Propõe afinal que "os ironistas devem reconciliar-se com a cisão entre o privado e público." (p. 207)

uma ética ou ideia qualquer de bem. Tal pode advir, como já visto, no contexto do neoconstitucionalismo, que admite a possibilidade de o juiz decidir com base em critérios éticos, bem como na forma mais banal do *politicamente correto*, se ele se torna lei ou política pública. Denis Rosenfield denuncia as medidas de "cerceamento da liberdade de escolha" que, segundo ele, começam de forma insensível e se acentuam:

> As coisas funcionam anodinamente. Numa espécie de longa história, ela começa com o cinto de segurança. Deveria ser função do Estado informar sobre os eventuais malefícios de dirigir sem o cinto de segurança, cabendo a cada um decidir se seguirá ou não essa orientação, assumindo, evidentemente, as suas consequências. A história prossegue com uma cruzada contra o fumo e as bebidas alcoólicas, como se as pessoas fossem incapazes de discriminar por si mesmas o que é melhor para elas.[38]

2.5. Liberdade e moral.

Ao tentar estabelecer os fundamentos de uma ética laica, Kant pensa a liberdade como a própria possibilidade da moral. A moral não existe quando ausente a liberdade. Qualquer constrangimento existente sobre a liberdade, externo ou mesmo interno, como os afetos, confere à ação móveis diversos do único concebido por Kant como propriamente moral: a consciência do dever.[39]

Assim, a consagração de preceitos morais pelo Estado, por via das leis ou das decisões judiciais, pode viciar a ação do sujeito, que evidentemente perde valor, sob a ótica moral, se for ditada ou influenciada pela coação.

Também a *boa vontade*, despida de interesses, é um valor religioso, ao menos para o cristianismo católico. Apesar do direito da Igreja e de outras confissões de participar do debate público sobre as leis, é de alguma forma contraditório que em temas polêmicos e de cunho marcadamente moral busquem lançar mão do gládio temporal para impor aos fiéis determinada conduta.

Os positivistas às vezes defendem a tese da separação, não com vistas a preservar o campo próprio do direito, mas o da moral. Assim, Luis Prieto considera que a separação entre direito e moral é necessária mesmo quando o direito fosse realmente justo, pois "la legalización de la moral empobrece e transforma en heterónomos los requerimientos de éste."[40]

Existe ainda o argumento, já acima mencionado, de que a tese da separação deixaria a esfera moral em melhores condições de criticar o direito:

> (...) sólo cuando la moral se concibe separada del Derecho puede representar una atalaya imparcial para emitir juicios independientes sobre el proprio sistema jurídico.[41]

Nessa linha de reflexão sobre a liberdade como condição da moralidade, consideramos problemáticas algumas decisões judiciais que ditam condenações por danos morais diante de condutas na esfera afetiva. Vão desde condenações por adultérios, justamente quando essa conduta foi descriminalizada, até o mais recente *abandono afetivo*. O próprio instituto dos danos *morais*, se não for adequadamente manejado, pode ensejar a condenação por condutas meramente imorais e não ilícitas.

Registra-se aqui a decisão do Superior

38 ROSENFIELD, Denis. O germe do autoritarismo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 04 jul. 2011.

39 GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Kant x Nietzsche*: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever. São Paulo: Casa do Saber, 2012, p. 37-62.

40 Apud GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. *In:* DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 93.

41 *Ibidem*, p. 93.

Tribunal de Justiça que condenou um pai a pagar à filha duzentos mil reais a título de indenização por não lhe ter prestado assistência afetiva.[42] Apesar da delicadeza do tema, pela importância do exercício responsável da paternidade, estamos aqui muito próximos da obrigação moral ou mesmo de uma demanda de amor, que estaria para além da própria moralidade. Segundo Kant, o amor

> (...) é uma questão de sentimento e não de vontade, e eu não posso amar porque eu quero, menos ainda porque eu devo (ser colocado na necessidade de amar); segue daí que um dever de amar é um contrassenso.[43]

3. Supremo Tribunal Federal e autonomia moral.

Diferentemente das decisões que acabamos de mencionar, na seara cível, a Corte Maior tem demonstrado prestigiar a autonomia moral do indivíduo e a própria separação entre as esferas moral e jurídica.

A autonomia moral ou, no dizer de Dworkin, o direito de independência moral, parece identificado pelo STF na forma de "autonomia da vontade individual". Na decisão pela constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005, que disciplina pesquisas com células-tronco embrionárias, a ementa traz fundamento, baseado em palavras do Ministro Joaquim Barbosa, relativo à "conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada".[44]

Em outro caso, ao autorizar a interrupção da gravidez do feto anencéfalo, afastando a tipificação criminal, além da ênfase dada à laicidade, o Supremo ressaltou os princípios da *autodeterminação*, da saúde, do direito de privacidade, bem como o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.[45]

A decisão sobre as uniões homoafetivas, que deu interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil para entendê-las legítimas, também se mostra importante nesse aspecto. Da ementa, além do importante fundamento da isonomia e da não discriminação, colhemos menções a vários conceitos que se ligam ao estabelecimento de uma esfera moral privada em que o indivíduo goza de autonomia. Assim, as referências ao *pluralismo* como valor sócio-político-cultural, à *liberdade* para dispor da própria sexualidade, à *autonomia da vontade* e ao *direito à intimidade e à vida privada*.[46]

Ainda, na mesma ementa, temos uma referência próxima ao *harm principle* de Mill, sob a seguinte forma:

> Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*.

Por fim, há menção ao princípio da dignidade humana e ao direito à *busca da felicidade*, na sua relação com o exercício das preferências sexuais. Esta última correlação fora feita também por Hart há mais de quarenta anos, ao defender o relatório do *Wolfenden Comittee*.[47]

42 STJ, REsp 1159242/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

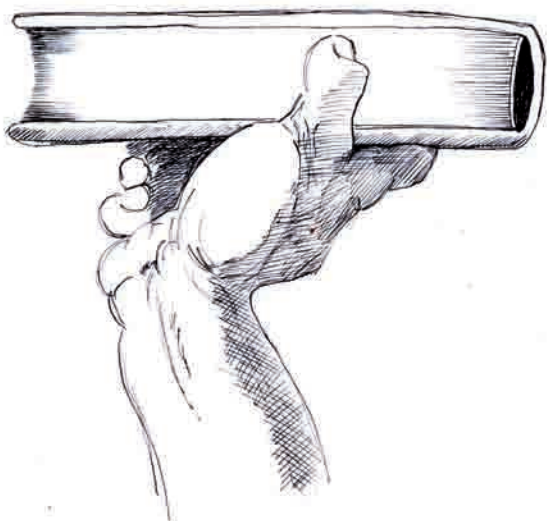
43 *Apud* COMTE-SPONVILLE, André. *Petit traité des grandes vertus*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 329 *(tradução nossa)*. Sponville argumenta, citando Kant e Spinoza, que os mandamentos morais seriam uma "imitação" do amor (aja *como se* amasse!) e que, portanto, o amor é o único capaz de abolir a moral. Segundo Spinoza, os Evangelhos, pregando o amor, libertam da Lei. Também seria o sentido da frase de Santo Agostinho: *Ame e faça o que quiser*. (p. 334)

44 STF, ADI 3.510/DF, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJe 27/05/2010.

45 STF, ADPF 54/DF, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, conforme o Informativo do STF n. 661/2012.

46 STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

47 HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 48.



4. Conclusões.

O contexto atual da filosofia do direito, como vimos, com o predomínio do neoconstitucionalismo, confere papel de maior abrangência ao intérprete[48], flexibilizando a separação do direito e da moral, sobretudo no momento interpretativo e na ponderação de interesses.

Isso não implica necessariamente numa tendência à maior interferência na esfera de autonomia moral do indivíduo, mas torna mais relevante o estudo e a delimitação desse campo, constituído por um conjunto de direitos fundamentais, princípios de cunho político e balizas filosóficas.

A discussão sobre a autonomia moral é de grande importância, também, na questão da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais. Pensados como anteparos à atuação estatal, dissente-se sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre particulares. Ainda que necessária à concretização de princípios constitucionais como a isonomia e a não discriminação, a eficácia horizontal encontra limites na autonomia moral dos indivíduos. Após lembrar advertência de Canotilho de que essa eficácia pode representar "um confisco substancial da autonomia pessoal", Sarmento afirma:

> Existem, de fato, situações em que o preço a ser pago pela submissão dos particulares aos direitos fundamentais torna-se caro demais. Ela, em certos campos, pode levar à asfixia da espontaneidade das relações humanas, à homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como "politicamente corretas", às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais.[49]

Por fim, devemos aceitar que o direito tem limites e que a vida dos homens decide-se também fora dele. Junção da política (kratos) e da ética (ethos)[50], ou premido entre os dois, o direito talvez fique com a menor parte. Algumas das questões de que cogitam os juristas devem ser devolvidas à arena política e outras ao debate ético. Talvez o desejo de juridicizar advenha do medo que temos da incerteza. Fluidez da verdade, incerteza, assombro diante da nossa responsabilidade:

> Há um momento em que não é mais uma questão de verdade mas sim, de fato, de amor, de preferência, de vontade, isto é, para falar com Espinosa, de desejo. (...) Não há dúvida de que uns possam servir-se mais da verdade e outros mais da ignorância ou da mentira; mas nenhuma verdade poderá substituir, entre eles, o combate.[51]

48 BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO, Luis Roberto *et al*. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

49 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luis Roberto *et al*. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

50 SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105.

51 COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 62.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AS ESTRUTURAS ELEMENTARES DO PARENTESCO. *In*: *Wikipédia, a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/As_Estruturas_Elementares_do_Parentesco>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO, Luis Roberto *et al*. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONELLA, Alcino Eduardo. A ética do aborto. *Revista Filosofia, Ciência e Vida*, São Paulo, Escala, Ano VI, p. 46-55, n. 65, nov. 2011.

BROCHADO, Mariá. O direito como mínimo ético e como *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008.

COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____ . *Petit traité des grandes vertus*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DROIT, Roger-Pol. *Ética*: uma primeira conversa. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____ . *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que creem os que não creem?* 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Véu islâmico, laicidade e liberdade religiosa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 set. 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Kant x Nietzsche*: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever. São Paulo: Casa do Saber, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

_____ . Positivism and the separation of law and morals. *Havard Law Review*, vol. 71, p. 593-629, 1958.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

MILL, John Stuart. *A liberdade - utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSENFIELD, Denis. O germe do autoritarismo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 04 jul. 2011.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luis Roberto *et al*. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

STANTON-IFE, John. *The limits of law*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>. Acesso em: 11 dez. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Primeiras considerações sobre a dosimetria da pena na Ação Penal 470/MG – "Mensalão"

Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira

Juiz Federal Criminal em São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestrando em Direito pela PUC/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos regimes de cumprimento de pena. 3. Das penas cominadas na Ação Penal 470/MG. 4. Das circunstâncias judiciais. 5. Conclusão.

RESUMO: Este trabalho busca analisar um dos aspectos da forma de dosagem da pena na Ação Penal 470/MG, conhecida como processo do "Mensalão". A ação penal em questão vem sendo bastante comentada e analisada por sua importância tanto na história política de nosso país quanto pelo âmbito de inovações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria penal. O estudo se dirige especificamente ao regime inicial de cumprimento de pena, bem como aos parâmetros utilizados para sua fixação.

PALAVRAS-CHAVE: AP 470, "Mensalão", aplicação da pena, regime inicial de cumprimento de pena, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper seeks to examine one aspect of the dosage of punishment in the Criminal Action 470/MG, known as "Mensalão" process. The criminal process in question has been widely commented and analyzed by its importance in the political history of our country as the scope of innovations positioning of the Supreme Court in criminal matters. The study specifically addresses to the initial regimen of imprisonment, as well as the parameters used for fixation.

KEYWORDS: AP 470, "Mensalão", application of the penalty, initial imprisonment regime, the Federal Supreme Court.

1. Introdução.

A Ação Penal 470/MG, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, vem trazendo diversas questões interessantes para serem examinadas, na medida em que representam uma atuação da Suprema Corte diferenciada do lugar comum.

Normalmente o Tribunal julga recursos extraordinários, ações de controle concentrado de constitucionalidade, como ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceitos fundamentais, ou seja, se atém a questões de direito na grande maioria dos casos. Apenas em poucas situações (como

habeas corpus, por exemplo), efetua análise (ou reanálise) sobre matéria fática.

No processo do "Mensalão", o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar originariamente membros do Congresso Nacional e outras pessoas sem foro por prerrogativa de função, mas que teriam cometido crimes conexos com aqueles, laborando tal qual um juiz de primeira instância, portanto.

Em decorrência de tal atuação diferenciada, rara, a despeito de constitucionalmente prevista, a Corte Suprema acabou por enfrentar questões que não são típicas de sua atividade diuturna, o que provocou uma série de decisões que estão sendo objeto de debates, críticas e elogios por parte dos meios de comunicação e da população em geral.

Cabe aos operadores do direito realizar análises técnicas de tais questões a fim de aclará-las e de compreender até que ponto podem ser efetivamente utilizadas como precedentes e balizas para decisões futuras, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto de Cortes inferiores.

Uma das questões, que apesar de ainda não resolvida de forma definitiva, merece abordagem, principalmente por força de tudo o que vem se escrevendo e falando a respeito, é a relativa ao regime inicial de cumprimento de pena.

2. Dos regimes de cumprimento de pena.

Nos termos do § 1º do artigo 33 do Código Penal, os regimes de cumprimento de pena são: fechado, no qual a execução da pena se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média; semi-aberto, sendo a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; ou aberto, regime em que a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Se a pena aplicada for de detenção, o regime inicial mais gravoso possível é o semi-

aberto (pode haver regressão para o regime fechado, em determinados casos durante a execução da pena); já na hipótese de ser cominada pena de reclusão, o cumprimento inicial pode ocorrer em qualquer dos três regimes.

A lei traça algumas regras fixas quanto ao regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, § 2º, do CP), dando conta de que o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado. Já o condenado cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto, desde que não seja reincidente. Por fim o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

> fechado.
> (...)
> § 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
> a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
> b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Portanto, para fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se atentar para a quantidade e o tipo de pena privativa de liberdade imposta (reclusão ou detenção), bem como sobre a existência de reincidência.

É certo que a reincidência não obriga ao cumprimento da pena em regime inicial fechado. Apenas o reincidente condenado à pena superior a quatro anos deve ter o regime inicial fechado cominado na sentença, pois, nos termos da Súmula 269 do Superior Tribunal da Justiça:

> Súmula 269. É admissível a adoção de regime semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Além disso, conforme pontifica o § 3º do mesmo artigo 33 do Código Penal, devem ser observadas, ainda, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Nessa medida, caso a pena base tenha sido elevada em face das circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao réu, além de impedir a substituição por restritiva de direitos (art. 44, III, do CP) e a concessão de *sursis* (art. 77, II, do CP), pode haver a fixação de regime inicial mais gravoso.

Exemplificando para melhor esclarecer, temos que ao réu primário condenado a pena de cinco anos de reclusão (em regra seria fixado regime inicial semi-aberto), caso tenha maus antecedentes ou má conduta social, por exemplo, pode ser condenado a cumprir a pena em regime inicial fechado.

A opção pelo regime mais severo deve ser sempre fundamentada, conforme posição sumulada pelo Supremo Tribunal Federal:

> Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Importante ressaltar que a gravidade do delito, por si só, não autoriza a imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso, nos termos da Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação:

> Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Portanto, temos que a quantidade de pena aplicada é apenas um dos aspectos a serem sopesados pelo julgador ao fixar o regime inicial de cumprimento de pena, além disso, há que se observar o tipo de pena, a existência de reincidência e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, as quais serão abordadas adiante.

3. Das penas cominadas na Ação Penal 470/MG.

Passemos à análise de algumas das penas aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal na ação penal do "Mensalão", mormente no

que diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena.

O ex-presidente do Partido dos Trabalhadores, José Genoíno, foi condenado a 02 anos e 03 meses de reclusão pelo crime de quadrilha (art. 288 do CP) e a reprimenda de 04 anos e 08 meses de reclusão e 180 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos cada quanto aos delitos de corrupção ativa (art. 333 do CP), totalizando 06 anos e 12 meses de reclusão, além da pena pecuniária.

À luz do exposto linhas acima, qual seria o regime inicial de cumprimento adequado a pena cominada considerando que o acusado não é reincidente? A resposta correta é: depende das circunstâncias judiciais ponderadas durante a fixação da reprimenda.

Não se pode imaginar que o regime inicial seja o semi-aberto, como vem se comentando de forma praticamente uníssona nos meio de comunicação,[1] tomando por base simplesmente a quantidade de pena e o disposto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, esquecendo o § 3º do mesmo dispositivo, o qual determina expressamente que o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Antes de tecer conclusões a respeito do caso, vamos examinar outra condenação bastante comentada, também do chamado "núcleo político":

Diversas são as menções na imprensa sobre a pena imposta ao ex-ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu. O réu foi condenado à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão pela prática de formação de quadrilha (art. 288 do CP). Em razão da proeminência do papel por ele desempenhado na condução da empreitada criminosa, aplicou-se, na segunda fase da dosimetria, a exasperação em decorrência da agravante disposta no artigo 62, I, do Código Penal:

> Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
> I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.

No que diz respeito à corrupção ativa (art. 333 do CP), estipulou-se a reprimenda em 07 anos e 11 meses de reclusão, além de 260 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos cada.

A pena privativa de liberdade somou, portanto, 10 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida, sem dúvida, em regime fechado.

Ocorre que a condenação pelo crime do artigo 288 do Código Penal deu-se por 6 votos a 4, propiciando a utilização do recurso de embargos infringentes. Digamos que tais embargos sejam providos e haja absolvição do réu quanto ao referido crime, qual seria o regime de cumprimento de pena para a condenação pela corrupção ativa, cuja pena privativa de liberdade foi fixada em 07 anos e 11 meses de reclusão?

1 Site do Jornal "Folha de São Paulo". Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1185009-revisor-do-mensalao-diz-ser-dificil-ter-vaga-no-regime-semiaberto.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2013.
Site Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/11/do-nucleo-politico-so-genoino-deve-cumprir-pena-no-regime-semi-aberto.html>. Acesso em: 10 jan. 2013.

A despeito do que se tem comentado sobre a matéria, o regime semi-aberto não seria o adequado, pois também é necessário atentar às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.[2]

Devemos lembrar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao ponderarem sobre a dosagem da pena, levaram em conta diversos fatores relativos ao papel desempenhado pelos réus na conduta criminosa e nas circunstâncias e consequências do delito, o que levou à aplicação da pena em patamares elevados. Tais ponderações são indispensáveis para que possamos concluir pelo regime inicial adequado para o início de cumprimento de pena privativa de liberdade.

4. Das circunstâncias judiciais.

As circunstâncias judiciais estão descritas no artigo 59, *caput*, do Código Penal e possuem uma série de funções no que concerne à aplicação da pena.

A primeira das funções é a de encontrar a chamada pena base. Partindo da pena mínima abstratamente cominada, devem-se ponderar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal para a fixação inicial da pena, no chamado sistema trifásico.

> Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
> II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
> IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Caso tais circunstâncias sejam favoráveis ao réu, a pena permanece no mínimo; caso contrário, haverá uma elevação da pena em patamares não fixados em lei, devendo haver observância ao caso concreto. É certo que a ponderação das circunstâncias judiciais deve ocorrer com base em parâmetros concretos, não podendo ser baseada em assertivas vagas e abstratas. Nesse sentido, confira-se:

> (...)
> III. Hipótese em que a Magistrada sentenciante, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, justificou os motivos que levaram ao indigitado *quantum*, considerando, no caso, a culpabilidade e a personalidade do réu, os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito, além do comportamento da vítima, como ensejadoras do aumento da reprimenda.
> IV. A fundamentação relativa à culpabilidade e aos motivos do delito não permitem a majoração da pena-base, eis que a alegação de que o réu "agiu deliberadamente e plenamente ciente da extrema gravidade de sua conduta" é inerente ao próprio dolo exigido para a configuração dos crimes por ele praticados, bem como a afirmação de que os motivos para o cometimento dos delitos foram "os piores possíveis" não constitui fundamentação idônea, ante a flagrante subjetividade de tal argumento.
> (STJ, HC 58.821/SE, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 15/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 333)

Importante salientar que, nesta primeira fase de aplicação da pena, impossível sua redução aquém do mínimo ou aumento além do máximo previsto abstratamente.

A despeito de haver alguma divergência doutrinária sobre a matéria, o fato é que não

2 Site Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/11/advogado-de-dirceu-diz-que-vai-recorrer-da-pena-por-quadrilha.html>. Acesso em: 10 jan. 2013.

há qualquer vedação legal em fixar a pena base no máximo cominado em abstrato, caso as circunstâncias judiciais sejam absolutamente desfavoráveis ao réu. Sobre a questão, ressalta-se o seguinte precedente:

> (...)
> Na hipótese vertente, o cerne da irresignação está justamente na fixação da pena-base no valor máximo permitido para o caso: cinco anos. O Superior Tribunal Militar, como já relatado, afastou a alegação de nulidade da sentença por ausência de fundamentos quanto a esse particular. Examinando a sentença condenatória (fls. 20 a 31) é mister verificar, com efeito, que o Magistrado, de modo a justificar a aplicação da pena-base no máximo legal permitido, indicou elementos suficientes relativos à "gravidade do crime praticado e a personalidade do réu", "intensidade do dolo", "maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano", "meios empregados", "modo de execução", "motivos determinantes", "circunstâncias de tempo e lugar", "antecedentes" e "atitude" do réu.
> (STF, HC 92.116/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Meneses Direito, j. 25/09/2007, DJ 11/10/2007, p. 41).

A segunda das funções das circunstâncias judiciais é a de determinar o regime inicial de cumprimento de pena.

Conforme já dito, o artigo 33, § 2º, do Código Penal trata das penas de reclusão e detenção, bem como dos regimes de cumprimento de tais penas (fechado, aberto e semi-aberto). A regra para a adoção do regime de cumprimento de pena é levar em conta a quantidade de pena aplicada: se a pena for superior a 08 (oito) anos, o condenado deverá começar a cumpri-la em regime fechado; se superior a 04 (quatro) anos e não exceder a 08 (oito), o cumprimento em regra ocorrerá em regime semi-aberto; e, por fim, caso a pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, o cumprimento poderá ser em regime aberto.

As circunstâncias judiciais, contudo, podem alterar tal quadro. Caso sejam desfavoráveis ao réu, além do aumento da pena base, pode haver a determinação de início de cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o inicialmente previsto pelo artigo 33, § 2º, do Código Penal.

É possível, portanto, que um condenado a pena inferior a quatro anos inicie o cumprimento de sua pena em regime semi-aberto, ou um condenado a pena inferior a oito anos cumpra regime inicial fechado, bastando que as circunstâncias judiciais lhe sejam desfavoráveis.

As circunstâncias judiciais podem influenciar, ainda, na possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.[3]

Nessa medida, devem ser examinadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a fim de verificar a viabilidade de cominação de pena substitutiva, nos termos do que prescreve o artigo 44, III, do Código Penal:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
> (...)
> III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

3 Nesse ponto cabe crítica ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao conceder pena substitutiva ao ex-deputado federal José Borba (PMDB), condenado a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, mesmo tendo agravado a pena base em função da condição do réu de líder de partido e das consequências do crime praticado.

Por fim, as circunstâncias judiciais devem ser observadas para fins de concessão ou não de *sursis*, em função do contido no artigo 77, II, do Código Penal:

> Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
> (...)
> II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

As circunstâncias judiciais do referido artigo 59 do Código Penal são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

De forma bastante sintética, o termo culpabilidade deve ser compreendido como quantificação da reprovação social merecida pelo réu.

Já os antecedentes são considerados como os fatos da vida pregressa do réu, não podendo ser considerados processos que gerem reincidência, nem feitos não transitados em julgado, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação:

> Súmula 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

A conduta social se refere ao comportamento do réu em sociedade, ou seja, suas relações familiares e sociais, de modo geral.

Personalidade pode ser conceituada como verificação das características individuais de ordem psíquica do indivíduo.

Motivos do crime são as razões que levaram o autor a cometer determinado delito, podendo ser mais ou menos palatáveis.

Os crimes cometidos por amor, honra ou patriotismo, por exemplo, seriam menos gravosos, nesse tópico, que os cometidos por inveja, ciúmes ou cupidez. Inviável a adoção de motivos relativos ao próprio delito para fundamentar a elevação da pena base. Nesse sentido:

> (...)
> Os "motivos do crime" vislumbrados como circunstância judicial negativa referem-se às razões que moveram o acusado a cometer a infração. Desse modo, a "ganância" já é elemento que se subsume ao próprio tipo penal do roubo, não podendo ser utilizado na primeira fase de aplicação da pena, sob pena da incidência do odioso *bis in idem*.
> (STJ, HC 47.901/SE, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 16/05/2006, DJ 26/06/2006, p. 209)

Circunstâncias do crime são os elementos relativos à forma como foi cometido o crime.

Tomemos a seguinte situação como exemplo: pratica o crime de corrupção passiva, capitulado no artigo 317 do Código Penal, tanto o policial rodoviário que cobra para não lavrar uma autuação quanto o deputado que solicita dinheiro para aprovar ou não uma determinada lei, contudo, não há dúvida que a atuação do parlamentar é bem mais grave que a do policial. As circunstâncias que envolvem o crime são bastante distintas. Seguindo tal raciocínio, tal circunstância judicial foi sopesada pelo Supremo Tribunal Federal na dosagem das penas na Ação Penal 470/MG em relação a praticamente todos os réus.

Também aqui não se podem considerar circunstâncias ínsitas ao próprio delito e sempre ocorrentes como passíveis de serem apreciadas nesse tópico. As circunstâncias do crime de que se trata são as ocorrentes no caso concreto e não as perceptíveis pela simples leitura do tipo. A gravidade abstrata do delito não pode ser, de forma alguma, considerada como circunstância judicial.

As consequências do crime também são circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Entende-se por consequência a lesão causada ao bem jurídico penalmente tutelado.

Na esteira do que foi dito linhas acima, não se pode tomar a consequência natural do delito para exasperar a reprimenda. Por exemplo, a consequência do crime de homicídio consumado é sempre a morte da vítima. A apreciação deve ocorrer no caso concreto.

Por fim, deve ser considerado na primeira fase de fixação da pena o comportamento da vítima, circunstância estudada pela vitimologia.

Deve-se ter em mente que algumas pessoas são mais suscetíveis de serem vítimas de crimes do que outras, o que faz diferença no momento de aplicação e dosagem da pena. É claro que o comportamento da vítima nunca justifica a atitude do agente em cometer o delito, mas pode servir para reduzir a reprimenda, em determinados casos.

É certo que, a despeito de as circunstâncias judiciais serem ponderadas na primeira fase da dosimetria da pena, elas devem ser consideradas subsidiárias em relação às circunstâncias agravantes, atenuantes (segunda fase de fixação da pena) e causas de aumento e diminuição de pena (terceira fase da fixação da pena).[4]

Ou seja, ainda que um determinado fato possa ser havido como contido nas circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, ele não deve ser considerado se for utilizado em qualquer das fases posteriores de aplicação da pena.

Por exemplo, se um determinado delito for praticado por motivo fútil, ainda que tal fato se enquadre nos motivos do crime mencionados no artigo 59 do Código Penal, não deve ser considerado na primeira fase de fixação da pena, pois se trata de circunstância agravante.

Esse raciocínio é determinante para que se possa impor o regime inicial de cumprimento de pena e mesmo para se avaliar a possibilidade de substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos.

Quando o artigo 33 do Código Penal, já comentado, menciona os critérios previstos no artigo 59 deste Código, quer se referir à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, independente de tais elementos terem sido considerados na primeira, segunda ou terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o mesmo conjunto de critérios subjetivos do acusado servirá para quantificar a pena e também para fixar o regime inicial, já que se tratam de decorrências diversas do mesmo tema.

O fato de o motivo torpe ser considerado circunstância agravante, não o desfigura como "motivo do crime". Da mesma forma, o fato de o emprego de arma de fogo aumentar a pena do roubo, não faz com que deixe de ser uma circunstância do crime.

4 Por exemplo, a reincidência não pode ser considerada como mau antecedente, sob pena de haver colidência com o princípio que veda o *bis in idem*.

A própria redação do artigo 44 do Código Penal corrobora tal entendimento:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
> (...)
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Como é possível observar, o referido dispositivo, apesar de possuir redação semelhante ao do artigo 59 do Código Penal, não se refere a ele diretamente, mas sim a seus "critérios" (como o referido art. 33 do CP).

Dessa forma, independentemente da pena-base ser fixada no mínimo legal, se houver algum incremento na dosagem da reprimenda nas fases subsequentes em virtude de questões que reflitam quaisquer dos critérios do artigo 59 do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena pode ser agravado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos vedada.

Voltando ao caso do "Mensalão", temos que as penas foram aplicadas em patamares bastante superiores ao mínimo legal, de forma que o Supremo Tribunal Federal considerou diversas circunstâncias para atingir tais patamares de pena. Para ficarmos com os exemplos já mencionados, temos que a pena mínima para o crime de quadrilha ou bando é de 01 ano de reclusão e José Genoíno foi condenado a 02 anos e 03 meses de reclusão pelo referido crime, enquanto que José Dirceu foi condenado à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão pelo mesmo delito.

Ora, as penas foram fixadas muito acima do mínimo legal (aliás, perto do máximo de 03 anos de reclusão), sendo certo que o mesmo ocorreu com o crime de corrupção ativa (art. 333 do CP), em relação ao qual José Genoíno foi condenado à reprimenda de

04 anos e 08 meses de reclusão e 180 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos, e José Dirceu à pena de 07 anos e 11 meses de reclusão, além de 260 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos.

Tais elementos são determinantes para verificação do regime inicial de cumprimento de pena e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Conclusão.

Nessa medida, conclui-se que o regime inicial de cumprimento de pena no caso do "Mensalão" (como em qualquer outro) não deve se basear somente na quantidade de pena aplicada, mas também nas circunstâncias que levaram as penas a serem fixadas em patamares tão elevados.

Seguindo esse raciocínio, quaisquer que sejam os elementos que tenham sido utilizados pelo julgador para imposição de pena acima do mínimo legal, desde que constituam medida de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, devem ser utilizados também para a fixação do regime de cumprimento de pena.

Ainda a título de exemplo, afirmar que José Dirceu teve a pena aumentada em razão da proeminência do papel por ele desempenhado na condução da empreitada criminosa, a despeito de ser uma circunstância agravante disposta no artigo 62, I, do Código Penal, também é uma das circunstâncias do crime, servindo para fixação de regime inicial de cumprimento de pena.

Equivocados, portanto, os posicionamentos referidos que verificam a adoção de regime aberto, semi-aberto ou fechado tomando por base somente a quantidade de pena aplicada, sem levar em conta outros fatores envolvendo o crime e o agente, aos quais a lei penal também atribuiu papel fundamental na fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

Jurisprudência em destaque

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0205472-68.1998.4.03.6104 (2004.03.99.038520-9)

Apelantes: QUIMAR AGÊNCIA MARÍTIMA LTDA. E MARINE PIONEER SHIPPING LIMITED
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AC 987432
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2012

EMENTA

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DERRAMAMENTO DE ÓLEO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AGÊNCIA MARÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. AGENTE POLUIDOR. EVENTO DANOSO. NEXO CAUSAL. LAUDO PERICIAL. EXISTÊNCIA ANTERIOR DE ELEMENTO POLUIDOR NO LOCAL. IRRELEVÂNCIA. VALOR MONETÁRIO DA INDENIZAÇÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A Carta Magna consagrou o regime da responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, sem prejuízo das respectivas sanções penais e administrativas (art. 225, § 3º, da Constituição e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81).

2. No caso vertente, em 16/10/1996, durante uma operação de descarga, o navio da ré despejou no mar aproximadamente 50 (cinquenta) litros de óleo combustível do tipo IFO 180.

3. O dano causado ao meio ambiente restou plenamente comprovado, por meio de perícia judicial, consistente na poluição advinda do derramamento de óleo no mar, o que gerou um desequilíbrio ecológico, ocasionando inúmeros efeitos deletérios às espécies e ao ecossistema locais, restando igualmente evidente o impacto para as comunidades costeiras, pelo que foi imposta às rés a obrigação de repará-lo.

4. Não afasta a responsabilidade do poluidor, nem descaracteriza o dano ocorrido, o fato de se tratar o local atingido de área já degradada, sendo, portanto, irrelevante a existência anterior de elemento poluidor no local.

5. No que concerne ao valor da indenização, na presente hipótese, esta deverá ser apurada por meio de liquidação por arbitramento, nos termos do disposto nos arts. 475-C e 475-D, do CPC, utilizando-se os seguintes parâmetros para a fixação do *quantum* devido: 1) a quantidade de óleo derramado; 2) o grau de vulnerabilidade da área atingida; 3) a toxidade do combustível derramado; 4) sua persistência no meio ambiente; e 5) a estimativa da mortalidade de organismos, em casos análogos.

6. Ao valor da indenização devem

ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, do antigo Código Civil), até dezembro/2002. A partir de 01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, há que se observar o seu art. 406, de sorte que os juros serão contados, a partir de então, com base na Taxa SELIC, excluído qualquer outro índice de correção ou de juros de mora.
7. No tocante aos índices de correção monetária a serem utilizados, de rigor a observância do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, do Conselho da Justiça Federal, de 21 de dezembro de 2010, desde a data do arbitramento do valor da indenização.
8. Sem condenação em custas e honorários advocatícios, nos termos do Art. 18, da Lei nº 7.347/93 e de Precedente do E. STJ.
9. Apelação da ré Quimar Agência Marítima LTDA. improvida. Apelação da ré *Marine Pioneer Shipping Limited* parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da ré Quimar Agência Marítima LTDA. e dar parcial provimento à apelação da ré *Marine Pioneer Shipping Limited*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de abril de 2012.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações em ação civil pública, ajuizada com o objetivo de obter a condenação das rés ao pagamento de indenização pelo dano causado ao meio ambiente, em decorrência do lançamento ao mar de óleo oriundo da embarcação, o navio N/M *Dorado*, de bandeira cipriota, acrescida das custas, honorários e demais despesas processuais cabíveis, assim como incidência de correção monetária até a data do efetivo pagamento, requerendo que o *quantum* da indenização seja fixado por arbitramento, a ser feito por especialista da Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental (CETESB), devendo seu produto ser revertido ao Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados, instituído pela Lei nº 7.347/85, ou ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto nº 407/91.

Alega a parte autora, em síntese, que, durante uma operação de descarga realizada em 16/10/1996, o aludido navio lançou ao mar aproximadamente 50 (cinquenta) litros de óleo combustível do tipo IFO 180, o que configura dano ecológico e agressão ao meio ambiente, aduzindo que o representante legal da ré no Brasil assumiu expressamente a responsabilidade pelo evento, tendo esta, portanto, legitimidade passiva *ad causam* para responder pelo dano causado, em virtude de sua responsabilidade objetiva como proprietária da embarcação, nos termos do art. 14, da Lei nº 6.938/81.

A parte autora requereu a realização de prova pericial e a intimação da União Federal para integrar a lide na qualidade de assistente, o que foi deferido.

O laudo técnico da perita da CETESB foi apresentado em 17/08/2000 (fls. 339/361).

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, extinguindo o feito, com resolução

de mérito, nos termos no art. 269, inciso I, do CPC, condenando as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização a ser apurada em liquidação por arbitramento, nos termos do art. 606, do CPC, bem como ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Apelou a ré *Marine Pioneer Shipping Limited*, pleiteando a reforma do julgado, alegando, em breve síntese, inexistir comprovação de quem seja o efetivo causador do dano, ou mesmo que tenha havido real prejuízo à biota, requerendo, subsidiariamente, a exclusão da condenação em honorários sucumbenciais.

Apelou também a ré Quimar Agência Marítima LTDA., requerendo, preliminarmente, o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para figurar na presente ação e, quanto ao mérito, a improcedência desta, haja vista não ter sido demonstrado, nem a autoria do derramamento de óleo, nem os efetivos danos causados ao meio ambiente.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Opinou o Ministério Público Federal, como custos legis, pelo improvimento das apelações.

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

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Inicialmente, afasto a preliminar aduzida pela ré Quimar Agência Marítima LTDA. de ilegitimidade passiva para figurar na presente ação.

Já é entendimento pacificado nesta C. Turma, que o agente marítimo é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, respondendo solidariamente com o armador pelos danos causados ao meio ambiente, quando assume expressamente a responsabilidade.

Consta nos autos termo de responsabilidade entregue pelo agente marítimo à Capitania dos Portos do Estado de São Paulo (fl. 39), apresentando-se como representante dos armadores, devendo, portanto, ser considerado parte passiva legítima para responder aos termos desta demanda.

Transcrevo a seguir recentes ementas de julgados do E. STJ e desta C. Turma, corroborando o até aqui expendido, *in verbis*:

> DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. RECOLHIMENTO. QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DANO AMBIENTAL. VAZAMENTO DE ÓLEO. AGENTE MARÍTIMO. ASSUNÇÃO ESPONTÂNEA DA RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE FRENTE À ARMADORA.
> (...)
> 3. O agente marítimo que assume espontaneamente a responsabilidade pelos danos ambientais eventualmente causados por embarcação responde solidariamente com a armadora por vazamento que resulta no derramamento de óleo em águas marítimas.
> 4. Recurso especial a que se nega provimento.
> (STJ, REsp 945.593/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011)

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DERRAMAMENTO DE GASOLINA NO MAR. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. LEGITIMIDADE ATIVA DA AGÊNCIA MARÍTIMA. ART. 515, 3º, CPC. IMPRESCRITIBILIDADE

DA OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO POLUIDOR. AMBIENTE DEGRADADO. IRRELEVÂNCIA. PROVA INEQUÍVOCA DO DANO E DO NEXO CAUSAL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA.

I - A agência marítima representante do navio é responsável por danos causados por este, conforme termo de responsabilidade que firmou. Legitimidade passiva reconhecida.

II - Exame do mérito em razão de o processo estar em condições de imediato julgamento. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC.

III - A obrigação de reparação do dano ambiental é imprescritível, consoante orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

IV - A Constituição da República consagra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como interesse difuso das presentes e futuras gerações, prevendo a responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, sem prejuízo das respectivas sanções penais e administrativas.

V - Demonstrada a ocorrência do dano e do nexo de causalidade, não resta afastada a responsabilidade do poluidor nem descaracteriza o dano ocorrido o fato de tratar-se de ambiente já degradado. Precedentes.

VI - Condenação ao pagamento de indenização ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a ser fixada em liquidação por arbitramento.

VII - Descabimento de condenação em custas e honorários advocatícios, a teor do art. 18 da Lei nº 7.345/85. Precedentes do STJ.

VIII - Remessa Oficial não conhecida. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, Proc. 94.03.071908-7/SP, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, decisão unânime, j. 24/11/2011, D. E. de 2/12/2011) (grifei)

Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva, passo à análise do mérito.

A ação civil pública vem a lume, por meio da disciplina da Lei nº 7.347/85, como o mais importante instrumento de tutela jurisdicional coletiva, na medida em que: *os institutos do processo civil ortodoxo não mais atendem à necessidade de hoje, no campo dos direitos difusos e coletivos.* (Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery. *Direito Processual Ambiental Brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 119)

Por outro lado, a Carta Magna consagrou o regime da responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, sem prejuízo das respectivas sanções penais e administrativas (art. 225, § 3º, da Constituição da República e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81).

No caso vertente, conforme laudo acostado aos autos em 17/08/2000, elaborado pela perita Íris Regina Fernandes Poffo, bióloga da CETESB e inscrita no CRB/SP sob o nº 6544.01, referindo-se ao Relatório de Vistoria da Secretaria do Meio Ambiente do Município de Santos/SP, em 16/10/1996, durante uma operação de descarga, o navio N/M *Dorado*, de bandeira cipriota, despejou no mar por volta de 50 (cinquenta) litros de óleo combustível do tipo IFO 180.

O dano ambiental é incontroverso, a teor do laudo pericial elaborado, evidenciando-se o nexo de causalidade entre a ação do agente e o evento danoso.

É importante frisar, portanto, que o dano causado ao meio ambiente restou plenamente comprovado, por meio da referida perícia judicial, consistente na poluição

advinda do derramamento de óleo no mar, que, indubitavelmente, gera um desequilíbrio ecológico, ocasionando inúmeros efeitos deletérios às espécies e ao ecossistema locais, assim como evidente impacto para as comunidades costeiras, impondo-se às rés a obrigação de repará-lo em face da prática do evento poluidor.

Sob outro giro, não afasta a responsabilidade do poluidor, nem descaracteriza o dano ocorrido, tratar-se o local atingido de área já degradada. Mostra-se irrelevante a existência anterior de elemento poluidor no local, pois como bem assevera Álvaro Luiz Valery Mirra:

> Até porque se se pudesse falar em "anterioridade", ela deveria beneficiar a boa qualidade do meio ambiente, que sem dúvida precedeu toda a instalação fonte de danos e agressões ambientais, sendo de todo inadmissível pretender que a existência e a repetição de emissões poluentes em certo local, mesmo ao longo de seguidos anos, determine a sorte de toda uma região e comprometa indefinidamente, para o futuro, o destino do meio ambiente e da qualidade de vida da população.
> (*Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 116)

O montante indenizatório deve constituir reprimenda idônea a repercutir na esfera patrimonial do poluidor apta a desestimular a reiteração de eventuais condutas lesivas ao meio ambiente.

O ressarcimento monetário da lesão ambiental, como bem assevera Édis Milaré, *cumpre dois objetivos principais: dar uma resposta econômica aos danos sofridos pela vítima (o indivíduo e a sociedade) e dissuadir comportamentos semelhantes do poluidor ou de terceiros.* (*Direito do Ambiente* - A Gestão Ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. São Paulo: RT, 2007, p. 818)

Destarte, no que concerne ao valor da indenização, na presente hipótese, esta deverá ser apurada por meio de liquidação por arbitramento, nos termos do disposto nos arts. 475-C e 475-D, do CPC, conforme entendimento adotado pelo E. STJ, cuja ementa transcrevo a seguir:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, II, CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA DO PREJUÍZO. EXTENSÃO DO DANO A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO.
> 1. Não houve violação do artigo 535, II, do CPC, já que o Tribunal de origem expressamente atestou a ocorrência do dano ambiental.
> *2. Constatado o prejuízo ao meio ambiente, nada obsta que o magistrado determine que a extensão do dano seja apurada em processo de liquidação por arbitramento, com o objetivo de fixar o* quantum *indenizatório, exatamente o que ocorreu na espécie.*
> 3. Recurso especial não provido.
> (STJ, REsp 1.138.907/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009) (grifei)

Os parâmetros a serem utilizados para a fixação do *quantum* devido na referida liquidação deverão ser os seguintes:

1) a quantidade de óleo derramado: 50 (cinquenta) litros; 2) o grau de vulnerabilidade da área atingida; 3) a toxidade do combustível derramado: óleo do tipo IFO 180; 4) sua persistência no meio ambiente; e 5) a estimativa da mortalidade de organismos, em casos análogos.

Ao valor da indenização devem ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, do antigo Código Civil), até dezembro/2002. A partir de 01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, há que se observar o seu art.

406, de sorte que os juros serão contados, a partir de então, com base na Taxa SELIC, excluído qualquer outro índice de correção ou de juros de mora.

No tocante aos índices de correção monetária a serem utilizados, de rigor a observância do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, do Conselho da Justiça Federal, de 21 de dezembro de 2010, desde a data do arbitramento do valor da indenização.

Nesse sentido, trago à colação ementa de julgado deste E. Tribunal, *in verbis*:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO. DANO MORAL. CEF. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.
> (...)
> 2. Em ações condenatórias, propostas a título de indenização por danos morais, devem ser aplicados os termos do Capítulo IV, "Ações condenatórias em geral", do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, do Conselho da Justiça Federal, de 21 de dezembro de 2010.
> 3. Portanto, são devidos juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916, até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando, então, deve-se aplicar a regra contida no art. 406 deste último diploma legal, a qual corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se a não-incidência de correção monetária, pois é fator que já compõe a referida taxa (STJ, REsp nº 200700707161, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.02.11).
> 4. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (STJ, Súmula nº 54), ainda que omisso o pedido inicial ou a condenação (STF, Súmula nº 254). Insta observar que não se aplica o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 29.06.09, voltado unicamente às condenações impostas à Fazenda Pública.
> 5. Por sua vez, a correção monetária incidirá a partir da data do arbitramento (STJ, Súmula nº 362), mesmo que omisso o pedido exordial ou a sentença (Manual de Cálculos, Capítulo IV, item 4.1.2), devendo ser observados os seguintes critérios de atualização monetária em liquidação de sentença: a) aplica-se o Manual de Cálculos, "Ações Condenatórias em Geral" (Lei nº 6.899/81); b) não incidem os expurgos inflacionários, mas tão-somente os índices oficiais previstos no Manual de Cálculos; c) a TR deve ser substituída pelo INPC, como ressalvado pelo próprio Manual de Cálculos (ADIn nº 493); d) a partir de 11.01.03, incide somente a Selic (NCC, art. 406 c. c. o art. 84, I, da Lei nº 8.981/95), que por cumular atualização monetária e juros, impede a incidência destes a título moratório ou remuneratório.
> 6. Embargos de declaração conhecidos como agravo. Agravo parcialmente provido.
> (TRF3, AC 794241, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, QUINTA TURMA, j. 10/10/2011, TRF3 CJ1 DATA: 19/10/2011)

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
> (...)
> 5. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios são devidos em 6% (seis por cento) ao ano, a partir do evento danoso, observando-se o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando, então, submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma.

> 6. Evidente a existência de sucumbência recíproca no caso em tela, pois o autor requereu a condenação da ré em danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes), morais e estéticos e a sentença, refutando o primeiro pedido, concedeu, conjuntamente, os dois últimos.
> 7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> (TRF3, AgRg no REsp 847.899/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 19/04/2011)

Esse também é o entendimento adotado pela Corte Especial, conforme transcrição de ementa a seguir:

> AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. PERCENTUAL DE 0,5% AO MÊS ATÉ O CC/2002 E DE 1% APÓS O REFERIDO DIPLOMA. ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Esta Corte de Justiça já firmou entendimento que, nos caso de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir do evento danoso até o advento do Novo Código Civil, quando serão calculados nos termos de seu art. 406.
> 2. Recurso improvido.
> (STJ, AgRg no Ag 694.895/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 287)

Por fim, acolho o pedido para que se afaste a condenação das rés em custas e honorários advocatícios, tendo em vista o que dispõe o art. 18, da Lei nº 7.347/93 e o seguinte precedente do E. STJ, conforme transcrição de ementa, *in verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.
> 1. "Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública" (EREsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09).
> 2. Recurso especial provido.
> (STJ - REsp 1.099.573, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, publ. DJE DATA: 19/05/2010)

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação da ré Quimar Agência Marítima LTDA. e dou parcial provimento à apelação da ré Marine Pioneer Shipping Limited*, tão somente para afastar a condenação em custas e honorários advocatícios.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

- Sobre a responsabilidade civil objetiva em caso de derramamento de óleo no mar, veja também os seguintes julgados: AC 97.03.086417-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 53/76; AC 96.03.067409-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 64/207 e AC 0016662-21.1999.4.03.0399/SP, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na RTRF3R 101/358.

"O acórdão reforça a ideia de que as atividades desenvolvidas que tenham em vista assegurar uma existência digna, uma vida com qualidade, devem se processar com instrumentos adequados visando a neutralizar qualquer degradação da qualidade ambiental."

(André Felipe Soares de Arruda)

"Como o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Assim, as pessoas que 'concorreram' ao resultado respondem, solidariamente, pelos prejuízos ambientais."

(Heraldo Garcia Vitta)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Em destaque

André Felipe Soares de Arruda

Doutorando em Direito das Relações Sociais (Direitos Difusos e Coletivos) pela PUC/SP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES/SANTOS (2010). Especialista em Direito do Consumidor pela ESA-OAB/SP (2008). Professor do Curso de Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professor do Curso de Graduação da Faculdade de Direito Carlos Drummond de Andrade. Professor do Curso de Pós-Graduação das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade Damásio de Jesus. Membro da Comissão de Meio Ambiente e Sustentabilidade da OAB-SP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da 62ª Subseção da OAB-SP. Advogado.

Ao analisar a concreta degradação ao meio ambiente na Apelação Cível nº 0205472-68.1998.4.03.6104/SP, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª região reconheceu o valor essencial do desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Formado pela interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais,[1] o meio ambiente envolve todos os elementos que corroboram para o bem-estar dos seres humanos.

O julgado apontou a existência de atividade poluidora em razão dos lançamentos ou liberações de poluição em ambiente já degradado, reconhecendo, ou declarando, uma visão não setorial do meio ambiente, deixando de vinculá-la aos recursos ambientais ar, água e solo.[2] A atmosfera, a hidrosfera e a litosfera são campos que se entrelaçam e mantêm a vida orgânica.[3]

Guiando todo o julgamento, o voto declarou que a poluição advinda do derramamento de óleo no mar gera um desequilíbrio ecológico, ocasionando efeitos deletérios às espécies e ao ecossistema local e impacto às comunidades costeiras.

Ambiente se apresenta como um conceito unitário, sem divisões isolantes, pois qualquer separação seria obstáculo à efetiva tutela ao meio.[4] A classificação do meio ambiente em meio ambiente natural, artificial, cultural, do trabalho e patrimônio genético apenas facilita o seu estudo e a identificação de qualquer atividade degradante ao bem ambiental imediatamente atingido.[5]

O acórdão se destaca como um dos modernos instrumentos processuais ambientais

1 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.
2 *Ibidem*, p. 30.
3 *Ibidem*, p. 29.
4 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.
5 *Ibidem*.

de prevenção a este bem difuso,[6] ao exercer a correta punição do poluidor, servindo como um estimulante negativo à prática de degradação ambiental.[7]

O meio ambiente é insumo dos bens essenciais à satisfação direta ou indireta das necessidades e desejos humanos.[8] Por sua vez, estes bens representam valores materiais e imateriais fundamentais para a vida humana.

A tutela jurídica do meio ambiente se faz necessária como instrumento de proteção e prevenção dos processos de degradação ambiental decorrentes dos processos de transformação destes bens que possam vir a ameaçar a qualidade da vida, e também a própria vida humana.

A Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, ao definir os conceitos distintos de poluição e de degradação ambiental o faz visando à identificação isolada de cada um deles.

José Alfredo do Amaral Gurgel qualifica qualquer modificação das características do meio ambiente que o torne impróprio às formas de vida que ele abriga como poluição.[9]

Segundo dispõe a norma infraconstitucional, tais modificações somente podem ser classificadas como poluição quando degradarem a qualidade ambiental.

Por outro lado, a degradação da qualidade ambiental se caracteriza como qualquer alteração adversa das características do meio.

A poluição que degrada a qualidade ambiental modifica e influi nocivamente de modo direto ou indireto na vida, saúde, bem-estar e segurança cultural, natural, social e econômica.

Estas definições são estanques, pois cada instituto se caracteriza com elementos próprios, contudo, o primeiro depende dos elementos do segundo para sua materialização.[10]

O dano ambiental indenizável transcorre, portanto, da lesão ao meio ambiente decorrente de uma degradação da qualidade ambiental causada por condutas ou atividades diretas ou indiretas de pessoas naturais ou civis.[11]

O voto da desembargadora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida reconheceu o regime da responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, apontando como fundamento legal o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.

O dano é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil; depende dele, pois, o dever de indenizar.

Em face da responsabilidade objetiva, o dano existirá mesmo que não derive de ato ilícito, logo, verifica-se apenas a ocorrência da poluição oriunda da atividade para que o dano seja indenizado.[12]

Ainda que haja autorização para a atividade, ou que haja atividade poluidora em ambiente já degradado, a responsabilidade ambiental objetiva não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos dos responsáveis. O empreendedor assume o risco de os danos causados serem relacionados materialmente aos seus atos[13] independentemente de um ambiente já ter sofrido degradação, pois, o meio ambiente possui valor por si só.

6 YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Direitos e interesses individuais homogêneos: a "origem comum" e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no interesse de agir do Ministério Público. *Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP*, São Paulo: Método, n. 1, 2011, p. 92.

7 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito da energia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

8 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23-26.

9 *Ibidem*, p. 31.

10 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito da energia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

11 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 301.

12 *Ibidem*, p. 23.

13 *Ibidem*, p. 19.

Equivocadamente discute-se se a valoração do meio natural, que lhe considera um bem de fruição difusa, não o transformaria em meio cultural,[14] vez que, ao possuir referência valorativa decorrente da atividade humana, o elemento não teria valor por si apenas.[15] O meio ambiente natural por si não apresentaria nenhum valor, apenas possuindo carga valorativa quando apropriado pela atividade humana, o que lhe transformaria em meio cultural, e não mais natural.

A legislação constitucional e infraconstitucional impõe ao poluidor o dever de suportar as despesas de prevenção e reparação dos danos ao meio ambiente decorrentes de sua atividade, em evidente caráter preventivo e repressivo.

O capitalismo marca a transformação dos bens ambientais, é pressuposto de valoração destes como mercadorias, conferindo-lhes determinado valor e inserindo-lhes no mercado.

A Constituição aponta os bens ambientais como instrumento de garantia da manutenção da vida sob todas suas formas, atendendo às necessidades da pessoa humana, acolhendo sua dignidade, ao mesmo tempo em que garante o desenvolvimento da economia capitalista brasileira.

Nosso sistema econômico regulatório permite que atividades econômicas que utilizam os bens ambientais como insumos sejam realizadas desde que o empreendedor não estabeleça monopólios privados que imponham as suas próprias condições à sociedade.

Atender ao axioma de nosso sistema jurídico (dignidade da pessoa humana) significa permitir o desenvolvimento de atividade capitalista que atenda aos interesses da sociedade humana.[16]

Assim, para que a pessoa humana possa ter dignidade, é necessário que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna como *piso mínimo normativo*, ou seja, como direitos básicos.[17]

Cumpre ao Estado o papel de regular e estabelecer mecanismos de proteção nestas atividades empreendedoras, diante das diferenças isonômicas daquelas, fomentando a implementação da dignidade humana.

"A legislação constitucional e infraconstitucional impõe ao poluidor o dever de suportar as despesas de prevenção e reparação dos danos ao meio ambiente decorrentes de sua atividade, em evidente caráter preventivo e repressivo."

O acórdão reforça a ideia de que as atividades desenvolvidas que tenham em vista assegurar uma existência digna, uma vida com qualidade, devem se processar com instrumentos adequados visando a neutralizar qualquer degradação da qualidade ambiental.[18]

A utilização do meio ambiente como elemento basilar de um desenvolvimento que se autossustente implica na promoção da qualidade de vida que se conserve ao longo do tempo. Impõe a proteção aos bens ambientais como garantia às presentes e às futuras gerações, surgindo assim uma nova perspectiva quanto ao tempo de proteção dos direitos, que interligou os períodos em gerações, protegendo tanto as atuais quanto

14 Tutela dell'ambiente e pianificazione urbanistica, p. 34 *apud* SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

15 *Ibidem*, p. 23.

16 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23-26.

17 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14.

18 *Ibidem*, p. 16.

as gerações posteriores.[19]

Um desenvolvimento sustentável pressupõe a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental.[20]

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo, a responsabilidade civil pelos danos ambientais determina a incidência e aplicação da responsabilidade civil objetiva, a prioridade de reparação específica e a solidariedade dos agentes causadores de danos ambientais.[21]

Para Sergio Ferraz, a responsabilidade ambiental objetiva implica na irrelevância de intenção danosa, de mensuração do subjetivismo, da licitude da atividade, na inversão do ônus da prova e na atenuação da relevância do nexo causal.[22]

A resolução do acórdão foi exatamente neste sentido, quando declarou que o dano era incontroverso, a teor do laudo elaborado, no qual se evidenciou o nexo de causalidade entre a ação e o dano.

A atenuação da relevância do nexo causal implica na observação de que basta que a atividade desenvolvida apenas seja potencialmente degradante para que haja em desfavor do poluidor a responsabilidade ambiental objetiva.[23] Implica também a aplicação da solidariedade entre todos os responsáveis pela degradação da qualidade ambiental.[24]

A reparação pode ser exigida de todos e/ou de qualquer um dos poluidores, ou seja, independentemente de um dos responsáveis passivos ter firmado qualquer termo de responsabilidade ele será responsável pelos danos decorrentes de sua atividade.

O acórdão traz elementos suficientes para se determinar o *quantum debeatur*, apontando as circunstâncias do fato, a condição econômica do poluidor e, principalmente, a gravidade da degradação (intensidade, tamanho e duração).

O meio ambiente não é algo intocável, ou mesmo imutável, deve servir ao atendimento das necessidades humanas, através de um processo de transformação que não se esgote em si mesmo.[25]

Contudo, os modos de produção das sociedades humanas não podem violar, ou impedir o cumprimento do pacto entre as gerações. Deve haver a valorização equânime dos interesses, ou melhor, uma valorização isonômica, em uma verdadeira sustentabilidade dos interesses colidentes.

19 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito ambiental tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.
20 *Ibidem*, p. 15.
21 *Ibidem*, p. 18.
22 Responsabilidade civil por dano ecológico, p. 49-50 *apud* SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 315.
23 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 317.
24 Ação civil pública, p. 170 *apud* SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 317.
25 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64-66.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito da energia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ . *Direito ambiental tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ . *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ . *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MILARÉ, Édis. *Direito do meio ambiente*: a gestão ambiental em foco. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Direitos e interesses individuais homogêneos: a "origem comum" e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no interesse de agir do Ministério Público. *Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP*, São Paulo: Método, n. 1, 2001.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Heraldo Garcia Vitta

Juiz Federal. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP (2009). Mestre em Direito pela PUC/SP (2002). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (1984). Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista. Professor da Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

1.) A partir da *Constituição Federal* de 1988, a *proteção ambiental*, no Brasil, adquiriu "status" político e jurídico, à medida dos parâmetros e exigências internacionais. Vários artigos do Texto Magno estipularam regras "impositivas", tanto para *pessoas físicas, quanto para pessoas jurídicas*, de direito público ou de direito privado. Dentre outras, pode-se destacar o artigo 23 da Constituição, que impõe *competência administrativa solidária das entidades políticas*, inclusive, na *área ambiental* (incisos III, IV, VI, VII, IX, XI). Dispõem os referidos incisos:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> (...)
> III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
> IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
> (...)
> VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
> VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;
> (...)
> IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
> (...)
> XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.[1] [2]

Cuida-se de atribuição *material* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; vale dizer, as entidades políticas devem realizar *atos e fatos administrativos* (fundados em leis), visando à proteção ambiental. Há, por assim dizer, dever de atuar, de agir, em prol dos *valores e bens* estampados no dispositivo.[3]

Além disso, o artigo 225 da Constituição (que nos interessa para análise do caso) estabelece *diretrizes fundamentais* na seara ambiental. Dispõe o "caput":

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

1 Conforme se observa, adotamos *conceito amplo de ambiente*.

2 A Lei Complementar nº 140/2011, fixou normas de "cooperação" entre entidades políticas, nas *ações administrativas* decorrentes do exercício da *competência comum relativas à proteção ambiental*, referida nos incisos II, VI e VII do artigo 23 da Constituição Federal.

3 Nessa linha o *§ 1º do artigo 225 da Constituição Federal*, também discrimina *competências materiais das entidades políticas na área ambiental*. (VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 125 e ss.)

Determina o § 3º do artigo 225:

> Art. 225. (...)
> § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Sem embargo, estabelece o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 que:

> Art. 14. (...)
> § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiro, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (g.n.)

Assim, antes da Constituição de 1988, já havia legislação quanto à responsabilidade objetiva.

A doutrina parece não tergiversar no sentido de que esses dispositivos constitucionais impõem a responsabilidade civil objetiva de todas as pessoas que "causem" danos ao ambiente. Linhas gerais, basta demonstração (a) do "causador" do dano; (b) do dano ambiental; (c) do nexo causal entre a ação ou omissão. Prescinde-se, portanto, na *responsabilidade civil*[4] (objetiva), de dolo ou culpa do "infrator".[5]

"A doutrina parece não tergiversar no sentido de que esses dispositivos constitucionais impõem a responsabilidade civil objetiva de todas as pessoas que 'causem' danos ao ambiente."

Por decorrência, pode ocorrer *inversão do ônus da prova*. Logo, o magistrado não fica obrigado a vincular o julgamento da procedência do pedido à *prova* efetiva do dano e do nexo causal; pode, ao *analisar o caso concreto,* no *"limite do razoável"*, por *juízo de probabilidade*, considerar ocorridos os "pressupostos" para a responsabilidade civil se acaso o "infrator" *não produzir prova contrária* no sentido de infirmar aquela "presunção".[6]

Aliás, a responsabilidade objetiva é *justificada*, também, pela *facilitação de obter a prova*, pois não se exige intenção ou culpa. O eminente Professor Paulo Affonso Leme Machado expõe:

> Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá consequências não só para a geração presente, como para a geração futura.[7]

Ademais, conforme ressonante entendimento doutrinário, a responsabilidade civil por dano ao ambiente é *solidária*; todos os

4 Num sentido amplo, conforme explica Renè Savatier, "La responsabilité civile est l'obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage cause à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou des choses dépendant d'elle." (SAVATIER, Renè. *Responsabilitè civile.* Vol. I. Paris: Librairie Gènérale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 1) Tradução livre do autor: A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por seu fato (daquela), ou por fatos das pessoas, ou das coisas, dependentes daquela.

5 VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82 e ss.

6 Cf.: PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 56.

7 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 348.

que *concorreram* para o prejuízo ambiental são responsáveis. Como o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à *sadia qualidade de vida*, impõe-se ao *Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo*. Assim, as pessoas que "concorreram" ao resultado respondem, *solidariamente*, pelos prejuízos ambientais.

Pois, a expressão "sadia qualidade da vida", referida no "caput" do artigo 225 da Constituição, decorre do *direito à vida* (assegurado no art. 5º, "caput", da CF), *cláusula pétrea constitucional*.[8] Ora, *direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* (art. 5º, § 1º, da CF). Mesmo porque, como afirma Paulo Roberto Lyrio Pimenta, esse princípio (aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais) abrange "qualquer dispositivo definidor do direito ou garantia fundamental, *mesmo que não esteja incluído no art. 5º, da CF*."[9]

(a) A primeira conclusão que se pode fazer é esta: a responsabilidade civil é *solidária e objetiva*; assim, *também*, do *agente marítimo*, o qual, espontaneamente, assumiu o encargo, ao lado do armador, por vazamentos de que resultaram no derramamento de óleo em águas marítimas, *conforme os julgados* colacionados no voto.

2.) Visando à proteção ambiental, assegurada na Carta Magna, o "legislador constituinte" arrolou algumas ações de caráter *coletivo*, manejadas ora pelo povo (cidadão; *ação popular ambiental*: art. 5º, LXXIII, da CF), ora por entidades específicas, como o Ministério Público (*ação civil pública* de proteção ao ambiente: art. 129, III e § 1º, da CF).

(b) Dessa maneira – esta é a segunda conclusão, de fácil compreensão –, o "Parquet" tem *legitimidade ativa* para propor ação civil pública para proteção ao ambiente, *posição jurídica* que advém, diretamente, do *texto constitucional*, conforme se anotou acima (a Lei nº 7.347/85 – LACP foi *recepcionada* pela Constituição e dispõe, dentre outros pontos, a respeito da legitimidade do Ministério Público; da mesma forma que a citada Lei nº 6.981/81).

3.) Conforme se afirmou linhas atrás, muitas vezes, na responsabilidade civil, ocorre *inversão do ônus probatório*. Entretanto, ao contrário do que se poderia imaginar, esse sistema de responsabilização *não é específico* para as hipóteses em que a responsabilidade é *objetiva*, na qual não se discute dolo ou culpa do "infrator". Assim, de acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, *na responsabilidade civil do Estado*, por *omissão* (*faute du service public*), em que a responsabilidade é *subjetiva*, também há *inversão do ônus probatório*; existe *presunção de culpa* do Poder Público (*juris tantum*), cabendo-lhe *provar o contrário*, isto é, que atuou com *eficiência* (apenas para utilizar expressão em voga) na prestação de dado serviço público.[10]

De todo modo, nos termos dos elementos colhidos no voto, houve *demonstração* dos danos ambientais, por meio de *perícia judicial*: a embarcação teria derramado óleo no mar, o que gerou desequilíbrio ecológico, inúmeros efeitos deletérios às espécies e ao ecossistema locais, com impacto às comunidades costeiras.

Pouco importa o fato de cuidar-se de *área já degradada*. É irrelevante, para o Direito, essa assertiva, porque as "degradações sucessivas" ao ambiente causam, no mínimo, transtornos à *sadia qualidade de vida*. Como diz Michel Prieur, Professor da Universidade de Limoges, os *efeitos* das poluições (em geral) fazem com que elas se adicionem e se *acumulem* (entre elas); e podem resultar em situações *catastróficas*.[11]

8 Dispõe o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal: "Não será objeto de deliberação e proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais".

9 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 188 (g.n.).

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1032.

11 PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 5. ed. Paris:

Em tema ambiental, a doutrina europeia inclina-se no sentido de não adotar a *concepção antropocêntrica* (baseada no homem); fala-se em *dano ecológico puro*, causado na natureza, *sem repercussão* imediata e aparente nas atividades humanas.[12]

A respeito, afirmamos:

> Concordamos, em princípio, com a distinção: nem sempre a conduta acarreta danos nas pessoas e nos seus bens; pode haver somente danos ecológicos, causados na natureza, sem repercutir, de maneira imediata e aparente, nas atividades humanas. *É o caso de derramamento de óleo em alto-mar*, sem que tenha havido, aparentemente, danos a pessoas ou bens. Contudo, a nosso ver, sempre a lesão ao meio ambiente atinge os homens, quando menos a longo prazo (direta ou indiretamente).[13]

c) Esta é a terceira conclusão a ser feita neste trabalho: pouco importa cuidar-se de risco periódico, ocasional ou *relativo*; o *dano ecológico* estará configurado. As questões pertinentes à *extensão do dano* devem ser deslindadas na fase de *liquidação*, considerando-se os *critérios* da *indenização referidos e adotados no acórdão.*

4) Os ilícitos civil, administrativo e penal constituem *manifestações de um mesmo conceito*; compreende todos os ilícitos do ordenamento jurídico.[14] *Ontologicamente*, os ilícitos não são diferentes entre si; contêm a *mesma essência*; como explica Nelson Hungria, "a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico (...). Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal."[15] De acordo com Montoro Puerto, as disciplinas jurídicas apenas destacam *aspectos peculiares* que podem valorar ou individualizar a instituição, "pero nunca transformarla en outra distinta (...)".[16]

O mesmo ocorre com as *sanções*; visam *desestimular as pessoas a cometerem ilícitos*. Sejam elas *penais, administrativas ou civis*. As penalidades são, na essência, iguais. Há apenas, espécies, ou tipos, delas.[17]

O ínclito Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma clara, expõe:

> Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais.[18]

Logo, o citado jurista elabora conceito:

> *Infração administrativa* é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é *decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada* nesta esfera.[19]

Ora, se a indenização for considerada *sanção de natureza civil*, ela visa, *como todas as penalidades, dissuadir* comportamentos *antitéticos* ao comando da norma jurídica.

d) E, assim, chega-se à conclusão de que

Dalloz, 2004, p. 918.

12 Nesse sentido: FLORES, Manuela. Responsabilidade civil ambiental em Portugal: legislação e jurisprudência. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 11, jul./set. 1996, p. 11.

13 VITTA, Heraldo Garcia. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82 (g.n.).

14 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29 –30.

15 HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *RDA*, Rio de Janeiro, seleção histórica, 1945–1995, p. 15.

16 MONTORO PUERTO, Miguel. *La infracción administrativa*. Barcelona: Nauta, 1965, p. 17 (g.n.).

17 Assim, a gravidade da pena criminal não representa *diversidade de fundo*. (VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67)

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 863.

19 *Ibidem*, p. 863 (grifos originais).

a "indenização" (ou ressarcimento) cumpre missão de *desestimular* as pessoas a descumprirem os comandos normativos (ambientais).

5) A decisão, no processo de conhecimento, determinou a *fixação* do valor indenizatório à fase de *liquidação* por *arbitramento*. Com efeito, o artigo 475-C do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.232/2005, determina a liquidação por arbitramento em duas ordens de casos, a saber: I – quando determinado pela sentença ou convencionado pelas partes; II – *quando o exigir a natureza do objeto da liquidação*.

> "Pouco importa o fato de cuidar-se de área já degradada. É irrelevante, para o Direito, essa assertiva, porque as 'degradações sucessivas' ao ambiente causam, no mínimo, transtornos à sadia qualidade de vida."

Nessas hipóteses, o juiz deve *nomear perito* e fixará prazo para a entrega do laudo (art. 475-D, acrescentado pela referida legislação), seguindo-se as normas referentes à prova pericial (art. 420 e ss. do CPC).

e) Certa a decisão, pois o *quantum debeatur* deve ser fixado por técnico, especialista (perito), observando-se os *critérios* indicados no acórdão, quais sejam: (a) a quantidade de óleo derramado; (b) o grau de vulnerabilidade da área atingida; (c) a toxidade do combustível derramado; (d) sua persistência no ambiente; (e) a estimativa da mortalidade de organismos em casos análogos.

f) Correta a fixação dos *juros*, os quais são devidos a *partir do evento danoso*, no caso de *responsabilidade extracontratual*, ainda que *objetiva*. Nesse sentido: STJ, REsp 1.258.789/PI, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Zavascki, j. 28/02/2012, DJe 07/03/2012. Por evidência, incide *correção monetária* (mera reposição da moeda), nos termos dos índices do manual da Justiça Federal, desde a data do arbitramento do valor da indenização.

g) Os *honorários advocatícios* devem mesmo ser excluídos, pois o Ministério Público não pode beneficiar-se desse consectário quando vencedor da ação. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho afirma:

> Por outro lado, tendo em vista que a propositura da ação civil pública constitui função institucionalizada, uma das razões por que dispensa patrocínio por advogado, não cabe também o ônus do pagamento de honorários.[20]

São essas, em resumo, as considerações que reputamos pertinentes.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 467.

Jurisprudência

Direito Administrativo

APELAÇÃO CÍVEL
0014724-52.2002.4.03.6100
(2002.61.00.014724-0)

Apelante: SÉRGIO ROQUETTO
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AC 1754644
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL: SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. LEGALIDADE. PRESCRIÇÃO. DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. REVISÃO DA PENA.

I - Conforme artigo 142, I, da Lei 8.112/90, a infração punível com demissão prescreve em cinco anos, cuja interrupção se dará pela abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar (§ 3º). Dessa forma, não se verifica a ocorrência de prescrição, tendo em conta os atos interruptivos: o conhecimento dos fatos imputados ao autor se deu em 1999, com a instauração do processo administrativo 10880.027540/99-58, sendo interrompido em 16 de junho de 2000, com a instauração da comissão de inquérito, até a aplicação da pena, em outubro de 2005. Por outro lado, pacífico o entendimento de que não configura nulidade, por falta de previsão legal nesse sentido, a não conclusão do processo administrativo nos prazo dos artigos 145, § único, e 152 da Lei nº 8.112/90.

II - Não procede a alegação de que o relatório da comissão processante não propôs a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal, eis que a autoridade competente para aplicar a sanção não está adstrita ao relatório final da comissão: "Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade." Inteligência do artigo 168, § único, da Lei 8.112/90.

III - A alegação de cerceamento de defesa, em vista da negação de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas, não se sustenta. Como bem delineado na sentença, as peças utilizadas para tipificar a conduta acompanharam o processo administrativo e estiveram à disposição do autor, sendo que os documentos por ele referidos por si só eram insuficientes ao afastamento de sua culpabilidade.

IV - Ainda que não seja dado ao Judiciário discorrer sobre o mérito administrativo, necessário se faz análise do processo de avaliação do comportamento do autor enquanto servidor, em contraponto aos princípios constitucionais que informam o direito vindicado.

V - O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar, conforme o parágrafo único artigo 128 da Lei 8.112/90. O fundamento para aplicação da pena de demissão apontado pela comissão foi o de violação da proibição do artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, ou seja, *valer-se do cargo para*

lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. O ato de demissão do autor, por sua vez (Portaria 361, de 17/10/2005), fundou-se no artigo 132, incisos IV e XIII, c.c. artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, por valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa. Nesse ponto, ainda que devidamente capitulada no estatuto civil como penalidade de demissão (artigo 132, IV), não se pode invocar a improbidade administrativa de forma genérica, tendo em conta ser objeto em específico da Lei 8.429/92, cabendo ao Judiciário, *ultima ratio*, a sua aplicação. Da análise dos fatos, depreende-se que a pena de demissão imposta ao autor foi desproporcional à sua conduta, bem assim foi utilizada fundamentação com motivação genérica, impondo, desse modo, a anulação do ato demissório.

VI - De rigor a decretação da nulidade do ato demissório e a confirmação da tutela antecipada para a reintegração imediata do autor ao cargo anteriormente ocupado, facultando à Administração utilizar-se do mesmo processo administrativo para aplicar, fundamentadamente e com motivação individualizada, a pena adequada e proporcional, com a condenação União Federal ao pagamento de toda a remuneração que o autor deixou de auferir em razão do afastamento indevido do cargo, desde então, bem como ao pagamento de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da MP 2.180/35/2001, a contar da citação, e de correção monetária com base no Provimento 26/2001 da CGJF da 3ª Região, e ao pagamento das custas em reembolso, se houver, e dos honorários advocatícios fixados, com fundamento no artigo 20, § 4º, do CPC, em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

VII - Recurso provido. Confirmada a tutela antecipada. Prejudicado o agravo da União.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao recurso do autor e confirmar a tutela antecipada para sua reintegração imediata, nos termos do voto da Senhora Desembargadora Federal relatora, acompanhada pelo voto do Senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, vencido o Senhor Desembargador Federal Peixoto Junior, que negava provimento ao recurso e cassava a tutela antecipada, e, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Trata-se de recurso interposto contra a sentença de fls. 6042/6051, proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal desta capital, que julgou improcedente a ação, onde se pretende a declaração de nulidade de todos os atos praticados no processo administrativo nº 10880.008634/00-98, determinando-se seu arquivamento, bem como a condenação dos réus ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor a ser atribuído pelo Juízo, a título de dano moral.

Às razões acostadas às fls. 6078/6108 o autor pleiteia a reforma da sentença.

Alega, em síntese, que do conhecimento do fato à instauração do processo administrativo fluiu prazo superior a 140 dias, contrariando os artigos 145, § único, e 152 da Lei 8.112/90; que o relatório da comissão processante não propõe a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal; que a ausência de motivação do ato de demissão fere os princípios do artigo 37 da Constituição Federal; e que na aplicação da pena não se observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a dosimetria, o fundamento legal e a causa da sanção, em afronta ao artigo 128 da Lei 8.112/90. Alega, ademais, ter havido cerceamento ao seu direito de defesa, em vista da negação sistemática de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas.

Recebido o recurso, com contra-razões, vieram os autos a esta E. Corte.

Pela decisão de fls. 62112 e verso foi restabelecida a tutela antecipada revogada pelo Juízo, no sentido de reintegrar o autor aos quadros da Receita Federal do Brasil.

Dessa decisão sobreveio pedido de reconsideração ou agravo regimental (fls. 3225/3237).

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

O objeto do presente recurso diz respeito ao ato de demissão do autor dos quadros da Receita Federal do Brasil, por meio da Portaria nº 18, de 25 de janeiro de 2012, que restabeleceu os efeitos da Portaria MF nº 361, de 19 de outubro de 2005, que teve como fundamento a conclusão do processo administrativo disciplinar contra ele instaurado.

Afirma que a notícia do seu envolvimento data de 1999, quando da sindicância instaurada para apurar suspeita de prática de irregularidades no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ (processo administrativo nº 10880.027540/99-58), a comissão processante recebeu representação fiscal com denúncia de inscrições irregulares de empresas nos meses de agosto e setembro de 1998.

Ao tecer considerações e discorrer sobre o procedimento administrativo disciplinar, alega que do conhecimento do fato à instauração do processo administrativo fluiu prazo superior a 140 dias, contrariando os artigos 145, § único, e 152 da Lei 8.112/90; que o relatório da comissão processante não propõe a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal; que a ausência de motivação do ato de demissão fere princípios do artigo 37 da Constituição Federal; que na aplicação da pena não foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a dosimetria, o fundamento legal e a causa da sanção, em afronta ao artigo 128 da Lei 8.112/90; e que houve cerceamento ao seu direito de defesa, em vista da negação sistemática de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas.

Vê-se dos autos que a apuração dos fatos a ele imputados, os quais culminaram em sua demissão, teve início com o Inquérito Administrativo Disciplinar nº 10880.008634/00-98, de

13/06/2000, restando que todo o processado, para melhor visualização, consta ordenado nos autos da cautelar em apenso, a partir de fls. 38.

Ao julgar improcedente o pedido, considerou o juízo de primeiro grau ser indiscutível a participação do autor no estratagema ilícito, consubstanciado em condutas orquestradas, visando unicamente beneficiar 160 (cento e sessenta) empresas, que, por imperativo legal, não poderiam obter registro no Cadastro Nacional de Pessoal Jurídica, e, por conseqüência, a punição aplicada - demissão - se mostra coerente, justa e proporcional à gravidade da conduta, independentemente se mostrou precedente profissional pautado na lisura, porque a conduta, assim norteada, é o mínimo que se espera do servidor público.

Diante do discorrido, cumpre analisar a decisão de primeiro grau sob o ponto de vista dos tópicos do recurso do autor.

Relativamente à prescrição, sua ocorrência não se verifica no caso em apreciação.

Conforme artigo 142, I, da Lei 8.112/90, a infração punível com demissão prescreve em cinco anos, cuja interrupção se dará pela abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar (§ 3º).

Compulsando os autos, temos que o conhecimento dos fatos imputados ao autor se deu em 1999, com a instauração do processo administrativo nº 10880.027540/99-58, sendo interrompido em 16 de junho de 2000, com a instauração da comissão de inquérito, até a aplicação da pena, em outubro de 2005.

Por outro lado, pacífico o entendimento de que não configura nulidade, por falta de previsão legal nesse sentido, a não conclusão do processo administrativo nos prazo dos artigos 145, § único, e 152 da Lei nº 8.112/90. Confira-se:

> PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PATRULHEIRO RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. Impossibilidade de apreciar-se, em mandado de segurança, alegação de falsidade da prova testemunhal e de cerceamento de defesa, não comprovada de plano. Não configura nulidade, à falta de previsão legal nesse sentido, a não-conclusão do processo administrativo no prazo do art. 152 da Lei nº 8.112/90. Circunstância que, de resto, não prejudicou o impetrante, processado sem o afastamento previsto no art. 147 do mesmo diploma legal. Prazo que foi estabelecido em prol da Administração, com o fim de afastar o inconveniente do retorno do servidor afastado, antes de apurada a sua responsabilidade funcional (art. 147, parágrafo único). A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do art. 234 da Lei nº 8.112/90. Independência das instâncias administrativa e penal, consagrada no art. 125 do diploma legal sob enfoque, inocorrendo condicionamentos recíprocos, salvo na hipótese de manifestação definitiva, na primeira, pela inexistência material do fato ou pela negativa da autoria, o que não ocorre no caso examinado. Ausência das apontadas ilegalidades. Mandado de segurança indeferido.
> (STF - MS 22656 - 30/6/97 - REL. MIN. ILMAR GALVÃO - PLENÁRIO)

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. LEI 8.112/90. SINDICÂNCIA: NÃO INSTAURAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR JULGADO COM EXCESSO DE PRAZO: INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.
> I - Processo administrativo disciplinar conduzido por comissão regularmente constituída (Lei 8.112/90, artigo 149). Portaria publicada no Boletim Interno: regularidade (Lei 8.112/90,

art. 151, I).
II - Sindicância e procedimento administrativo disciplinar: distinção, certo que aquela é, de regra, medida preparatória deste (Lei 8.112/90, artigos 143, 145, 154). Desnecessidade da instauração da sindicância, se já está confirmada a ocorrência de irregularidade no serviço público e o seu autor. (Lei 8.112/90, artigos 143 e 144).
III - Procedimento administrativo disciplinar julgado com excesso de prazo (Lei 8.112/90, art. 152). Inocorrência de vício nulificador do procedimento (Lei 8.112/90, art. 169, § 1º).
IV - Inocorrência do alegado cerceamento de defesa, dado que aos acusados, ao contrário do alegado, foi assegurada ampla defesa. V. - Mandado de Segurança indeferido.
(STF - MS 22055 - 20/06/1996 - REL. MIN. CARLOS VELOSO - PLENÁRIO)

Com relação à alegação de que o relatório da comissão processante não propôs a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal, sem razão o autor, vez que a autoridade competente para aplicar a sanção não está adstrita ao relatório final da comissão: "Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade." Inteligência do artigo 168, § único, da Lei 8.112/90.

Por sua vez, a alegação de cerceamento de defesa, em vista da negação de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas, também não se sustenta. Como bem delineado na sentença, as peças utilizadas para tipificar a conduta acompanharam o processo administrativo e estiveram à disposição do autor, sendo que os documentos por ele referidos por si só eram insuficientes ao afastamento de sua culpabilidade.

Nos pontos ora examinados, portanto, nenhuma censura merece a r. sentença.

Finalmente, no que concerne à alegação de desproporcionalidade na aplicação da pena, entendo que a razão está com o apelante.

Ainda que não seja dado ao Judiciário discorrer sobre o mérito administrativo, necessário se faz análise do processo de avaliação do comportamento do autor enquanto servidor, em contraponto aos princípios constitucionais que informam o direito vindicado.

Sobre essa questão a Primeira Turma do E. STF, em voto da lavra do eminente Ministro Eros Graus, assim se posicionou:

> A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. (...) O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanação, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato. (ROMS 24699 - 30/11/2004)

Nesse sentido, cumpre perquirir sobre a gravidade da pena imputada ao autor, em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, no que concerne às faltas apuradas.

O fundamento para aplicação da pena de demissão apontado pela comissão foi o de violação da proibição do artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, ou seja, *valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*.

O ato de demissão do autor, por sua vez (Portaria 361, de 17/10/2005), fundou-se no artigo 132, incisos IV e XIII, c.c. artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, por valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa. Confira-se:

> O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, INTERINO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, de conformidade com o disposto no inciso I do art. 1 do Decreto n 3.035, de 27 de abril de 1999, com fundamento no art. 132, incisos IV e XIII, c.c art. 117, inciso IX, ambos da Lei n 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo Disciplinar nº 10880.008634/00-98, resolve:
> N 361 - D E M I T I R SÉRGIO ROQUETTO, Matrícula SIPE nº 27307, Técnico da Receita Federal do Brasil, do Quadro de Pessoal do Ministério da Fazenda, por valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa, sendo-lhe vedado o retorno ao serviço público federal, nos termos do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990. (DOU 19/10/2005, pag. 15 - seção 2)

Frise-se que o ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar, conforme o parágrafo único artigo 128 da Lei 8.112/90. No caso em apreciação, foi o de valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa.

Ao se posicionar sobre o artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, a doutrina entende tratar-se de "norma de cunho moral, sobremaneira subjetiva e dificilmente avaliável quanto aos seus exatos limites" constatando, ao final, que "não resta dúvida de que apenas em casos gritantemente lesivos a esta ordem poderá haver coibição eficaz contra quem pratique o excesso." (RIGOLIN, Ivan Barbosa - *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, Saraiva, 7ª Ed., rev. e atual., 2012, pag. 302)

E ainda segundo a doutrina citada, ao comentar o artigo 132, IV, da mesma lei (pag. 324), a improbidade é sempre ato doloso, não existindo a modalidade culposa.

O relatório da comissão de inquérito (fls. 417) afirma que "o fato imputado é o benefício proporcionado a outrem e não a ligação com os beneficiários. O fato de ele ter ou não obtido alguma vantagem também não está sendo questionado, pois o que se acusa é o 'proveito de outrem' proporcionado por ele, em detrimento da dignidade da função pública".

Ora, mesmo que afastada a ocorrência de erro administrativo, no caso em apreciação, não se pode descartar a possibilidade de o erro também ser causa de benefício de terceiro. Nesse caso, exsurge a figura da culpa, que, como visto, não pode ser invocada pelo servidor caracterizado como ímprobo.

Dessa forma, ainda que devidamente capitulada no estatuto civil como penalidade de demissão (artigo 132, IV), não se pode invocar a improbidade administrativa de forma genérica, tendo em conta ser objeto em específico da Lei 8.429/92, cabendo ao Judiciário, *ultima ratio*, a sua aplicação.

Por sua vez, da leitura das considerações da Divisão de Ética e Disciplina da Receita Federal, conforme a peça de fls. 6148/6154, tem-se que o autor teria incorrido em falta disciplinar, por ter efetuado a inscrição irregular de quatro empresas, deixando, no entanto, de proceder à alteração do quadro societário no sistema CNPJ, com a inclusão dos sócios efetivos e exclusão dos sócios fictícios, não seguindo o *modus operandi* dos demais envolvidos e nem realizando as outras etapas necessárias à consumação da fraude, conduta esta melhor tipificada nos incisos I e III do artigo 116 da Lei 8.112/90, sujeitando-se à pena prevista no artigo 130 da mesma lei.

Como não restou comprovado que o autor tivesse agido em conluio com os demais servidores, ao efetuar a inclusão irregular das empresas, nem que tivesse havido negligência na atividade profissional, tampouco manifestação de vontade de causar suposto prejuízo ao erário, não há como justificar a imposição da pena que lhe foi imposta.

Da análise dos fatos depreende-se, portanto, que a pena de demissão imposta ao autor foi desproporcional à sua conduta, bem assim foi utilizada fundamentação com motivação genérica, impondo, desse modo, a anulação do ato demissório, muito embora possa a Administração se servir do mesmo processo para aplicar ao autor sanção menos gravosa.

A propósito, sobre a possibilidade de revisão da pena administrativa, outro não é o entendimento do E. STJ, a teor do julgado que trago à colação:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADORA FEDERAL. DEMISSÃO. DESÍDIA NA DEFESA JUDICIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. FERIADO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.
> (...)
> 3. Como regra, a conduta desidiosa, passível da aplicação de pena disciplinar, conforme o art. 117, inc. XV, da Lei 8.112/90, pressupõe não um ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada do servidor público.
> 4. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros).
> 5. Hipótese em que a impetrante foi demitida do cargo de Procuradora Federal por desídia na condução de processo judicial, ao fundamento de que se mostrou contrária à realização de perícia, não indicou assistente técnico e deixou de formular quesitos em ação proposta em desfavor do extinto DNER, causando dano ao erário. No entanto, segundo apurado no processo disciplinar, procedeu à defesa da ex-autarquia seguindo a linha de defesa traçada na contestação, apresentada por outra procuradora, e interpôs os recursos cabíveis desde quando assumiu a causa.
> 6. O fato de a ação ter sido julgada de forma desfavorável, de per se, não revela, jamais, desídia. Não é demais lembrar que a obrigação do Procurador, do Advogado, no patrocínio da causa, é de meio e não de fim. Logo, desde que ele, na forma mais diligente, aplicada, possível, desenvolva o seu trabalho, estará cumprida a sua obrigação funcional ou profissional, ainda que o resultado final seja adverso, como no caso.
> 7. Nesse cenário, não se mostra proporcional a pena aplicada, a máxima prevista na Lei 8.112/90, por não ter obtido êxito na defesa da Fazenda Pública, considerando a inexistência de antecedentes funcionais e a circunstância de que se encontrava em estágio probatório quando passou a defender a extinta autarquia, conduzindo à necessidade de aplicação de

penalidade menos gravosa.
8. Segurança concedida em parte para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração da impetrante ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso. Agravo regimental prejudicado.
(MS 200401769558 - DJ 13/08/2007 - REL. MIN. ARNALDO ESTEVES - TERCEIRA SESSÃO)

Por conseguinte, não obstante o fundamento utilizado pelo Juízo sentenciante, entendo ser o caso de reforma do julgado, ante a análise por esta Corte da proporcionalidade na aplicação da pena ao autor.

Acolho o pedido do autor de decretação da nulidade do ato demissório e confirmo a tutela antecipada para sua reintegração imediata ao cargo anteriormente ocupado, facultando à Administração utilizar-se do mesmo processo administrativo para aplicar, fundamentadamente e com motivação individualizada, a pena adequada e proporcional.

Condeno a União Federal ao pagamento de toda a remuneração que o autor deixou de auferir em razão do afastamento indevido do cargo, desde então, bem como ao pagamento de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da MP 2.180/35/2001, a contar da citação, e de correção monetária com base no Provimento 26/2001 da CGJF da 3ª Região.

Condeno a União Federal, ademais, ao pagamento das custas em reembolso, se houver, e dos honorários advocatícios, que fixo, com fundamento no artigo 20, § 4º, do CPC, em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso do autor, confirmo a tutela antecipada para sua reintegração imediata e julgo prejudicado o agravo da União.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0006953-06.2005.4.03.6104
(2005.61.04.006953-8)

Parte Autora: ALEXANDRE SANTOS BOLLA RIBEIRO
Partes Rés: MUNICÍPIO DE BERTIOGA E OUTROS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: REO 1272842
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2012

EMENTA

AÇÃO POPULAR. REMESSA OFICIAL. INSTALAÇÃO DE POSTOS BANCÁRIOS NO PAÇO MUNICIPAL DE BERTIOGA ATRAVÉS DE PERMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
1. A instalação de PABs em edifícios públicos constitui prática de há muito identificada como serviço de apoio à cidadania, eis que redunda em benefício aos contribuintes, que assomam-se desse conforto à hora que dele necessitam, sendo certo, ademais, que a prática tornou-se habitual em todo território nacional.
2. A questão versada acerca da prova relacionada com os pontos ditos "controvertidos" revelou-se sem nenhum fundamento, como considerado pela veneranda sentença.
3. Diz-se assim quanto às custas de utilização do imóvel, de atendimentos de despesas com água, energia, telefone e tributos.
4. Ademais, o instrumento jurídico utilizado para a concessão, a *permissão* é fenômeno perfeitamente aplicável à espécie, na medida em que o uso dos espaços para além de *não* causar qualquer prejuízo ao serviço público, ainda em verdade o socorre.
5. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de ação popular ajuzada pelo fato da haverem sido instalados "postos bancários" da Caixa Econômica Federal e do Banco do Estado de São Paulo no paço municipal de Bertioga através de simples permissão, considerada ainda suspeita do autor de que as despesas decorrentes dessas instalações correrem à custa da municipalidade.

Argui-se na vesperal (i) ocorrência de desvio de finalidade, porque a municipalidade com essa ação estaria a "financiar" atividade privada, de modo ilegal; (ii) que a inexistência de licitação induz à ilegalidade do contrato de uso, o que por falta de amparo legal não pode ser identificado como contrato de permissão e que de qualquer sorte haveria de vir ao mundo através de licitação e autorização legislativa, o que não se teria dado e por fim e (iii) que o espaço utilizado pelos PABs poderiam não estar sendo alcançado por competente atendimento de despesas correlatas ao uso privado, bem como não aparelhadas cobranças de tributos pertinentes.

Devidamente instruído foi o feito julgado improcedente pelo juízo singular, vencidas preliminares levantadas e apreciado com exatidão o mérito. Submetido ao duplo grau de jurisdição sem apelos voluntários.

Opinou o Ministério Público Federal pelo não provimento da remessa oficial.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Sem razão o pleito. De efeito, a instalação de PABs em edifícios públicos constitui prática de há muito identificada como serviço de apoio à cidadania, eis que redunda em benefício aos contribuintes, que assomam-se desse conforto à hora que dele necessitam, sendo certo, ademais, que a prática tornou-se habitual em todo território nacional.

A questão versada acerca da prova relacionada com os pontos ditos "controvertidos" revelou-se sem nenhum fundamento, como considerado pela veneranda sentença.

Diz-se assim quanto às custas de utilização do imóvel, de atendimentos de despesas com água, energia, telefone e tributos.

Ademais, o instrumento jurídico utilizado para a concessão, a *permissão* é fenômeno perfeitamente aplicável à espécie, na medida em que o uso dos espaços para além de *não* causar qualquer prejuízo ao serviço público, ainda em verdade o socorre.

Ante o exposto, voto por *negar provimento* à remessa oficial, mantendo a bem lançada sentença de primeiro grau.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0007664-62.2006.4.03.6108
(2006.61.08.007664-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Revisora: DESEMBARAGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: ApelReex 1446495
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/09/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL COM O OBJETIVO DE IMPEDIR A CONTINUIDADE DAS IRREGULARIDADES APONTADAS (EXCESSO DE ÁGUA) NA COMERCIALIZAÇÃO DE CARNES DE AVES. CONCURSO PÚBLICO REALIZADO. EXTINÇÃO DO FEITO QUANTO A ESTE PEDIDO. CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS VETERINÁRIOS A TÍTULO PRECÁRIO. PREJUDICADO. COMPELIR O PODER EXECUTIVO A PROCEDER PERENE FISCALIZAÇÃO E A ADQUIRIR EQUIPAMENTOS E REAGENTES. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO POR FALTA DE PADRÕES OU LIMITES PARA O EXAME DOS PRODUTOS. IMPOSIÇÃO AO ÓRGÃO ESTATAL PARA QUE EMITA REGULAMENTO. EFEITOS DA DECISÃO. *ERGA OMNES*.

1 - Configura-se falta de interesse superveniente de parte dos pedidos se o certame para assunção de novos servidores para a fiscalização dos produtos já se encontrava em curso.

2 - Também não subsiste mais o interesse no pedido de contratação de médicos veterinários temporários pelos abatedouros se os novos servidores já assumiram o cargo.

3 - Quanto aos pedidos remanescentes, a sentença se apresenta claramente *ultra petita* ao decidir além da pretensão do autor da ação, à exceção da determinação para que seja expedida regulamentação pelo SIF. O Juízo atribuiu ao *decisum* caráter genérico ao determinar que se realize perene fiscalização e que sejam providenciados equipamentos e reagentes para tanto, quando se pedia apenas que fossem feitos estudos para implementação de rotina de análise e que se decidisse sobre a adoção ou não do método desenvolvido por professor da UNESP-Botucatu. Obs.: decidiu-se a administração pelo método adotado pela União Europeia.

4 - A regulamentação de método de análise faz-se necessária, até porque a própria administração admitiu que o trabalho da fiscalização é considerado inócuo se não existem padrões de tolerância e limites aceitáveis de absorção de água nas carnes de aves.

5 - A determinação de edição de metodologia paramétrica não tem o condão de ofender a autonomia da administração, pois, vis apenas garantir, ante conduta omissiva do ente público, direitos básicos dos consumidores previstos no C.D.C.

6 - O comando emanado de sentença proferido em ação civil pública terá, em geral, efeitos *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, todavia,

a jurisprudência excepciona alguns casos, como ocorre com este em questão, uma vez que a metodologia a ser expedida terá caráter nacional, o que implica em efeitos *erga omnes* de âmbito geral. Ressalte-se, ademais, que, por envolver direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, par. único, III c.c. art. 103, III), a decisão de procedência terá efeitos amplos de modo a beneficiar todos os adquirentes de carnes de aves congeladas ou resfriadas.

7 - Remessa oficial parcialmente provida para extinguir o processo, sem resolução de mérito, por superveniente falta de interesse de agir em relação ao item "b" do pedido, ou seja, contratação de pessoal a título precário e reconhecer ser *ultra petita* a determinação de que a administração realize "perene fiscalização" e que "fossem providenciados equipamentos e reagentes", que deve ser restringida aos limites do pedido (CPC, arts. 128 e 460). Apelação da União não provida. Sentença mantida quanto à determinação para que a administração edite metodologia com padrões e limites para a fiscalização, bem como a extinção do pedido deduzido no item "c" da inicial, ou seja, para que fosse realizado concurso público, uma vez que já se encontrava em andamento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de agosto de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Remessa e apelação interposta pela União contra sentença que julgou parcialmente procedente *ação civil pública* ajuizada pelo Ministério Público Federal, com base em representação recebida, na qual se noticiavam irregularidades na comercialização de carne de frango no varejo, em prejuízo aos consumidores, causado pela fiscalização deficiente do órgão estatal.

Em sua peça inicial, requereu o autor tutela antecipada, audiência de justificação prévia e, ao final, a procedência dos pedidos, com a condenação da requerida às obrigações de fazer, nos seguintes termos:

a) apresentar, no prazo máximo de *dez dias, cronograma* dos trabalhos e estudos para implementação de rotina de análise de absorção de água nas carnes de aves congelados e resfriados, em carcaças e cortes (notadamente frangos), bem como para que seja analisado o método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu, Mestre e Doutor em Tecnologia de Alimentos, conforme fls. 344/383 e 642/655, com apresentação de conclusão motivada acerca de sua adoção ou não, bem como o prazo em que se daria, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;

b) implementar, no prazo máximo de *sessenta dias*, inclusive com edição de ato normativo infralegal, a recomendação já enviada pelo Ministério Público Federal no tocante à contratação de Médicos Veterinários particulares para assessorar na fiscalização, qual seja, enquanto não se equaciona o problema alusivo à carência de recursos humanos na área de fiscalização (concursos para técnicos de inspeção e auditores de inspeção), que seja adotado, de imediato, processo seletivo, com observância dos critérios da publicidade, impessoalidade e mérito, para contratação de Médicos Veterinários ou de pessoal necessário e habilitado, fornecido pelos estabelecimentos-frigoríficos (artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691/52), *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;
c) apresentar, no prazo máximo de *sessenta dias*, cronograma para provimento de cargos de pessoal, necessário para suprir a área de inspeção animal e fiscalização sanitária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com a eliminação gradativa das contratações mencionadas na alínea anterior, até a sua completa extinção, o que não poderá ultrapassar o ano de 2008, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*. (destaques do original)

Em pedido sucessivo postulou que fosse cessada a prática de contratação irregular de médicos veterinários por confrontar com os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e concurso público.

Às fls. 03/04 da petição inicial, o autor informa que, em relação à unidade de Bauru, constatou-se que o Serviço de Inspeção Federal tem atuado "diligentemente no combate a esse tipo de fraude em que pese a carência de recursos humanos e as restrições quanto ao método de análise (*dripping test*)", contudo foram detectadas outras questões importantes, como:

a) deficiência no quadro de pessoal do SIF;

b) o órgão fiscalizador vale-se de vestutas normas legais de duvidosa validade para cumprir sua missão institucional, já que a inspeção cotidiana nos estabelecimentos frigoríficos é delegada a médicos veterinários contratados e remunerados pelo próprio estabelecimento fiscalizado, em prejuízo da transparência e da impessoalidade;

c) não obstante a existência do chamado *dripping test*, cuja eficácia restou questionável, para o exame de carcaças de frango inteiro e congeladas, não há método normatizado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento quanto aos testes para verificação de fraude nas carnes de carcaças de frango apenas resfriadas (não congeladas) e nem em relação às carnes de frango comercializada em pedaços/partes.

Assim, diante desse quadro, o autor solicitou orientação técnica quanto ao problema dos testes ao Médico Veterinário, Professor Doutor Roberto de Oliveira Roças - CRM/SP nº 2840, do Laboratório de Tecnologia dos Produtos de Origem Animal, do Departamento de Gestão e Tecnologia Agroindustrial da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Neto - UNESP - Campus Botucatu/SP, que desenvolveu um método simples, mais preciso e eficaz que o *dripping test*, apropriado tanto para frangos inteiros como para cortes, bem como apresentou sugestões de medidas a serem adotadas pelo SIF em relação a essas mercadorias em abatedouros e comercializadas no varejo (fls. 05, 392/435 e 690/703). Com o intuito de estabelecer tratativas e consenso em relação às soluções apresentadas, reuniram-se a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e representantes do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (DIPOA), que culminou com a expedição da Recomendação nº 001/2/2005.

Em razão de suposta evasiva do Secretário da Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, quanto à aplicação da recomendação mencionada, o Ministério Público Federal requisitou providências e respostas precisas, que prestadas (fls. 705/707), em síntese, indicavam que:

a) não obstante os reforços obtidos, ainda assim o quadro de pessoal do SIF continua deficitário;

b) alternativamente, para suprir demandas emergentes, até que seja realizado concurso público, o quadro de pessoal tem sido complementado pela contratação de auxiliares de inspeção, com base no artigo 102 do RIISPOA, e tem-se mostrado eficaz;

c) o processo seletivo com base no artigo 102 do RIISPOA é feito mediante orientação do DIPOA no sentido de que a contratação seja precedida de entrevista e avaliação do candidato pelo Fiscal Federal Agropecuário - FFA encarregado do SIF;

d) implementada rotina de encaminhamento ao Ministério Público de cópias dos autos de infração finalizados relativos à constatação de absorção de água acima dos limites estabelecidos;

e) é disponibilizado regularmente no "site" do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA a lista dos estabelecimentos autuados pelo DIPOA;

f) instituído grupo de trabalho pela Coordenação Geral de Laboratórios para estudar, testar, adaptar, validar e implementar método analítico, nos moldes da União Europeia, que servirá para análise de percentual de água nas carnes de frango.

Com a vinda da resposta da ré, o juízo *a quo* afastou as preliminares suscitadas e concedeu parcialmente a liminar (fls. 767/784).

Irresignados com a decisão proferida, a União e o Ministério Público Federal interpuseram agravos de instrumento autuados, respectivamente, sob os nº 2006.03.00.101919-3 e 2006.03.00.124069-9, os quais foram processados sem a concessão de efeito suspensivo e, posteriormente, com a prolação da sentença, foram declarados prejudicados.

Proferiu-se sentença em 07.04.2008 (fls. 1417/1447), com extinção do pedido relativo ao provimento de cargos de pessoal necessário para suprir a área de inspeção e foram julgados parcialmente procedentes os demais pedidos formulados pelo Ministério Público Federal. Declararam-se ainda indevidos honorários advocatícios, em razão de a ação ter sido intentada pelo Ministério Público Federal e sujeitou-se o *decisum* ao duplo grau obrigatório.

Ambas as partes opuseram embargos de declaração da sentença. Os do Ministério Público Federal não foram acolhidos, ao passo que recebidos os da União, para assentar que subsistia a liminar anteriormente deferida na parte em que foi ratificada pela sentença, inclusive até o reexame necessário do julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Às fls. 1489/1519, a União interpôs apelação, com pedido de efeito suspensivo, na qual sustenta as seguintes razões recursais:

a) o comando contido no *decisum*, que impõe à administração a pratica de determinados atos, imiscui-se na tarefa típica do Executivo, na medida em que afeta o critério da oportunidade e conveniência que lhe é próprio, em afronta direta ao artigo 2º da Constituição Federal, que consagra a regra da separação dos poderes;

b) é vedado ao Poder Judiciário estabelecer a realização de perene fiscalização e combate à inserção de água nas carnes de aves congeladas e resfriadas, no caso frangos, mediante a

edição de regulamento pelo Serviço de Inspeção Federal - SIF -, equipamentos e reagente, e ainda que a ré adote processo seletivo para contratação pelos frigoríficos de pessoal apto para tal fiscalização/inspeção, nos termos do artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal (RISPOA), aprovado pelo Decreto nº 30.691/52, já que essas atividades pressupõem a aplicação de recursos financeiros, que devem estar previstos no orçamento da União, cujo direcionamento cabe exclusivamente ao Poder Executivo;

c) a realização de processo seletivo para a contratação pelos frigoríficos de pessoal com capacitação técnica também constitui providência que se insere no campo da discricionariedade da administração;

d) é certo que para o atendimento das pretensões do autor deferidas pela sentença recorrida há de haver recursos, em relação aos quais cabe apenas aos Poderes Executivo e Legislativo a decisão de inserção ou não no orçamento, situação típica da discussão em torno do denominado princípio da reserva do possível, precisamente, da reserva do possível fática, representativa do contingenciamento financeiro, já que se sabe haver também a denominada reserva do possível jurídica, assim considerada a situação em que os recursos existem, mas não há previsão orçamentária destinados a um fim específico;

e) as decisões devem ser tomadas não apenas pelo prisma de uma determinada situação fática, mas assentada em todo um conjunto de fatores, sob pena de causar prejuízos para toda a sociedade;

f) a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, como é o caso da defesa dos consumidores, por vezes, encontra impecilhos de ordem material, como o da falta de recursos, que, em determinados momentos, ganham dimensões quase intransponíveis e acabam por influenciar negativamente na realização das conquistas sociais;

g) não há omissão do Poder Público no cumprimento das obrigações relacionadas à fiscalização/inspeção da produção e comercialização de carnes de aves, uma vez que o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, mormente por meio do Serviço de Inspeção Federal - SIF, tem envidado esforços para atender às recomendações feitas pelo Ministério Público Federal, bem como atuado com o objetivo de coibir eventuais fraudes;

h) houve uma sensível redução das fraudes a partir de um conjunto de providências adotadas pela administração, já que a questão não se resolve apenas com a oficialização de um teste para a pesquisa de índice de absorção e tampouco com a contratação de pessoal;

i) existem dois sistemas de inspeção: um baseado no produto final, que exige uma grande estrutura laboratorial e de escassa confiabilidade, e outro, adotado pelo DIPOA, consistente no controle do processo, que sofre acompanhamento sistêmico, no qual são incorporadas as providências descritas nos documentos juntados nos autos;

j) caso prevaleça algum preceito condenatório, os seus efeitos devem ser circunscritos à área abrangida pela 8ª Subseção Judiciária da Justiça Federal no Estado de São Paulo e não estendido a todo o território nacional como estabelecido pelo juízo, a teor dos artigos 16 da Lei nº 7.347/85, na redação dada pela Lei nº 9.494/97 e 92, parágrafo único, da Constituição Federal, que dispõe que a jurisdição sobre todo o território nacional somente é exercida pelo Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores.

Posteriormente, às fls. 1522/1556, a União novamente registrou sua discordância de parte

da sentença que lhe impôs preceitos condenatórios e requereu a juntada de cópia do Ofício SDA/MAPA nº 550, com o intuito de comprovar as providências em andamento destinadas ao cumprimento do *decisum*.

Por considerar ausente a hipótese prevista no artigo 14 da Lei nº 7.347/85, o juízo *a quo* recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo (fl. 1557) e, em razão disso, sobreveio agravo de instrumento recebido sob o nº 2009.03.00.006159-2, no qual a Desembargadora Federal Salette Nascimento determinou o processamento sem a atribuição do efeito suspensivo pleiteado (fls. 1622/1625). Irresignada, a União formulou perante o Superior Tribunal de Justiça pedido de "Suspensão de Liminar e de Sentença", recebido sob o nº 1.378/SP, ao argumento de que a execução provisória do julgado se apresentava flagrantemente ilegítima pela afronta ao artigo 2º-B da Lei 9.494/97, pois a imposição da decisão interfere diretamente na discricionariedade própria da administração, com evidente prejuízo à ordem pública, no sentido de ordem administrativa. O pedido foi deferido pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ari Pargendler, para suspender os efeitos da sentença (fls. 1643/1651 e 1664/1667).

Com as contrarrazões do autor (fls. 1560/1614), subiram os autos a esta corte.

Às fls. 1631/1636, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, opina não seja provido o recurso da União.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, fundada em representação recebida, com o objetivo de, em síntese, impedir a continuidade das irregularidades apontadas na comercialização de carne de frango no varejo e assegurar efetiva fiscalização no comércio da mercadoria congelada ou resfriada pelo Serviço de Inspeção Federal - SIF, que, em razão do quadro deficitário de seu pessoal, vale-se dos serviços prestados por médicos veterinários, "terceirizados", contratados e remunerados pelo próprio estabelecimento fiscalizado, situação agravada pela constatação de inexistência de uma metodologia oficial para verificação de eventuais fraudes, consistentes em suposta injeção de água ou substâncias que propiciam a sua retenção, sobretudo com relação a carcaças resfriadas (não congeladas) comercializadas em pedaços, assim como na colocação de pedaços de gelo no interior de peças inteiras, de forma a influenciar o peso do produto colocado à venda, a propiciar aumento do lucro do comerciante em detrimento do consumidor e, ainda, pela escassa confiabilidade na utilização do chamado "dripping test".

Consoante descrito na petição inicial (fls. 03/04), o Serviço de Inspeção Federal - SIF, em relação à unidade de Bauru, tem atuado "diligentemente no combate a esse tipo de fraude em que pese a carência de recursos humanos e as restrições quanto ao método de análise (*dripping test*)", não obstante a constatação de outras irregularidades, apresentadas nesta ação coletiva, a seguir sintetizadas: a) quadro deficiente de pessoal do SIF; b) restrições ao método de análise "dripping test"; c) delegação da inspeção a pessoal contratado e remunerado pelos próprios frigoríficos, ainda que observado o Decreto nº 30.691/52; e d) ausência de método normatizado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento quanto aos testes para

verificação de fraude nas carnes de carcaças de frango apenas resfriadas (não congeladas), assim como em relação às carnes de frango comercializada em pedaços/partes.

> I - DA FALTA DE INTERESSE SUPERVENIENTE DE PARTE DOS PEDIDOS
>
> O autor formulou pedidos subdivididos em três itens:
>
> a) apresentar, no prazo máximo de *dez dias, cronograma* dos trabalhos e estudos para implementação de rotina de análise de absorção de água nas carnes de aves congelados e resfriados, em carcaças e cortes (notadamente frangos), bem como para que seja analisado o método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu, Mestre e Doutor em Tecnologia de Alimentos, conforme fls. 344/383 e 642/655, com apresentação de conclusão motivada acerca de sua adoção ou não, bem como o prazo em que se daria, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;
> b) implementar, no prazo máximo de *sessenta dias*, inclusive com edição de ato normativo infralegal, a recomendação já enviada pelo Ministério Público Federal no tocante à contratação de Médicos Veterinários particulares para assessorar na fiscalização, qual seja, enquanto não se equaciona o problema alusivo à carência de recursos humanos na área de fiscalização (concursos para técnicos de inspeção e auditores de inspeção), que seja adotado, de imediato, processo seletivo, com observância dos critérios da publicidade, impessoalidade e mérito, para contratação de Médicos Veterinários ou de pessoal necessário e habilitado, fornecido pelos estabelecimentos-frigoríficos (artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691/52), *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;
> c) apresentar, no prazo máximo de *sessenta dias*, cronograma para provimento de cargos de pessoal, necessário para suprir a área de inspeção animal e fiscalização sanitária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com a eliminação gradativa das contratações mencionadas na alínea anterior, até a sua completa extinção, o que não poderá ultrapassar o ano de 2008, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*. (destaques do original) (fl. 35)

Com referência ao item (c), o juízo *a quo* declarou extinto o pedido em razão de superveniente falta de interesse de agir, uma vez que o certame já estava em curso. O dispositivo do *decisum* expressa:

> Ante o exposto, com base no art. 267, inciso VI, c.c. o art. 462, ambos do Código de Processo Civil, declaro extinto, sem resolução de mérito, o pedido deduzido na inicial relacionado à condenação da União ao provimento, por concurso público, de cargos de pessoal necessário para suprir a área de inspeção animal e fiscalização sanitária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. (fls. 1444/1445)

Quanto ao item (b) do pedido, assim determinou o juízo no dispositivo da sentença:

> b) enquanto não equacionado o problema relacionado com a realização de concursos para técnicos de inspeção e auditores de inspeção, a adoção, em todo o Brasil, de processo seletivo para contratação de profissionais em número suficiente à eficaz e efetiva fiscalização,

> com observância aos critérios da publicidade, impessoalidade e mérito, para contratação de Médicos Veterinários ou de pessoal necessário e habilitado, fornecido pelos estabelecimentos-frigoríficos (artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691/52). (fl. 1446)

Ocorre que, efetuado concurso público e admitidos mais de oitocentos novos servidores, evidencia-se também a perda superveniente do objeto da ação relativamente ao pedido de seleção e contratação a título precário de médicos veterinários pelos abatedouros até a assunção daqueles. De fato, o ente estatal informou às fls. 1522 e segs. que, pela Portaria MAPA nº 9, de 22 de maio de 2007, foram nomeados 499 fiscais federais agropecuários e a de nº 385, de 24 de dezembro de 2007, 354 agentes de inspeção sanitária e industrial de produtos de origem animal.

II - DA PARTE REMANESCENTE DO PEDIDO E DA SENTENÇA

Subsiste, no entanto, parte da sentença, mas se apresenta claramente *ultra petita* ante o pedido remanescente do autor. Para melhor visualização, transcreve-se novamente essa parte do pedido:

> a) apresentar, no prazo máximo de *dez dias, cronograma* dos trabalhos e estudos para implementação de rotina de análise de absorção de água nas carnes de aves congelados e resfriados, em carcaças e cortes (notadamente frangos), bem como para que seja analisado o método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu, Mestre e Doutor em Tecnologia de Alimentos, conforme fls.344/383 e 642/655, com apresentação de conclusão motivada acerca de sua adoção ou não, bem como o prazo em que se daria, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*. (fl. 35)

Pediu-se, em síntese, que fossem feitos estudos para implementação de rotina de análise e que se decidisse sobre a adoção ou não do método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu. Todavia, o *juízo a quo* atribuiu um caráter genérico ao pedido ao determinar que se realizasse perene fiscalização e combate à inserção de água e que deviam ser providenciados regulamentação pelo SIF, equipamentos e reagentes. Confira o dispositivo da decisão:

> a) realizar em todo o Brasil, por intermédio do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, perene fiscalização e combate à inserção de água nas carnes de aves congeladas e resfriadas, em carcaças e cortes, em especial carnes de frangos, devendo ser providenciado o necessário para tanto (regulamentação pelo SIF, equipamentos e reagentes), no prazo de noventa dias; (fl. 1445)

Tem-se que, à exceção da providência de regulamentação dos critérios de fiscalização pelo princípio da adstrição, inserto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, somente se pode conceder aquilo que foi expressamente objeto do pedido, caso em que ultrapassado deve ser reduzido aos limites da lide. Assim, mantida apenas a menção "regulamentação pelo SIF", os demais comandos devem ser expungidos por excederem o pedido.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, ao examinar questão sobre o caráter

genérico dado ao dispositivo da decisão, assinalou que:

> Em face do princípio da legalidade estrita, é defeso à lei cominar à prática de uma infração que o transgressor se obrigue a fazer ou não fazer alguma coisa, sem delimitar-lhe o objeto, com inteira precisão, pois que, nos limites em que a lei consente que uma pessoa se obrigue para com outra a fazer ou não fazer alguma coisa, qualquer forma de atividade humana pode constituir o objeto da obrigação, desde que (fazer ou não fazer) compreende uma imensidão de atividades, a que o Juiz (ou a administração) poderia obrigar o infrator, discricionariamente, sem limitação alguma. (sublinhei) (REsp nº 43.512/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJU 27.06.1994).

Assim, *in casu*, as determinações de "perene fiscalização" e que fossem providenciados "equipamentos e reagentes" carecem de precisão, o que certamente traria dificuldade para o exato cumprimento da obrigação de fazer.

III - DA DECISÃO ACERCA DO MÉTODO DE ANÁLISE PROPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O autor da ação, ao levantar questões relativas à eficácia e eficiência das inspeções, propôs a adoção de método elaborado pelo Médico Veterinário, Professor Doutor Roberto de Oliveira Roças, do Laboratório de Tecnologia dos Produtos de Origem Animal, da Universidade Estadual Paulista - UNESP - Campus Botucatu/SP, tido por ele como mais preciso e eficaz que o *dripping test* e apropriado tanto para frangos inteiros como para cortes.

Com o intuito de avaliar o método proposto pelo *Parquet*, bem como implementar medidas em relação ao problema, informou a União às fls. 849/860, por meio da nota técnica da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que:

> - desde 2002, por solicitação do DIPOA, o Laboratório Nacional Agropecuário do Rio Grande do Sul (LANAGRO/RS) desenvolve estudos sobre métodos para a determinação de água em cortes de aves, inclusive o da União Europeia, bem como as providências necessárias para implantação laboratorial;
> - em abril de 2006, foi instituído grupo de trabalho - GTAVES - composto por servidores técnicos de análises físico-químicas de alimentos e da LANAGRO, com a finalidade de apresentar e discutir o trabalho realizado por este laboratório inclusive o da União Europeia e o método proposto pelo Professor Roberto de Oliveira Roças, da UNESP. *Concluiu-se que o método mais adequado é o da Comunidade Europeia e, por conseguinte, decidiu-se pela sua adoção na rede oficial do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento*; (sublinhei)
> - inexiste legislação especifica para cortes de frangos que estabeleça padrões ou limites permitidos para teores de água, de modo que não há amparo legal para que se classifique um produto (cortes) como "conforme" ou "não conforme". Assim, *ainda que se disponha de metodologia para a análise laboratorial, de nada adianta se os padrões de tolerância em corte não forem definidos pelo Serviço de Inspeção Federal - SIF*; (sublinhei)
> - o grupo de trabalho se dispôs a colaborar para alcançar uma definição de padrões e limites aceitáveis de absorção de água no processo industrial pelo DIPOA;
> - deve ser suprida com urgência a crônica deficiência de pessoal técnico;
> - *prevê-se para meados de 2007 os resultados analíticos do estudo para determinação dos padrões e limites, que servirão de base para a redação da metodologia oficial.*

Extrai-se do contido nessa "nota técnica" que o grupo de trabalho instituído optou, dentre os vários métodos de análise, inclusive o do Professor Roberto de Oliveira Roças, da UNESP, pela *adoção do aplicado pela União_Europeia* e se propôs a colaborar para alcançar uma definição de padrões e limites aceitáveis, pois, não obstante houvesse metodologia para análise laboratorial, não havia como classificar um produto se inexistia norma nesse sentido.

IV - DA METODOLOGIA CIENTÍFICA PARAMÉTRICA

A inexistência de parâmetros para que a fiscalização pudesse classificar os produtos adequados para a comercialização afeta diretamente os consumidores, que poderão adquirir produtos com suas especificidades alteradas.

Essa preocupação com a defesa do consumidor é fortalecida no documento emitido pelo Chefe do Serviço de Inspeção de Produtos de Origem Animal - SIPA, endereçado ao Diretor Substituto do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal - DIPOA, no qual relata:

> É de conhecimento geral que as carcaças de frangos expostas ao consumo têm apresentado índice de absorção de água acima do previsto na legislação, *configurando-se uma fraude econômica que nos últimos meses tem recebido a atenção especial do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DIPOA)* do Ministério da Agricultura. A atual chefia do SIPA/SP, assim que foi investida na função, dentre outros, estabeleceu o Programa Emergencial de Combate a Fraude por Absorção de Água em Carcaças de Frango, em consonância com as diretrizes do DIPOA. Mesmo sabendo que a Portaria 210/98, prevê a realização de "Dripping Test" para quantificação da água absorvia durante o processo de resfriamento, contemple apenas o produto congelado, o SIPA/SP optou por incluir também carcaças resfriadas no seu programa emergencial (...).

Das amostras colhidas e conclusões extraídas, a Chefia do SIPA/SP teceu as seguintes considerações:

> (...) entendemos que os resultados de "dripping test" de carcaças de frangos resfriados são válidos e que, eventuais interferências que precisam ser estudadas detalhadamente, não comprometem a avaliação dos resultados. Finalmente, entendemos também *os Serviços de Inspeção Oficial devem utilizar todos os recursos disponíveis para salvaguardar os interesses dos consumidores,* mesmo que esses recursos, no momento atual, apresentem eventuais limitações. (fls. 313/314). - (sublinhei)

Destarte, para o subscritor da ação, a comercialização de carnes de aves resfriadas em supermercados e no comércio varejista sem que haja uma efetiva fiscalização, que só não é concretizada pela ausência de normativa paramétrica, demonstra a leniência com que o tema é tratado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e, nesse contexto, evidencia-se o prejuízo aos consumidores que se encontram indefesos diante da eventual fraude.

V - DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO

Excepcionalmente, quando a administração se omite de sua função, estará o Poder Judiciário a corrigir tal distorção, notadamente por acarretar ofensa ao direito do consumidor.

É o que acontece, no caso, com a ausência de "regulamentação pelo SIF" de norma com os padrões e limites permitidos para teores de água. Assim, não obstante a autonomia da administração pública, seus atos não estão à margem da ordem jurídica, mas inseridos nela. O artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna atribui ao Poder Judiciário o dever de se pronunciar, sempre que provocado, à vista de ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito. Não lhe é permitido eximir-se de suas competências constitucionais, muito menos perante conduta omissiva do ente público.

Frise-se que a fiscalização é atribuição direta, privativa e não delegável dos órgãos públicos, efetuada por servidores públicos com poder de polícia com o escopo de verificação do real cumprimento das determinações da legislação específica e dispositivos regulamentares e, portanto, é imprescindível que haja regras e normas técnicas oficiais para execução de tal tarefa, pois será inútil o trabalho se não houver parâmetros que permitam discernir o produto que está de acordo com o permitido e aquele que, ao não obedecer ao limite estipulado, causa prejuízo irreparável ao consumidor.

A respeito da independência e separação de poderes, destaco excerto de recente decisão do Ministro Ricardo Lewandowski (RE 633.314/ES):

> Decisão - (...) 3. Não há transgressão ao art. 2º da Constituição Federal. A independência dos Poderes não é absoluta, mas harmônica, sujeitando-se ao sistema de freios e contrapesos. O Poder Judiciário executa seu papel constitucional ao exercer controle de legalidade sobre a omissão da Administração Pública ....

Nessa mesma direção, o Ministro Ayres Brito ao proferir decisão no RE 574.353/PR pontifica:

> "7. ..., também não prospera o argumento de que a imposição de obrigação de fazer ao Poder Executivo violaria o princípio constitucional da separação de poderes. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45-MC/DF, da relatoria do ministro Celso de Mello, assentou a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nos temas alusivos à concretização de políticas públicas: 'ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).' 8. Desse modo não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas. Nesse sentido, cito o RE 367.432-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau: 'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura de inquérito

> civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, I e III, da CB/88). Precedentes. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes.' - (destaques do original)

Outro não é o ensinamento extraído do acórdão do julgamento do RE 410.715 AgR, no qual o Ministro Celso de Mello, quanto à separação de poderes, assim se expressou:

> Embora resida, primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.
> (STF - 2ª Turma - RE 410.715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, v.u., DJU 03.02.2006)

O Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp 440.502/SP, a respeito da separação dos poderes, assim se manifestou:

> Ementa: 9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica. (DJE 24.09.2010)

À evidência de que o método para a fiscalização não é utilizado por falta de regulação acerca dos padrões de tolerância, resulta em clara afronta aos direitos básicos dos consumidores previstos no artigo 6º, incisos III e IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

VI - DOS EFEITOS DA DECISÃO

Quanto à atribuição de efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, o Juiz Federal prolator da sentença traz à baila excertos de doutrinadores de escol sobre o tema e conclui sua fundamentação nos seguintes termos:

> Por fim, cumpre reexaminar a questão afeta ao alcance do comando emanado por esta, em vista do disciplinado pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985). Revendo a posição assumida por ocasião da análise do pedido de liminar, assento a impossibilidade de limitação dos efeitos da sentença aos limites da esfera de competência desta 8ª Subseção da Justiça Federal, visto que a fraude combatida por meio desta, ao que tudo indica, ocorre em todo o Brasil.

> Por outro prisma, a prevalência da limitação imposta pelo art. 16 da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997, acarretara flagrante violação ao comando do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, de todo aplicável ao caso que versa sobre direitos dos consumidores, e por força do disposto no art. 21 da própria Lei nº 7.347/1985.
> (...)
> Por todos os motivos expendidos, não se pode admitir a restrição da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência do órgão prolator da decisão, sob pena de infringência à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico vigente, em especial, às leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que constituem o microssistema das ações coletivas. (fls. 1437/1444)

O argumento da apelante, no sentido de que os efeitos da decisão proferida em ação civil pública devem cingir-se à competência territorial do órgão julgador, não se apresenta plausível no caso em discussão.

O artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997:

> A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A posição da doutrina e da jurisprudência não é pacífica com relação a essa nova redação dada pela Lei nº 9.494/1997, que restringiu a abrangência dos efeitos da coisa julgada.

O mencionado artigo 16 em sua redação originária previa que a sentença de procedência proferida em ação civil pública faria coisa julgada *erga omnes*, o que restou restringido pela nova redação. O professor Hugo Nigri Mazzilli, sobre esse assunto, em sua obra "A defesa dos interesses difusos em juízo" pondera sobre essa questão nos seguintes termos:

> Esta alteração não foi originária do Congresso Nacional. Ao contrário, a norma adveio da conversão em lei da Med. Prov. nº 1.570/97, que alterou um sistema já vigente desde 1985 (LACP, art. 16) ou ao menos desde 1990 (CDC, art. 103), e, portanto, desatendeu claramente os pressupostos constitucionais de urgência e relevância, em matéria que deveria ser afeta ao processo legislativo ordinário e não à excepcionalidade da medida provisória (CR., art. 62). (13ª edição, Editora Saraiva, p. 392).

Prossegue com sua hermenêutica:

> A alteração trazida à Lei da Ação Civil Pública pela Lei nº 9.494/97 é de todo equivocada, pois esta última valeu-se de redação infeliz e inócua. O legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja eficácia subjetiva e objetiva é *erga omnes*) com competência territorial (apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta [art. 2º]) ... Ademais, a Lei nº 9.494/97 alterou o art. 16 da Lei nº 7.347/85 mas se esqueceu de modificar o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, e ainda hoje dispõe corretamente sobre a matéria ... E mais. A Lei nº 9.494/97 também se esqueceu de modificar o sistema da Lei da Ação Popular, cujo art. 18 serviu de inspiração para o art. 16 da LACP, e continua a estender a imutabilidade *erga omnes* da coisa julgada, sem fazê-la

> absurdamente depender da "competência territorial" do juiz prolator ... E isso tanto mais grave é, que não raro o pedido e a causa de pedir de uma ação civil pública podem ser idênticos ao de uma ação popular (como na defesa do patrimônio público).

E conclui:

> Não há como confundir competência do juiz que julga a causa com os efeitos que uma sentença pode produzir fora da comarca em que foi proferida, e que poderão tornar-se imutáveis com seu trânsito em julgado (imutabilidade do *decisum* entre as partes [CDC, art. 93, II; LACP, arts. 2º e 16)]. (13ª edição, Editora Saraiva, p. 207/208). - (destaques do original)

Para o professor Mazzilli, o legislador operou em confusão, porquanto buscava regular a competência para a apreciação da ação e não os reflexos da coisa julgada.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao artigo 16 da LACP, ao analisarem a nova redação dada pela Lei nº 9.494/97, assim se expressam:

> Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. (...). Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito. Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou inter partes, conforme o caso (v. CDC 103), em todo o território nacional - e também no exterior -, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9494/97. É da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103. (Código de Processo Civil comentado, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1475)

Na jurisprudência ressaltam-se os seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC - INOCORRÊNCIA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CABIMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - *EFEITOS*.
> (...)
> 5. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de inconstitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.
> 6. *O efeito* erga omnes *da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática*, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou do ato normativo impugnado.
> 7. Recurso especial improvido. - (sublinhei)
> (STJ - 2ª Turma - Resp 621.378/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, v.u., DJU 03.10.2005, p. 179)

> PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DEVIDOS EM CADERNETA DE POUPANÇA EM JANEIRO DE 1989. DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA DA SENTENÇA E COISA JULGADA. EFICÁCIA NACIONAL DA DECISÃO.

> - A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.
> - Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença.
> - Os efeitos da sentença produzem-se "erga omnes", para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.
> - Recurso especial improvido.
> (STJ - 3ª Turma - RE 399.357/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJE 20.04.2009)

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi ao decidir o REsp 411.529/SP, DJE 05.08.2008, esclareceu que:

> a distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.

Registre-se que o S.T.F., consoante observa o Procurador da República signatário das contrarrazões, em questão que envolvia *direitos individuais homogêneos*, já sob a égide da nova redação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85, não limitou os efeitos da decisão à base territorial do juízo, provavelmente por força do que determina o C.D.C. (Lei nº 8.078/90 - art. 81, par. único, inciso III c/c art. 103, inc. III):

> Reclamação e Ação Civil Pública
> Por não vislumbrar usurpação de sua competência (CF, 102, I, l), o Tribunal vencido o Min. Marco Aurélio, julgou improcedente reclamação proposta por instituição financeira contra decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que mantivera sentença - em ação civil pública pro danos provocados a interesses individuais homogêneos, ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC - condenando o reclamante ao pagamento da diferença entre o índice de correção monetária efetivamente creditado e aquele incidente sobre os saldos existentes em janeiro de 1989, *em favor de todos os poupadores de caderneta de poupança da instituição-ré*. (Lei 7.347/85, art. 16: "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* ..."). Prevaleceu o entendimento de que as decisões das instâncias paulistas não declararam a inconstitucionalidade do art. 17, I, da Lei 7.730/89, que determinava a atualização dos saldos das cadernetas de poupança no mês de fevereiro de 1989, com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro Nacional - LFT verificado no mês de janeiro de 1989, deduzido o percentual fixo de 0,5%, como pretendia o reclamante. Precedentes citados: RCLs 337 (RTJ 133/551), 410 (RTJ 144/713), e 434 (RTJ 154/13). - (sublinhei)
> (STF - Informativo 82 - Rcl 602-SP, rel. Ministro Ilmar Galvão, 3.9.97)

Também em sede de reclamação e ação civil pública, o Ministro Néri da Silveira, relativamente à alegação de usurpação de competência da Suprema Corte, destaca no aresto:

> EMENTA: (...)
> 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário.
> (STF - Pleno - Rcl 600/SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJU 05.12.2003)

Nessa linha de entendimento, a atribuição de efeitos *erga omnes* ao *decisum* apresenta-se necessária, mormente quando se divisa, como no caso, que a fraude a ser combatida tem abrangência nacional e sua aplicação, restritivamente aos limites da competência do órgão prolator da decisão, causaria desigualdade entre os consumidores. Ademais, conforme expresso anteriormente, é claro que os mais de oitocentos novos servidores não foram lotados somente nos municípios abrangidos pela 8ª Subseção Judiciária Federal do Estado de São Paulo, assim como a norma que certamente será expedida com os padrões e limites não se restringirá apenas a essas localidades. Conclui-se que, *in casu*, pelas próprias características da matéria, os efeitos da sentença, por si só, produzem-se *erga omnes*.

Ainda que assim não fosse, ante suposta admissão da limitação imposta pelo artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997, seria flagrante a violação ao comando do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e aplicável ao caso por força do disposto no artigo 21 da própria Lei da ação civil pública. A respeito lecionam os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Com o advento do CDC 103, em 1990, que regulou completamente o instituto da coisa julgada no processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o sistema legal que rege o instituto da coisa julgada no processo coletivo passou a ser o do CDC 103. Pela superveniência do CDC, houve revogação tácita da LACP 16 (de 1985) pela lei posterior (CDC, de 1990), conforme dispõe a LICC 2º § 1º. Assim, quando editada a L 9494/97, não mais vigorava o LACP 16, de modo que ela não poderia ser alterado o que já não existia. Para que a "nova redação" da LACP 16 pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia formal e, por consequência, material), deveria a L 9494/97 ter incluído na LACP o art. 16, já que não se admite no direito brasileiro, a represtinação de lei (LICC 2º § 3º), e, ainda, a esse artigo incluído, dar nova redação. Portanto, também por esse argumento não mais existe o revogado sistema da coisa julgada que vinha previsto na LACP 16. O dispositivo legal que se encontra em vigor sobre o assunto é, hoje, o CDC 103. (Código de Processo Civil comentado, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1475, nota 14)

Conclui-se que, pela fundamentação expendida e prudentes posições doutrinárias e jurisprudenciais, considerado que a insuficiência do método utilizado pela ré para fiscalização da injeção de água em carne de frango não se limita à jurisdição da 8ª Subseção da Justiça Federal de São Paulo, é de se reconhecer a razoabilidade do dispositivo da sentença que impôs efeitos *erga omnes* e *ultra partes* à sentença, nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

VII - DA RESERVA DO POSSÍVEL

Por derradeiro, cabe ainda destacar, quanto à cláusula da 'reserva do possível' alegada pelo Estado, algumas posições dos tribunais superiores que desqualificam o uso desse expediente como meio de se abster de suas atribuições legais e constitucionais. Para o Ministro Luiz Fux:

> a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (REsp 811.608, DJU 04.06.2007, p. 313)

O Ministro Humberto Martins já declarou que:

> A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da existência de recursos financeiros (REsp 764.085, DJE 10.12.2009).

Ante o exposto, dou *parcial provimento à remessa oficial para*:

a) com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguir o processo sem resolução do mérito, por superveniente falta de interesse de agir, em relação ao item "b" do pedido contido na petição inicial;

b) reconhecer ser *ultra petita* a determinação da sentença no tocante à realização em todo o Brasil, por intermédio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de perene fiscalização e que fossem providenciados para tanto equipamentos e reagentes, com fundamento nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Quanto *à apelação, nego-lhe provimento.*

Mantida a sentença com relação à parte do dispositivo que extinguiu o pedido deduzido no item "c" da inicial, relacionado com o provimento de cargos de pessoal por concurso público, à vista de que o certame já se encontrava em andamento e no que se refere à determinação de regulamentação pelo SIF ou pelo órgão que lhe faça as vezes de padrões ou limites permitidos para teores de água para a fiscalização de cortes de carne de aves.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007353-04.2007.4.03.6119
(2007.61.19.007353-2)

Apelante: JOSÉ CORREIA DE BRITO (= ou > de 60 anos)
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AC 1708076
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2013

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. AÇÃO PENAL POR CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA.

1. A responsabilidade civil do Estado, por demora na prestação jurisdicional, exige prova de dolo ou culpa do agente no sentido de omitir a conduta necessária à celeridade processual, não bastando invocar o tempo decorrido sem analisar circunstâncias processuais de cada caso concreto, sobretudo no processo penal, em virtude de suas garantias e características.

2. No caso, não houve demonstração de culpa, dolo ou desídia na condução do processo penal, tendo havido, inclusive, em nome da amplitude do direito de defesa e contraditório, a anulação do feito, a pedido da defesa, com a reabertura da instrução, com vários atos processuais praticados no interesse dos réus, o que permitiu fosse absolvido o próprio autor desta ação de responsabilidade civil do Estado.

3. Embora não se possa consentir na tramitação de processos por anos a fio, é inviável igualmente exigir celeridade que prejudique o direito de defesa, contraditório e devido processo legal, ou ainda cobrar responsabilidade por ato omissivo sem comprovação de que a conduta estatal foi marcada por culpa ou dolo do agente à frente da condução do processo judicial ou administrativo.

4. Precedentes: 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 á apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação, em ação de indenização por danos morais (1000 salários mínimos), supostamente sofridos pelo autor em razão da propositura de ação penal, imputando-lhe a prática de furto qualificado, do qual foi absolvido (artigo 386, IV, CPP), porém apenas após 20 anos.

Alegou o autor, em suma, que: *(1)* era empregado da INFRAERO, no cargo de auxiliar administrativo, e, em 25/03/1985, foi indevidamente denunciado sob a acusação de ter cometido delito de furto qualificado (artigo 155, II, e IV, § 4º, e artigo 25, todos do Código Penal), ocorrido em 01/09/81, consistente na subtração de uma mala, contendo aparelhos eletrônicos, do Armazém de Perdimentos do Aeroporto de Congonhas, apreendida pela Receita Federal, após a apuração de inquérito policial; *(2)* mesmo "jamais" tendo cometido o "crime que lhe foi imputado na denúncia", somente em 02/09/2002 foi proferida sentença, absolvendo-o da acusação (f. 92/100); *(3)* nessas "mais de 02 (duas) décadas para que a Justiça comprovasse efetivamente e satisfatoriamente que o REQUERENTE não havia cometido qualquer delito" foi submetido à "vexatória desconfiança da sociedade, dos familiares, da comunidade", e, ainda, a perda da dignidade, emprego, confiança das pessoas, credibilidade, e até "a vontade de viver"; *(5)* durante as investigações "nunca se furtou em fornecer quaisquer dados", mesmo assim, foi indevidamente citado por edital, tendo apenas mudado para outra cidade, como alternativa que lhe restou, diante das "desconfianças que pairavam sobre sua pessoa"; *(6)* "foi penalizado por mais de 20 (vinte) anos de sua vida sem ter cometido qualquer delize se, desde o início nenhum indício de participação pairou sobre si", já que não houve nenhum depoimento, insinuação, documento ou atitude que indicasse a suspeita sobre sua conduta; *(7)* a demora na prestação jurisdicional, que o fez aguardar *desde o registro do Boletim de Ocorrência em data de 01-09-1981 quando tomou ciência do ocorrido, já que na data do evento sequer estava prestando serviços na INFRAERO, até julho de 2002*, quando foi proferida sentença, absolvendo-o da acusação, causou-lhe danos psíquicos e morais que devem ser reparados pelo Estado.

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar que "não restou demonstrado a contento, nos presentes autos, a presunção de certeza e liquidez dos fatos expostos na exordial", condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em de 10% sobre o valor atualizado da causa (f. 216/8).

Foram opostos, porém não acolhidos, os embargos de declaração do autor (f. 227/9).

O apelo do autor pugnou pela reforma da sentença, sustentando, em suma, que: *(1)* "em nenhum momento foi sequer ventilada a tese de erro judiciário, tampouco erro na conduta dos magistrados, promotores ou policiais que participaram dos longos 20 (vinte) anos de ação penal", a conduta estatal que motivou a propositura desta ação é a "DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISIDICIONAL"; *(2)* ao contrário da hipótese apontada pela sentença, no caso de "excessiva e inexplicável demora na tramitação de um processo criminal que avassalou a vida do APELANTE, sem culpa do juiz, mas por falhas e deficiências do aparato judiciário, representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço, o Estado é integralmente responsável por tal acidente administrativo"; e *(3)* "o não julgamento quando devido ou o seu atraso demasiado também constituem prestação jurisdicional deficiente e injusta, omissão ao dever legal de prestar a jurisdição, a qual enseja, naturalmente, a responsabilidade pelos danos decorrentes, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal".

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, emitindo o Ministério Público Federal parecer, nos termos do artigo 75, da Lei nº 10.741/03, pela desnecessidade de sua intervenção.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, o presente feito tem preferência legal de julgamento, nos termos da Lei 10.741/2003.

O autor pleiteou a reforma da sentença de improcedência do pedido de indenização por dano moral, que teria sofrido em razão de ação penal, por delito furto qualificado, que somente depois de passados 20 anos, contados do fato, teve sentença absolutória proferida.

A sentença considerou que "o autor não logrou provar os requisitos que autorizam o pleito de reparação pecuniária vez que não demonstrou, de modo convincente, que o prejuízo experimentado é conseqüência de conduta imputável ao magistrado, no sentido de ter agido com dolo ou fraude para retardar o julgamento do processo civil".

O apelo insistiu no direito à indenização, enfatizando, porém, que "não repousa a causa de pedir ... em erro judiciário, pois, apesar dos 20 (vinte) anos de espera, foi, ao final absolvido das acusações que lhe foram imputadas", e que sempre "fez questão de deixar clara a conduta estatal que deu azo à propositura da presente ação, qual seja, A DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISIDICIONAL".

A responsabilidade, assim, tem como fundamento, especificamente, a demora na prestação jurisdicional, em razão da qual "foi submetido à vexatória desconfiança da sociedade, dos familiares, da comunidade onde sempre residiu", daí o direito à indenização.

A partir da EC 45 restou previsto que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (artigo 5º, inciso LXXVIII). Não é, porém, qualquer demora que autoriza discussão judicial e muito menos pedido de indenização por responsabilidade do Estado, mas a que seja imputável, de modo exclusivo, ao ente estatal, por conduta qualificada de seu agente, e da qual resulte comprovado dano por parte do jurisdicionado.

No caso dos autos, cabe recordar que, embora transcorrido, desde a data do fato *(01/09/1981)* até o julgamento final da ação (03/09/2002), mais de 20 anos, a morosidade não pode ser atribuída exclusivamente ao Estado e menos ainda por conduta omissiva de seus agentes passível de gerar responsabilidade civil.

Com efeito, verifica-se que, em 01/09/1981, a Polícia Civil de São Paulo lavrou o boletim de ocorrência 5535/1981 (f. 33) e, no dia seguinte (02/09/1981), fez o interrogatório do autor (f. 36/v), sendo elaborado o relatório em 27/11/1981 (f. 38).

Há lacuna probatória sobre o que teria ocorrido dentro do período de dezembro/1981 a setembro/1984, quando feita a qualificação indireta do autor (f. 39), passando o inquérito a tramitar perante a Polícia Federal, não constando dos autos qual foi o andamento do procedi-

mento investigatório neste interregno. Se houve conduta atribuível a órgão estadual de segurança pública, nesta fase, não cabe à Justiça Federal considerá-la para efeito de indenização, assim como inviável apurar a responsabilidade por demora na prestação jurisdicional sem os elementos probatórios necessários, sendo do autor, evidentemente, o ônus probatório do fato constitutivo do direito alegado na ação de indenização (artigo 333, I, CPC).

O que consta dos autos é que, no âmbito do DPF, o autor foi objeto de qualificação indireta, denotando a não localização do mesmo (f. 39/40), sendo elaborado relatório, em 28/09/1984, com envio dos autos na mesma data à 12ª Vara Federal, sendo recebidos em 02/10/1984 (f. 43), com vista ao MPF em 04/10/1984, que ofereceu denúncia em 25/03/1985 (f. 43-v), recebida pelo Juízo em 01/07/1985, com citação e designação de interrogatório dos réus para o dia 02 de abril de 1986, entre outras determinações (f. 44).

Consta dos autos o adiamento da audiência, provavelmente devido à falta de localização de todos os réus para citação, sendo que na assentada da audiência seguinte, em 16/12/1986, constou o seguinte (f. 45):

> Aos 16 dias do mês de dezembro de 1986, nesta cidade de São Paulo, no Foro da Justiça Federal, às 14:00 horas, na sala de despacho do Excelentíssimo Senhor Doutor JOÃO CARLOS DA ROCHA MATTOS M. Juiz Federal da 12ª Vara, presente S. Excia., comigo escrevente ao final nomeado, o Sr. Dr. ANTONIO CARLOS RAMOZZI, Promotor Público presente o denunciado SATURNINO PEREIRA DA SILVA. *AUSENTES os réus (revéis)* MANOEL JULITI MARTINS DE ANDRADE, JOSIAS ALVES COUTINHO e *JOSÉ CORREA DE BRITO*. Presente o defensor dativo dos acusados, DR. RENATO MAZAGÃO, com endereço conhecido desta Secretaria.

De tal assentada, em 16/12/1986 (f. 45/8) até as alegações finais do autor JOSÉ CORREIA DE BRITO, em 12/05/1992 (f. 49/51), não existe registro de informação sobre andamento processual.

Após tal petição, o que consta, demonstrando a anulação do feito, é novo recebimento da denúncia, em 16/06/1993:

> Estando demonstrada a justa causa para a ação penal, recebo a denúncia de fls. 02/04 e, em conseqüência, designo o interrogatório dos réus para o próximo dia 12 de novembro de 1993, às 14:00 horas, citando-se-os "in faciem" e notificando-se o Ministério Público Federal. (f. 52).

Expedido mandado de citação (f. 53 e 55), o oficial de Justiça certificou que deixou "de citar o réu por não residir mais no endereço retro, segundo o porteiro do prédio, Sr. Batista, o réu *nunca morou* naquele endereço, sendo pessoa desconhecida. Assim, devolvo o presente dando o réu como em lugar incerto e não sabido" (f. 55-v).

Foi requerida pelo MPF a citação do réu em outro endereço: Rua Baronesa de Bela Vista, 257, Aeroporto (f. 56); porém, conforme certidão de 01/10/1993 (f. 58-v), também foi infrutífera a tentativa de citação pessoal, sendo devolvido o mandado, constatando estar o réu em lugar não sabido.

Há ainda, certidão de que os interrogatórios de 12/11/1993 não se realizaram, "em virtude do não comparecimento dos acusados" (f. 61), com a sua redesignação para 18/04/1994 com citação dos réus, sendo que a do autor foi feita por edital, com prazo de 15 dias, expedido em 29/11/1993 (f. 62 e v.).

O autor JOSÉ CORREIA DE BRITO foi interrogado na data de 18/04/1994 (f. 67/8), porém não se interrogou o correu JOSIAS ALVES COUTINHO, em virtude de sua ausência, sendo decretada a respectiva revelia, em 20/04/1994 (f. 69 e v.).

Houve ainda oitiva de testemunha de acusação, em 15/12/1994; porém o que se passou entre tal audiência até a apresentação de alegações finais seja do MPF (f. 75/83), em 07/11/1995, seja dos réus, em 22/02/1996 (f. 84/91), não se sabe, porque nada consta dos autos a propósito. Também não existe prova do andamento processual entre a última alegação final e a sentença, que sequer foi trasladada na íntegra, faltando inclusive a data de sua prolação (f. 92/100), embora conste, na seqüência, sentença de extinção da punibilidade por prescrição retroativa, em 30/07/2002 (f. 101/2).

Como se observa, as informações esparsas contidas nos autos não comprovam demora na prestação jurisdicional causada por omissão atribuível de forma exclusiva e determinante pelo Estado, capaz de gerar sua responsabilidade civil. Ademais, as alegações finais das partes referem-se a diversos atos judiciais da complexa e extensa instrução (f. 75/83 e 84/91), constando dos autos ainda a anulação do processo e a frustração de atos de citação, sendo induvidosa a garantia dada às partes do contraditório com amplitude de defesa. Tanto maior a prudência judicial na efetivação de garantias de tal natureza no processo penal, alargando o curso da instrução, inclusive a ponto de refazer atos processuais, maior é o tempo processual necessário para a solução da causa com prolação de sentença, não podendo o Estado responder por demora na prestação jurisdicional em função de tais circunstâncias, sem prova de desídia ou injustificável omissão no cumprimento de prazos processuais.

Cabe lembrar, ademais, que, em se tratando de responsabilidade por ato omissivo, falta de prestação jurisdicional em tempo razoável, é essencial que se demonstre que a demora, além de resultante exclusivamente de ato imputável à Administração, foi praticada com dolo ou culpa. Note-se que o próprio autor, em sua apelação, refere-se ao "serviço judiciário defeituoso" e à "falta do serviço público" (f. 238 e 240), que remetem à premissa da omissão na prestação de um serviço público, geradora de responsabilidade subjetiva, a qual não prescinde, na sua configuração, da prova de culpa ou dolo do agente, algo cuja demonstração não se encontra documentada nos autos, ainda que se considere o prazo de anos, por exemplo, entre a última alegação final e a prolação da sentença pelo Juízo Criminal em referência, certamente motivada por excesso de serviço e não por negligência, desídia ou dolo do magistrado.

Neste sentido, enfatizando a necessidade de comprovação de culpa ou dolo na demora na prestação jurisdicional, os seguintes precedentes:

> AC 2002.02.01014958-6, Rel. Des. Fed. CASTRO AGUIAR, E-DJF2R 16/09/2010:
> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. I - A responsabilidade do Estado, por danos causados em virtude do desempenho da atividade jurisdicional, está adstrita às hipóteses previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal e no art. 133 do CPC. Precedentes. II - No presente caso, pretendem os autores obter da União indenização por dano moral, que alegam ter sofrido em virtude da demora de 17 anos no julgamento de lide trabalhista. A norma aplicável à hipótese é, portanto, a regra do artigo 133 do Código de Processo Civil. *III - Apesar de não considerar dezessete anos prazo razoável para a solução do litígio, ressalto não haver nos autos prova de que tal demora tenha decorrido de conduta dolosa do juiz trabalhista, ou que tenha o magistrado protelado, injustificadamente, a conclusão do feito, não se havendo, portanto, de falar em indenização.*

IV - Apelação improvida.

AC 1997.38.00.033321-1, Rel. Juiz Conv. FRANCISCO DA SILVA, e-DJF1 07/08/2009: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ALEGADA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 5º, INCISO LXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CF E ART. 133 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC. 1. A responsabilidade do Estado por danos causados em virtude do desempenho da atividade jurisdicional está adstrita às hipóteses previstas no art. 5º, inciso LXXV, da CF e no art. 133 do CPC. Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. 2. A norma contida no art. 5º, inciso LXXV, da CF, trata especificamente da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de ato judicial típico e, por isso, sua aplicação afasta o princípio constante do art. 37, § 6º, da CF. 3. Na hipótese, pretende o Autor obter da União indenização por dano moral que alega ter sofrido, em virtude da demora (vinte anos) no julgamento de ação trabalhista. A norma aplicável ao caso é, portanto, a regra do artigo 133 do Código de Processo Civil. *4. Em nenhum momento o Autor imputou a culpa pela demora na resolução do processo ao magistrado que o presidiu. Não há qualquer prova de que o juiz da causa tenha agido com dolo ou fraude no sentido de retardar o julgamento da demanda trabalhista*. As alegações de suposto *error in judicando* desafiam recurso cabível na órbita processual, não caracterizando violação da prestação jurisdicional, tampouco falha do serviço estatal. 5. A pretensão, por isso, não tem amparo jurídico, uma vez que nos autos não ficou comprovado culpa atribuível ao magistrado pela demora da prestação jurisdicional. Forçoso reconhecer, desta forma, a inexistência de qualquer parcela a título de indenização por danos morais. 6. Sentença mantida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES:

Trata de ação de indenização por danos morais, supostamente sofridas pelo autor em razão de propositura de ação penal (furto qualificado), na qual foi absolvido (após 20 anos de tramitação do processo).

Aduz o autor que era empregado da INFRAERO, tendo sido denunciado (em 25/3/1985) sob a acusação de ter cometido, em 1º/9/1981, o crime de furto qualificado, consistente na subtração de uma mala, contendo aparelhos eletrônicos, do Armazém de Perdimentos do Aeroporto de Congonhas e que somente em 2/9/2002 foi proferida sentença absolutória.

A sentença julgou improcedente a ação, ao fundamento de que não logrou demonstrar o autor, de modo convincente, que o prejuízo experimentado é consequência de conduta imputável ao magistrado, no sentido de ter agido com dolo ou fraude para retardar o julgamento do processo criminal, concluindo, portanto, pela não demonstração da presunção de liquidez e certeza dos fatos expostos na inicial.

Com apelo do autor, subiram os autos a este Tribunal.

Em sessão de 18/10/2012 o Relator, Desembargador Federal Carlos Muta apresentou voto, negando provimento ao apelo do autor. Acompanhei o Relator, pela conclusão, entendendo pela manutenção da sentença recorrida por fundamento diverso.

Em razão disso, manifestei-me no sentido de apresentar declaração de voto, ainda que bem sintética, para justificar o meu entendimento.

O Relator, em seu voto, aduz que "a responsabilidade civil do Estado, por demora na prestação jurisdicional, exige prova de dolo ou culpa do agente no sentido de omitir a conduta necessária à celeridade processual, não bastando invocar o tempo decorrido sem analisar as circunstâncias processuais de cada caso concreto (.....)", entendendo que, no caso concreto, "não houve demonstração de culpa, dolo ou desídia na condução do processo penal, tendo havido, inclusive, em nome da amplitude do direito de defesa e contraditório, a anulação do feito, a pedido da defesa, com reabertura da instrução" (...) "o que permitiu fosse absolvido o próprio autor desta ação (...)".

E conclui que embora não se possa consentir na tramitação de processos por anos a fio, *é inviável igualmente exigir celeridade que prejudique o direito de defesa*.

À análise da espécie, necessário se faz a demarcação de importante fronteira no que diz respeito à evolução da abordagem constitucional da responsabilidade do Estado.

Conforme os ensinamentos do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, "(...) jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica. (...)" (*in* "Curso de Direito Administrativo", 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, item 84, pág. 957).

E complementa:

> A grande alteração legislativa concernente à responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946. O art. 194 daquele diploma introduziu normativamente, entre nós, a teoria da responsabilidade objetiva, isto é, a possibilidade de o Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente seu, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta de serviço.
> Dispunha o preceptivo citado:
> "As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
> Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes."
> Equivalentes disposições e com redação semelhante foram consagradas na Carta de 1967 e na Emenda 1, de 1969.
> O artigo 105 do Diploma de 1967 estatuiu:
> "As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
> Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."
> À diferença da Constituição de 1946, expressamente referiu-se ao cabimento de ação regressiva também nos casos de dolo do funcionário, no que, de resto, confirmava a interpretação que sempre se dera ao art. 194 da Lei Magna de 1946.
> A Carta de 17 de outubro de 1969 (Emenda 1 à Constituição de 1967) reproduz, no artigo 107, o mesmo dispositivo consagrador da possibilidade de responsabilidade objetiva do Estado e a ação regressiva contra o funcionário nos casos de culpa ou dolo, conforme estatui o parágrafo único. São os seguintes seus termos:
> "Art. 107. As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.
> Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

> Por sua vez, a Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 6º, estabelece: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". (o.c. , itens 88 e 89, pág. 959/960).

Por conseguinte, o dano oriundo de uma atuação estatal pode se dar em função de uma atuação positiva (comissão) do Estado ou em decorrência de uma atuação negativa ou não-atuação (omissão).

Quando é o Estado quem produz o dano, aplica-se, a rigor, a regra da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, CF/1988:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O aspecto característico da responsabilidade objetiva reside na desnecessidade de comprovação, por quem se apresente como lesado, da existência da culpa do agente ou do serviço.

Assim, para que o ente público responda objetivamente, suficiente que se comprovem a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo causal entre ambos, porém, com possibilidade de exclusão da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva da vítima. Trata-se da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria do risco administrativo.

No caso, a responsabilidade tem como fundamento a demora na prestação jurisdicional, em razão da qual "foi submetido à vexatória desconfiança da sociedade, aos familiares, da comunidade onde sempre residiu, daí o direito à indenização."

Daí avulta a tese da responsabilidade *por omissão*.

Não foge ao nosso conhecimento o fato de que parte da doutrina contemporânea sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração quando o dano decorrer de uma omissão do Estado. Esse entendimento, capitaneado pelo ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Melo, pode ser resumido no seu ensinamento, que destaco a seguir:

> Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.
> (...)
> Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente) seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. (*in* "Curso de Direito Administrativo", 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, págs. 942/943)

No entanto, a meu entender, é preciso ponderar tais argumentos para o fim de se distinguir *omissão genérica* do Estado de *omissão específica*, ou seja, relativa ao fato específico.

Em hipóteses como a dos autos, a omissão do Estado, caso seja constatada, será *específica*, pois a inércia do Poder Judiciário seria a causa direta e imediata do não-impedimento da ocorrência do evento causador do dano e, nesse caso, é possível cogitar da *responsabilidade objetiva do Estado*, nos termos do art. 37, § 6º, CF/1988, sendo essenciais, à sua caracterização, somente o dano causado e o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o resultado danoso.

Esse entendimento, que ora adoto, já foi inclusive firmado pela Suprema Corte quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 109615-RJ, *in verbis:*

> A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, *por ação ou por omissão*. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, *independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público*. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 1 31/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50).
> (RE 109615/RJ - Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, Julgado em 28/05/1996, v.u., DJ 02/8/1996, grifos meus)

Nesse sentido, colha-se, também, precedente do Superior Tribunal de Justiça: Resp nº 472.735, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, v.u., j. 10/6/2003.

Na presente espécie, portanto, somente se pode imputar responsabilidade ao Estado se ficar sobejamente demonstrado que a sua omissão tenha sido específica e curial ao não-empeço do fato ocasionador do dano.

Não basta, neste terreno, invocar, pura e simplesmente, a circunstância de ter decorrido 20 anos entre a propositura da ação penal e a sentença absolutória para ensejar a responsabilidade objetiva do Estado e o dever de indenizar.

É imprescindível comprovar que o serviço estatal se omitiu especificamente onde podia e tinha condições de evitar a falha e, por consequência, o dano.

Assevere-se que, por se tratar de fatos afirmados na petição inicial, o ônus de prová-los é do autor, não cabendo a sua inversão para impor à União a prova de ter agido de forma diligente.

Ora, como bem analisado pelo Relator, a espécie carece da demonstração de que a demora na prestação jurisdicional se atribui exclusivamente ao Estado.

Conforme se extrai dos elementos erigidos aos autos, há vários hiatos da tramitação processual, que não se sabe o que ocorreu, já que o autor não juntou provas. Em um caso como o presente, em que se pleiteia indenização fundada na demora na prestação judicial, a parte deve juntar cópias de todo o processo criminal, a fim de que se possa ver se efetivamente a demora pode ser imputada apenas ao Estado e se ele também não deu causa, até porque ele poderia, de má-fé, dar causa à demora para depois pleitear a indenização, embora isso não se presume, evidentemente.

O fato é que, por inércia probatória do autor, estou acompanhando o Relator pela sua conclusão, sob outra fundamentação, que também não é divergente, como já tem ocorrido em outros casos, apenas sob uma outra ótica.

Posto isto, acompanho o E. Relator, pelo resultado, para negar provimento à apelação da parte autora, nos termos da fundamentação supra.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELAÇÃO CÍVEL
0009250-21.2007.4.03.6102
(2007.61.02.009250-3)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: ROBERTO RIVAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ
Classe do Processo: AC 1278382
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA NÃO CAPITULADA COMO CRIME. INAPLICABILIDADE DOS PRAZOS PRESCRIONAIS PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL. ART. 23, II, DA LEI 8.429/92 C.C. INCISO I, DO ART. 142, DA LEI Nº 8.112/90. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA.

I. Na ausência de dispositivo sobre remessa oficial na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), aplica-se, por analogia, o art. 19 da Lei nº 4.717/1965, de maneira que as sentenças de improcedência devem sujeitar-se indistintamente à remessa necessária. Resp 1.108.542-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 19/5/2009.

II. O inciso II, do art. 23, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ao regulamentar a prescrição nas ações ajuizadas para apuração de ato de improbidade, dispõe que as ações destinadas a levar a efeito as sanções por ato de improbidade devem ser propostas dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III. Sendo o réu servidor efetivo, a ele se aplica a lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990, cujo artigo 142 e parágrafos, no tocante à prescrição, estabelece prescrever a ação disciplinar em cinco anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

IV. O parágrafo segundo do art. 142 da Lei nº 8112/90 estabelece que os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. Refere-se, portanto, aos crimes contra a Administração Pública, prescritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Somente nesses casos, o prazo prescricional para a apuração da infração administrativa será aquele previsto para o delito relativo à mesma conduta.

V. A punição administrativa sem lei que lhe dê suporte ou o implemento de regra para a prescrição desvinculada do ordenamento jurídico importa risco de instalação de insegurança geral a ferir o Estado Democrático de Direito, sem o qual não se pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

VI. Como corolário, se o delito não está tipificado no estatuto dos servidores públicos como causa de demissão, vedada está a punição administrativa por falta de amparo legal, também não se admitindo a aplicação dos prazos prescricionais do Código Penal

para apuração da falta administrativa.
VII. Os fatos imputados ao réu são atos de improbidade que se enquadram no inciso IV do art. 132, da lei 8.112/90 e não configuram ao mesmo tempo infração penal, exceção feita ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cujo inquérito já fora sumariamente arquivado por falta de provas do interesse ou sentimento pessoal.
VIII. Considerando que o réu teria cometido atos de improbidade sem correspondente previsão da conduta no Código Penal, o prazo para o ajuizamento da presente ação é de cindo anos (art. 142, I, da Lei 8.112/90).
IX. Conhecidos os fatos em 03/2000 e ajuizada a ação em 18/07/2007, de rigor a manutenção da r. sentença que extinguiu o feito com julgamento do mérito, em razão da prescrição, com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90 e art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas e honorários.
X. Apelação e remessa oficial, tida por submetida, desprovidas.

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, tida por ocorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se apelação interposta pelo Ministério Público Federal em face de sentença que reconheceu a prescrição de ação civil pública ajuizada em face de Roberto Rivas.

O Ministério Público Federal na inicial da ação civil pública aduz que, conquanto não responsabilizado o réu na esfera administrativa, por força do princípio da independência de instâncias, demonstrará ter praticado atos de improbidade administrativa, enquanto lotado e em exercício como Agente de Inspeção Sanitária e Industrial de Produtos de Origem Animal do Serviço de Inspeção Federal - S.I.F. - na DFA/SP Regional de Barretos/SP, vinculada a UTRA/Araraquara, consistentes em atos incompatíveis com o decoro e atribuição do cargo, notadamente: *1) a não verificação* dos prazos de empacotamento e validade (05/01/2000) dos 75.740 kg (setenta e cinco mil, setecentos e quarenta quilogramas) de bacalhau norueguês quando deram entrada na sede da empresa COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA., situada na avenida Marginal, nº 1422, Distrito Industrial III, na cidade de Bebedouro/SP; *2) a não verificação* do prazo de validade na ocasião em que retirou amostras do bacalhau armazenado para análise no Instituto Adolpho Lutz em 04/11/1999; *3) a prestação de informações falsas* aos Policiais, Promotores de Justiça e Agentes de Vigilância Sanitária durante diligências realizadas no estabelecimento COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA; 4) *a lacração tardia* do pescado, a qual somente se deu após notícias veiculadas pela imprensa, o que gerou a *introdução no mercado de produtos impróprios ao consumo*; *e 5) a prática de crime contra a relação de consumo, falsidade ideológica e associação criminosa*.

Informa ter sido instaurado e arquivado inquérito policial para a averiguação de cometimento do crime previsto no art. 319, do Código Penal. O réu também foi denunciado como incurso nos crimes do art. 7º, incisos II, III, IX, da Lei nº 8.137/90, nos artigos 299, *caput*, e 288, *caput*, ambos do Código Penal, no artigo 11, *caput* e 12, inciso II ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal.

Alega o MPF restar evidente a conduta omissiva do servidor e descumprimento das determinações da Lei 1.283/50, do Decreto nº 30691/52 e do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que tomou ciência do recebimento do bacalhau norueguês em 10/99, e de sua futura comercialização pela empresa ADRIANO COSELLI S/A somente na Páscoa de 2000, em prejuízo dos consumidores. Deveria o réu verificar a data de validade dos produtos, mas, ao contrário, permitiu que parte considerável do pescado armazenada pela empresa COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA, cerca de 40.000 kg e vencido desde 05/01/2000 fosse retirado, reprocessado e inserido no comércio pela empresa ADRIANO COSELLI S/A, inadmissível para um agente de inspeção sanitária há mais de vinte e três anos, nove deles na cidade de Bebedouro/SP.

Somente quando se tornou público e notório que a empresa ADRIANO COSELLI S/A estava manipulando e adulterando produtos antes de introduzi-los em circulação, Roberto Rivas providenciou a verificação do rótulo do pescado e constatou que o prazo de validade já havia expirado. Ao depois, tentou encobrir a comercialização do pescado com prazo de validade vencido.

Ao assim proceder, Roberto Rivas permitiu, dolosamente, que produtos impróprios ao consumo fossem expostos à venda, o que configura prática de atos de improbidade administrativa, por ofensa a princípios da Administração Pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, com desvio de finalidade), previstos no art. 11, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Destacou que as condutas ímprobas perpetradas por Roberto Rivas não estão prescritas, pois a despeito de terem sido descobertas nos anos de 1999 e 2000, o que, em tese, atrairia a aplicação do prazo prescricional qüinqüenal previsto nos art. 23, II da Lei nº 8.429/82 c.c. art. 142, I, da Lei nº 8.112/90, considerando o disposto no § 2º, do artigo 142, da Lei nº 8.112/90, o prazo de prescrição é aquele previsto na lei penal.

A conduta do requerido enquadrar-se-ia nos artigos 288, 299 ambos do Código Penal e incisos II, II e IX, do art. 7º, art. 11, *caput*, e inciso II, do art. 12, todos da Lei nº 8.137/90, sendo doze anos para a prescrição da presente ação, com base no inciso III, do art. 109, do Código Penal.

Requereu, por derradeiro, notificação do requerido para manifestação por escrito, nos termos do parágrafo 7º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92; após o recebimento da inicial, a citação do requerido para resposta nos termos do art. 17, § º, da Lei nº 8.429/92; intimação da União; aplicação das penalidades do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92; juntada do procedimento administrativo nº 1.34.010.000532/2001-83; decretação de tramitação sob sigilo e produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Deu à causa o valor de R$ 1.000,00, em 17 de julho de 2007.

À fl. 27, o magistrado *a quo* decretou o segredo de justiça e determinou a notificação do réu para oferecer manifestação nos termos do parágrafo 7º, do art. 17, da lei nº 8.429/92.

Em sua manifestação, às fls. 32/41, Roberto Rivas assevera que os fatos ocorreram em 15.03.2000 e somente em julho de 2007 foi ajuizada a presente ação, sendo de se reconhecer a prescrição. Alega que o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito, pois na esfera administrativa não foi responsabilizado e por responder a processo crime em relação aos mesmos fatos. Aduz que não restou comprovada a violação aos princípios administrativos citados na inicial, pois ao final se apurou que o pescado estava apto ao consumo, liberado por ordem judicial após perícia do instituto Adolfo Lutz. Além disso, alega nunca ter se relacionado com as empresas que comercializavam o pescado.

Conforme narra em sua manifestação, no dia da coleta observou somente a embalagem primária que acompanhava o produto para o consumo. Nela constava como data de empacotamento janeiro de 1999 e validade de 2 anos, e não imaginava que as etiquetas externas fixavam outro prazo de validade.

Alega que a lacração tardia se deu em função da dificuldade de se detectar os produtos vencidos em armazém com 8.000 toneladas e mais de 1.000 itens e que cabia a COMFRIO comunicar a existência de mercadoria vencida. Não houve crime contra a relação de consumo, falsidade ideológica e associação criminosa pois o instituto Adolfo Lutz atestou que os produtos estavam em conformidade com as determinações legais, conquanto posteriormente tenham sido condenadas ao aterro sanitário.

Por fim, esclarece que tem 30 anos de atividade e está no final da carreira, cuja conduta sempre foi ilibada, sendo-lhe humanamente impossível acompanhar todas as cargas de mercado interno, pois um agente deveria acompanhar apenas uma empresa, e hoje acompanha cinco, dada a falta de pessoal para inspeção. Defende que o procedimento por ele adotado foi o correto na oportunidade e dentro de suas possibilidades humanas. Requer a improcedência do pedido. Juntou: cópia do ofício circular 004/98 determinando que as empresas com SIF notifiquem diariamente as respectivas Inspeções Federal, sobre a armazenagem de produtos de origem animal que apresentarem qualquer alteração de normalidade (fl. 44); resultado da análise do bacalhau norueguês armazenada na Comfrio Armazéns Gerais Ltda. realizada pelo Instituto Adolfo Lutz, que, em 30.11.99, concluiu estar o produto de acordo com a legislação em vigor (fl. 45); *Boletim de ocorrência datado de 15/03/00* da busca e apreensão do pescado com prazo de validade vencido (fl. 46/47); depoimento testemunhal de Apparicio Penteado Junior (fl. 48); ofício do chefe do SIPA, que, à vista da determinação do Juízo Criminal, determinou a liberação do pescado apreendido (fl. 49); cópia ofício do Juízo Criminal e autorização do Delegado de Polícia para liberação do pescado (fls. 50/52); declaração do Serviço Público Federal (fl. 53); certificados de aterro sanitário do pescado (fls. 54/55); declaração de Imposto de Renda (fls. 56/65); termos de condenação do pescado (fls. 66/70);

Nos termos dos parágrafos 8º e 9º, do art. 17, da lei 9.249/92, em *sentença* de fls. 72/81, o MM. Juiz de primeiro grau julgou extinto o feito com julgamento do mérito e rejeitou a ação, em razão da prescrição, com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90 e art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas e honorários advocatícios, porque o Ministério Público Federal figura como autor da ação.

Irresignado, o Ministério Público Federal apresentou recurso de *apelação*, juntado às fls. 86/96, sustentando inocorrência de prescrição pois a conduta concretizada pelo recorrido amolda-se aos fatos típicos previstos no art. 7, inciso II, III, IX, da Lei nº 8137/92, nos artigos 288, *caput* e 299, *caput*, ambos do Código Penal, nos artigos 11, *caput*, e 12, *inciso* II, ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal, razão pela qual o prazo prescricional

para a presente ação civil pública deve obedecer os mesmos prazos estipulados no art. 109 do Código Penal.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Eg. Corte.

Em seu *parecer*, o Procurador Regional da República opinou pelo provimento da apelação interposta pelo Ministério Público Federal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

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

Inicialmente, no que tange à submissão do *decisum* ao reexame necessário, conquanto ausente previsão legal, à semelhança do que ocorre com a ação popular, de acordo com a jurisprudência Colendo Superior Tribunal de Justiça, publicada no informativo STJ nº 0395, relativo ao período de 18 a 22 de maio de 2009, no caso de improcedência do pedido, submete-se a sentença ao reexame necessário, aplicando-se por analogia a lei da ação popular, conforme abaixo transcrito*:*

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA.
> Na ausência de dispositivo sobre remessa oficial na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), busca-se norma de integração dentro do microssistema da tutela coletiva, aplicando-se, por analogia, o art. 19 da Lei nº 4.717/1965. Embora essa lei refira-se à ação popular, tem sua aplicação nas ações civis públicas, devido a serem assemelhadas as funções a que se destinam (a proteção do patrimônio público e do microssistema processual da tutela coletiva), de maneira que as sentenças de improcedência devem sujeitar-se indistintamente à remessa necessária. De tal sorte, a sentença de improcedência, quando proposta a ação pelo ente de Direito Público lesado, reclama incidência do art. 475 do CPC, sujeitando-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição. Ocorre o mesmo quando a ação for proposta pelo Ministério Público ou pelas associações, incidindo, dessa feita, a regra do art. 19 da Lei da Ação Popular, uma vez que, por agirem os legitimados em defesa do patrimônio público, é possível entender que a sentença, na hipótese, foi proferida contra a União, estado ou município, mesmo que tais entes tenham contestado o pedido inicial. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso do Ministério Público, concluindo ser indispensável o reexame da sentença que concluir pela improcedência ou carência da ação civil pública de reparação de danos ao erário, independentemente do valor dado à causa ou mesmo da condenação. REsp 1.108.542-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 19/5/2009.

Quanto à matéria de fundo, na inicial imputa-se ao réu a prática de atos que importam em descumprimento de normas legais, atentando contra os princípios da administração pública, com a conseqüente aplicação das penalidades previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, descritas, em resumo: *1) não verificação* dos prazos de empacotamento e validade (05/01/2000) dos 75.740 kg de bacalhau norueguês quando deram entrada na sede da empresa

COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA; *2) não verificação* do prazo de validade na ocasião em que retirou amostras do bacalhau armazenado para análise no Instituto Adolpho Lutz em 04/11/1999; *3) prestação de informações falsas* aos Policiais, Promotores de Justiça e Agentes de Vigilância Sanitária durante diligências realizada no estabelecimento COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA; *4) lacração tardia* do pescado, o que gerou a introdução no mercado de produtos impróprios ao consumo; e *5) prática de crime* contra a relação de consumo, falsidade ideológica e associação criminosa.

Especifica o Ministério Público Federal ter Roberto Rivas, ao permitir a introdução de produtos impróprios ao consumo no mercado, cometido atos de improbidade administrativa, por ofensa a princípios da Administração Pública, previstos no art. 11, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> *I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;*
> *II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;*
> III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
> IV - negar publicidade aos atos oficiais;
> V - frustrar a licitude de concurso público;
> VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
> VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Em resumo, o juiz de primeiro grau reconheceu a prescrição da pretensão por entender que o prazo aplicável na hipótese dos autos é de cinco anos, consoante previsão do art. 142, I, da Lei 8112/90 c.c . 23, da Lei 8249/92, considerando a ciência dos fatos em 15.03.00 e a data do ajuizamento da ação em 18/07/2007.

Assim o fez por entender não se aplicar à espécie os prazos prescricionais previstos no Código Penal, pois dada a incidência do princípio da *tipicidade cerrada*, fica evidente que os fatos e a conduta descrita na inicial, que se amoldam nos incisos I e II, do art. 11, da lei 8429/92 (praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência e/ou retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício) não se encaixam em tipos penais indicados na mesma inicial, exceção feita ao crime de prevaricação, cujo inquérito já fora arquivado.

O Ministério Público Federal, por sua vez, em seu apelo, alega inocorrência de prescrição, ao argumento de serem aplicáveis os prazos previstos no Código Penal, à conta de a conduta do recorrido amoldar-se aos fatos típicos previstos no art. 7, inciso II, III, IX, da Lei nº 8137/92, nos artigos 288, *caput* e 299, *caput*, ambos do Código Penal, nos artigos 11, *caput*, e 12, *inciso* II, ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal.

Assevera o MPF que *não é necessária a existência de crime com capitulação idêntica à da infração disciplinar*. Na realidade, o que consta do artigo 142, § 2º, da Lei 8112/90 é que em casos onde a conduta do agente se amolde não só a uma infração disciplinar, mas também

a um crime, deve-se aplicar o prazo prescricional destinado a este. Sob este aspecto, o próprio réu requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito por responder a processo criminal cuja acusação é a mesma dos autos.

Como se vê, a questão posta a desate cinge-se à análise da necessidade *de existir ou não crime com capitulação idêntica à da infração disciplinar* para se aplicar os prazos de prescrição previstos no art. 109, do Código Penal, para a ação de improbidade.

Sob esse aspecto, o art. 23, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ao regulamentar a prescrição nas ações ajuizadas para apuração de ato de improbidade, dispõe:

> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
> I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
> *II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. (g.n.)*

Sendo o réu servidor efetivo, a ele se aplica a lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990, cujo artigo 142 e parágrafos, no tocante à prescrição, estabelece:

> Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:
> *I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*
> II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
> III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.
> § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.
> *§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.*
> § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.
> § 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção. (g.n.)

O art. 132 da Lei nº 8.112/90 traz o rol de infrações disciplinares:

> Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
> I - crime contra a administração pública;
> II - abandono de cargo;
> III - inassiduidade habitual;
> IV - improbidade administrativa;
> V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
> VI - insubordinação grave em serviço;
> VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
> VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
> IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
> X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;
XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Conforme legislação supracitada, no caso de infrações disciplinares não capituladas como crime, o prazo prescricional para a apuração da falta disciplinar, cujo termo inicial será a data em que o fato se torna conhecido, será de cinco anos, dois anos ou cento e oitenta dias, de acordo com a gravidade do ato.

Nas infrações *disciplinares capituladas também como crim*e, os prazos de prescrição serão aqueles previstos na lei penal, a teor do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90.

No rol das infrações disciplinares do estatuto dos servidores públicos federais, apenas as infrações constantes dos incisos I e VII, do art. 132, são também capituladas como crime, casos em que apesar da pena prevista para a infração disciplinar ser a demissão, o prazo da prescrição para a ação de improbidade é o previsto no art. 109 do CP para o crime correspondente.

As infrações disciplinares e os prazos para apuração das faltas foram estabelecidas originalmente no antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952, revogado pela Lei nº 8112/90.

A título ilustrativo, para melhor compreensão, cumpre trazer a lume a redação do antigo artigo 213, da Lei 1.711/52:

Art. 213. Prescreverá:
I - em dois anos a falta sujeita às penas de repreensão, multa ou suspenso;
II - em quatro anos a falta sujeita:
a) a pena de demissão, no caso do § 2º do art. 207;
b) a cassação de aposentadoria ou disponibilidade.
Parágrafo único. A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com êste.

O parágrafo único, do art. 213, da Lei nº 1.711/52 foi substituído pelo § 2º, do art. 142, da Lei 8.112/90, cuja redação, conforme outrora transcrito, passou a ser: "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime."

Os dispositivos citados são claros em estabelecer, em outras palavras, que somente quando a falta administrativa também esta tipificada na lei penal, o prazo prescricional para a punição da infração será o da lei penal.

O parágrafo segundo do art. 142 da Lei nº 8112/90 refere-se, portanto, aos crimes contra a Administração Pública, prescritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Somente nesses casos, o prazo prescricional para a apuração da infração administrativa será aquele previsto para o delito relativo à mesma conduta.

Diferentemente, os crimes comuns, desvinculados de ato praticado contra a Administração Pública por servidores públicos, podem dar ensejo, como efeito da condenação, à perda do cargo. Todavia, somente poderiam dar causa à demissão ou aplicação de outra penalidade administrativa, *se* praticado por servidor e especificamente tipificados como falta administrativa no estatuto do funcionário público, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

De fato, a punição administrativa sem lei que lhe dê suporte ou o implemento de regra para a prescrição desvinculada do ordenamento jurídico importaria risco de instalação de insegurança geral a ferir o Estado Democrático de Direito, sem o qual não se pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Aliás, não se pode admitir interpretação extensiva nos casos que impliquem aplicação de penalidade, sendo de se dar destaque ao princípio da tipicidade cerrada, como o fez o MM. juiz *a quo*.

Por outro turno, os ilícitos penais são punidos pela autoridade criminal competente. Os efeitos de eventual condenação operam reflexos na seara administrativa, notadamente quando o agente é servidor público. Todavia, quando se trata de crimes comuns sem correspondente tipificação no estatuto não podem dar ensejo à punição administrativa.

Como corolário, se o delito não está tipificado no estatuto dos servidores públicos como causa de demissão, vedada está a punição administrativa por falta de amparo legal, bem como não se admite a aplicação dos prazos prescricionais do Código Penal para a apuração da falta administrativa sem correspondente capitulação criminal.

Assim, a contagem dos prazos prescricionais pelo art. 109, do Código Penal para a apuração das infrações administrativas e, de conseguinte, atos de improbidade, somente se aplica às infrações administrativas também tipificadas pela lei penal, hoje previstas nos artigos 312 a 326 (Crimes contra a Administração Pública), e não às hipóteses de crimes comuns praticados por servidores públicos.

A propósito, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PAD. ILÍCITO ADMINISTRATIVO DE NATUREZA GRAVE. CONDUTA PREVISTA NO ART. 43, XLVIII, DA LEI Nº 4.878/1965. CONDUTA TIPIFICADA COMO CRIME NA ESFERA PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NÃO CONFIGURADA. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. PRECEDENTES EM SENTIDO CONTRÁRIO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO SUPERINTENDENTE DA POLÍCIA FEDERAL DE SÃO PAULO. DELEGAÇÃO FORMAL E LEGAL.
> *1. A Lei nº 8.112/1990, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos da prescrição, remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crime.*
> 2. Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público (RMS nº 13.934/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 12/8/2003).
> 3. É legal a delegação de competência ao Superintendente Regional da Polícia Federal para designar membros de Comissão Disciplinar Permanente. Precedentes.
> 4. Segurança denegada. (grifos não originais)
> (MS 14.893/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 22/06/2012)

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Justiça que demitiu o impetrante do cargo de Agente de Polícia Federal, por meio da Portaria nº 4.031, de 14 de dezembro de 2010, em face do enquadramento em infrações previstas no inciso IX do art. 43 da Lei 4.878 e inciso IV do art. 132 da Lei 8.112/90.
2. A Lei nº 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crime - o que ocorre na hipótese, haja vista que as infrações administrativas imputadas ao impetrante, em especial o recebimento de vantagem financeira em troca do fornecimento de informações privilegiadas a pessoa investigada (art. IX do art. 43 da Lei 4.878/65) também se configura como crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). Precedentes: MS 16567/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/11/11; MS 15462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 22/3/11; MS 14040/ DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis, Terceira Seção, DJe 23/8/11.
3. Assim, fazendo o cotejo do art. 317 do CP com o art. 109 do CP, segundo o qual a prescrição, antes de proferida a sentença condenatória, é regulado pela pena máxima cominada para o delito, o prazo prescricional em abstrato atinge 16 anos. Nesse contexto, ainda que considerado o conhecimento dos fatos imputados ao impetrante em 2000, não se pode afirmar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva disciplinar, uma vez que a mesma somente se esgotaria em 2016.
4. O indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa. Precedentes: REsp 1216473/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 9/5/11; MS 14.045/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 29/4/10.
5. Segurança denegada. (grifos não originais)
(MS 16.075/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/03/2012)

Na hipótese vertente, o réu é acusado de cometer ato correspondente à infração disciplinar não tipificada como infração penal (art. 11, incisos I e II, da Lei 8429/92) (praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso do previsto, retarda ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício).

Apenas algumas infrações disciplinares do arts. 132 e 117, da Lei 8.112/90 são capituladas ao mesmo tempo como crime.

Os fatos imputados ao réu são atos de improbidade que se enquadram no inciso IV do art. 132, da lei 8.112/90 e não configuram ao mesmo tempo infração penal, exceção feita ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cujo inquérito já fora sumariamente arquivado por falta de provas do interesse ou sentimento pessoal.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, de absolvição por delito que também configurava infração disciplinar, assim decidiu:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.671 - BA (2009/0197703-1)
RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
(...)
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTADUAL. PROCESSO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM CAPITULADA COMO CRIME. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. UTILIZAÇÃO, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

DA LEI PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO SE MOSTRA AJUSTADO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
(...)
Ao julgar o mandado de segurança, o Tribunal de Justiça da Bahia denegou a segurança à vista dos fundamentos sintetizados nesta ementa:
"MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE SERVIDOR. PROCESSO DISCIPLINAR. IDENTIDADE ENTRE O ILÍCITO FUNCIONAL E O DELITO. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NA LEI PENAL. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO NO PROCESSO CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS DE RESPONSABILIDADE. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MANTIDA. SEGURANÇA DENEGADA.
- 'Em se tratando de infrações disciplinares também capituladas como crimes, o prazo a ser observado na instância administrativa é aquele previsto na legislação penal' (RESP 13915/SP, DJ 02/08/04 p. 659).
Esta orientação tem previsão expressa no art. 31 § 1º do Estatuto do Servidor Policial Civil aplicável ao caso do Impetrante e vem sendo repetida na legislação posterior.
- As esferas de responsabilidade penal e administrativa são independentes, de modo que a absolvição criminal com fundamento na insuficiência de provas não é capaz de elidir a falta funcional.
- Segurança denegada".
(...)
Brevemente relatado, decido.
Foram estes os fundamentos apresentados pelo Tribunal de Justiça para afastar a alegação de prescrição:
(...)
Nesse ponto vale ressaltar que a falta funcional não está atrelada à sorte de eventual processo criminal instaurado para apurar a existência do delito decorrente dos mesmos fatos. O comando legal é unívoco no sentido de que os prazos da lei penal serão computados no âmbito do processo administrativo, não havendo qualquer vinculação entre a efetiva aplicação da prescrição a ser considerada pelo Juízo Criminal e o desfecho da ação disciplinar.
[...]
Nesta ordem, fácil constatar que os fatos imputados ao impetrante - libertar presos de forma irregular, mediante promessa de vantagem indevida - amoldam-se, perfeitamente, à conduta descrita no art. 317, § 1º, do Código Penal, como corrupção passiva, cominando-lhe pena máxima de 12 (doze) anos de reclusão, forçoso concluir pela aplicação do prazo prescricional prevista no art. 109, II, do referido diploma, que é de 16 (dezesseis) anos.
Sendo assim, não restam dúvidas de que, desde a ocorrência da infração disciplinar até a aplicação da penalidade correlata não chegou a transcorrer o prazo estatuído na lei penal, eis que o decreto demissionário foi editado cerca de 8 (oito) anos depois da prática da infração apontada.
Ainda que assim não fosse, ao se cogitar da aplicação da lei posterior, em homenagem ao princípio da aplicação da lei mais favorável, igualmente estaria afastada a aludida prescrição porque o art. 203, § º, da Lei nº 6.677/94 possui regra idêntica:
"Art. 203 - A ação disciplinar prescreverá:
I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.
§ 1º - O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.
§ 2º - Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º - A abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar interrompe a prescrição até a decisão final proferida por autoridade competente".

Oportuno, ainda, salientar que o STJ já enfrentou, por diversas vezes, a questão da contagem do prazo de prescrição administrativa quando a infração disciplinar também constituir crime, estando amplamente confirmada sua aplicação independentemente da conclusão ou mesmo da instauração de procedimento criminal.

Com efeito, ao assim decidir, o Tribunal de Justiça da Bahia destoou da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Conquanto a *legislação estadual preveja que, em se tratando de infração administrativa também capitulada como crime a prescrição é regulada pela lei penal, é de ser levado em conta o entendimento que aqui predomina no sentido de que, "nos casos em que o ilícito penal não for apurado ou o servidor for absolvido no processo criminal, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional" (RMS nº 15.585/RS, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 3/4/2006).*

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FATO TIPIFICADO COMO CRIME NA LEI PENAL. ABSOLVIÇÃO NO PROCESSO CRIMINAL E ABOLITIO CRIMINIS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA. COMUNICAÇÃO DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça e nos termos da legislação estadual, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos casos em que o servidor pratica ilícito disciplinar também capitulado como crime, deve observar o disposto na legislação penal. Porém, nos casos de absolvição no processo criminal ou de abolitio criminis, aplica-se o disposto na legislação administrativa.

[...]

4. Agravo regimental improvido".

(AgRg no RMS nº 32.363/RS, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 15/3/2011)

No caso ora examinado, conquanto seja incontroverso que foi oferecida denúncia contra o recorrente, por incidir no tipo descrito no art. 317, § 1º, do Código Penal (fls. 41/43), tampouco há dúvida de que foi ele absolvido dessa acusação, por sentença transitada em julgado, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal (fl. 47).

Diante disso, a conclusão que se impõe, na linha da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é a de que não se faz possível aplicar o prazo prescricional disciplinado pela lei penal.

Fixado esse entendimento, observo que o Tribunal de origem não apreciou a questão da prescrição com enfoque na legislação estadual que trata do processo administrativo disciplinar.

Não há, contudo, como examinar a matéria sob essa perspectiva, aqui e agora, porquanto, na linha da nossa jurisprudência, "é vedado ao Superior Tribunal de Justiça a discussão, em sede de recurso ordinário, de matéria não debatida na origem, por caracterizar supressão de instância" (RMS nº 16.927/ES, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 24/4/2006).

(...)

À vista do exposto, dou provimento, em parte, ao recurso ordinário para afastar a incidência, no caso dos autos, dos prazos prescricionais previstos na lei penal; em consequência, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, renovando o julgamento do mandado de segurança, decida, como entender de direito, a questão da prescrição, mas agora com enfoque na legislação estadual que regula o processo administrativo disciplinar.

Publique-se.

Brasília, 15 de outubro de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

(Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 17/10/2012) (grifos não originais).

Por outro lado, ainda que o réu tenha sido denunciado como incurso nos crimes do art. 7º, incisos II, III, IX, da Lei nº 8.137/90, nos artigos 299, *caput*, e 288, *caput*, ambos do Código Penal, no artigo 11, *caput* e 12, inciso II ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal, a perda do cargo decorreria dos efeitos penais de eventual condenação e não da sanção em processo disciplinar.

Ainda, cumpre lembrar que os crimes dos artigos 288, 299, do CP e art. 7º, II, III, e IX, art. 11, *caput* e art. 12, II, da Lei 8.137/90, não são capitulados como infrações disciplinares sujeitas à pena de demissão, o que afasta a previsão do art. 109 do Código Penal, consoante já explicado.

De outro giro, e de conformidade com entendimento consolidado no C. STJ desde 30.09.2008, REsp 1069779, e outros mais recentes (Resp 902.166), a ação de ressarcimento do erário por improbidade administrativa é imprescritível, de modo que o artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) - que prevê o prazo prescricional de cinco anos para a aplicação das sanções previstas nessa lei - disciplina apenas a primeira parte do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, que, em sua parte final, ressalva as respectivas ações de ressarcimento. Assim, prescreve em cinco anos a punição do ato ilícito, mas a pretensão de ressarcimento pelo prejuízo causado ao erário é imprescritível.

Todavia, a hipótese dos autos não trata de ressarcimento, pois, conquanto requeira o autor sejam aplicadas as penas do art. 12 da Lei de improbidade, não há descrição e valoração de eventual dano ao erário. Também não há comprovação de dano, até porque, em princípio, há cópia do laudo do Instituto Adolfo Lutz atestando estar o pescado de acordo com a legislação. Além disso, a rejeição da inicial foi sumária, impedindo a produção de provas.

Finalmente, considerando que o réu teria cometido atos de improbidade, listados no inciso IV, do artigo 132, da Lei 8.112/90, e incisos I e II, do art. 11, da Lei 8.429/82, sem correspondente previsão da conduta no Código Penal, o prazo para o ajuizamento da presente ação é de cindo anos (art. 142, I, da Lei 8.112/90).

Conhecidos os fatos em 15/03/2000 (fls. 46/47) e ajuizada a ação em 18/07/2007, de rigor a manutenção da r. sentença que reconheceu a prescrição.

Custas e honorários nos termos da r. sentença.

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial, tida por submetida.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0008305-68.2011.4.03.6110
(2011.61.10.008305-4)

Apelante: PRIMO SCHINCARIOL IND/ DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO
Classe do Processo: AMS 337030
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE PARCELAMENTO. MP Nº 470/09. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SOROCABA/SP. PROCURADOR CHEFE DA FAZENDA NACIONAL EM SOROCABA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRAZO PARA ENCERRAMENTO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE. LEI Nº 11.457/07.

1. As autoridades impetradas, responsáveis pela prolação da decisão do pedido formulado administrativamente, também o são pelo controle dos prazos de duração do processo administrativo, de modo a preservar as garantias dos contribuintes albergadas na Constituição Federal e na legislação ordinária.

2. O pedido de reconhecimento de adesão à anistia, previsto na MP 470/09, não pode ser apreciado na quadra deste "mandamus", tendo em vista que não há ato coator a respeito e tampouco foram trasladadas, em sua inteireza, as peças que compõem o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93.

3. Quanto ao processo administrativo nº 13876.000891/2009-93, aplica-se o artigo 24 da Lei nº 11.457/2007, conforme entendimento sufragado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "Art. 24. 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."

4. A Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no regime dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do CPC, firmou entendimento segundo o qual o art. 24 da Lei nº 11.457/07 estabelece a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias, a contar do protocolo do pedido formulado pelo administrado, mesmo naqueles requerimentos efetuados antes da entrada em vigor da referida lei. Estabeleceu ainda que, ante a natureza processual fiscal desta norma, deve ser aplicada imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

5. *In casu*, considerando que o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 foi instaurado em 30/11/2009, verifica-se ter decorrido prazo superior aos 360 (trezentos e sessenta) dias previstos pelo artigo 24 da Lei nº 11.457/07.

6. Apelação parcialmente provida, para fixar o prazo de até 30 (trinta) dias para prolação de decisão no processo administrativo nº 13876.000891/2009-93.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A, objetivando que a autoridade impetrada aprecie o pedido de inclusão no parcelamento da MP nº 470/09, informando o valor da dívida consolidada, utilizando-se do saldo de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, afastando-se ainda as restrições impostas pelo artigo 8º, § 1º, da Portaria PGFN/RFB nº 09/2009.

Requer ainda seja determinada a suspensão da ordem de conversão em renda dos depósitos judiciais realizados nos autos nº 0028978-32.2000.4.03.0399 ou, ainda, tornada a ordem sem efeito, até que haja decisão definitiva na presente ação.

Pleiteia, também, a suspensão da cobrança dos honorários advocatícios fixados no processo nº 0028978-32.2000.4.03.0399, até decisão definitiva nestes autos.

Foi proferida sentença extinguindo o processo sem resolução do mérito, com fundamento na ilegitimidade passiva “ad causam”, quanto ao pedido de análise da inclusão da impetrante na anistia prevista pela MP nº 470/09. Com relação aos pedidos de suspensão ou declaração da ineficácia da ordem de conversão em renda dos depósitos judiciais realizados no processo nº 0028978-32.2000.4.03.0399 e pedido de suspensão da cobrança dos honorários advocatícios fixados nestes autos, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC.

Irresignada, apela a impetrante pugnando pela reversão do julgado.

Com contrarrazões da União Federal, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pela legitimidade ativa das autoridades impetradas, e manutenção da sentença quanto aos demais aspectos, dando parcial provimento à apelação para que seja proferida decisão de mérito.

Às fls. 329/378, a impetrante, ora apelante, requer a concessão de ordem de sobrestamento do levantamento dos depósitos no processo nº 0028978-32.2000.4.03.0399.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

VOTO

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

Inicialmente, quanto ao pedido de suspensão da conversão em renda da União dos depósitos realizados na ação de rito ordinário nº 0028978-32.2000.4.03.0399, a questão, por óbvio, deve ser examinada e decidida nos autos da referida demanda, haja vista que os depósitos estão à disposição daquele Juízo. Daí o acerto da sentença proferida no que toca especificamente a este ponto.

Passo ao exame da matéria relativa à ilegitimidade passiva.

De acordo com a dicção da peça informativa de fls. 217/225, o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 foi remetido para a CODAC/DAPAR, conforme documento de fl. 239.

Não obstante, é certo que a decisão administrativa, em momento vindouro, vale dizer, após o retorno do processo administrativo, deverá ser firmada pelas autoridades impetradas.

Aliás, a própria Receita Federal, nas informações prestadas (fls. 217/225), afirma que "o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 está tramitando, tendo esta DRF/SOROCABA adotado as providências determinadas na Nota Parcelamento MP 470/2009 nº 003/2010, e neste momento aguarda as providências que serão adotadas pela CODAC/DAPAR para, *após, tomar as demais medidas que se fizerem necessárias*."

Ainda quanto a este ponto, observo que, ao contrário do que afirma o magistrado singular, o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 não será apreciado, em sua inteireza, pela Seção de Controle e Acompanhamento Tributário - DRF - ANA - Goiás.

Deveras, segundo as informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba, o processo administrativo em referência foi encaminhado para a DRF de Goiás porque albergava também, e não exclusivamente, "créditos administrados pela DRF/ANÁPOLIS/GO", conforme dicção da peça de fl. 220.

A par disto, saliento que o pedido formulado nos autos do processo administrativo guarda correlação estrita com os depósitos realizados nos autos da ação de rito ordinário nº 13876.000891/2009-93, feito que teve trâmite perante a Justiça Federal de Sorocaba, vale dizer, no foro vinculado ao domicílio fiscal do impetrante.

Daí a legitimidade das autoridades impetradas, razão pela qual afasto a decisão de primeira instância neste aspecto e, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, passo ao exame da controvérsia.

Quanto ao mérito, desde logo anoto que o pedido de reconhecimento de adesão à anistia, prevista na MP 470/09, não pode ser apreciado na quadra deste "mandamus", tendo em vista que não há ato coator a respeito e tampouco foram trasladadas, em sua inteireza, as peças que compõem o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93.

Destarte, passo ao exame do pedido relativo ao trâmite regular do processo administrativo acima referido.

Quanto ao processo administrativo nº 13876.000891/2009-93, aplica-se o artigo 24 da Lei nº 11.457/2007, conforme entendimento sufragado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Art. 24. 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.

Com efeito, a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no regime dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do CPC, firmou entendimento segundo o qual o art. 24 da Lei nº 11.457/07 estabelece a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias, a contar do protocolo do pedido formulado pelo administrado, mesmo naqueles requerimentos efetuados antes da entrada em vigor da referida lei. Estabeleceu ainda que, ante a natureza processual fiscal desta norma, deve ser aplicada imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

O Recurso Representativo da Controvérsia vem assim ementado:

> TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
> 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."
> 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)
> 3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do processo administrativo fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.
> 4. *Ad argumentandum tantum*, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do *thema judicandum*, *in verbis*:
> "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)
> I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;
> II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;
> III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.
> § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.
> § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."
> 5. A Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24,

preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, *litteris*:
"Art. 24. 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."
6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.
7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).
8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento *sub judice*. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp 1138206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 01/09/2010)

Assim sendo, consoante referido precedente, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos efetuados após o advento deste diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias, contados a partir da data do protocolo.

Saliento, por derradeiro, que o pedido administrativo, em discussão nestes autos, foi protocolizado já na vigência da Lei nº 11.457, de 16.03.2007.

In casu, considerando que o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 foi instaurado em 30/11/2009, verifica-se ter decorrido prazo superior aos 360 (trezentos e sessenta) dias previstos pelo artigo 24 da Lei nº 11.457/07.

Ante o exposto, considerando o tempo decorrido, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento à apelação, para que a autoridade impetrada profira, em até 30 (trinta) dias, decisão no processo nº 13876.000891/2009-93.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

• Sobre o prazo de 360 dias, estabelecido pela Lei nº 11.457/2007, para proferimento de decisão administrativa no âmbito da administração tributária federal, veja também o seguinte julgado: AMS 0008397-47.2009.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 102/535.

Direito Civil

APELAÇÃO CÍVEL
0001475-06.2008.4.03.6106
(2008.61.06.001475-1)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: ADRIANA REGINA GONCALVES MENEZELLO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AC 1742029
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

EMENTA

DIREITO PRIVADO. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. CONTA INATIVA. PAGAMENTO DE TARIFAS. DESCABIMENTO.
I - Hipótese em que o contrato firmado não especifica o tipo de conta aberta, tendo a CEF fornecido à autora carteirinha indicativa de "Poupança da Caixa", não havendo que se falar em pagamento de tarifas bancárias.
II - Ausência de notificação ao correntista informando sobre o lançamento dos débitos.
III - Danos morais configurados.
IV - Recurso desprovido.
V - Agravo retido prejudicado.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de novembro de 2012.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação de indenização ajuizada por ADRIANA REGINA GONÇALVES MENEZELLO em face da CEF - Caixa Econômica Federal visando a declaração de inexigibilidade da cobrança dos débitos lançados em sua conta e a indenização por danos morais no valor equivalente a 30 salários mínimos.

Às fls. 92/92-v consta deferimento do pedido de tutela antecipada.

Através da sentença de fls. 104/107 o MMº. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a ação declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes, tornando nulos os débitos advindos dos lançamentos efetivados pelo banco e determinando a exclusão do nome da autora dos Cadastros de Proteção ao Crédito, ao fim condenando a instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 2.000,00.

Apelou a CEF requerendo o julgamento de agravo retido interposto e a reforma da sentença sob o fundamento de ausência de dano indenizável.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes e a condenação da CAIXA ao pagamento de indenização por danos morais.

Alega a autora, em síntese, que ao tentar obter um empréstimo pessoal junto ao banco BRADESCO foi informada que seu nome estava inscrito no SERASA por apontamento da CEF e, tendo buscado informações, apurou que o débito derivava de tarifas, taxas e demais encargos de sua conta corrente junto à CEF.

Afirma desconhecer a abertura da mencionada conta corrente e se recordar apenas de ter aberto uma conta poupança que encontra-se inativa, cujo número coincide com o indicado no SERASA.

Aduz que tratando-se de conta poupança não há motivos para pagamento de taxas, tarifas ou quaisquer despesas, e que na época, abriu a referida conta sob sugestão do gerente da CEF para acelerar o recebimento do valor referente à hipoteca imobiliária.

Narra ter recebido uma carteirinha com indicação "conta poupança" e que logo após o recebimento do dinheiro comprou uma casa, deixando a conta inativa.

A CEF, por sua vez, alega que "a autora abriu conta corrente em 26/08/2004. Portanto, antes da alegada venda do imóvel (04/09/2004). Além disso, a autora não quitou o financiamento com o dinheiro da venda da casa, mas com a utilização de recursos do FGTS, em 25/08/2004, conforme extrato da conta vinculada anexo. Demais, a autora contratou ainda a abertura de um crédito rotativo (cheque especial) em 03/09/2004."

Afirmou ainda que é praxe de alguns empregados da agência ao abrir a conta corrente fornecer o número da conta ao cliente utilizando uma carteirinha de poupança, ante a inexistência de outro documento apropriado para a conta corrente, alegando que a autora contratou conta corrente e cheque especial e foi negligente ao abandoná-la sem solicitar o encerramento.

Ao início, assevero que as instituições financeiras se submetem aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo E. Superior Tribunal de Justiça em 09/09/2004: "Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Por sua vez, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo sobre a responsabilidade pelo fato do serviço, assim estabelece:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ocorrendo alguma das hipóteses previstas no art. 14 do CDC, há responsabilidade objetiva da instituição bancária, porquanto o serviço prestado foi defeituoso e a falha acarretou dano ao consumidor direto.

Segundo Maria Helena Diniz a responsabilidade objetiva é aquela "fundada no risco, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vitima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar." (*Dicionário Jurídico*. 3 edição. São Paulo. Saraiva, 2005)

A respeito da responsabilidade objetiva das instituições bancárias, o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no seguinte sentido:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.
> 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.
> 2. Recurso especial provido.
> (REsp 1199782/PR, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 24/08/2011, Data da Publicação/Fonte DJe 12/09/2011)

Quanto à produção de provas, o artigo 6º, VIII, do CDC estabelece:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> (...)
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Da leitura do dispositivo legal em comento verifica-se que uma vez demonstrada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, é possível a inversão do ônus da prova.

Nesta linha de entendimento, a jurisprudência reconhece a hipossuficiência técnica do correntista/consumidor e a aplicação da inversão do ônus da prova, conforme entendimento pacificado no E. STJ, esposado no AgRg no Resp 906708/RO, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 30/05/2011.

No caso dos autos, observa-se que o contrato de fls. 48/56 não especifica o tipo de conta aberta, sendo que às fls. 23 foi juntada a carteirinha entregue à autora indicando "poupança da caixa" e, embora a autora tenha contratado com o banco um Crédito Rotativo no valor de R$ 500,00, os extratos bancários juntados aos autos demonstram que a conta jamais foi utilizada, não havendo nenhuma movimentação financeira realizada pela autora, apenas débitos referentes a taxas e tarifas de manutenção.

Assim, não se infirmam as alegações da autora de que abriu a conta para facilitar o recebimento do valor da hipoteca imobiliária e que nunca mais utilizou a conta, assim, não

podendo ser responsabilizada pelas tarifas bancárias cobradas, que atingiram o patamar de mais de R$ 2.000,00.

Ademais, observa-se que não consta nos autos nenhum aviso de cobrança de dívida, convindo anotar que a jurisprudência desta Corte entende que os valores decorrentes de cobranças e taxas bancárias de manutenção de conta inativa não são devidos se o correntista não foi devidamente informado do lançamento mensal de tais débitos, consoante ementa que trago à colação:

> DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CARACTERIZAÇÃO. PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. OBJETIVOS: RESSARCIR A VÍTIMA E DESESTIMULAR A REINCIDÊNCIA. MONTANTE ÍNFIMO OU QUE ACARRETE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INADMISSIBILIDADE.
> 1. O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. A inscrição indevida em cadastros de inadimplentes caracteriza a falha na prestação de serviços e, uma vez presente o nexo de causalidade entre o fato e o evento danoso, gera o dever de indenizar.
> 2. Conforme a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal Justiça, é desnecessária a prova da ocorrência do dano, sendo este evidenciado pelas circunstâncias do próprio fato.
> 3. Caso haja inscrição legítima e preexistente à anotação irregular impugnada, não se caracterizará o dano moral indenizável.
> *4. Firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que são indevidos os valores decorrentes de cobrança de taxas bancárias de manutenção de conta inativa, sem que seja o correntista devidamente informado do lançamento mensal de tais débitos, em especial quando a abertura da conta foi apresentada como condição para obter levantamento de saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS ou financiamento, sendo que a omissão no sentido de promover o encerramento da conta ao final de tais transações não exime a instituição bancária da responsabilidade de indenizar eventuais danos causados ao correntista, mas constitui causa a ser considerada no momento de fixação do montante da indenização* (TRF da 3ª Região, AC nº 00090418720094036100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 11.01.12; AC nº 00120072820064036100, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 15.03.12; AC nº 00127486720034036102, Rel. Juiz Fed. Conv. Wilson Zauhy, j. 20.06.11; AC nº 00007511220024036106, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 18.05.09).
> 5. Foi comprovado que a CEF procedeu à inscrição indevida do nome da autora em cadastro de proteção ao crédito em 01.07.03, em decorrência de débito resultante de taxas bancárias incidentes sobre sua conta inativa não cancelada, bem como que, apesar de a autora haver quitado o débito em 04.08.03, a instituição não providenciou, ao menos até a data de 17.09.03, a exclusão de seu nome do referido cadastro (fls. 20/24 e 64/94). A CEF, ademais, não demonstrou que os débitos tenham origem em outras operações e não se desincumbiu do ônus da prova, que lhe cabia (STJ, Súmula nº 297).
> 6. 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.
> 7. O valor fixado na sentença, de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mostra-se excessivo, em especial ao se considerar o fato de que a autora concorreu para a ocorrência do fato lesivo ao deixar de providenciar o encerramento de sua conta com a ré e o curto período da inscrição após a quitação. Deste modo, mostra-se razoável e adequado para ressarcir a vítima e desestimular a reincidência, sem acarretar o enriquecimento sem causa da parte prejudicada, consideradas as peculiaridades, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

8. Apelação parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AC 0026266-33.2003.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 15/10/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2012)

Nada a objetar, destarte, à sentença ao aduzir:

A autora não impugnou suas assinaturas na "ficha de abertura" e "contrato de crédito rotativo cheque azul", fls. 45/46, mas, pela farta documentação acostada, verifico que a autora não fez qualquer uso da conta que abriu perante a CAIXA.
Esse detalhe faz plausível a sua versão inicial - de que abriu a conta mas nunca a utilizou, vez que não se concebe uma pessoa abrir uma conta bancária para não usar. A autora abriu uma conta e nunca usou. Nunca fez um depósito, nunca fez um saque.
Então, a dívida que hoje se afigura é composta somente de juros, encargos e tarifas. Nenhum dinheiro ou serviço o banco forneceu à autora.
É verdade que não pode ser atribuída à autora que se declarou "secretário, estenógrafo, datilógrafo" na Ficha de Abertura e Autógrafos do banco, fls. 47, a completa ignorância quanto aos documentos bancários assinados - tese autoral de que achou que se tratava de poupança - mas se mostra verossímil a tese de que jamais utilizou a conta. A inatividade da conta por mais de dois anos e meio sinaliza no sentido da inconsciência, não no inadimplemento.
Deixo de abordar a questão acerca dos motivos da abertura da conta - tese autoral de que foi sugerida pela ré a fim de acelerar a liberação da hipoteca e, ainda, de que pensou tratar-se de poupança (fls. 22/23), tese da ré de que, na verdade, utilizou o saldo do FGTS - pois prescindível quanto à questão central: pagamento de encargos, taxas, juros sem a utilização do serviço, sem nunca ter utilizado a conta.
Procede, pois, o pedido de reconhecimento de inexigibilidade dos valores cobrados pela ré, vez que abusiva a cobrança de encargos e serviços se a autora nunca deles fez uso.

Indevidos os valores apontados que ensejaram a inscrição do nome da autora nos cadastros restritivos de crédito, configura-se o dever da CEF de ressarcimento de danos morais, convindo anotar que em casos como o dos autos não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido, e decorre da própria inscrição indevida.

A jurisprudência do E. STJ já se manifestou a respeito da matéria em diversas oportunidades, consoante ementas de julgados que trago à colação:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NA SERASA. PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. DANOS MORAIS. VALOR DA CONDENAÇÃO. RAZOABILIDADE.
I - A exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes.
(...)
(AgRg no Ag 979810/SP, Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 11/03/2008, Data da Publicação/Fonte DJe 01/04/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.
1 - A indevida manutenção da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes gera o direito à indenização por danos morais, sendo desnecessária a comprovação dos pre-

juízos suportados, pois são óbvios os efeitos nocivos da negativação.
(...)
(AgRg no Ag 845875/RN, Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, Data do Julgamento 04/03/2008, Data da Publicação/Fonte DJe 10/03/2008)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E EMERGENTE. MÚTUO. PROTESTO INDEVIDO. INSCRIÇÃO NO SERASA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. CC, ART. 159. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. COMPATIBILIDADE DO VALOR DA INDENIZAÇÃO À LESÃO. SUCUMBÊNCIA.
I. A indevida inscrição em cadastro de inadimplente, bem como o protesto do título, geram direito à indenização por dano moral , independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir, gerando direito a ressarcimento que deve, de outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito.
(...)
(REsp 457734/MT, Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, Data do Julgamento 22/10/2002, Data da Publicação/Fonte DJ 24/02/2003 p. 248)

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

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL *IN RE IPSA*. ATRASOS SUCESSIVOS. IRRELEVÂNCIA NA CONFIGURAÇÃO DO DANO. CONSIDERAÇÃO NO MOMENTO DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. APELAÇÃO PROVIDA PARCIAL.
(...)
II - A jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes enseja, por si só, a reparação do dano moral . Ou seja, na hipótese dos autos o dano moral é *in re ipsa*.
III - O fato de o autor ter quitado outras parcelas em atraso não tem o condão de afastar a indenização no caso em tela, pois a parcela que motivou a inscrição e a respeito da qual foi notificado foi quitada antes da negativação.
(...)
(AC 1501266, Processo: 0001795-79.2005.4.03.6100/SP, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 27/03/2012, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/04/2012, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES)

CIVIL. RESPONSABILIDADE POR ATO ILÍCITO. DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DE NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTE. VALOR DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. SUCUMBÊNCIA PARCIAL, PORÉM, SIGNIFICATIVA.
1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, independentemente de prova do efetivo prejuízo, deve a instituição bancária ser condenada ao pagamento de compensação financeira por conta de dano moral infligido a cliente que teve seu nome indevidamente inscrito em cadastros de inadimplentes.
(...)
(AC 1278962, Processo: 0046537-05.1999.4.03.6100/SP, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 01/09/2009, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/03/2012, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS)

Quanto à fixação do valor devido a título de dano moral, que tem natureza reparatória

e punitiva, deve-se levar em conta a situação específica dos autos observando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, consoante entendimento adotado pela jurisprudência do E. STJ no julgamento do RESP 418.502/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30/09/2002 "o *quantum* a ser fixado na ação por indenização por danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo calcado nos cânones da exemplariedade e solidariedade sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, devendo, por isso, levar em consideração a capacidade econômica do réu, tornando a condenação exemplar e suportável".

Isto estabelecido, considerando o descabimento de condenação em valores apenas simbólicos, já que a indenização deve servir também a propósitos preventivos e de desincentivo à reincidência, ao mesmo tempo buscando-se evitar o enriquecimento sem justa causa da vítima, assevero que todos estes objetivos foram atendidos com a condenação no valor fixado na sentença que, destarte, também neste tópico deve ser mantida.

Por fim, anoto restar prejudicada a apreciação do agravo retido versando sobre a apreciação da tutela antecipada, em razão de sua perda de objeto, não se verificando razoabilidade ou efetividade no seu exame diante do julgamento do recurso de apelação tirado de sentença de mérito e levando-se em conta o resultado ora alcançado, consoante a jurisprudência elencada a seguir:

> APELAÇÃO CÍVEL - MÚTUO HIPOTECÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA (SFH) - PRETENDIDA REVISÃO DAS CLAÚSULAS CONTRATUAIS CONSIDERADAS ABUSIVAS NO TOCANTE A POSIÇÃO DOS DEVEDORES - ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO CELEBRADO PELO SISTEMA SACRE - CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - NULIDADES AFASTADAS - RECURSO CONTRA A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO - AGRAVO RETIDO PREJUDICADO.
> (...)
> 8. Resta sem objeto o agravo retido posto que não haveria justa razão para apreciar o pedido de tutela antecipada em face do improvimento do recurso.
> 9. Matéria preliminar rejeitada e, no mérito, apelação improvida. Agravo retido prejudicado. (AC 200661050099880, JUIZ JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, 28/10/2009)

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso e julgo prejudicado o agravo retido, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0030344-22.2012.4.03.0000
(2012.03.00.030344-6)

Agravante: DORIS RIGONATTI
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 473/475
Interessada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Partes Rés: OSWALDO RIGONATTI E ISAURA REIKO NAGAO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: AI 489079
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/01/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. BEM DE FAMÍLIA NÃO CONFIGURADO. IMÓVEL ALIENADO. IMPENHORABILIDADE AFASTADA. EXCESSO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. CONTRATO DE MÚTUO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. SÚMULA 233 DO STJ. INAPLICABILIDADE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - "Cabe ao devedor o ônus da prova do preenchimento dos requisitos necessários para enquadramento do imóvel penhorado na proteção concedida pela Lei nº 8.009/90 ao bem de família, quando a sua configuração não se acha, de pronto, plenamente caracterizada nos autos" (STJ, 4ª Turma, AG 655553, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

2 - Na hipótese, o imóvel penhorado foi alienado pela recorrente, sendo certo que a posterior anulação do negócio por fraude à execução não tem como conseqüência a reintegração do bem ao patrimônio do devedor.

3 - O título em que se funda a execução preenche os requisitos de certeza e liquidez, eis que se trata de contrato de crédito pessoal/empréstimo, o que afasta a aplicação da Súmula 233, do STJ.

4 - Se a agravante pretende discutir suposto excesso na execução, cumpria a ela instruir o presente recurso com cópia integral e legível do contrato sobre o qual se funda a ação executiva, ônus do qual não se desincumbiu.

5 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

6 - Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado por Dóris Rigonatti contra a decisão reproduzida à fl. 458, pela qual o Juízo *a quo* deixou de acolher a alegação formulada pela agravante no tocante à impenhorabilidade do imóvel já arrestado e penhorado nos autos de origem, bem como os argumentos expendidos nas peças de impugnação aos valores executados pela CEF e na exceção de pré-executividade.

Sustentou a agravante, em síntese, que o imóvel objeto de constrição judicial seria impenhorável, por se tratar de bem de família.

Aduziu, ainda, que o título em que se funda a execução careceria dos requisitos de certeza e liquidez.

Por meio da decisão de fls. 473/475, este Relator, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento.

Em face desta decisão, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, a recorrente tirou o agravo de fls. 476/494, repisando os argumentos já relatados no que tange à impenhorabilidade do imóvel constrito e à ausência dos requisitos executivos ao título sobre o qual se funda a ação principal.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): É plenamente cabível a decisão monocrática na presente ação, pois, segundo o art. 557, *caput*, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

A existência de jurisprudência dominante nos Tribunais, ou nos Tribunais Superiores já seria suficiente.

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. CABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ATIVO OU INATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. EC Nº 41/2003. ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTO-APLICABILIDADE. VANTAGEM PESSOAL. INCLUSÃO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
> 1. Com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode, singularmente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado. [...]

4. Agravo regimental desprovido. (5ª Turma, AgRg nos EDcl no RMS 25.455/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 10/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL (PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CSSL. IMPOSTO DE RENDA. PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITES DA COMPENSAÇÃO. LEI 8.981/95. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.). OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO INTUITO INFRINGENTE.
1. O inconformismo que tem como real escopo a pretensão de reformar o *decisum* não há como prosperar, porquanto inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do artigo 535, do CPC.
2. 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.
3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o *decisum* recorrido assentou-se nos seguintes fundamentos: "1. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a 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 (redação dada pela Lei 9.756/98). 2. Deveras, a decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem infirma essa garantia, porquanto a colegialidade e *a fortiori* o duplo grau restaram mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental."
4. Embargos de declaração rejeitados. (1ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1005315/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17/12/2008)

No mérito, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática cujos principais trechos pertinentes à matéria ora impugnada, por oportuno, passo a destacar:

A alegação de impenhorabilidade do imóvel já arrestado e penhorado nos autos da execução não prospera.
O artigo 1º da Lei nº 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família com o objetivo de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário.
De fato, tal impenhorabilidade é matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não sendo alcançada, por conseguinte, pelo instituto da preclusão.
Contudo, a parte executada deve comprovar que o bem reúne os requisitos legais da impenhorabilidade.
E, na hipótese em apreço, a parte agravante não colacionou aos autos quaisquer documentos aptos a comprovar que o imóvel em litígio é o único bem de sua propriedade, tampouco no sentido de que, embora a família resida em outro imóvel, o ora em comento serve como fonte de renda para sua subsistência.
Assim, resta ausente a comprovação do fato constitutivo do direito à impenhorabilidade do imóvel em tela.
Por oportuno, confira-se:
"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. PROVA A CARGO DO DEVEDOR. NOVAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. EXCESSO DE PENHORA. MOMENTO DA ALEGAÇÃO APÓS A AVALIAÇÃO.

1 - Infirmar as conclusões do acórdão recorrido que discute a qualidade de bem de família, nos termos da Lei 8.009/90, do imóvel objeto da controvérsia e, também, da inocorrência de novação, demanda reexame do conjunto probatório delineado nos autos, motivo por que a revisão do julgado esbarra na censura da súmula 7/STJ.
2 - Cabe ao devedor o ônus da prova do preenchimento dos requisitos necessários para enquadramento do imóvel penhorado na proteção concedida pela Lei nº 8.009/90 ao bem de família, quando a sua configuração não se acha, de pronto, plenamente caracterizada nos autos.
3 - A alegação de eventual excesso de penhora, conforme preceitua o próprio artigo 685, *caput*, do Código de Processo Civil, deverá ser feita após a avaliação. Precedentes.
4 - Agravo regimental não provido."
(STJ, 4ª Turma, AG 655553, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 23.05.2005, p. 298);
"EMBARGOS DE TERCEIROS. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. PRELIMINAR. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. LEI 8.009/90. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. NÃO COMPROVADO. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO. NULIDADE DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. A impenhorabilidade de bem de família (Lei 8.009/90) é matéria de ordem pública, declarável de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não sendo alcançada pela preclusão (Precedente deste Tribunal: AC 1997.01.00.062534-9/MG). 2. Não comprovada a natureza familiar do bem penhorado. Rejeitada a preliminar. 3. A possibilidade de inovação, na apelação, fora da excepcionalidade prevista no art. , do CPC, o que não ocorreu na espécie, representa supressão de instância, uma vez que o fato de mérito alegado na apelação não foi analisado pelo juízo de primeiro grau, o que acarretaria ofensa ao princípio ao princípio do duplo grau de jurisdição. 4. A apelante aludiu, nos embargos oferecidos, tão somente que tinha direito a meação do bem penhorado, não havendo no pedido inicial expressa menção a nulidade da certidão de dívida ativa. 5. Apelação não provida."
(TRF1, 7ª Turma Suplementar, AC 200401990472344, Rel. Juiz Federal Convocado Carlos Eduardo Castro Martins, e-DJF1 25.05.2011, p. 206);
"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA. 1. O artigo 1º da Lei 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família com o objetivo de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário. 2. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, é necessário que o devedor prove que o imóvel em que reside, ou auxilia na sua subsistência, é o único. Fato este não comprovado nos autos, tampouco no sentido de que, embora a família resida em outro imóvel, o ora em litígio serve como fonte de renda para sua subsistência. 3. À míngua de impugnação, mantidos os honorários advocatícios fixados na r. sentença. 4. Apelação improvida".
(TRF3, 6ª Turma, AC 00032507520074036111, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, DJF3 20.10.2008).
Tampouco merece acolhida a alegação de que o título em que se funda a execução carece dos requisitos de certeza e liquidez.
Embora a cópia do contrato, colacionada pelo agravante à fl. 21, esteja incompleta e não plenamente legível, consoante asseverado pelo douto magistrado de primeira instância, a execução se fundou em contrato de crédito pessoal/ empréstimo, de maneira que o crédito é determinado e as cláusulas financeiras são expressas, sendo por isso considerado título executivo extrajudicial.
Ademais, pela natureza do contrato em tela, bem como em razão de sua forma, verifica-se a força de título executivo também da nota promissória de fl. 22.
Assim, não é o caso de se aplicar a Súmula nº 233 do Superior Tribunal de Justiça, pois o valor da dívida é demonstrável de plano, sendo sua evolução aferível por simples cálculo aritmético.
O Superior Tribunal de Justiça já exarou entendimento no sentido do exposto:
"PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO. OBJEÇÃO PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. CONTRATO. MÚTUO BANCÁRIO. TÍTU-

LO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. 1 - Transitada em julgado a decisão definitiva da causa, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputam-se arguidas e repelidas. Trata-se do denominado efeito preclusivo da coisa julgada. 2 - Somente comporta exceção de pré-executividade aquelas hipóteses em que a aferição da inviabilidade da execução dispensa maior dilação probatória. 3 - O contrato de mútuo bancário, ainda que os valores sejam depositados em conta corrente, é titulo executivo extrajudicial. Precedentes. 4 - Recurso especial provido."
(4ª Turma, REsp 200500929787, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJE 04/08/2009);
"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. TÍTULO EXECUTIVO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."
(4ª Turma, AGA 200501117675, Rel Min. Luis Felipe Salomão, DJe 13/10/2008);
"Embargos à execução. Contrato de mútuo. Julgamento *extra petita*. Comissão de permanência. TR. 1. Tratando-se de contrato de mútuo com valor certo, acompanhado de nota promissória, não incide a Súmula nº 233 desta Corte. 2. Não cuidando o Acórdão recorrido da atualização pela TR, ausente do especial a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, não há como decidir sobre o tema. 3. O Acórdão recorrido asseverou que não foram estipulados nem o anatocismo nem a comissão de permanência, com o que não há como deles cuidar. Se existe contradição entre o Acórdão recorrido e aquele dos embargos de declaração, deveria a parte interessada ter chegado ao especial com o apoio do art. 535 do Código de Processo Civil. É, sem tal suporte, invencível a afirmação constante do Acórdão recorrido de que um e outra não constam do pacto. Presente a Súmula nº 07 da Corte. 4. Não agride nenhum dispositivo legal o julgamento da apelação que exclui um dos embargantes da execução, ao fundamento de não ter assinado os títulos em execução, tudo estando na cobertura do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil. 5. Recursos especiais não conhecidos".
(3ª Turma, REsp 200200664522, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04/08/2003, p. 293);
Colaciono, ainda, precedentes desta e. Corte:
"PROCESSO CIVIL - AGRAVO LEGAL - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA AJUIZADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL REFERENTE A CONTRATO DE EMPRÉSTIMO SOB CONSIGNAÇÃO AZUL - TÍTULO EXECUTIVO, NOS TERMOS DO ART. 585, II, DO CPC - RECURSO PROVIDO.
1 - Agravo Legal interposto contra decisão que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso de apelação.
2 - A execução foi ajuizada tendo por base o contrato de mútuo bancário - denominado 'Consignação Azul', onde o crédito é determinado, as cláusulas financeiras são expressas e ainda está assinado por duas testemunhas, sendo considerado título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, II, do Código de Processo Civil.
3 - A hipótese dos autos não se confunde com os contratos de abertura de crédito, como entendeu a MMª Juíza *a quo*.
4 - Recurso provido para reformar a decisão monocrática e dar provimento à apelação da CEF e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que seja dado prosseguimento à execução".
(AC nº 1032832, proc. nº 2004.61.05.012072-0/SP, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 17/02/2009, DJ 23/03/2009, p. 358);
"EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL - TÍTULO EXECUTIVO - LIQUIDEZ - ART. 586 DO CPC - RECURSO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PROVIDO, PARA AFASTAR A EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO - SENTENÇA REFORMADA.
1. No caso, a execução está respaldada em Contrato de Empréstimo ou Financiamento, título extrajudicial com eficácia executiva, nos termos do inc. II do art. 585 do CPC.

> 2. 'A Súmula 233 do STJ não alcança os contratos de crédito fixo' (AGA nº 512510/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18/12/2006, pág. 362)
> 3. Se houve abuso praticado pela CEF na apuração dos encargos contratuais pactuados, tal questão é tema a ser resolvido em sede de embargos do devedor, garantido o Juízo, nos exatos termos do que dispõe o art. 741 c.c. o art. 745, ambos do CPC, no âmbito dos quais terá o executado ampla oportunidade de defesa, e o magistrado, elementos concretos para formar sua convicção.
> 4. Recurso da CEF provido, para afastar a extinção do feito, determinando a remessa dos autos à Vara de origem, dando-se prosseguimento à execução".
> (AC nº 1032868, proc. nº 2004.61.05.014122-9/SP, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 18/06/2007, DJ 24/07/2007, p. 686).

Ademais, se a agravante pretendia discutir suposto excesso na execução, cumpria a ela instruir o presente recurso com cópia integral e legível do contrato sobre o qual se funda a ação executiva, ônus do qual não se desincumbiu.

O agravo legal, em especial, visa submeter ao órgão colegiado a legalidade da decisão monocrática proferida, afora isso, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Constitucional

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0019636-14.2010.4.03.6100
(2010.61.00.019636-3)

Apelantes: CID BARBOSA LIMA JUNIOR (= ou > de 60 anos) E UNIÃO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator originário: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: ApelReex 1734326
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2013

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO E TORTURA DO AUTOR. REGIME MILITAR. ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A INDENIZAÇÃO DEVER DE INDENIZAR.
1. Deve ser afastada a alegação de prescrição da ação, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da imprescritibilidade da ação para reparação por danos morais decorrentes de ofensa aos direitos humanos, incluindo aqueles perpetrados durante o ciclo do Regime Militar.
2. Afastada a inviabilidade da cumulação da indenização judicialmente formulada com aquela deferida administrativamente, tendo em conta que elas têm fundamentos diversos.
3. A documentação nos autos comprova ter sido o autor submetido à prisão e tortura durante o regime por motivação política.
4. Embora não haja prova cabal das torturas, o testemunho da história sobre o ciclo do Regime Militar não deixa dúvidas de que elas eram praticadas com frequência, o que se pode presumir em relação ao autor, dado o fato de que esteve preso e foi detido para ser interrogado a respeito de atividades consideradas subversivas.
5. Fácil imaginar o sofrimento emocional e físico pelos quais deve ter passado, a justificar a condenação da União a lhe pagar indenização por danos morais.
6. Mantido o valor da indenização fixado na sentença de primeiro grau.
7. Honorários de 10% do valor da condenação, que se mantém.
8. Apelações e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Desembargador Federal Márcio Moraes, vencido o Relator Desembargador Carlos Muta, que dava provimento à apelação fazendária e à remessa oficial e julgava prejudicada a apelação do autor.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelações e remessa oficial em ação de indenização por danos morais ocasionados em razão de perseguições, prisão e tortura sofridas no período de vigência do regime militar.

Alegou o autor, em suma, que se formou em engenharia no ano de 1968, assumindo cargo público em que foi aprovado por concurso, e em 02/09/1969 foi detido sob a acusação de ser "subversivo", sendo levado ao quartel do Exército RECMEC - Reconhecimento Mecânico, onde sofreu diversos tipos de torturas e ameaça de morte. Após dias, foi transferido para OBAN (DOI/CODI) e depois para o DOPS, local onde também sofreu agressões e ficou detido até novembro de 1969, quando o transferiram para o presídio Tiradentes. Quedou-se preso por quarenta dias, sendo que "dia sim, dia não a OBAN ou o Delegado Sérgio Fleury vinham buscar presos para serem torturados ou mortos". Foi solto em 22/12/1969 e, não sendo aceito em seu cargo público na VASP, tendo dificuldades para iniciar novo emprego em sua área profissional, foi obrigado a "começar a fazer bicos para sobreviver", permanecendo toda a sua carreira profissional irreversivelmente atingida por atos arbitrários da ditadura militar.

Encerrada a instrução, sobreveio sentença, rejeitando preliminares, afastando a prescrição e condenando a ré à indenização por danos morais cometidos no período do regime militar, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), com incidência da taxa Selic a partir da data da citação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; fixada a verba honorária de 10% do valor da condenação.

Apelou o requerente, alegando que: *(1)* a indenização deve ser majorada, pois "indubitavelmente, o valor fixado não atinge o objetivo de impor uma reprimenda à apelada. Trata-se de valor módico, se comparado a todos os prejuízos advindos da perseguição, das torturas, das prisões, dos processos, todos sem fundamento, tanto que levaram à absolvição total"; *(2)* também deve ser majorado o valor da verba honorária, porquanto o grau de zelo de seu procurador foi máximo, o lugar da prestação do serviço de advocacia, São Paulo, é um dos mais caros do país e a natureza da causa é de extrema importância.

Apelou a União, alegando que: *(1)* falta interesse de agir, pois já concedida reparação econômica de caráter indenizatório pela Comissão de Anistia, conforme processo administrativo nº 2007.01.57722; *(2)* a prescrição de ação pessoal é de 5 anos, nos termos do DL 20.910/1932; *(3)* "os direitos fundamentais são imprescritíveis, mas não os de efeitos patrimoniais decorrentes de sua violação"; *(4)* não é possível o requerente ser beneficiado duas vezes pelo mesmo motivo, nos termos do artigo 16 da Lei 10.559/02; *(5)* deve ser reduzido o valor da indenização, pois "não há nos autos prova alguma de tortura a justificar a fixação da indenização no montante máximo previsto pelo art. 4º da Lei nº 10.559/2002"; *(6)* à União não incumbe o pagamento de juros de mora e correção monetária atrelados à taxa Selic, mas aos índices oficiais de remuneração e juros moratórios aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1-F, da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009; *(7)* os juros de mora devem ser contados a partir do arbitramento da indenização (Resolução 134/2010 CJF).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, manifestando-se o Ministério Público Federal, pelo não provimento ao recurso do autor e parcial provimento à apelação da União, apenas no que tange aos juros de mora e índice de atualização monetária.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, o autor discute no feito direito a indenização por *danos morais* ocorridos em razão de *perseguição, prisão e tortura* sofridas no período de vigência do regime militar.

A sentença condenou a UNIÃO ao pagamento da indenização, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

A questão relativa ao interesse de agir, diante da concessão administrativa da reparação econômica de caráter indenizatório pela Comissão de Anistia, confunde-se com o mérito da causa e, como tal, deve ser apreciada.

Sobre a prescrição, alegada pela requerida, manifestamente infundada a pretensão, conforme jurisprudência dominante, firmada no sentido da imprescritibilidade de pretensões compensatórias de dano moral decorrentes de graves violações aos direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana, como são as discutidas no presente feito, não se aplicando o DL 20.910/1932, sendo irrelevante, portanto, discutir termo inicial já que não existe prazo prescricional para a hipótese.

Confira-se:

> AgRg no Ag 1.353.470, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 10/12/2010: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO - REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - ATIVIDADE POLÍTICA - PERSEGUIÇÕES OCORRIDAS DURANTE O PERÍODO MILITAR - NÃO-INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932 - IMPRESCRITIBILIDADE. INOVAÇÃO DE TESE EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacifica no sentido de que a prescrição quinquenal disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, por serem imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões.2. Por conseguinte, torna-se despicienda a análise em torno do momento inicial para a contagem do prazo prescricional da presente ação, tendo em vista que foi postulada a condenação da ora recorrente por danos morais decorrentes de violações dos direitos da personalidade ocorridos durante o período militar, que se revelam imprescritíveis.

No mérito, alegou o autor que foi vítima da ditadura militar a partir de 1964, tendo sido preso em 02/09/1969, quando foi violentamente interrogado e torturado, em dependências de órgãos estaduais de repressão.

Todavia, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça destaca que o pleito judicial de indenização somente é cabível no caso de pretensão deduzida antes da Lei de Anistia, quando não tenha sido concedida reparação administrativa pela Comissão de Anistia, dada a inviabilidade da cumulação de indenizações.

Neste sentido, o julgamento do RESP 1.323.405, de relatoria do Ministro ARNALDO ESTEVES, na sessão de 11/09/2012, conforme se depreende da consulta ao sistema informatizado do Superior Tribunal de Justiça (ementa pendente de publicação):

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANISTIADO POLÍTICO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIA ADMINISTRATIVA. ESGOTAMENTO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONCEDIDA PELA COMISSÃO DE ANISTIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. "No tocante à necessidade de exaurimento prévio da via administrativa para o ingresso de demanda judicial, o entendimento das duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o não-esgotamento da via administrativa não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito repetitivo" (AgRg no REsp 1.190.977/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 28/9/10). 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão no sentido de que "a edição da Lei nº 10.559/2002, que regulamentou o disposto no artigo 8º dos Atos das Disposições Transitórias - ADCT e instituiu o Regime do Anistiado Político, importou em renúncia tácita à prescrição" (AgRg no REsp 897.884/RJ, Rel. Min. CELSO LIMONGI, Des. Conv. do TJSP, Sexta Turma, DJe 8/3/10). 3. A reparação econômica prevista na Lei 10.559/02 possui dúplice caráter indenizatório, abrangendo os danos materiais e morais sofridos pelos anistiados em razão dos atos de exceção praticados pelos agentes do Estado, de natureza política. 4. Inaplicável, à espécie, a jurisprudência contida na Súmula 37/STJ, ainda que do ato de exceção tenha decorrido, além de dano material, também dano moral, ante a disciplina legal específica da matéria. 5. Embora os direitos expressos na Lei de Anistia não excluam os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, é "vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável" (art. 16). 6. Não busca o autor, no presente caso, a eventual majoração da reparação econômica fixada pela Comissão de Anistia, mas a obtenção de uma segunda indenização, cuja causa de pedir é a mesma anteriormente reconhecida pela aludida comissão. 7. Acolhido o pedido principal formulado no recurso especial da União, ficam prejudicados os pedidos alternativos, concernentes à revisão do quantum indenizatório e da taxa de juros moratórios fixados no acórdão recorrido. Fica prejudicado, ainda, o recurso especial adesivo em que o autor pleiteia a majoração da indenização e dos honorários advocatícios. 8. Recurso especial da União conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e restabelecer os efeitos da sentença de improcedência do pedido. Recurso especial adesivo prejudicado.

Como se observa, a Corte Superior assentou o entendimento do caráter dúplice da indenização prevista na Lei 10.559/02, interpretando o artigo 16 da Lei 10.559/02 que dispõe sobre a declaração da condição de anistiado político e reparação econômica, de caráter indenizatório, vedando a acumulação de quaisquer pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, porém, facultando-se a opção mais favorável que, no caso, já foi exercida com a postulação administrativa.

Na espécie, a ação foi ajuizada para indenização por danos morais ocasionados em razão de perseguições, prisão e tortura sofridas no período de vigência do regime militar, além da perda do cargo público que exercia na VASP. Porém, a condição de anistiado político do autor foi reconhecida administrativamente (f. 240/6), por meio do Requerimento de Anistia 2007.01.57722, iniciado em 29/05/2007, concedendo-lhe reparação econômica, em prestação mensal, permanente e continuada, no valor de R$ 4.554,000 (quatro mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais), com efeitos retroativos, atingindo o total de R$ 419.449,30 (quatrocentos

e dezenove mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e trinta centavos), nos termos do artigo 8º do ADCT e da Lei 10.559/02.

Assim sendo, em conclusão, diante do que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, resta inviável o pedido de indenização, baseado no mesmo fundamento da Lei de Anistia.

Por fim, em razão da sucumbência integral do requerente, deve este arcar com as custas e os honorários, estes calculados em 10% do valor atualizado da causa, atendendo à orientação consagrada no âmbito da Turma (AC 95.03.071924-0, Relator Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 31.08.05; AC 2003.61.00.032333-2, Relatora Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 de 17.06.08), à luz do artigo 20 , § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados, restando prejudicado o apelo do autor.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES:

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ocasionados em razão de perseguições, prisão e tortura sofridas no período de vigência do regime militar.

O MM. Juízo *a quo* rejeitou as preliminares, afastando a prescrição e condenando a ré à indenização por danos morais cometidos no período do regime militar, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), com incidência da taxa Selic a partir da data da citação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, fixada a verba honorária de 10% do valor da condenação.

Apelação do requerente, pretendendo, em síntese, a majoração do valor da indenização, assim como do valor dos honorários advocatícios.

Apelação da União, na qual alega: *(1)* falta interesse de agir, pois já concedida reparação econômica de caráter indenizatório pela Comissão de Anistia, conforme processo administrativo nº 2007.01.57722; *(2)* a prescrição de ação pessoal é de 5 anos, nos termos do DL 20.910/1932; *(3)* "os direitos fundamentais são imprescritíveis, mas não os de efeitos patrimoniais decorrentes de sua violação"; *(4)* não é possível o requerente ser beneficiado duas vezes pelo mesmo motivo, nos termos do artigo 16 da Lei 10.559/02; *(5)* deve ser reduzido o valor da indenização, pois "não há nos autos prova alguma de tortura a justificar a fixação da indenização no montante máximo previsto pelo art. 4º da Lei nº 10.559/2002"; *(6)* à União não incumbe o pagamento de juros de mora e correção monetária atrelados à taxa Selic, mas aos índices oficiais de remuneração e juros moratórios aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1-F, da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009; *(7)* os juros de mora devem ser contados a partir do arbitramento da indenização (Resolução 134/2010 CJF).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, manifestando-se o Ministério Público Federal, pelo não provimento ao recurso do autor e parcial provimento à apelação da União, apenas no que tange aos juros de mora e índice de atualização monetária.

O feito foi levado a julgamento pelo Relator, Desembargador Federal Carlos Muta, em sessão de 6/12/2012, apresentando voto no sentido de dar provimento à apelação da União e à remessa oficial, julgando prejudicada a apelação do autor, ao fundamento de que inviável o

pedido de indenização, eis que baseado no mesmo fundamento do pedido formulado e deferido administrativamente, com fulcro na Lei de Anistia.

Divergi do Relator, pelos motivos a seguir.

Inicialmente, de se registrar que, tal qual o Relator, afasto a alegação de prescrição da pretensão, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da imprescritibilidade da ação para reparação por danos morais decorrentes de ofensa aos direitos humanos, incluindo aqueles perpetrados durante o ciclo do Regime Militar, conforme denotam os seguintes arestos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL E TORTURA DURANTE O PERÍODO MILITAR. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL PREVISTA NO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DA DITADURA MILITAR. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição qüinqüenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32. Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, havendo, sem dúvida, incontáveis abusos e violações dos direitos fundamentais, mormente do direito à dignidade da pessoa humana.
> 2. "Não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade" (REsp 816.209/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.9.2007).
> 3. "No que diz respeito à prescrição, já pontuou esta Corte que a prescrição qüinqüenal prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32 não se aplica aos danos morais decorrentes de violação de direitos da personalidade, que são imprescritíveis, máxime quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento as suas pretensões" (REsp 1.002.009/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 21.2.2008).
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no Ag 970753/MG, 1ª Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJU de 12/11/08)

> AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. TORTURA. REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE.
> 1. A Segunda Turma desta Corte Superior, em recente julgamento, ratificou seu posicionamento no sentido da imprescritibilidade dos danos morais advindos de tortura no regime militar (Resp 1.002.009/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 21.2.2008), motivo pelo qual a jurisprudência neste órgão fracionário considera-se pacífica. Não-ocorrência de violação ao art. 557 do CPC. Via inadequada para fazer valer suposta divergência entre as Turmas que compõem a Primeira Seção.
> (...)
> 5. Agravo regimental não-provido.
> (AgRg no REsp 970697/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 5/11/08)

Quanto ao mérito, o Relator entendeu inviável o pedido de indenização ora pleiteado.

Em seu voto, o Relator se pauta em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça

(RESP nº 1.323.405, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves, j. em 11/9/2012), no qual se firmou orientação no sentido de que o pleito judicial de indenização somente é cabível no caso de pretensão deduzida antes da Lei de Anistia, quando não tenha sido concedida reparação administrativa pela Comissão de Anistia, dada a inviabilidade da cumulação de indenizações.

Opõe, assim, que a Corte Superior, no referido julgado, assentou o entendimento do caráter dúplice da indenização prevista na Lei nº 10.559/2002, interpretando o artigo 16, o qual dispõe sobre a declaração da condição de anistiado político e reparação econômica, de caráter indenizatório, vedando a acumulação de quaisquer pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, porém, facultando-se a opção mais favorável que, no caso, já foi exercida pelo autor com a postulação administrativa.

Entendo, porém, que não pode prevalecer tal entendimento.

Primeiramente, de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, anteriormente ao julgado trazido à baila pelo Relator, já se manifestava no sentido de não existir vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, desde que formuladas com fundamentos diversos, como se verifica da ementa abaixo transcrita:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANISTIA (LEI 9.140/95). ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA LEI 10.559/2002. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.
> 1. Não viola o art. 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões argüidas pela parte, julgando integralmente a lide.
> 2. A pretensão indenizatória decorrente de violação de direitos humanos fundamentais durante o Regime Militar de exceção é imprescritível. Inaplicabilidade da prescrição qüinqüenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32.
> 3. A Lei 10.559/2002 proíbe a acumulação de: (I) reparação econômica em parcela única com reparação econômica em prestação continuada (art. 3º, § 1º); (II) pagamentos, benefícios ou indenizações com o mesmo fundamento, facultando-se ao anistiado político, nesta hipótese, a escolha da opção mais favorável (art. 16).
> 4. Não há vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se tratam de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade. Aplicação da orientação consolidada na Súmula 37/STJ.
> 5. Os direitos dos anistiados políticos, expressos na Lei 10.559/2002 (art. 1º, I a V), não excluem outros conferidos por outras normas legais ou constitucionais. Insere-se, aqui, o direito fundamental à reparação por danos morais (CF/88, art. 5º, V e X; CC/1916, art. 159; CC/2002, art. 186), que não pode ser suprimido nem cerceado por ato normativo infraconstitucional, tampouco pela interpretação da regra jurídica, sob pena de inconstitucionalidade.
> 6. Recurso especial desprovido.
> (RESP nº 890.930, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 14/6/07, p. 267)

Como bem ressaltado em voto proferido pelo Juiz Federal Convocado Claudio Santos, na AC nº 2005.61.00.022070-9, j. em 28/7/2011, perante esta Terceira Turma, o artigo 16 da Lei nº 10.559/2002 “antes de afastar a pretensão da Autora, vem a confirmá-la, dado ser expresso

que não se excluem os direitos conferidos por outras normas. A regra, portanto, é a de que não estão excluídas outras hipóteses de indenização, sendo a exceção apenas os casos em que tenham 'o mesmo fundamento'".

A indenização recebida do Ministério da Justiça tem por fundamento as perseguições como membro de movimento revolucionário, o que teria lhe causado impedimentos de exercício regular da atividade remunerada que até então desempenhava junto à VASP AEROFOTOGRAMETRIA, - tanto que foi reconhecido seu direito a reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação mensal e efeitos financeiros retroativos, correspondente ao cargo de Engenheiro, além de contagem de tempo em que o autor esteve compelido ao afastamento de suas atividades laborais.

Já a presente ação busca a reparação essencialmente por prisão ilegal, torturas e maus tratos sofridos pelo autor, cometidos pelos órgãos de repressão do Estado, e as sequelas e consequências disso decorrentes, não havendo relação alguma com a anistia constitucional e legal.

Desta forma, afastada a inviabilidade da cumulação da indenização judicialmente formulada com aquela deferida administrativamente, prossigo na análise das apelações e da remessa necessária.

O autor afirmou, na inicial, que foi vítima da ditadura militar instituída no país com o Golpe de 1964, sofrendo perseguição, prisão e tortura, sendo preso, em 2/9/1969, pela OBAN (DOI/CODI), quando estava na casa de seus pais, de forma totalmente ilegal, por vários homens que recusaram a se identificar.

No período em que foi preso, foi torturado por choques elétricos, murros em todo o corpo, telefones (tapas nos dois ouvidos, com ambas as mãos abertas) e outras atrocidades. Teve um pedaço de sua orelha e mãos queimadas por vários dias. Para que o autor não gritasse, era torturado com panos colocados dentro da boca.

Foi transferido para o DOPS, onde foi novamente interrogado e indiciado, vindo a ser transferido, no mês de novembro, para o Presídio Tiradentes, instalado em um prédio antigo e cheio de baratas e ratos, que servira de prisão de escravos, local em que permaneceu por cerca de 40 dias.

Foi solto, finalmente, em 22/12/1969, quando se apresentou na VASP, onde trabalhava exercendo o cargo de engenheiro, tomando conhecimento, então, de sua demissão, apesar de seu pai ter comunicado sua prisão.

A partir daí teve sua vida profissional irreversivelmente atingida pelos atos arbitrários da ditadura militar e seus agentes, já que não conseguia se inserir novamente no mercado de trabalho, tendo em conta a existência de uma lista negra encaminhada às empresas, informando que era subversivo.

Aduz a necessidade de concessão de indenização por danos morais, em decorrência dos fatos narrados, que lhe marcaram com dor física, dor na alma, atingiram-lhe a auto-estima, sua reputação, sua honra, causaram-lhe humilhação, preocupação com a família, comprometeram sua felicidade e futuro, cansando transtornos que irão atormentá-lo até o fim da vida.

Para respaldar a pretensão deduzida, o autor carreou aos autos, entre outros, documentos demonstrativos de seu direito:

(1) Relatório de indiciamento do autor, no qual foi requerida a prisão preventiva, constando terem sido apreendidos panfletos considerados subversivos em seu poder (f. 21/33);

(2) Documento autorizando o pai do autor a entregar ao filho, detido no DOPS em regime de incomunicabilidade, objetos de uso pessoal, tais como sabonete, pasta dental, par de meias, toalha de banho, pacotes de leite, cigarros e bolachas, bem como a retirar roupa suja usado pelo detido, para ser lavada em casa (fls. 36);

(3) Voto da Comissão de Anistia, reconhecendo devidamente provada a motivação política dos fatos afirmados pelo requerente, bem como da prisão em razão de seus ideais políticos (fls. 453).

Não há dúvida, diante dos documentos juntados aos autos, quanto às alegações do Autor em relação a ter sido submetido a prisão e tortura durante o regime por motivação política.

Embora não haja prova cabal das torturas, o testemunho da história sobre o ciclo do Regime Militar não deixa dúvidas de que elas eram praticadas com frequência, o que se pode presumir em relação ao autor, dado o fato de que esteve preso e foi detido para ser interrogado a respeito de atividades consideradas subversivas.

Fácil imaginar o sofrimento emocional e físico pelos quais deve ter passado, a justificar a condenação da União a lhe pagar indenização por danos morais, pelo que, considerando as circunstâncias do caso e a jurisprudência da Turma, manter o valor arbitrado na sentença de primeiro grau (R$ 100.000,00).

Ficam mantidos os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, por consentâneo ao entendimento da Turma.

Diante do exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES – Relator para o Acórdão

- Sobre o direito à reparação pelos danos decorrentes da perseguição, prisão e tortura durante o regime militar, veja também os seguintes julgados: AC 97.03.050741-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 92/170 e AC 0036005-74.1996.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Claudio Santos, publicada na RTRF3R 108/127.

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA
0000072-45.2012.4.03.0000
(2012.03.00.000072-3)

Requerente: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Interessados: UNIÃO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FLAVIO PASCOA TELES DE MENEZES, SILVÍCOLAS DA ALDEIA INDÍGENA PORTO LINDO E CACIQUE MAMAGA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA - PRESIDENTE
Classe do Processo: SuExSe 2945
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2013

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LEI Nº 8.437/92. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDÍGENAS GUARANI NHANDEVA. FAZENDA REMANSO GUAÇU. GRAVE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. SUSPENSÃO MANTIDA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO POSSESSÓRIA ORIGINÁRIA.

I - Os conflitos que envolvem terras de *ocupação tradicional indígena* - seja em ações possessórias, seja em procedimentos de demarcação - parecem ser sempre mais bem compreendidos e solucionados à luz do art. 231 e parágrafos, da Constituição Federal, pois, ali sim, se encontra o arcabouço normativo criado especificamente para regular as disputas que envolvem os povos indígenas, além de tratar-se de dispositivo constitucional cuja força normativa define e delimita a interpretação de qualquer outra norma infraconstitucional. Se o Código Civil representa a norma geral para a resolução de conflitos possessórios, o art. 231, da CF e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) constituem as normas específicas que regulam o direito dos povos indígenas à *posse* de suas terras tradicionais.

II - A experiência prática vem demonstrando que, em casos como o presente - nos quais há, de um lado, os não índios, convictos de serem os proprietários da terra disputada, e de outro, os indígenas, firmemente dispostos a permanecer no território que acreditam ter ocupado tradicionalmente -, a melhor solução consiste em manter os indígenas em uma parte específica da fazenda ocupada, em local que seja distante da sede da fazenda, do gado, e das áreas onde são realizadas as atividades econômicas - para que os não-índios não sejam prejudicados -, ali permanecendo até que seja finalizado o processo administrativo de demarcação. Deve, ainda, consistir em área com espaço suficiente para preservar a dignidade e o modo habitual de vida dos índios, e em local com acesso às áreas externas da fazenda, no qual seja possível o contato com agentes da FUNAI e do MPF.

III - Os elementos existentes nos autos demonstram que, no início do ano de 2004, índios da etnia Guarani-Nhandeva ocuparam a *Fazenda Remanso Guaçu*. Decisão proferida no curso da ação subjacente determinou que os índios fossem alocados em área correspondente a 10% (dez por cento) da propriedade, em local distante da sede da fazenda.

IV - Configuram-se os riscos de grave lesão à ordem e à segurança pública - e aqui, para não fazer uma invocação vazia do termo, a expressão "risco à ordem pública" encontra-se no sentido de distúrbio à organização normal da sociedade civil e à paz pública - diante do notório risco de enfrentamentos entre indígenas e não-indígenas, ou ainda, entre indígenas e a força policial que, caso ocorressem, colocariam em perigo a vida, a saúde e a incolumidade física dos envolvidos. Além disso, os indígenas encontram-se estabelecidos há muitos anos nas terras em disputa, formando povoação continuadamente fixa, com meios próprios de subsistência, cuja remoção para outra região certamente ocasionaria a perda de alimentos plantados e de animais.

V - Seria altamente imprudente determinar a retirada dos indígenas no presente momento, antes de que a demarcação do território em disputa venha a ser concluída, tendo em vista que o momento inicial de maior tensão e hostilidade entre as partes já foi superado.

VI - Outrossim, a suspensão da decisão atende, objetivamente, ao *interesse público*, tendo em vista que a causa indígena constitui um sério e relevante problema social atual. Como amplamente noticiado, as aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul estão superlotadas, condição que cria para os indígenas um estado de confinamento, impedindo o desenvolvimento de sua forma de vida tradicional, expondo-os a graves problemas, como o alcoolismo, a violência e o suicídio.

VII - A suspensão da decisão atende ao *interesse social*, por permitir que os indígenas possam permanecer em local com maior espaço, adequado às suas necessidades, onde encontrarão melhores condições de vida, impedindo que sejam mantidos em situação de penúria nos aldeamentos superlotados, respeitando-se a dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da Constituição Federal. Além disso, a preservação das condições básicas de vida - o piso existencial - de qualquer grupo étnico ou social que se encontre dentro de suas fronteiras (art. 3º, IV, da CF e art. 2º da Lei nº 6.001/73), inegavelmente se insere entre os objetivos do Estado Brasileiro.

VIII - O processo de demarcação de terras na região encontra-se, como um todo, em estágio avançado, havendo até mesmo outras fazendas da mesma área que foram demarcadas. Ressalto que, após a realização de prova antropológica pela FUNAI, foi editada a Portaria nº 1.289, do Ministério da Justiça, que, entre outras medidas, declarou que a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se situada em terras de ocupação tradicional indígena. Contudo, por força de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no MS nº 10.985, o processo administrativo que resultou na edição da Portaria mencionada foi anulado por vício formal, decorrente da inobservância do princípio do contraditório.

IX - A decisão proferida no MS nº 10.985, entretanto, apenas abordou aspectos formais do processo administrativo, nada pronunciando acerca da questão que envolve saber se a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se ou não sobre território de ocupação tradicional indígena. Vale dizer, não houve decisão judicial sobre o mérito do procedimento de demarcação das terras em que se situa a *Fazenda Remanso Guaçu*. Ao revés, a C. Corte Superior limitou-se a analisar a alegação de inobservância do contraditório no processo administrativo, consignando expressamente que poderá ser realizado novo procedimento de demarcação das terras, no qual seja suprida a falha formal constatada.

X - Idêntico é o teor da Portaria nº 496/10, do Ministro da Justiça (DOU de 17/03/10), mencionada pelo agravante (fls. 739), que anula o processo administrativo que resultou

na Portaria nº 1.289/05 "tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, devendo outro ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório". Além disso, em 03/08/12 - quando já em curso o presente incidente - foi editada pela Presidência da FUNAI a Portaria nº 986 (DOU de 06/08/12), na qual se determinou a formação de Grupo Técnico com a finalidade de realizar estudo antropológico na *Fazenda Remanso Guaçu*. Nota-se, assim, que o processo de demarcação da *Fazenda Remanso Guaçu* já se encontra em curso, o qual, após observar devidamente o princípio do contraditório - conforme determinado no MS nº 10.985 -, fornecerá elementos conclusivos para que se saiba se o território disputado constitui ou não terra de ocupação tradicional indígena.
XI - As circunstâncias indicadas demonstram a existência de risco à segurança pública, à saúde e à vida, de modo a atender ao exigido pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92.
XII - Mantida a decisão que deferiu o pedido de suspensão. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, nos termos do art. 158, inc. III, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Presidente que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votaram os Srs. Desembargadores Federais Marli Ferreira (pela conclusão), Mairan Maia, Marisa Santos, Vera Jucovsky, Vesna Kolmar e Paulo Fontes, vencidos parcialmente os Srs. Desembargadores Federais Márcio Moraes, Baptista Pereira, André Nabarrete, Peixoto Junior (com redução de fundamentos), Cecília Marcondes (com redução de fundamentos), Therezinha Cazerta e Alda Basto, que davam parcial provimento ao agravo tão somente para restringir o lapso temporal de vigência da suspensão deferida, até que haja decisão colegiada a ser proferida em recurso ordinário interposto nos autos da ação subjacente.

São Paulo, 09 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo interposto por Flávio Pascoa Teles de Menezes contra a decisão por mim proferida a fls. 694/698 que, reconsiderando o *decisum* de fls. 610/615, deferiu o pedido de suspensão de execução da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, nos autos da ação de reintegração de posse nº 2004.60.02.000047-2, determinando a reintegração de posse na Fazenda Remanso Guaçu, ocupada por indígenas da etnia Guarani-Nhandeva. Transcrevo, abaixo, o *decisum* impugnado:

> Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público Federal, a fls. 656/675, contra a decisão proferida a fls. 610/615, que indeferiu o pedido de suspensão da sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, o qual, nos autos do processo nº 2004.60.02.000047-2, determinou a reintegração de posse da área integral da propriedade rural "Fazenda Remanso Guaçu", ocupada por índios Guarani, no início do ano de 2004.

Em 12/01/04 (fls. 22), Flávio Páscoa Teles de Menezes ajuizou ação de reintegração de posse em face do Cacique Mãmãgá e dos demais integrantes de seu grupo indígena, da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e da União, requerendo a retirada dos indígenas que teriam invadido a propriedade rural denominada "Fazenda Remanso Guaçu", localizada em Mundo Novo/MS. Recebida a inicial, foi proferida decisão determinando a reintegração da posse (fls. 38/44). A decisão foi objeto do agravo de instrumento nº 2004.03.00.003087-1.

Em 09/02/04, em julgamento de recurso de agravo legal interposto nos autos do agravo de instrumento em questão (nº 2004.03.00.003087-1), a E. Quinta Turma deste Tribunal determinou a reintegração de grande parte da área da Fazenda Remanso Guaçu, ordenando, contudo, a permanência dos indígenas em "áreas restritas" dentro da propriedade, de forma que caberia ao Juízo de primeiro grau definir os limites daquela ocupação provisória (fls. 62/74). Como resultado desta decisão, o Juízo de primeiro grau determinou que os indígenas passassem a ocupar 10% (dez por cento) da área da Fazenda, permanecendo em local que fosse "longe das sedes e dependências das Fazendas" (fls. 75). A área reservada aos indígenas veio, posteriormente, a ser devidamente demarcada e registrada em relatório técnico (fls. 89).

Durante o curso da ação, foi editada a Portaria nº 1.289/05 do Ministério da Justiça, que declarou ser "de posse permanente do grupo indígena Guarani Ñandeva a Terra Indígena YVY-KATU" (fls. 473), sendo que parte do território declarado como de posse permanente correspondia a áreas de terra na qual se encontra a Fazenda Remanso Guaçu (fls. 474).

Contra o ato administrativo, Flávio Páscoa Teles de Menezes impetrou o Mandado de Segurança nº 10.985, perante o E. Superior Tribunal de Justiça, o qual foi julgado procedente para determinar a parcial nulidade do procedimento que embasou a Portaria nº 1.289/05, apenas em relação à Fazenda Remanso Guaçu, por se considerar que o processo administrativo teria sido realizado sem o devido respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Após diversas decisões proferidas no iter processual, de primeiro e segundo graus - ora determinando que fosse cumprida a reintegração da posse, ora suspendendo a reintegração - a Fundação Nacional do Índio - FUNAI apresentou o pedido de suspensão de liminar nº 0037604-24.2010.4.03.0000 (fls. 291/295), o qual foi deferido pelo então I. Presidente, para que fossem mantidos "os indígenas provisoriamente na área - 10% da Fazenda Remanso Guaçu -, até que se ultime a produção da prova pericial antropológica" (fls. 295).

Posteriormente, em primeiro grau de jurisdição, foi proferida decisão indeferindo a produção de prova pericial antropológica (fls. 305/306), por se considerar que "a demarcação deve ser feita pela via administrativa" (fls. 306), após o que foi proferida a sentença que determinou a reintegração integral de posse da Fazenda (fls. 307/314).

Com vistas a suspender os efeitos da sentença, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI apresentou o presente pedido de suspensão, o qual foi indeferido pelo então I. Presidente desta Corte, por entender que a inexistência da produção da prova pericial antropológica nos autos da reintegração de posse tornava impossível o acolhimento do pleito, e por entender que a suspensão de segurança não é via adequada para a discussão de eventual cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da referida prova técnica.

Contra a decisão, insurgiu-se o Ministério Público Federal, interpondo o presente agravo. No recurso, alega que "*a decisão do juízo* a quo *precisa ser suspensa para evitar lesão à ordem, à segurança e à saúde públicas de todos os envolvidos*" (fls. 658vº). Aduz que "o processo administrativo de demarcação encontra-se perto do seu fim" (fls. 660). Sustenta que "*não há local adequado para a realocação dos indígenas, ainda que de forma provisória*" (fls. 666vº), que "é demonstrada a superlotação nas aldeias já demarcadas no Estado, inclusive, a de Porto Lindo (Aldeia de origem), e, como conseqüência, os elevados índices de violência e problemas sociais de toda ordem, tais como alcoolismo" (fls. 666vº), e que como "os indígenas não poderão voltar à Aldeia de origem, devido à superlotação (...) é grande a probabilidade que se estabeleçam à beira da rodovia, à frente da propriedade rural que estão ocupando" (fls. 669). Argumenta que "o cumprimento da ordem de reintegração restabelecida na sentença, sem que o feito tenha transitado em julgado, terá o efeito *de reavivar conflitos momentanea-*

mente apaziguados" (fls. 669vº), que "caso haja o cumprimento da reintegração - com saída forçada dos indígenas de meros 260 ha. de uma propriedade rural com mais de 2.500 ha. - as consequências serão incomensuráveis" (fls. 670), e que o "iminente cumprimento da ordem de reintegração de posse colocará em risco inúmeros direitos dos indígenas e dos não-indígenas" (fls. 670vº). Por fim, aduz que "*o interesse público está prestes a ser vulnerado, afetando gravemente a ordem, a saúde e a segurança, em suma, a própria ordem pública*" (fls. 670vº). Requer a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo, para que seja concedida a suspensão dos "*efeitos da sentença* de reintegração de posse proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS nos autos nº 2004.60.02.000047-2, de modo a ser determinada a manutenção dos indígenas na área demarcada judicialmente - 10% da Fazenda Remanso Guaçu, cerca de 260 ha. - *até que se ultime o processo de demarcação ou, subsidiariamente, até o trânsito em julgado da ação possessória*" (fls. 675vº).

É o breve relatório.

Tenho que a hipótese é a de reconsideração da decisão agravada, deferindo-se o pedido de suspensão da sentença.

Apesar da situação originalmente hostil verificada entre os indígenas e os interessados na reintegração durante o início da ocupação, a relação hoje existente na Fazenda Remanso Guaçu é pacífica e estável, sem que haja atualmente tensão iminente entre os interessados.

Outrossim, em decorrência das decisões judiciais proferidas no curso da ação originária, observa-se que os indígenas ocupam hoje apenas 10% (dez por cento) da área total da propriedade, sendo que existiu a preocupação de que aqueles fossem assentados em local afastado da sede e das dependências da Fazenda, evitando-se conflitos e permitindo-se o desenvolvimento, sem prejuízos, da atividade produtiva realizada na localidade.

Também é de extrema importância ter em consideração que os indígenas se encontram há 8 (oito) anos na Fazenda Remanso Guaçu, tempo suficiente para que tenham se instalado na região de forma fixa e contínua, criando um vínculo físico com o local, na medida em que ali construíram suas residências, estabeleceram seus meios de subsistência, cultivaram plantações e criaram pequenos animais, habituando-se, portanto, a viver na região, na qual se ambientaram e desenvolveram sua comunidade, conforme demonstram os documentos apresentados a fls. 532/555.

Por outro lado, o processo de demarcação das terras indígenas precisa ser concluído. Embora a Portaria nº 1.289/05 do Ministério da Justiça tenha sido declarada parcialmente nula em relação à Fazenda Remanso Guaçu - por vício procedimental, consistente na inobservância do contraditório em sede administrativa - os estudos técnicos elaborados no curso daquele procedimento administrativo constituem, ao menos, indício de que a Fazenda possa estar localizada, parcial ou totalmente, em áreas de posse permanente de grupo indígena.

O processo de demarcação, por sua vez, encontra-se em estágio avançado, o que também é fator que contribui para a conclusão de que é desaconselhável - e até mesmo imprudente - que os indígenas sejam desalojados da região no presente momento.

Diante destas circunstâncias, observa-se que a determinação de desocupação da área de 10% (dez por cento) da Fazenda reservada aos indígenas poderá ser causa de grave distúrbio na região, acirrando um conflito que hoje se encontra apaziguado e controlado, criando enormes riscos à integridade física e à vida de indígenas e dos demais habitantes do local, e colocando fim a uma situação de razoável estabilidade e segurança social hoje existente na região.

Como bem observado pelo então Presidente, Relator da Suspensão de Liminar nº 0037604-24.2010.4.03.0000, o presente caso envolve um conflito de direitos fundamentais, colocando "o direito à vida de um lado e do outro o direito de propriedade, sendo inquestionável que deve prevalecer o primeiro" (fls. 295). A mesma é a lição extraída da obra do E. Ministro Gilmar Mendes:

"Da mesma forma, *tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais*, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos. Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: valores relati-

> vos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*Persongutwert geth vor Sachgutwert*)." (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378, grifos meus)
> Em vista disto, tenho que se encontram preenchidos os requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, autorizadores do deferimento da suspensão requerida.
> Tenho que existe, na hipótese, risco de grave lesão à ordem - requisito que entendo como sendo o risco de ser provocada séria perturbação à forma como se encontra organizada a sociedade civil ou uma comunidade -, uma vez que o comando de desocupação poderá criar situação de instabilidade social na região, gerando ambiente de constante conflito e tensão entre indígenas e habitantes do local, com potencial risco de enfrentamentos e eventos danosos.
> Também entendo configurado o risco de grave lesão à segurança, em razão do gravíssimo risco que existiria à incolumidade física e, sobretudo, à vida das pessoas que se situam na localidade - indígenas ou não indígenas -, em decorrência da provável situação de hostilidade que seria instaurada, sendo imprescindível a adoção da excepcional medida de suspensão, para que seja evitado que pessoas sejam mortas ou feridas.
> Por fim, ainda que tais requisitos não fossem suficientes, entendo ser inegável o relevante interesse social que permeia as questões indígenas, que constitui problema social com antigas raízes históricas, e cuja magnitude fez com que o constituinte originário dedicasse capítulo específico da Constituição Federal a sua regulação.
> Ante o exposto, *reconsidero a decisão de fls. 610/615*, e *defiro o pedido de suspensão* dos efeitos da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS nos autos do processo nº 2004.60.02.000047-2, para que os indígenas sejam mantidos na área que hoje ocupam e que foi a eles reservada no curso da ação originária - correspondente a 10% (dez por cento) da Fazenda Remanso Guaçu -, devendo a suspensão ser mantida até que haja o trânsito em julgado na ação possessória de Origem.

Sustenta o recorrente que "É de amplo conhecimento dos órgãos públicos oficiantes neste caso, que durante o trâmite da demanda reintegratória (processo nº 2004.60.02.000047-2), foi interposto pelo ora Peticionário perante o E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), Mandado de Segurança nº 10.985/DF, o qual foi julgado definitivamente para excluir o imóvel do Peticionário do processo de ampliação dos limites da TI Porto Lindo e para 'anular o procedimento administrativo que embasou a Portaria nº 1.289/2005 tão-somente no que se refere à 'Fazenda Remanso-Guaçu'." (fls. 731), decisão que "transitou em julgado em 03/03/2010" (fls. 731). Aduz que a nulidade do processo administrativo foi "objeto de nova Portaria editada pelo Ministério da Justiça, desta feita a de nº 496, de 16 de março de 2010" (fls. 731). Argumenta que o *auto de constatação* do Juízo Federal de Naviraí, realizado em novembro de 2011, "atesta que no local não existem mais do que 50 (cinquenta) indígenas" (fls. 732), e que "não há perigo de conflitos na região" (fls. 732). Expõe que há outras áreas para alocação dos indígenas, já que existem "outras glebas abrangidas pelo processo administrativo deflagrado pela FUNAI" (fls. 733). Explica que há 8 (oito) anos litiga para reaver a sua posse, e que está evidenciada "a total ilegalidade da invasão perpetrada pelos indígenas, sendo descabida qualquer pretensão de permanência dos poucos membros da comunidade no imóvel" (fls. 736). Requer a reforma do *decisum*, cumprindo-se a medida reintegratória.

A fls. 778/783, o Ministério Público Federal manifestou-se sobre o recurso de agravo, argumentando que a decisão proferida no MS nº 10.985/DF "não afastou os veementes indícios acerca da tradicionalidade da ocupação indígena" (fls. 781vº), de forma que "não houve desconstituição dos motivos que embasam a Portaria 1.289 do Ministério da Justiça, mas tão-somente nulidade por aspectos formais muito peculiares, isto é, referentes a requerimentos

específicos formulados pelo particular e não respondidos pela FUNAI" (fls. 781vº). Alega que a "a Terra Indígena Ivy Katu, como um todo, encontra-se em adiantado estágio de demarcação administrativa" (fls. 782). Afirma haver "superlotação populacional" (fls. 782vº) nas aldeias da região e que "a comunidade que permanece na área há quase uma década - como admite o próprio agravante - deve ali permanecer, para que seja garantida a ordem e segurança públicas e, mais ainda, a dignidade humana cuja completude estará certamente ameaçada pelo cumprimento da medida reintegratória, como bem elucidou a r. decisão agravada" (fls. 782 vº).

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI também apresentou manifestação sobre o agravo a fls. 802/819, sustentando que "o inconformismo deduzido pelo particular em seu agravo interno foge, em grande parte, dos limites de cognição legalmente estabelecidos para este incidente processual" (fls. 805vº). Aduz que o MS nº 10.985/DF pautou-se em vícios meramente formais, não invalidando o laudo técnico que atestou a ocupação tradicional e que existem "robustas provas no sentido de ser a integralidade da sua área tradicionalmente ocupada" (fls. 807vº), bem como que "A Terra Indígena Ivy Katu, na qual está inserida o imóvel rural, encontra-se em adiantado estágio de demarcação administrativa" (fls. 808). Expõe que em outros 3 (três) mandados de segurança impetrados contra a Portaria nº 1.289/05, o Superior Tribunal de Justiça "jamais descaracterizou a tradicionalidade da ocupação" (fls. 808vº), e que "a FUNAI procedeu a pormenorizados estudos multidisciplinares, demonstrando a posse indígena sobre a área" (fls. 810). Argumenta que, segundo o art. 231, da CF, é prescindível a "demarcação administrativa para se fazer efetiva a proteção sobre as terras indígenas" (fls. 812vº) e que há "superlotação nas aldeias já demarcadas no Estado" (fls. 812vº). Entende que "o cumprimento da ordem de reintegração restabelecida na sentença terá o efeito de reavivar conflitos momentaneamente apaziguados" (fls. 815). Aduz que os indígenas ocupam apenas 10% da propriedade, onde "estão vivendo cerca de 170 pessoas, distribuídas em 57 famílias" (fls. 815/815vº). Por isso tudo, entende que "o interesse público está prestes a ser vulnerado, afetando gravemente a ordem, a saúde e a segurança" (fls. 816).

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo interposto contra a decisão que deferiu o pedido de suspensão da execução de sentença que determinara a reintegração de posse na *Fazenda Remanso Guaçu*, ocupada por indígenas da etnia Guarani-Nhandeva.

A questão dos autos possui elevado grau de seriedade, refletindo um dos conflitos sociais mais sérios e antigos do Estado brasileiro: a questão da proteção e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas.

É cediço que os embates por terras em áreas de presença indígena são rotineiramente permeados por fortes sentimentos de injustiça - tanto por parte dos indígenas, quanto por parte dos não-indígenas -, sempre potencializados por fatores históricos e políticos, que tornam os envolvidos muito seguros de suas razões.

A primeira coisa que se nota em relação aos litígios possessórios em territórios de pro-

vável *ocupação tradicional indígena* é a absoluta inadequação dos instrumentos jurídicos do Direito Civil e do Direito Processual Civil relativos à *posse* e à *propriedade* para a resolução desta espécie de conflito. Os institutos previstos nos arts. 1.196 a 1.224 do Código Civil não foram pensados para resolver uma questão de tamanha dimensão social e histórica, mas sim para a solução de litígios cotidianos - como a invasão de uma propriedade por um estranho, ou o desapossamento de um sujeito de direito -, sendo esta a razão pela qual constituem instrumentos que não se ajustam às lides que envolvam direitos de povos indígenas.

Nas palavras do E. Min. Ayres Britto, quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, as características da *ocupação tradicional indígena* fazem "desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil". Também o E. Min. Gilmar Mendes, citando os ensinamentos do E. Min. Victor Nunes, expôs que "a posse a que se refere a Constituição não pode ser reduzida ao conceito de posse do Direito Civil", sendo esta um "poder de fato, que se exerce sobre uma coisa", enquanto "a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista seus usos, costumes, tradições culturais e religiosas".

Por esta razão, os conflitos que envolvem terras de *ocupação tradicional indígena* - seja em ações possessórias, seja em procedimentos de demarcação - parecem ser sempre mais bem compreendidos e solucionados à luz do art. 231 e parágrafos, da Constituição Federal, pois, ali sim, se encontra o arcabouço normativo criado especificamente para regular as disputas que envolvem os povos indígenas, além de tratar-se de dispositivo constitucional cuja força normativa define e delimita a interpretação de qualquer outra norma infraconstitucional.

Além disso, se o Código Civil representa a norma geral para a resolução de conflitos possessórios, o art. 231, da CF e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) constituem as normas específicas que regulam o direito dos povos indígenas à *posse* de suas terras tradicionais.

Feitas estas considerações, tenho que a experiência prática vem demonstrando que, em casos como o presente - nos quais há, de um lado, os não índios, convictos de serem os proprietários da terra disputada, e de outro, os indígenas, firmemente dispostos a permanecer no território que acreditam ter ocupado tradicionalmente -, a melhor solução consiste em manter os indígenas em uma parte específica da fazenda ocupada, em local que seja distante da sede fazenda, do gado, e das áreas onde são realizadas as atividades econômicas - para que os não-índios não sejam prejudicados -, ali permanecendo até que seja finalizado o processo administrativo de demarcação. Deve, ainda, consistir em área com espaço suficiente para preservar a dignidade e o modo habitual de vida dos índios, e em local com acesso às áreas externas da Fazenda, no qual seja possível o contato com agentes da FUNAI e do MPF.

Em hipóteses semelhantes, assim já decidiu este E. Tribunal:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - FUNAI - AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO - LIMINAR - ACEITAÇÃO TÁCITA DA DECISÃO AGRAVADA - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - MATÉRIA PRELIMINAR DEDUZIDA EM CONTRAMINUTA REJEITADA - TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMUNIDADE INDÍGENA - ARTIGO 231 E PARÁGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - POSSE REGULADA PELAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS - *INAPLICABILIDADE DA POSSE REGULADA PELO CÓDIGO CIVIL* - LAUDO ANTROPOLÓGICO CONCLUÍDO - *PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO PELA FUNAI E RISCO DE GRAVE LESÃO AO DIREITO COLETIVO DE SOBREVIVÊNCIA ÉTNICA E CULTURAL DOS INDÍGENAS* - AGRAVO REGIMENTAL

PREJUDICADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.
(...)
5. A posse indígena não é regulada pelo Código Civil, mas sim pelas disposições contidas na Constituição Federal.
6. A Constituição Federal,em seu artigo 231 e parágrafos, objetivou garantir aos indígenas a posse das terras tradicionalmente por eles ocupadas, com a finalidade de preservar suas populações, como aliás, já asseguravam, desde 1934, as constituições anteriores.
7. A Lei nº 6001 de 19.12.73, (Estatuto do Índio) que foi recepcionada pela atual Constituição Federal, reconhece o direito dos índios ou à comunidade indígena a posse permanente da terras por eles habitadas, independentemente de demarcação, cabendo ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e consenso histórico.
8. Demonstrada, nos autos, a plausibilidade do direito invocado pela agravante, vez que, no âmbito do Procedimento Administrativo de Demarcação de Terra Indígena Guyraroká, já foi publicado no Diário Oficial da União, o Resumo do Relatório Antropológico de Identificação e Delimitação, o qual, não obstante, depender ainda de impugnações, concluiu que área ocupada é de posse permanente dos indígenas.
9. *Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não produzem efeitos jurídicos, consoante parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal.*
10. Os documentos acostados aos autos revelam as condições desumanas de sobrevivência dos silvícolas, a ocorrência de freqüentes suicídios, crianças morrendo de desnutrição, e os constantes conflitos travados com os fazendeiros da região, demonstrando que a controvérsia não se limita apenas a um debate jurídico, mas também abarca uma questão de relevância social indiscutível, vez que se trata da dignidade da vida humana.
11. Restando evidenciada a ocorrência de risco de grave lesão ao direito coletivo de sobrevivência étnica e cultural dos indígenas, esta deve prevalecer sobre o direito individual de propriedade.
12. Liminar concedida em Primeiro Grau revogada para que os tutelados da agravante permaneçam na área ocupada até o julgamento final da lide, evitando, assim, o surgimento de novas desavenças entre os envolvidos.
13. Agravo de instrumento provido. Agravo Regimental prejudicado.
(AG nº 0066491-28.2004.4.03.0000, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, v.u., j. 25/07/05, DJ 13/09/05, grifos meus)

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. *AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LITÍGIO ENTRE PROPRIETÁRIO RURAL E INDÍGENAS. INSUFICIÊNCIA DO DIREITO CIVIL. TUTELA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS. PONDERAÇÃO ENTRE OS BENS JURÍDICOS CONFRONTADOS.* MANUTENÇÃO DO *STATUS QUO* ATUAL. EXPRESSÕES INJURIOSAS À JUSTIÇA. RISCAMENTO.
1. Os conflitos possessórios entre fazendeiros e indígenas não podem ser resolvidos unicamente com os olhos voltados para a legislação civil comum, como se o problema fosse eminentemente patrimonial. A lei civil sabidamente não foi concebida para resolver a questão indígena, que abrange aspectos sociais, históricos e culturais bastante importantes e, exatamente por isso, tutelados pela Constituição Federal.
2. No confronto entre dois bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, cumpre ao Poder Judiciário proteger o mais valioso.
3. Não são convenientes e comprometem a segurança jurídica as constantes alterações do estado de coisas, promovidas em caráter provisório pelo Poder Judiciário.
(...)
5. Agravo provido.
(AI nº 0071885-16.2004.4.03.0000, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, v.u., j. 07/02/06, DJ 17/02/06, grifos meus)

Neste último precedente, expôs com brilhantismo o E. Desembargador Federal Nelton dos Santos:

> Não sendo despida de razoabilidade a pretensão dos índios, não pode este Tribunal decidir, nesta fase, senão pelo critério da ponderação entre os bens jurídicos em confronto. *De um lado, está o patrimônio; de outro, a dignidade da pessoa humana. Deveras, é importante a tese do agravante, desenvolvida no sentido de que, para o índio, a terra é sinônimo de sobrevivência. Sua cultura e suas tradições não prescindem desse contato direto com o território que reputam seu. Parece, pois, inquestionável que, entre consagrar o direito ao patrimônio do autor, mantendo os índios na margem da rodovia ou em local indeterminado; e permitir que eles ocupem pequena parte da fazenda, embora restringindo o pleno exercício da atividade econômica do autor, não há dúvida de que se deve, em caráter provisório, adotar a segunda alternativa*. (...) *In casu*, o dano ao patrimônio do autor poderá ser indenizado, aqui não se podendo descurar, evidentemente, da responsabilidade do Poder Público. *Já o dano dos réus pode ser irreparável*. (grifos meus)

Mais do que isso, em juízo de delibação, penso também ser esta a solução que melhor atende ao espírito do art. 231, da Constituição Federal, em casos nos quais exista prova de que o território disputado constitui terra de *ocupação tradicional indígena*, mesmo que ainda não concluído o processo administrativo de demarcação. Isto porque, como se extrai da ementa do V. Acórdão prolatado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Petição nº 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, por maioria, j. 19/03/09, DJ 01/07/10), a natureza do processo de demarcação de terras indígenas é apenas *declaratório*, e não *constitutivo, in verbis:*

> 12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". *Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva*. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. *Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios.* Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). (grifos meus)

A regra de que o direito dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupavam deve ser protegido *independentemente de processo de demarcação* acha-se contemplada no art. 25 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), ora transcrito:

> Art. 25. *O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação,* e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República. (grifos meus)

Assim, o direito dos indígenas sobre as terras que ocupavam tradicionalmente consiste em um *direito originário*, que não cede a nenhum ato posterior de *posse* ou de *propriedade* de terceiros, e que independe do processo de demarcação para ser tutelado. Neste sentido, esclarece com brilhantismo Dalmo de Abreu Dallari:

> *O direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não depende da demarcação, pois resulta direta e imediatamente da Constituição e tem por fundamento a ocupação tradicional, único requisito para o reconhecimento desse direito. Assim, a demarcação não gera o direito nem é indispensável para que ele seja reconhecido*, mas, como a prática tem demonstrado sobejamente, a falta de demarcação torna incertos os limites da ocupação indígena, ou, o que acontece com freqüência, facilita o uso do pretexto da ignorância de se tratar de terra indígena. (Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. *Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul*, org. Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo : Palas Athena, 2000, p. 32)

No mesmo sentido, a lição de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. rev. e atual., Malheiros : São Paulo, 2012, p. 863/864). Sobre o tema, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça: "As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, *na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório. Assim entendido, não se pode falar em perda ou restrição da propriedade por parte de quem nunca a teve*." (REsp nº 1.097.980, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, v.u., j. 03/03/09, DJ 01/04/09, grifos meus); ainda, em *ação de natureza possessória*, decidiu aquela E. Corte Superior: *"As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem a característica de perenidade possessória, mesmo que não demarcadas. Precedente do STJ."* (REsp nº 1.164.272, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 26/08/10, DJ 28/02/11, grifos meus).

Assim, o direito dos indígenas à *posse permanente* de suas terras há de ser tutelado *mesmo antes da conclusão do processo de demarcação*, desde que exista prova robusta capaz de demonstrar que se trata de território *tradicionalmente ocupado*. Vale dizer, havendo prova firme no sentido de que existiu *ocupação tradicional*, o direito *originário* dos indígenas deverá ser resguardado, mesmo em ação possessória, pois seu direito à *posse permanente* é anterior a qualquer posse irregular posterior, *não se sustentando, assim, o argumento de que o direito do indígena não poderá ser protegido por ser incabível em sede de ação possessória a discussão sobre a propriedade das terras*. E o motivo para isto é que, nestes casos, não se trava propriamente uma discussão sobre a *propriedade* das terras disputadas, mas sim sobre a existência ou não do direito dos indígenas *à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupavam* - direito previsto no art. 231, § 2º, da CF, que se relaciona ao *direito de posse*, não se confundindo com o *direito de propriedade* do Direito Civil (arts. 1228 a 1368-A, CC) - e que, diante da prova robusta, deve ser resguardado de imediato, mesmo antes da conclusão do processo de demarcação, cuja finalidade, como já consignado, é apenas a de *declarar* um direito já preexistente.

O que há nestes casos, como dito, não é um conflito entre a *posse* do não-indígena e a *propriedade* do indígena, mas sim entre o *direito à posse permanente* do indígena e uma *posse irregular* posterior. *Posse permanente* cuja proteção é garantida de imediato, antes da demarcação, *por se destinar à própria sobrevivência do indígena*, e de seus costumes tradicionais. Daí porque declarou o E. Ministro Celso de Mello que o art. 231, § 1º, da CF destina-se "a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural", e que "Emerge claramente do texto constitucional que a *questão da terra* representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, *sem* a possibilidade de acesso às terras indígenas, *expõe-se* ao risco gravíssimo da *desintegração* cultural, da *perda* de sua identidade étnica, da *dissolução* de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da *erosão* de sua própria percepção e

consciência como integrante de um povo" (grifos meus), recordando, ainda, que, segundo José Afonso da Silva, para o indígena a terra "*tem um valor de sobrevivência física e cultural*". (RE nº 183.188, Primeira Turma, v.u., j. 10/12/96, DJ 14/02/97).

Cabe destacar que a própria Constituição Federal diz que *não produzem nenhum efeito* "os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e *a posse das terras*" tradicionalmente ocupadas:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e *os direitos originários* sobre as *terras que tradicionalmente ocupam*, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
> (...)
> § 2º - *As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente*, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
> (...)
> § 6º - *São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo*, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (grifos meus)

Isto posto, passo à análise do caso concreto.

Os elementos existentes nos autos demonstram que, no início do ano de 2004, índios da etnia Guarani-Nhandeva ocuparam a *Fazenda Remanso Guaçu*. Decisão proferida no curso da ação subjacente determinou que os índios fossem alocados em área correspondente a 10% (dez por cento) da propriedade, em local distante da sede da fazenda.

O pedido de suspensão ora apresentado veio acompanhado de robusta prova documental, apta a comprovar que os indígenas, estabelecidos há mais de 8 (oito) anos no terreno, constituíram ali uma comunidade fixa, estabelecendo forte vínculo físico com as terras em que estão assentados, nas quais têm se dedicado à plantação de alimentos, como milho, arroz, feijão, mandioca e frutas - *já contando com "14,5 alqueires de área plantada" (fls. 532)* - e à criação de animais, como porcos e galinhas. Relata-se, ainda, a criação de um cemitério, "no qual jazem aproximadamente 14 indígenas da Comunidade" (fls. 533). Além disso, "em torno de 80 crianças do Acampamento freqüentam escola municipal" (fls. 533). Há registros fotográficos da área (fls. 534/549).

Diante destas circunstâncias, entendo presentes os requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, autorizando a suspensão da decisão atacada, dada a existência de risco de grave lesão à ordem, à segurança pública e ao interesse social.

Primeiramente, configuram-se os riscos de grave lesão à ordem e à segurança pública - e aqui, para não fazer uma invocação vazia do termo, faço alusão à expressão "risco à ordem pública" no sentido de distúrbio à organização normal da sociedade civil e à paz pública - diante do notório risco de enfrentamentos entre indígenas e não-indígenas, ou ainda, entre indígenas e a força policial que, caso ocorressem, colocariam em perigo a vida, a saúde e a incolumidade física dos envolvidos.

Além disso, no caso presente, os indígenas encontram-se estabelecidos há muitos anos

nas terras em disputa, formando povoação continuadamente fixa, com meios próprios de subsistência, cuja remoção para outra região certamente ocasionaria a perda de alimentos plantados e de animais.

Penso que seria altamente imprudente determinar a retirada dos indígenas no presente momento, antes que a demarcação do território em disputa venha a ser concluída, tendo em vista que o momento inicial de maior tensão e hostilidade entre as partes já foi superado.

Por outro lado, também entendo que a suspensão da decisão atende, objetivamente, ao *interesse público*, tendo em vista que a causa indígena constitui um sério e relevante problema social atual.

Como amplamente noticiado, as aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul estão superlotadas - fato também demonstrado no documento de fls. 478/486 apresentado pela FUNAI -, condição que cria para os indígenas um estado de confinamento, impedindo o desenvolvimento de sua forma de vida tradicional, expondo-os a graves problemas, como o alcoolismo, a violência e o suicídio. Dados do Ministério da Saúde confirmam o cenário de elevado suicídio entre os indígenas, conforme se observa:

> *A cada seis dias, um jovem Guarani Caiová se suicida. Desde 1980, cerca de 1500 tiraram a própria vida.* A maioria deles enforcou-se num pé de árvore. *Entre as várias causas elencadas pelos pesquisadores está o fato de que, neste período da vida, os jovens precisam formar sua família e as perspectivas de futuro são ou trabalhar na cana de açúcar ou virar mendigos.* O futuro, portanto, é um não ser aquilo que se é. Algo que, talvez para muitos deles, seja pior do que a morte.
> Um relatório do Ministério da Saúde mostrou, neste ano, o que chamou de "dados alarmantes, se destacando tanto no cenário nacional quanto internacional". *Desde 2000, foram 555 suicídios*, 98% deles por enforcamento, 70% cometidos por homens, a maioria deles na faixa dos 15 aos 29 anos. *No Brasil, o índice de suicídios em 2007 foi de 4,7 por 100 mil habitantes. Entre os indígenas, no mesmo ano, foi de 65,68 por 100 mil. Em 2008, o índice de suicídios entre os Guaranis Caiovás chegou a 87,97 por 100 mil, segundo dados oficiais.* Os pesquisadores acreditam que os números devem ser ainda maiores, já que parte dos suicídios é escondida pelos grupos familiares por questões culturais. (Artigo *Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui*, de 22/10/12; extraído do *site* revistaepoca.globo.com; grifos meus)

Há estudos e artigos que demonstram que o confinamento dos indígenas tem sério impacto sobre sua forma de vida:

> *O processo de perda territorial e conseqüente confinamento em espaços extremamente exíguos de um contingente populacional muito superior ao padrão historicamente conhecido pelos Kaiowá e Guarani impôs profundas limitações a sua economia, decorrente da inviabilização da itinerância, do "oguatá", e do rápido esgotamento dos recursos naturais, importantes para a qualidade de vida numa aldeia kaiowá e guarani. (...)* O confinamento na reserva resulta assim num processo que limita drasticamente as possibilidades de reprodução do sistema social indígena - o "ava reko". (...) *Em função desse quadro de violência extrema em que se encontram os Guarani e Kaiowá em praticamente todas as terras indígenas, nas quais também cresce o comércio de álcool, drogas e a prostituição, muitas famílias têm migrado para outros espaços, especialmente para as cidades.* Esse fenômeno de migração para as periferias das cidades da região tem se acentuado nos últimos anos. *Hoje é possível*

> *identificar vários grupos familiares que vão se estabelecendo de maneira precária nas periferias urbanas. Essas migrações decorrem das difíceis condições de vida nas reservas kaiowá e guarani, nas quais falta espaço para produzir seus alimentos e das dificuldades em encontrar trabalho fora das reservas, a não ser nas usinas de cana de açúcar e álcool.* Nelas trabalham, conforme o Ministério Público do Trabalho, mais de 13 mil indígenas.
> (*Guarani Retã - 2008*; autores: Marta Azevedo, Antonio Brand, Egon Heck, Levi Marques Pereira, Bartomeu Melià; grifos meus)
>
> *Nestas últimas décadas testemunhamos o genocídio dos Guaranis Caiovás.* Em geral, a situação dos indígenas brasileiros é vergonhosa. A dos 43 mil Guaranis Caiovás, o segundo grupo mais numeroso do país, é considerada a pior de todas. *Confinados em reservas como a de Dourados, onde cerca de 14 mil, divididos em 43 grupos familiares, ocupam 3,5 mil hectares, eles encontram-se numa situação de colapso. Sem poder viver segundo a sua cultura, totalmente encurralados, imersos numa natureza degradada, corroídos pelo alcoolismo dos adultos e pela subnutrição das crianças, os índices de homicídio da reserva são maiores do que em zonas em estado de guerra.*
> (Artigo *Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui*, de 22/10/12*;* extraído do *site* revistaepoca.globo.com; grifos meus)
>
> *O confinamento e a superpopulação no interior das reservas reduziu o espaço disponível, provocando o esgotamento de recursos naturais* importantes para a qualidade de vida numa aldeia kaiowá e guarani e comprometeu a agricultura indígena. *(...) Povos que foram importante mão-de-obra e contribuíram na implantação de grande parte dos empreendimentos agro-pecuários e públicos, como ferrovia e estradas, em Mato Grosso do Sul, hoje não conseguem mais prover a sua subsistência e a de suas crianças.*
> (*As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul* e as resistências do Bem Viver por uma Terra Sem Males - 2011, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário - CIMI; grifos meus)
>
> De fato, a vida nos *tekoha* retomados melhora consideravelmente: as antigas práticas culturais são revividas e são poucos e isolados os casos de suicídio.
> (*Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul*, org. CIMI - Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 13)

Assim, a suspensão da decisão atende ao *interesse social*, por permitir que os indígenas possam permanecer em local com maior espaço, adequado às suas necessidades, onde encontrarão melhores condições de vida, impedindo que sejam mantidos em situação de penúria dos aldeamentos superlotados, respeitando-se a dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da Constituição Federal. Além disso, a preservação das condições básicas de vida - o piso existencial - de qualquer grupo étnico ou social que se encontre dentro de suas fronteiras (art. 3º, IV, da CF e art. 2º da Lei nº 6.001/73), inegavelmente se insere entre os objetivos do Estado Brasileiro.

Por outro lado, recordo que o processo de demarcação de terras na região encontra-se, como um todo, em estágio avançado, havendo até mesmo outras fazendas da mesma área que foram demarcadas. Ressalto que, após a realização de prova antropológica pela FUNAI, foi editada a Portaria nº 1.289, do Ministério da Justiça, que, entre outras medidas, declarou que a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se situada em terras de ocupação tradicional indígena. Contudo, por força de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no MS nº 10.985,

o processo administrativo que resultou na edição da Portaria mencionada foi anulado por vício formal, decorrente da inobservância do princípio do contraditório.

Observo, entretanto, que a decisão proferida no MS nº 10.985 apenas abordou aspectos formais do processo administrativo, nada pronunciando acerca da questão que envolve saber se a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se ou não sobre território de ocupação tradicional indígena. Vale dizer, não houve decisão judicial sobre o mérito do procedimento de demarcação das terras em que se situa a *Fazenda Remanso Guaçu*. Ao revés, a C. Corte Superior limitou-se a analisar a alegação de inobservância do contraditório no processo administrativo, consignando expressamente que poderá ser realizado novo procedimento de demarcação das terras, no qual seja suprida a falha formal constatada. Transcrevo a ementa do julgamento ora referido:

> MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. PORTARIA 1.289/2005, DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, QUE DECLAROU A POSSE PERMANENTE DA TERRA INDÍGENA YVY-KATU PELO GRUPO GUARANI NHANDEVA. TERRITÓRIO DEMARCADO A ENGLOBAR PROPRIEDADE DO IMPETRANTE. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.
> 1. A Primeira Seção do STJ concluiu pela ausência de nulidade no processo administrativo de edição da Portaria 1.289/2005, do Ministro de Estado da Justiça, que declarou a posse permanente da Terra Indígena Yvy-Katu pelo grupo Guarani Nhandeva. Precedentes: MS 10.269/DF, Primeira Seção, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki e MS 10.994/DF, Primeira Seção, Relatora Ministra Denise Arruda.
> 2. Entretanto, na hipótese dos autos, embora o impetrante tenha apresentado reiterados requerimentos no sentido de ser cientificado para acompanhar o processo administrativo que serviu de base ao enquadramento das terras como de ocupação indígena, não recebeu resposta do Poder Público, o que constitui violação do direito de informação e resposta assegurado a todos os cidadãos.
> 3. Mandado de Segurança concedido.
> (MS nº 10.985, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 26/08/2009, DJ 04/11/2009)

No dispositivo do voto do E. Min. Mauro Campbell Marques - ao qual aderiu o E. Min. Relator Herman Benjamin, em reconsideração de voto -, constou:

> Do exposto, concedo a segurança para anular o procedimento administrativo que embasou a Portaria nº 1.289/2005 tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, *devendo outro ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.* (grifos meus)

Também declarou o E. Min. Mauro Campbell Marques, na fundamentação de seu voto:

> *Primeiramente, cumpre ressaltar que o mandado de segurança não visa atacar o reconhecimento de que são terras indígenas, mas objetiva investir sobre o procedimento adotado pelo Poder Público,* que teria deixado à margem o impetrante. (grifos meus)

Idêntico é o teor da Portaria nº 496/10, do Ministro da Justiça (DOU de 17/03/10), mencionada pelo agravante (fls. 739), que anula o processo administrativo que resultou na Portaria nº 1.289/05 "tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, *devendo outro*

ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Do ora transcrito, verifica-se que o MS nº 10.985 não analisa - e muito menos encerra - a questão relativa à existência ou não de ocupação tradicional indígena no terreno em disputa, de modo que deverá ser refeito o procedimento de demarcação, desta vez com o cumprimento do contraditório.

Além disso, destaco que em 03/08/12 - quando já em curso o presente incidente - foi editada pela Presidência da FUNAI a Portaria nº 986 (DOU de 06/08/12), na qual se determinou a formação de Grupo Técnico com a finalidade de realizar estudo antropológico na *Fazenda Remanso Guaçu*.

Nota-se, assim, que o processo de demarcação da *Fazenda Remanso Guaçu* já se encontra em curso, o qual, após observar devidamente o princípio do contraditório - conforme determinado no MS nº 10.985 -, fornecerá elementos conclusivos para que se saiba se o território disputado constitui ou não terra de ocupação tradicional indígena.

Diante destas circunstâncias, entendo configurada a existência de risco à segurança pública, à saúde e à vida, de modo a atender ao exigido pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92, mantendo-se a decisão que deferiu o pedido de suspensão.

Destaco, por oportuno, que a questão que envolve saber se existiu ou não *ocupação tradicional indígena* é matéria de mérito da ação principal constituindo, portanto, questão a ser resolvida nas vias ordinárias.

Entretanto, a título de argumento *obter dictum*, penso ser necessário ressaltar que os elementos existentes nos autos revelam a concreta possibilidade de que a área disputada esteja situada em local de *ocupação tradicional indígena*.

Para chegar-se a tal ilação, faz-se necessário lançar mão do relevante precendete do C. Supremo Tribunal Federal, à demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Petição nº 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, por maioria, j. 19/03/09, DJ 01/07/10)*, fixou as balizas para a interpretação do que seriam as "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" a que faz menção o art. 231, e §1º, da Constituição Federal.

No célebre julgado, o C. STF - acolhendo a tese apresentada pelo E. Min. Menezes Direito em seu voto-vista - estabeleceu que a existência da *ocupação tradicional indígena* revela-se pelo "*fato indígena*", caracterizado por *presença indígena* em uma região determinada, associada à existência de um vínculo de natureza cultural, religiosa e psicológica que liga o índio à sua terra - fator que o E. Ministro Ayres Britto denominou "marco da *tradicionalidade* da ocupação". Como descrito pelo E. Min. Gilmar Mendes, em seu voto-vista, "A expressão 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os 'usos, costumes e tradições' indígenas)."

Ainda, estabeleceu a E. Corte Suprema que a demarcação de terras deve se dar de acordo com o que o E. Min. Ayres Britto nomeou "marco *temporal* da ocupação" que pode ser resumido nas seguintes premissas: a) a existência da *ocupação tradicional indígena* ("fato indígena") deve ser verificada de acordo com a situação de fato que existia na data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988); b) a *ocupação tradicional indígena* ("fato indígena") *não deixará de existir* se a ocupação tradicional não foi mantida em decorrência de um ato de violência, ameaça, ou outra forma de hostilidade, que impediu a permanência dos indígenas nas terras que habitavam.

Decidindo o caso concreto da demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, assim consignou o E. Min. Ayres Britto: "I - toda a área referida pela Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, é constituída de terras indígenas, como conceituado pelo § 1º do art. 231 da Constituição Federal. (...) Mais: cuida-se de terras indígenas ocupadas por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988 conforme demonstração convincentemente feita pelo laudo e parecer antropológicos de fls. 423/548. *Todas elas em nada descaracterizadas pelo fato das posses ilegítimas que se deram com maior vigor no século XX, mediante a expulsão dos índios das margens dos rios e igarapés e das terras ao pé das montanhas. Posses ilegítimas, protagonizadas pelos* 'civilizados [que] ambicionavam para seus gados as pastagens' (Serviço de Proteção ao Índio)." (grifei).

Como se vê, no precedente da demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, fez-se a distinção de duas situações: a) aquela na qual o grupo indígena *quer* permanecer em determinada área, mas dela é removido por um ato hostil de invasores. Tal situação é incapaz de descaracterizar a existência da *ocupação tradicional indígena*; b) aquela na qual o grupo indígena *espontaneamente* abandona a terra que ocupava, por não mais querer ocupar o território, hipótese na qual deixa de existir a figura da ocupação tradicional. Esta parece-me ser a razão pela qual o E. Min. Ayres Britto, defendendo o modelo de demarcação contínua, assim declarou: "Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígines. *Retração que deve ser contemporaneamente espontânea*, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, *é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa*. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional." Já a hipótese de abandono da terra indígena é bem aclarada pelo E. Min. Menezes Direito, quando expõe que "Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal."

Releva considerar, ainda, que a existência da *ocupação tradicional indígena*, do "fato indígena" não é descaracterizada se, posteriormente ao ato de hostilidade, ameaça ou fraude que ocasiona a remoção do grupo indígena, vier a se estabelecer uma situação pacífica entre os índios e os invasores. Vale dizer, não deixa de configurar-se o "fato indígena" por obter o tomador a *posse pacífica* das terras invadidas.

Parece-me, também, que a descaracterização do "fato indígena" com base na existência de uma relação pacífica entre indígena e eventual invasor contém algo que se aproxima da figura da *usucapião*, que tem por ideia permitir àquele que tem a *posse pacífica* de uma coisa, adquirir-lhe a propriedade. Contudo, as terras indígenas não são passíveis de *usucapião* ou *prescrição aquisitiva*, na forma do art. 231, § 4º, da Constituição Federal ("§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis"). A esse respeito, assim se manifestou o E. Min. Menezes Direito:

> No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.
> Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas. *Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988,*

> *que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva no que se refere à posse das terras indígenas como assentado em precedente deste Supremo Tribunal Federal, de que Relator o Ministro Celso de Mello (RE nº 183.188/MS, DJ de 14/2/1997). Ademais, não há direitos adquiridos diante da Constituição, como também já definiu esta Suprema Corte no julgamento do RE nº 94.414, Relator o Ministro Moreira Alves (DJ de 19/4/1985).*" (grifos meus)

Semelhante é o teor da manifestação do E. Min. Ayres Britto, ao declarar:

> Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. *Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios.* (grifos meus)

Assim, se não é possível obter a titularidade de terra indígena com base em *posse pacífica* da coisa, também não poderia ser descaracterizado o "fato indígena" por terem os indígenas passado a adotar, em algum momento, uma postura pacífica - o que, penso, não poderia ser interpretado como uma *renúncia* do indígena à terra que ocupava.

A mesma conclusão pode ser extraída do art. 231, § 6º, da CF, ao dispor que "São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo", tendo em vista que, na maioria dos casos, aqueles que obtiveram títulos de propriedade em relação a terras de ocupação indígena também conseguiram obter a posse tranquila da área.

Afigura-me, ainda, que impedir a constituição do "fato indígena" em razão de um contexto pacífico, poderia levar a uma situação na qual os grupos indígenas que permaneceram belicosos, ou que se socorreram da justiça privada, teriam direito à demarcação, ao passo que os grupos indígenas que preferiram soluções pacíficas ficariam sem direito. Outrossim, poderia ser criada a exigência de que os grupos indígenas tivessem de permanecer por décadas em situação de constante conflito - inúmeras vezes contra o braço armado de pistoleiros e contra a máquina do Estado -, para que pudessem ter reconhecido seu direito à demarcação.

Ocorre que, em muitas das vezes, a estabilidade entre indígenas e não-indígenas decorreu de uma "paz forçada", de um contexto histórico extremamente adverso ao índio, no qual somaram-se fatores como a ausência de meios eficientes para que os indígenas tivessem seus direitos reconhecidos, a força armada de invasores, a inércia dos órgãos oficiais de proteção aos índios, e mesmo a conivência do Estado, que agiu de forma a promover a remoção dos indígenas para conceder títulos de propriedade a colonos. O E. Ministro Ayres Britto chega a mencionar o termo "arma limpa", para descrever o "processo de dizimação sem derramamento de sangue" que caracterizou a "espremedura topográfica" das populações indígenas durante a história. A respeito, trago elementos que ilustram a forma como ocorreu o processo histórico de colonização e ocupação das terras indígenas no Mato Grosso do Sul, promovido com o impulso do Estado e do SPI:

> *Desde o ínicio do século XX, com mais afinco a partir do Estado Novo (1937-45) de Getúlio Vargas, iniciou-se a ocupação pelos brancos da terra dos Guaranis Caiovás. Os indígenas, que sempre viveram lá, começaram a ser confinados em reservas pelo governo federal, para liberar suas terras para os colonos que chegavam, no que se chamou de "A Grande*

Marcha para o Oeste". *A visão era a mesma que até hoje persiste no senso comum: "terra desocupada" ou "não há ninguém lá, só índio".*
Era de gente que se tratava, mas o que se fez na época foi confiná-los como gado, num espaço de terra pequeno demais para que pudessem viver ao seu modo - ou, na palavra que é deles, Teko Porã ("o Bem Viver"). *Com a chegada dos colonos, os indígenas passaram a ter três destinos: ou as reservas ou trabalhar nas fazendas como mão de obra semiescrava ou se aprofundar na mata. Quem se rebelou foi massacrado.*
(Artigo *Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui*, de 22/10/12; extraído do *site* revista-epoca.globo.com; grifos meus)

Dados recentes apontam que os Kaiowá e Ñandeva ocupam menos de 1% de seu território tradicional. Estão aldeados em 27 pequenas reservas, um total aproximado de 33.431 índios, *estima-se ainda que existem 4.000 índios desaldeados, vivendo às margens de rodovias e periferias das cidades.*
(...)
Expedientes de toda ordem eram utilizados para a obtenção ou apropriação das terras situadas dentro do grande território Kaiowá, realizada com a anuência do Governo que tinha interesse no povoamento e desenvolvimento desses vazios territoriais e populacionais. Além do descalabro muitas vezes ocorrido quanto à titulação de determinadas áreas, *o método na maioria das vezes utilizado pelos fazendeiros para expropriarem os índios de suas terras tradicionais foi praticamente o mesmo em toda a região. Primeiro eram feitas advertências. Depois, ameaças e por fim, ocorria a expulsão. Os índios eram deixados nas margens de rodovias, próximo às reservas já demarcadas. Imediatamente, os fazendeiros queimavam as casas da aldeia e passavam o arado na terra para eliminar os vestígios da ocupação tradicional indígena.* Em toda a região, a forma utilizada pelos fazendeiros para expulsar os índios foi a mesma. *Muitos desses procedimentos estão documentados em ofícios e memorandos do SPI e da FUNAI e descrevem a resistência dos índios em abandonar seus tekohas. (Silva, 2002).*" (PACHECO, Rosely A. Stefanes. Mobilização e retomada de territórios Guarani no sul do Mato Grosso do Sul. *In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA*. Anais do XXII Simpósio Nacional de História. João Pessoa: ANPUH, 2003, grifos meus)

Em 1943 é criado o Território Federal de Ponta Porã, pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, que libera as terras da região para a colonização. (...) *No mesmo ano, em 1943, instala-se em pleno território indígena, a Colônia Agrícola Nacional de Dourados, CAND, retirando cerca de 300 mil hectares do domínio indígena. Segundo Lenharo (1986b: 47), as colônias eram "a menina dos olhos da política de colonização do Estado Novo".*
(...)
No mesmo período, era criado o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), que iniciou suas atividades junto aos Kaiowá e Guarani cinco anos depois, ou seja, em 1915, com a demarcação de 8 reservas. No documento do funcionário Antonio Estigarribia, da inspetoria de Mato Grosso, datado de 1923, fica explicitado que cada uma dessas terras teria a extensão de 3.600 hectares (...) Analisando a demarcação dessas parcelas de terra para usufruto dos índios, percebe-se que a política do SPI estava, perfeitamente, integrada aos projetos de ocupação geopolítica da região. *Para Pacheco (2004: 40), "com a demarcação das reservas criava-se a idéia de que as únicas terras indígenas eram essas, para onde os índios dispersos deveriam se dirigir ou levados compulsoriamente".*
(...)
Ao demarcar essas porções de terra, mais do que garantir terras para os Kaiowá e Guarani, o governo estava preocupado em liberar terras para a colonização. *Através da definição desses "pedaços de terra" como de posse dos índios, o Governo liberava, arbitrariamente, o restante do território indígena como "espaços livres para a empresa privada" (1992: 125).* É o que deixa claro o administrador da CAND, em oficio dirigido ao chefe da I.R. 5o, do SPI, datado de

agosto de 1952: "Acredito que V. S. deve saber, que tanto o Serviço dos Índios, como a CAND, são dependências do Ministério da Agricultura, e nenhum diretor pode tomar qualquer medida drástica, sem autorização ministerial" *(Ofício do administrador da CAND, de agosto de 1952).*
(...)
Vê-se que os índios são tratados como intrusos em suas próprias terras (ver Pacheco, 2004). O relatório do servidor Joaquim Fausto Prado, de 19 de julho de 1948 (p. 110), referindo-se aos índios na área da Cia. Matte Larangeira, *dá conta que "os índios que ocupam essas terras negam-se a deixá-las e os invasores usam de todos os expedientes possíveis para expulsá-los ou para servirem-se deles como mão-de-obra em condições de servidão*", como atesta o Ofício, nº 2, de 12 de outubro de 1949, de Dayen Pereira dos Santos, funcionário do Posto Indígena Benjamin Constant, ao chefe da I.R. 5º. *Refere-se ele à expulsão de uma comunidade de 80 pessoas.*
"Agora estes índios foram de lá expulsos com toda a violência, por um grupo de civilizados, todos armados a armas cumpridas (fuzis e mosquetões), alegando eles que ditas terras estão reservadas para uma colônia agrícola (não sei se isto é exato)."
(...)
O SPI executou, com destreza, seu papel de desocupar territórios indígenas para que estes não impedissem o desenvolvimento regional. Deste modo, a política de confinamento dos índios buscou e alcançou, efetivamente, diversos objetivos importantes sob a ótica do desenvolvimento regional: impedir o indesejável confronto entre colonos e índios, que geraria instabilidade nos empreendimentos econômicos, a liberação das demais terras para a colonização e, ainda, a disponibilização de uma abundante mão-de-obra, necessária para a implantação de obras públicas como as rodovias e dos empreendimentos agropecuários. (...) Os novos ocupantes das terras indígenas sempre puderam contar com o apoio do órgão de proteção aos índios na sua liberação. *O SPI firmou entendimento de que os índios fora das reservas eram "índios desaldeados", atribuindo-se a si a tarefa de aldeá-los, ou seja, transferi-los para dentro das reservas demarcadas. Contribuiu, dessa forma, para sedimentar argumentos que contestam o conceito de ocupação tradicional, explicitado no texto constitucional de 1988*." (BRAND, Antonio; FERREIRA, Eva Maria Luiz; ALMEIDA, Fernando Augusto Azambuja de. O processo de demarcação das reservas indígenas Kaiowá e Guarani, no Mato Grosso do Sul, pelo SPI, e os conflitos de terra, entre as décadas de 1910-1940. *In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, grifos meus)

"O ponto crítico deste processo, foi a criação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados, em 1943. (...) *Houve muitos confrontos entre índios e colonos. A invasão das terras guarani kaiowá foi extremamente violenta. As aldeias foram destruídas, os índios expulsos e suas casas queimadas. Muitos foram os índios e índias mortos em confrontos com colonos e mesmo com policiais militares. As comunidades guarani kaiowá foram dispersas, indo para as reservas, para fundos de fazendas ou refugiar-se no interior das matas.*
(...)
Do início ao final do século XX, os Guarani Kaiowá foram, portanto, submetidos a dois processos simultâneos. Por um lado, desde a criação das reservas pelo SPI, eles foram pouco a pouco sendo confinados em pequenas áreas de terra. Por outro lado, eles foram dispersos, sendo absorvidos como trabalhadores nas fazendas, ou refugiando-se nas matas. Os dois processos acabam resultando em confinamento, pois a partir do momento em que já não há matas para refugiarem-se, as comunidades passam a amontoar-se nas reservas e nas poucas aldeias ainda existentes.
Na década de 1980, quase a totalidade do território guarani kaiowá está titulada em nome de terceiros. As terras são restritas, o gado toma o lugar do homem. Explode uma das mais graves consequências deste processo: os suicídios."

(*Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul*, org. CIMI - Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 11/12)

Os informantes destacam duas causas básicas para explicar o abandono dos diversos tekoha "a pressão dos novos colonizadores, ou seja, a implantação das fazendas e da Colônia Agrícola Nacional de Dourados; *e o excesso de doenças, tais como sarampo, catapora, tuberculose, malária e outras*, incluindo a prática do feitiço.
(...)
As inúmeras doenças, contra as quais, em sua grande maioria, tradicionalmente, não tinham qualquer possibilidade de defesa, já são conseqüência direta da interferência dos novos colonizadores.
Enfraquecem a comunidade indígena e impõe a saída daquele espaço em busca do remédio necessário. *A única alternativa de encontrá-lo está na sede das Missões e dos Postos do SPI*." (BRAND, Antônio *O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani*: os difíceis caminhos da Palavra. 1997. 382f. Tese (Doutorado em História) - PUC/RS, Porto Alegre, grifos meus)

Muitas vezes os indígenas expulsos optaram por evitar o conflito com os colonizadores, mesmo que sua vontade não fosse a de abandonar as terras que tradicionalmente ocupavam, fato que não pode ser interpretado em seu desfavor:

A estratégia dos índios era, inicialmente, procurar as aldeias mais próximas para aí se alojar. Mas "quando o fazendeiro aperta então procura a onde, pra pode fixa, acha lugar melhor" (21:9), Neste caso, a solução possível, acaba sendo o engajamento como mão-de-obra nas fazendas da região. (...) Quero destacar, em todo esse processo de esparramo e atropelo das aldeias, a reação dos Kaiowá/Guarani. *Confirma-se, ao que parece, sua "índole dócil e pacífica" frente à violência dos novos colonizadores.* Apesar dos registros em contrário, que devem ser atribuídos muito mais à violência inerente ao próprio processo de disputa da terra pelo colonizador, os Kaiowá/Guarani têm evitado a violência física e os confrontos armados. *A violência física não fazia parte da sua estratégia frente ao avanço dos "nossos contrários".* (BRAND, Antônio *O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani*: os difíceis caminhos da Palavra. 1997. 382f. Tese (Doutorado em História) - PUC/RS, Porto Alegre, grifos meus).

Os Guarani Kaiowá, nos diversos momentos de sua história, estrategicamente, evitaram o confronto. As comunidades sempre preferiram refugiar-se em tekoha de parentes, fugir para as matas, ou aceitar certas imposições. Quando os tekoha foram destruídos e as matas todas derrubadas, uma situação limite configurou-se aos Guarani Kaiowá.
(*Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul*, org. CIMI - Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 11/12, grifos meus)

Por estas razões, parece-me que o E. Min. Ayres Britto, ao mencionar que a ocupação tradicional não se perde devido a um "renitente esbulho", não fez alusão ao termo *esbulho* como pensado no Direito Civil, no sentido de um esbulho perpetrado constantemente, dia a dia. Observe-se que o E. Ministro - em passagem já transcrita acima - declara que o indígena só deixa de efetivar a *ocupação tradicional* diante de uma "*retração contemporaneamente*

espontânea" (ou seja, espontânea na época em que se deu a retração). Aparenta, assim, que a imagem pretendida com o termo "renitente esbulho" foi a de um "esbulho histórico", a trazer à mente aquela situação típica, na qual o índio é removido do local em que tem seu *habitat*, sendo forçado a permanecer fora do seu território contra sua vontade, algumas vezes mantendo-se em conflito, outras permanecendo pacificamente nas matas ou aldeias para as quais foi expulso, outras vezes até vindo a trabalhar para os invasores, para manter contato com sua terra.

Além disso, a interpretação de que a tradicionalidade da ocupação descaracterizar-se-ia diante de um contexto pacífico, conduziria a uma redução excessivamente drástica do âmbito de proteção do art. 231, § 6º, da Constituição Federal, em contrariedade ao princípio da *máxima efetividade da Constituição*. Historicamente, o processo de invasão e expulsão dos povos indígenas se consumou, em sua maior parte, no final do século XIX, e no início e meados do século XX. Assim, exigir um estado contínuo de conflito desde aquela época histórica implicaria esvaziar em grande parte o conteúdo do art. 231, § 6º, CF, pois restringiria a caracterização da *ocupação tradicional* ao reduzido número de casos nos quais a expulsão dos indígenas se deu pouco antes ou após a promulgação da Constituição Federal, o que poderia legitimar a titularidade de terras obtidas à força, mesmo em locais onde o traço de *tradicionalidade* que liga o índio à terra não se perdeu. Recordo, mais uma vez, que o E. Ministro Ayres Britto, em sua relevantíssima "confirmação de voto", manifestou-se no sentido de que a intenção do constituinte originário "foi resgatar mesmo uma *dívida histórica* e assentar um compromisso fraternal, essa terceira geração de direitos do indivíduo" (grifos meus), e também a de superar "de uma vez por todas, a visão do colonizador sobre os índios".

Cabe recordar, também, que a proteção dos direitos dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam é bastante antiga em nosso Direito. Constitucionalmente, desde a Constituição Federal de 1934 (art. 129) é resguardado o direito do indígena sobre seus territórios. Legislativamente, a proteção vem desde o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, ainda no período do Brasil Colônia. Assim, seja qual for o momento histórico no qual se deu a expulsão dos indígenas de seu território - antes ou depois da Constituição Federal de 1988 -, o que terá se verificado é a *invasão de propriedade da União*, impedindo que daí seja gerado qualquer direito em favor daquele que promoveu a invasão. A respeito, explica o E. Min. Eros Grau, em seu voto proferido na Petição nº 3.388/RR: "A suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol há disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configura evidente tolice, rematada insensatez. *O que se dá, aí, é invasão de propriedade pública, a União estando vinculada pelo dever de proteger essas terras.* (...) Permito-me insistir em dois pontos. Primeiro: as terras que os índios tradicionalmente ocupam são bens da União e devem ser demarcadas como são. Segundo: disputa por terra indígena entre agentes econômicos e índios é algo impossível; pois quando dizemos disputa aludimos a uma oposição entre direitos e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum." (grifos meus). No mesmo sentido, o E. Min. Celso de Mello: "Cumpre ter presente, por isso mesmo, a *correta* advertência feita por DALMO DE ABREU DALLARI ('*O que são Direitos das Pessoas*', p. 54/55, 1984, Brasiliense)*: '*(...) *ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios.* Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. *Quem tiver adquirido*, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, *uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma*, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.' *(grifei)*" (RE nº 183.188, Primeira Turma, v.u., j. 10/12/96, DJ 14/02/97).

Citando o mesmo trecho do E. Prof. Dalmo de Abreu Dallari, igualmente se pronunciou o E. Min. Ricardo Lewandowski.

Outrossim, a conclusão de que a expulsão violenta dos indígenas não descaracteriza a existência de *ocupação tradicional*, nem se confunde com o *abandono espontâneo* das terras, também é extraída do art. 21 da Lei nº 6.001/73, que declara que as terras espontaneamente abandonadas pelos indígenas retornam *à posse e domínio da União* - e não, portanto, à posse e domínio de particulares -, *in verbis*:

> Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.

Em artigo sobre o tema, o E. Min. Gilmar Mendes esclarece a interpretação do dispositivo:

> 26. Nessas condições, não há como deixar de reconhecer que, em caso de *desdestinação* ou *desafetação* das terras do domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura sua reversão ao domínio pleno da União. Esta é a única solução compatível com o nosso sistema constitucional, que, desconhece forma de extinção do domínio público por *desdestinação* ou *desafetação*.
> 27. Daí ter o legislador federal estabelecido no art. 21, do Estatuto do Índio, que: "Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União."
> (...)
> *29. A norma referida contém, todavia, uma ressalva de fundamental importância. Verifica-se a desdestinação ou a desafetação apenas das terras espontaneamente abandonadas pelos silvícolas. Subsiste íntegro, portanto, o caráter indígena das áreas onde se tenha verificado a desocupação forçada, violenta e criminosa. Em qualquer hipótese, não se pode colocar em dúvida o domínio inquestionável da União.* (Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, nº 86, p. 123/124, abr./jun., 1988, grifos meus)

Assim, afigura-me que o mais relevante para o modelo do "fato indígena" trazido pelo C. Supremo Tribunal Federal não é exatamente saber se o ato hostil ou violento que removeu o grupo indígena foi posteriormente seguido de uma situação pacífica, mas sim saber se o indígena, retirado para outras regiões, *manteve ou não* seu contato cultural, religioso e psicológico com a terra que ocupava. Valer dizer, é necessário saber se o caráter de *tradicionalidade* da ocupação foi mantido ou não.

Observo que a exigência de que seja mantido o caráter *tradicional* da ocupação é exatamente o que afasta o argumento de que grandes cidades, ou Copacabana, poderiam ser reputadas terras indígenas. Isto porque se o grupo indígena perde seu vínculo cultural e psicológico com a terra que ocupava, deixa de existir ocupação *tradicional* indígena.

Parece-me que o E. Superior Tribunal de Justiça também adota a orientação de que a *ocupação tradicional* não se perde por uma convivência pacífica entre indígenas e não-indígenas, buscando-se saber, nestes casos, se vínculo de *tradicionalidade* que liga o indígena à terra foi mantido após o ato hostil que culminou em sua expulsão. Neste sentido, trago o seguinte precedente da E. Primeira Seção daquela Corte Superior, no qual os indígenas passaram a trabalhar pacificamente para os não-indígenas, após o desapossamento:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO *WRIT*.
1. A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.
2. Segundo o art. 231, §§ 1° e 6°, da CF/88 pertencem aos índios as terras por este tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.
3. A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF.
4. Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do *writ*.
5. Mandado de segurança denegado (art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009).
(MS nº 14.746, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, v.u., j. 10/03/10, DJ 18/03/10, grifos meus)

Extrai-se do voto da E. Ministra Relatora:

Logo, uma vez constatada a posse imemorial na área, não se há de invocar em defesa da propriedade o seu título translativo, sendo ainda inservível a cadeia sucessória do domínio, documentos que somente servem para demonstrar a boa-fé dos atuais titulares, sem eliminar o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a tornarem-se empregados nas fazendas para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de suas vidas.
Revela-se pertinente para a compreensão do art. 231, § 1º, da CF/88 e para exame da questão, a leitura de trecho do voto exarado pelo relator Min. Carlos Ayres Britto na Pet 3.388/RR, Pleno, DJ 19/03/2009, quando o STF discutiu a demarcação continuada da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Vejamos:
(...)
Restou definido que a data da promulgação da Constituição (05/10/1988) constitui o parâmetro que deve ser levado em conta para aferir-se a ocupação de terras pelos indígenas. Deve ser demonstrado que os índios, àquela data, já estavam localizados na área a ser demarcada - MARCO TEMPORAL.
Ficou, ainda, definido que a ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende como mera posse da terra, no conceito de direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade; se os índios têm a noção de que a discutida região forma um só ser com a comunidade: é a cosmovisão mencionada pelo Min. Britto - MARCO TRADICIONALISTA DA OCUPAÇÃO.
No caso dos autos, como bem frisou o parecer ofertado pelo Ministério Público Federal, ficou demonstrado por meio de laudo elaborado pela FUNAI que a comunidade Kaiowá encontra-se na área a ser demarcada desde os anos de 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras nos anos 40 por pressão de fazendeiros (fl. 25).
Aferiu-se, ainda, que a comunidade indígena permaneceu na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra. (grifei)

Parece-me, assim, que a verificação do "fato indígena" exige, em resumo: a) *presença* do grupo indígena no território reclamado, que não se perde por ato de violência, ameaça, ou

por posse pacífica do invasor; b) manutenção da característica de *tradicionalidade*, ou seja, do vínculo cultural, religioso e psicológico que liga o indígena à terra; c) verificação de que a *presença indígena* - a qual, reitero, não se perde por expulsão forçada do indígena ou posse pacífica do invasor - e a *tradicionalidade* existiam à época da promulgação da Constituição.

Feitas estas considerações, penso haver elementos concretos indicativos da razoável possibilidade de que a terra ora em conflito (*Fazenda Remanso Guaçu*) esteja em território de *ocupação tradicional indígena*.

Como anteriormente descrito, a área em disputa já foi objeto de estudo antropológico aprofundado, que concluiu tratar-se de território de ocupação tradicional indígena. Ocorre, porém, que o processo administrativo foi invalidado por ausência de contraditório - e tão somente por isso. Assim, ainda que seja necessário refazer o referido procedimento, para que seja validada a demarcação da área - o que, aliás, já está em andamento - há, no mínimo, fortíssimo elemento de prova indicando inquestionavelmente de que as terras disputadas atendem ao disposto no art. 231, § 1º, da Constituição Federal.

Além disso, procede a alegação da FUNAI de que, em outros mandados de segurança impetrados por detentores de terra daquela região contra a Portaria nº 1.289/05, o processo de demarcação foi declarado válido, a exemplo do MS nº 10.994, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, v.u., j. 08/03/06, DJ 27/03/06.

Existindo, portanto, elementos nos autos que indicam que a área em disputa constitui território de *ocupação tradicional indígena* e presentes os requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92 - tendo em vista o risco de reavivar animosidades hoje contidas, colocando em perigo a segurança, a ordem pública, e o interesse social -, deve ser mantida a decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAIS:

Cuida-se de agravo interposto por Flávio Páscoa Teles de Medeiros contra decisão proferida pelo eminente Presidente do Tribunal que, atendendo a pedido deduzido, na forma do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, deferiu a suspensão da execução de sentença exarada nos autos da Ação Possessória nº 2004.60.02.000047-2 - que determinara a reintegração de posse na Fazenda Remanso Guaçu, ocupada por indígenas da etnia Guarani-Nhandeava - até o trânsito em julgado verificado na ação subjacente.

Submetido o agravo a julgamento na sessão de 09/01 p.p., o Órgão Especial, por maioria, negou-lhe provimento, restando vencido nosso posicionamento, vazado no sentido de lhe dar parcial provimento para restringir, temporalmente, a eficácia da suspensão concedida, conforme voto que a seguir passo a declarar.

De logo, cumpre consignar que na via da suspensão não nos impende examinar, propriamente, a juridicidade da sentença cuja execução almeja-se paralisar, motivo por que a existência de direito dos indígenas à permanência nas terras objeto da disputa judicial constitui discussão

a ser solvida na esfera judicial adequada, de competência do juízo de primeiro grau e do órgão fracionário do Tribunal que receber o recurso.

De fato, é de se preservar a sede própria ao deslinde da controvérsia, que é a ordinária, relegando-se ao pedido de neutralização a verificação de potencialidade lesiva aos bens jurídicos protegidos neste excepcional âmbito, no qual se tolera, apenas, singelo juízo de delibação acerca da questão de fundo colocada, e ainda assim para se verificar se não se está diante de absurdidade jurídica.

Postas essas balizas, diante do laborioso voto proferido pelo Presidente do Tribunal, não temos dúvida em acompanhar Sua Excelência quanto à necessidade, por ora verificada, de sustar a operatividade da decisão exarada em Primeiro Grau de Jurisdição.

Com efeito, considerando a delicadeza da questão indígena vivenciada no Estado de Mato Grosso do Sul, bem contextualizada no voto do ilustrado Presidente, não podemos descartar eventuais conseqüências funestas da pronta execução da sentença, de molde a atingirem-se a ordem e a segurança públicas. Dentro desses possíveis e nefastos corolários da instrumentalização da decisão judicial, avulta a possibilidade de ocorrência de conflitos entre indígenas e os particulares, de modo a desequilibrar uma situação que, até este momento, vem-se revelando bastante apaziguada, com os índios ocupando restrita parcela das terras em questão. E, de outra parte, cingindo-nos àquele mínimo juízo de delibação típico dos pedidos de neutralização, certo é que o ilustre Presidente trouxe à cogitação do Órgão Especial alguns dados que insinuam a viabilidade jurídica de - em tese - avistar-se assistir razão aos indígenas. Realmente, há subsídios que autorizam antever a possibilidade de estarmos diante de terras de tradicional ocupação indígena, se bem que - forçoso repetir - o desfecho dessa temática está atrelado à seara jurisdicional natural.

A bem da verdade, o que motivou-nos a discrepar, ainda quando parcialmente, do entendimento defendido pelo ilustre Relator, é a fixação da eficácia da medida de suspensão tal qual procedida por Sua Excelência.

Na inicial do pedido de sustação, a FUNAI requereu a vigência da medida até a conclusão do processo de demarcação ou, subsidiariamente, até o trânsito em julgado da ação originária. A seu turno, o eminente Presidente encampou a segunda opção.

Com a devida vênia, temos francas reservas quanto a esse modo de pensar. Assim porque assinalar o trânsito em julgado como marco final da vigência suspensiva importaria, em nosso crer, infirmar a jurisdição de vários órgãos judicantes que, certamente, serão conclamados a atuar na ação ordinária, inclusive as Superiores Instâncias. Aniquilaria, ilustrativamente, a possibilidade de oferta de medidas cautelares e a eventual acolhida de providências intrínsecas ao poder geral de cautela do magistrado, cuja adoção, a futuro, possa ser recomendada, tudo num cenário de total esvaziamento da esfera jurisdicional, mormente dos Tribunais Superiores.

Não descuramos que o condicionamento da duração do decreto de suspensão ao trânsito em julgado escora-se em texto legal, constante do artigo 4º, 9º, da Lei nº 8.437/92, lá inserido por obra da Medida Provisória nº 2180-35/ 2001. De fora parte o aparente despropósito da lei de regência nesse particular, fato é que, a nosso entender, a norma contempla uma mera possibilidade, que pode ser flexibilizada ou abrandada mediante simples decreto de parcial acolhida do pedido de suspensão, de molde que outro termo *ad quem* para a suspensão dos efeitos da medida judicial seja estatuído.

Nesse diapasão, "conquanto o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 disponha expressamente

que a 'suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, nada obsta a que o Presidente delimite tempo inferior àquele estabelecido na legislação. Tal dispositivo, portanto, só é de ser aplicado no silêncio da decisão quanto à duração de seus efeitos". (STJ, Corte Especial, SL nº 162, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 04/10/2006, DJU 11/12/2006 *apud Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor,* Ed. Saraiva, 42ª ed.)

Dessa sorte, pensamos ser de cautela vincular a vigência da suspensão à superveniência de decisão deste Tribunal nos autos da ação subjacente, dentro da seara recursal ordinária própria. Convenha-se em que essa sugestão salvaguardaria a atuação das Cortes Superiores, e não deixaria ao limbo o requerente da medida de paralisação - no caso, a FUNAI - pois, a depender do que será deliberado por esta Corte em grau recursal, ser-lhe-á admissível buscar nova neutralização perante as Superiores Instâncias (STJ/STF).

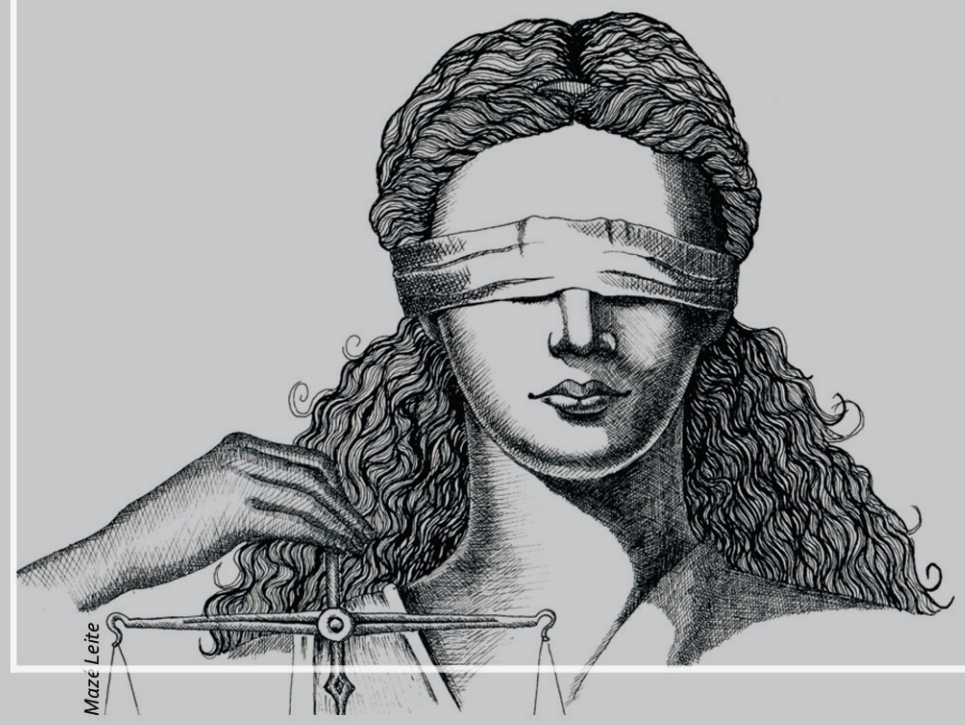
Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo, para restringir o lapso temporal de vigência da suspensão deferida, até que haja decisão desta Corte a ser proferida em recurso interposto na ação subjacente.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

- Sobre conflitos possessórios envolvendo terras indígenas, veja também os seguintes julgados: Ag 1999.03.00.004554-2/MS, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 39/133; SL 2005.03.00.064067-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 73/69; Ag 2004.03.00.071885-6/MS, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 80/243; AC 2003.60.00.005222-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 90/387; AI 2005.03.00.064533-0/MS, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publicado na RTRF3R 92/118; SLAT 2008.03.00.049219-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada nas RTRF3R 92/10, RTRF3R 95/4, RTRF3R 97/52 e RTRF3R 98/7; AI 2000.03.00.055798-3/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 98/227; AI 0010497-05.2010.4.03.0000/MS, Relator Juiz Federal Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 101/141; SLAT 0037604-24.2010.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, publicada na RTRF3R 105/285; SuExSe 0000072-45.2012.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 112/252 e AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 115/167.

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0002648-28.2004.4.03.6002
(2004.60.02.002648-5)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: NEDILE REGINATTO
Réus Absolvidos: FERNANDO PORTILHO LOPES E ANA ZENI REGINATTO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA TÂNIA MARANGONI
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS
Classe do Processo: ACr 51564
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRATO DE DEPÓSITO, GUARDA E CONSERVAÇÃO DE PRODUTOS VINCULADOS A EMPRÉSTIMOS DO GOVERNO FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESVIO DE GRANDE QUANTIDADE DE GRÃOS. MAIOR CULPABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO. ART. 168, § 1º, INC. III, DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. A materialidade delitiva evidenciada pelos autos de vistorias realizadas pela CONAB. Comprovada a perda, deterioração e desvio de produtos agropecuários depositados em armazéns da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA.

2. A versão do co-réu Nedile, negando a ocorrência do desvio, justificando que as perdas foram ocasionadas pelas condições precárias de armazenamento dos produtos, não encontra respaldo na prova produzida pois, se a deterioração tivesse sido a causa do desaparecimento dos produtos deveriam existir ao menos restos dos grãos apodrecidos ou embolorados, o que não ocorreu.

3. As precárias condições de armazenamento não podem justificar a perda de toneladas dos produtos (arroz e milho), não se podendo imputar à fiscalização e tampouco ao órgão de acusação o ônus de provar o destino desses produtos, dado que desapareceram do armazém quando estavam sob custódia do co-réu NEDILE, sócio proprietário e administrador da empresa.

4. Com relação ao arroz com casca ensacado sequer se pode falar em deterioração visto que todo o produto desapareceu do armazém, denotando que os produtos foram, efetivamente, desviados pelo depositário.

5. Embora o co-réu FERNANDO tenha assinado o contrato como fiel depositário, as provas testemunhais produzidas nos autos corroboram a tese da defesa no sentido de que FERNANDO era motorista do armazém e empregado do co-réu NEDILE, não tendo poderes de administração para zelar pelo armazenamento e conservação dos produtos que transportava. O co-réu NEDILE era sócio e responsável pela administração da empresa. Autoria comprovada.

6. Pena-base fixada acima do mínimo legal, apesar do acusado ser tecnicamente primário e não possuir antecedentes criminais. Consideradas as graves conseqüências do desaparecimento de grande quantidade de grãos: mais de duas toneladas de arroz

e mais de meia tonelada de milho, vinculados a políticas públicas na área alimentar no país, denotando maior culpabilidade do agente. Pena-base fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 18 dias-multa.
7. Inexistência de agravantes ou atenuantes. Aplicada a causa de aumento do inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal: o apelado recebeu os produtos em depósito em razão de sua atividade profissional, devido ao ramo específico de sua empresa. Pena aumentada em 1/3, resultando em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 24 dias-multa.
8. Delito cometido em continuidade delitiva averiguada com as diversas vistorias tendo persistido no mesmo "modus operandi". Aplicação do art. 71 do Código Penal, com aplicação da majorante à razão de 1/6, resultando a pena definitiva de 2 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão e 28 dias-multa, arbitrados no valor unitário mínimo legal, vigente à época dos fatos. Regime inicial aberto.
9. Pena inferior a 4 anos. Delito não foi cometido com utilização de violência ou grave ameaça, réu não é reincidente e as circunstâncias previstas no art. 44, inc. III, do Código Penal, indicam que a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos será suficiente a título de reprimenda. Substituição da pena restritiva de liberdade por duas penas restritivas de direitos: uma pena de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, e prestação pecuniária equivalente a 20 (vinte) salários mínimos, que reverterá em prol de entidade beneficente a ser indicada pelo juízo da execução penal. Manutenção da pena de multa arbitrada.
10. Recurso ministerial provido para reformar a sentença e condenar o co-réu NEDILE REGINATTO pela prática do delito previsto no artigo 168, § 1º, inc. III, c.c. art. 71, todos do Código Penal.

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 à apelação ministerial para reformar a sentença e condenar o co-réu NEDILE às penas de 2 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão, no regime inicial aberto, e 28 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de janeiro de 2013.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI (Relatora): Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal em face da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Dourados - MS, que absolveu os réus NEDILE REGINATTO, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, ANA ZENI REGINATTO e FERNANDO PORTILHO LOPES, pelo artigo 386, V, do mesmo Diploma penal, todos acusados da prática do delito previsto no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

Consta da denúncia (fls. 02/05) que NEDILE REGINATTO e ANA ZENI REGINATTO na qualidade de sócios e dirigentes da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA. celebraram com o Banco do Brasil S/A, em 30/01/1995, contrato de depósito para guarda e conservação de produtos vinculados a "Empréstimos do Governo Federal - EGF", assumindo o empregado FERNANDO PORTILHO LOPES o encargo de fiel depositário dos produtos. Em vistorias realizadas em 30/04/98 a CONAB constatou o desvio de "559.381 Kg de milho em grãos da safra 93/94" e, em desvio e perdas em armazenamento de "2.047.686 Kg de arroz em casca das safras de 92/95", conforme notificações referentes aos anos de 1996 a 1998.

A denúncia foi recebida em 27/01/2005 (fl. 42).

Os réus foram interrogados (fls. 245/248 e 278/279) e apresentaram defesa prévia (fls. 235 e 285/286).

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público foram ouvidas às fls. 376/377, 424/425 e as de defesa às fls. 440, 482 e 487.

Em alegações finais o Ministério Público Federal pugnou pela condenação de NEDILE REGINATTO e pela absolvição dos demais réus, nos termos do artigo 386, VIII do Código de Processo Penal (fls. 485/491).

Os réus apresentaram suas alegações finais às fls. 509/511 (Nedile e Ana) e 525/528 (Fernando), pleiteando a absolvição.

A sentença absolutória foi proferida em 18/04/2012 (fls. 545/549).

Apela o Ministério Público Federal pugnando pela condenação do acusado NEDILE REGINATTO, pelas razões que seguem:

1. A materialidade delitiva restou comprovada pela documentação trazida nos autos pelo Banco Central do Brasil, em especial, os "Termos de Notificação e Vistoria".

2. A autoria em relação ao réu NEDILE REGINATTO restou patente pelo contrato social da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., o qual atesta que o acusado é responsável por todos os atos de gestão da empresa; pelos depoimentos prestados em sede policial e em Juízo, no qual tentou se justificar, alegando que não se apropriou dos produtos e que entrou em contato com a CONAB para informar que eles se deterioraram devido às condições de armazenamento, à céu aberto.

3. As condições de armazenamento não eram propícias para a conservação e guarda de cereais. Foram constatados desvios/perdas de 2.047.686 Kg de arroz em 6 vistorias, sendo 5 delas apurada a perda parcial dos grãos armazenados em quantia menor do que foi depositado originalmente. Em vistoria realizada pela CONAB em 04/02/97, verificou-se o desaparecimento total (100%) de 525.088 Kg da safra de arroz (94/95), vinculada as CDAs 55.4375.0006-0 e 55.4375.0001-0, e, do milho, do total de 1.974.139 Kg constatou-se o desaparecimento de 559.381 Kg, já descontada a margem de segurança tolerada pela CONAB (10%), sem explicação plausível, evidenciando-se que o acusado agiu com dolo, apropriando-se e, posteriormente, desviando/alienando os grãos, incorrendo na conduta prevista no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

4. Pede ainda que na fixação da pena sejam sopesadas circunstâncias como maus antecedentes e a conduta social do acusado, que se apropriou da *res publica*, causando lesão a interesse de toda coletividade, o que merece um grau maior de reprovabilidade.

Com as contra-razões vieram os autos a esta Egrégia Corte, onde a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença, para condenar NEDILE REGINATTO como incurso no artigo 168, *caput*, do Código Penal (fls. 570/574).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI (Relatora): Recorre o Ministério Público contra a sentença que absolveu o acusado NEDILE REGINATTO da acusação do crime previsto no artigo 168, § 1º, inc. III, do Código Penal, por entender o D. Magistrado "a quo" que o acervo dos autos não era suficiente para demonstrar o crime de apropriação indébita.

A materialidade delitiva está evidenciada no conjunto probatório, especialmente nos autos das vistorias realizadas pela CONAB que comprovam a perda e o desvio de produtos agropecuários depositados em armazéns da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., da qual o co-réu NEDILE REGINATTO era sócio e responsável pela administração. As perdas e deteriorações dos produtos (arroz e milho) foram descritas na sentença de primeiro grau nos seguintes termos:

> Nos termos de vistorias realizadas à época pelos fiscais, consta, inicialmente, somente a *divergência quantitativa* entre o produto depositado e o aferido na oportunidade do ato de fiscalização, consoante termo nº 012119, 03/12/1997 (fl. 09 e 68, do IPL); enquanto, nos seguintes (nº 009282 e 009284, 30/10/1996, fls. 57/58, do IPL), foi aferida, além da *falta de higienização do local*, também a perda *em armazenamento (diferença de 4,93%)*. Já a partir das demais fiscalizações, conclui-se pela existência de *produto derramado* e *perda de percentual de 25,13% de grãos de arroz*, além da já verificada irregularidade na falta de higienização, nos termos de nº 011994, 17/09/1997 (fl. 61, do IPL), e no de nº 011874, a *perda de 25,24%*, em 24/07/1997 (fl. 72, do IPL).
> Nos termos de nº 009318/009319 (04/02/1997, fls. 64/65 IPL) e nº 008245 (28/04/1998, fl. 116 IPL) constam a perda mais significativa de cereais, além da irregularidade da falta de higienização e produto derramado, já citados, a averiguação de *insetos vivos no local* (graneleiro). Aferiu-se no primeiro a *perda de 100%* das CDAs (6-0, 2-8, 1-0, safras 92/95 arroz) e o *percentual de 46,42%* das CDAs terminadas em 3-6 (safras 92/95 de arroz) e *17,06%* da CDA 4-4 (safras 92/95 de arroz); enquanto na segunda vistoria a *perda física de milho (559.381)* correspondente a *28,33%* (descontando-se 10% desvio técnico). - fl. 546

O Juízo de Primeiro Grau, no entanto, absolveu da acusação de apropriação indébita o sócio administrador da empresa ao fundamento de que não evidenciado o elemento subjetivo do tipo (*animus rem sibi habendi*), conforme se verifica dos trechos da sentença a seguir destacados:

> Como se infere do relato supra, ficou atestado, além das condições de ambientação desfavoráveis para a guarda e conservação (falta de higienização, presença de insetos, produto derramando), o desvio ou perda dos produtos agrícolas, objeto do contrato de depósito formulado com a pessoa jurídica Alvorada Armazém Gerais Ltda., representada pelo então sócio

dirigente e réu NEDILE REGINATTO.
Atestada, inclusive, a regular fiscalização da CONAB, mediante a notificação oportuna do contratante responsável, o réu NEDILE REGINATTO, na qualidade de representante legal, para regularizar a guarda dos produtos aos termos do contrato de depósito, seja conservando os grãos em ambiente adequado, com reposição dos produtos desviados ou perdidos, bem como, com a consequente indenização da diferença a menor aferida nas vistorias.
Logo, cabia ao contratado, na qualidade de sócio e representante da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., Sr. Nedile Reginatto, cumprir as obrigações contraídas no contrato de guarda e conservação dos produtos, zelando pela integralidade e quantidade dos bens confiados em razão do instrumento civil do depósito.
No entanto, o tipo penal exige, como dito, a caracterização de todas as elementares insculpidas no dispositivo legal, *in casu*, a subsunção exata da conduta dos acusados à descrição normativa do art. 168, § 1º, III do CP.
Desta sorte, não ficou demonstrado, com os termos de vistoria relatados, se este desvio e perda dos grãos de milho e casca de arroz (desvio de "559.381 kg de milho em grãos da safra 93/94" e desvio e perda em armazenamento de "2.047.686 kg de arroz em casca das safras de 92/95") se deu a título de dolo ou culpa e se esta quantidade foi efetivamente apropriada pelo contratante ou se tão somente deteriorado em razão do tempo ou má conservação. Frise-e, não há qualquer alusão à causa dessa diferença quantitativa dos produtos agrícolas pelos fiscais, ou destinação dada pelo depositário, mas tão somente, menção da perda e desvio, bem como, das condições desfavoráveis (falta de higienização e presença de inseto) do armazenamento do produto.
(...)
O desvio ou perda decorrente da mera deterioração ou má conservação, apesar de estar inserida no âmbito das responsabilidades do Depositário, não se traduz no resultado material do crime de apropriação indébita, ou seja, a inversão em definitivo da posse dos bens, seja em proveito próprio ou alheio, e o elemento subjetivo do tipo *animus rem sibi habendi*.
Mesmo que haja responsabilidade convencional pela conservação dos produtos guardados pelo réu NEDILE REGINATTO, na qualidade de representante da ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., as consequências deste ato, seja conduta dolosa ou culposa, não ultrapassou a esfera civil, visando atestar a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal do art. 168, § 1º, III do CP.
O Direito Penal, como sabido, é subsidiário, só atua quando os demais ramos são inoperantes ou ineficientes para a pacificação social, ou ainda, quando bens fundamentais são ameaçados ou ofendidos, especialmente em razão do seu princípio gestor, a fragmentariedade da norma criminal.
Outrossim, impera no ordenamento criminal a responsabilidade subjetiva e não é aceita, sequer, resquícios da culpabilidade do autor, porque a pessoa que infringe as leis penais responde pelo fato praticado, em razão de ação ou omissão, nunca pelo que foi ou é (personalidade e conduta social).
Como discorrido, há nos autos prova extensa e robusta da perda e desvio dos produtos agrícolas (desvio de "559.381 kg de milho em grãos da safra 93/94" e desvio e perda em armazenamento de "2.047.686 kg de arroz em casca das safras de 92/95") vinculados a EGF e sob a posse direta do acusado NEDILE REGINATTO, em razão do contrato de depósito para guarda e conservação (fI. 10 IPL).
Ao revés, o acervo judicial não torna inconteste a prática pelo acusado Nedile de todas as elementares do art. 168, § 1º, III do CP, porque não atesta que a posse desses produtos, desviados e perdidos, foi invertida para a esfera de disponibilidade do representante da contratada, seja em proveito próprio ou alheio, requisito indispensável para a caracterização criminosa da conduta e a existência material do delito.
Registre-se que o tipo penal do art. 168, § 1º, III do CP é material, exige além da mera conduta o resultado previsto na norma, a "apropriação" da coisa alheia móvel que o possuidor

> ou detentor de forma dolosa e consciente da reprovabilidade social de sua conduta, outrora, recebeu legitimamente.
> Logo, se não restaram demonstrados pelas provas produzidas em juízo todos os requisitos do tipo legal do crime de apropriação indébita, consubstanciados na posse ou detenção, qualidade de móvel do bem depositado e o *animus rem sibi habendi* na conduta do réu, não há comprovação da ocorrência do art. 168, § 1º, III do CP. - fls. 546 verso/547 verso.

Ao contrário do entendimento adotado pelo Juízo de Primeiro Grau, no entanto, estão configurados todos os elementos do tipo descrito no artigo 168 do Código Penal dado que não se trata apenas de deterioração dos produtos armazenados, mas sim de *desaparecimento (desvio)* de 525.088 kg (quinhentos e vinte e cinco mil e oitenta e oito quilogramas) de arroz com casca ensacado da safra de 94/95, vinculados às CDAs 55.4375.006-0 e 55.4375.0001-0 (fls. 64 a 66 dos autos do inquérito policial em apenso).

Com relação ao milho, verifica-se também o *desvio (desaparecimento)* de quantidade correspondente a 28,33% (já descontado o desvio técnico de 10% admitido pela CONAB), o que corresponde a 559.381 kg (quinhentos e cinqüenta e nove mil trezentos e oitenta e um gramas) de milho.

No interrogatório judicial o co-réu NEDILE REGINATTO negou a ocorrência do desvio, justificando que as perdas foram ocasionadas pelas condições precárias de armazenamento dos produtos. Segue a transcrição do depoimento:

> que o interrogando era proprietário, junto com sua esposa Ana Zeni, da empresa Alvorada Armazéns Gerais Ltda. Que recebia nesse armazém depósito de produtos vinculados a EGF e AGF do governo federal. Que não fez os desvios dos produtos indicados na denúncia. O que ocorreu foi que na época houve uma sobrecarga nos armazéns e a Conab autorizou o armazenamento a céu aberto do arroz. O armazém do depoente fez armazenamento a céu aberto do arroz, cobrindo com lona preta, tipo essas usadas em barracos de sem-terra. A chuva e o vento acabavam por levantar essas lonas molhando o arroz. Inclusive o armazém teve que trocar essas lonas por várias vezes. O arroz ficou depositado nesse sistema por uns dois ou três anos. Que houve muita perda em razão desse tipo de armazenagem. Nesse período, a Conab foi retirando produto de arroz que era vendido ou transferido e ao final acabou se detectando essa quebra. Que nessas retiradas da Conab, se verificava que parte do arroz, que ficava na parte de baixo e nas laterais da lona, estava podre, e esses carregamentos eram feitos só com o arroz bom, o que estava estragado já era descartado ali. Por diversas vezes o depoente comunicou a Conab, por escrito, protocolando carta no Banco do Brasil local, informando sobre essas perdas e pedindo providências, mas eles só ficavam enrolando, retiravam poucas quantidades de arroz. Toda essa perda que teve foi deterioração do produto. Não desviou nada. Que em relação ao milho, foi depositado em armazém que não tem aeração e termometria, e por isso o armazém tinha que constantemente tirar o produto de um silo e passar para o outro, mas mesmo assim deu perda nessa armazenagem que ficou por cerca de cinco anos. Que ao final, quando foi retirado esse produto, teve uma parte que estava deteriorada. Por mais de uma vez, cerca de três ou quatro, comunicou por escrito a Conab para retirar o milho que estava se deteriorando. Que eles não atenderam de imediato mas quando atenderam constataram a perda do milho. Que nos contratos que fez com a Conab havia clausula estipulando o percentual máximo de perda admissível na armazenagem conhecida como quebra técnica. Que o réu Fernando trabalhava no escritório do armarem, com procuração para mexer com coisas de banco, e até assinou alguns contratos desse com a Conab. Era o depoente quem administrava a empresa Alvorada Armazéns Gerais Ltda. Que sua esposa Ana Zeni Reginatto apenas era sócia da empresa, mas nem no armazém ela ia, não participava da administração,

> mas chegou também a assinar alguns contratos desses com a Conab. Teve uma época em que o interrogando e a ré Ana Zeni estavam respondendo alguma coisa na justiça, e aí o co-réu Fernando por sugestão do Banco do Brasil assinou alguns desses contratos. Não conhece as provas do processo. Nada tem contra as testemunhas. Que responde a processo crime em Rio Brilhante. Às perguntas do ministério público: que os quantitativos indicados na denúncia como desvio de produto foram as perdas de armazenagem por deterioração do produto. Que o tipo de problema que tinha com a justiça na época das assinaturas dos contratos era com bancos. As perguntas da defesa: que a Conab não tinha prazo fixado no contrato para a retirada dos produtos. (fls. 245/246)

As precárias condições de armazenamento não podem justificar a perda de mais de uma tonelada de produtos (arroz e milho), não se podendo imputar à fiscalização e tampouco ao órgão de acusação o ônus de provar o destino desses produtos, dado que desapareceram do armazém quando estavam sob custódia do co-réu NEDILE, sócio proprietário e administrador da empresa.

Com relação ao arroz com casca ensacado, conforme acima consignado, sequer se pode falar em deterioração visto que todo o produto desapareceu do armazém, o que corrobora a acusação do Ministério Público Federal no sentido de que esses produtos foram, efetivamente, desviados pelo depositário.

Deve ser consignado, ainda, que se a deterioração tivesse sido a causa do desaparecimento dos produtos - conforme sustentado pelo co-réu NEDILE - deveriam existir ao menos restos dos grãos apodrecidos ou embolorados, o que não ocorreu, conforme apontado pelo Ministério Público Federal nas razões recursais.

A autoria do crime também está comprovada. Embora o co-réu FERNANDO tenha assinado o contrato como fiel depositário, as provas testemunhais produzidas nos autos corroboram a tese da defesa no sentido de que FERNANDO era motorista do armazém e empregado do co-réu NEDILE, não tendo poderes de administração para zelar pelo armazenamento e conservação dos produtos que transportava, pelo que era de rigor sua absolvição, conforme postulado pelo Ministério Público Federal em suas razões finais.

A absolvição da co-ré ANA ZENI REGINATTO também se impunha diante da comprovação de que, embora sócia da empresa de armazenagem com seu marido NEDILE, não participava das atividades da empresa sequer indiretamente, não podendo, pois, ser responsabilizada pelo desaparecimento dos produtos.

Comprovadas a autoria e a materialidade do delito de apropriação indébita, passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase de dosimetria da pena, atenta às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico pelas informações criminais constantes dos autos que o acusado é tecnicamente primário e não possui antecedentes criminais a desfavorecê-lo.

Por outro lado, consoante se verifica dos Termos de Notificação/Vistoria, o desaparecimento de grande quantidade de grãos em poder do apelado, mais de duas toneladas de arroz e mais de meia tonelada de milho, há que se considerar as graves conseqüências que resultaram tanto para a coletividade como para o ente público que deixou de executar as políticas públicas para o abastecimento alimentar no país, denotando maior culpabilidade do agente, o que obriga a exasperação da pena base, para patamar acima do mínimo legal, de modo que fixo a pena-base em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase da dosimetria da pena.

Na terceira fase, considerando que o apelado recebeu os produtos em depósito em razão de sua atividade profissional, devido ao ramo específico de sua empresa, deve ser aplicada a causa de aumento do inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal. Nestes termos doutrina *Guilherme de Souza Nucci*:

> Ofício, emprego ou profissão: a apropriação, quando cometida por pessoas que, por conta das suas atividades profissionais de um modo geral, terminam recebendo coisas, através de posse ou detenção, para devolução futura, é mais grave. Por isso, merece o autor pena mais severa. Não vemos necessidade, nesta hipótese, de haver relação de confiança entre o autor e a vítima, pois o tipo penal não a exige - diferentemente do que ocorre no caso de furto qualificado (art. 155, § 4º, II)
> (*in* "Código de Processo Penal Comentado", 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 561)

Com isso, aplicado o aumento de 1/3, a pena resulta em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Ainda, verifico estarem presentes as condições estabelecidas no artigo 71 do Código Penal, vez que o delito foi cometido em continuidade delitiva averiguada com as diversas vistorias (30/10/96, 04/02/97, 24/07/97, 17/09/97, 03/12/1997 e 30/04/98) tendo persistido no mesmo "modus operandi", razão pela qual aplico a majorante relativa à continuidade delitiva à razão de 1/6, resultando a pena, em definitivo, de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, arbitrados no valor unitário mínimo legal, vigente à época dos fatos.

O regime inicial de cumprimento de pena é o aberto, presentes os requisitos legais.

Por fim, observo que a pena corporal fixada é inferior a 4 (quatro) anos e o delito não foi cometido com utilização de violência ou grave ameaça, bem como o réu não é reincidente e as circunstâncias previstas no art. 44, inc. III, do Código Penal, indicam que a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos será suficiente a título de reprimenda.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade acima fixada por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, uma pena de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, e prestação pecuniária equivalente a 20 (vinte) salários mínimos, que reverterá em prol de entidade beneficente a ser indicada pelo juízo da execução penal, além de manter a pena de multa já arbitrada anteriormente.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ministerial para reformar a sentença e, assim, condenar o réu NEDILE REGINATTO pela prática do delito previsto no artigo 168, § 1º, inc. III, c.c. art. 71, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, substituída a pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes acima consignados.

É COMO VOTO.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI - Relatora

- Sobre a configuração do crime de apropriação indébita no caso de desvio de grãos vinculados a empréstimos do governo federal, veja também o seguinte julgado: ACr 2002.03.99.011977-0/SP, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, publicada na RTRF3R 90/682.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL
0002649-80.2009.4.03.6117
(2009.61.17.002649-1)

Recorrente: VALDINEI JOSÉ TAVARES
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelante: VALDINEI JOSÉ TAVARES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Classe do Processo: ACr 48748
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

DECISÃO

Recurso especial interposto pelo Valdinei José Tavares, com fulcro no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, negou provimento à apelação.

Alega-se, em síntese:

a) quem explora máquinas caça-níquel não comete crime de contrabando ou descaminho;

b) *in casu*, o delito de contrabando deve ser absorvido pelo "crime fim (jogos de azar)";

c) caso não aplicado o princípio da consunção, deve incidir o princípio da insignificância, porque não há como se auferir o quanto de tributo deixou de ser recolhido, inclusive de acordo com o entendimento jurisprudencial;

d) o réu deve ser absolvido, porque "não vendeu, não expôs à venda, não manteve em depósito e muito menos utilizou em proveito próprio ou alheio o objeto material do delito" nem mesmo há prova de que soubesse que as máquinas eram produto de "introdução clandestina ou da importação fraudulenta".

Contrarrazões às fls. 242/245, nas quais se sustenta que o recurso não deve ser conhecido e, quanto ao mérito, não merece provimento.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão recorrido tem a seguinte redação:

> PENAL. CONTRABANDO. MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL. AUTORIA E MATERIALIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.
> I - No caso, Valdinei José Tavares foi denunciado pelo Ministério Público Federal porque, no dia 26 de janeiro de 2009, ele foi surpreendido mantendo em depósito, em proveito próprio e no exercício de atividade comercial, três máquinas do tipo caça-níquel com componentes de origem estrangeira, que devia saber ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem, ante a ilegalidade patente da atividade.
> II - A materialidade sequer foi impugnada no recurso mas não custa consignar que se encontra comprovada nos autos.

III - A autoria também é inconteste. O réu confessou que recebia percentual sobre o lucro auferido pelas máquinas do tipo caça-níquel encontradas em seu estabelecimento.
IV - O princípio da insignificância é inaplicável ao delito de contrabando.
V - A pena foi fixada no mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano, e restou substituída por uma pena de prestação pecuniária.
VI - Apelo improvido.

Inadmissível o recurso quanto à alegação de que o réu deveria ser absolvido em razão da inexistência de provas do dolo, já que desconhecia que as máquinas eram produto de "introdução clandestina ou da importação fraudulenta" e porque "não vendeu, não expôs à venda, não manteve em depósito e muito menos utilizou em proveito próprio ou alheio o objeto material do delito". Evidente que, sob este aspecto, qualquer decisão contrária ao julgado debatido demandaria revolvimento de prova, o que não se coaduna com a sistemática desse recurso excepcional, a teor da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta-se que a exploração de máquinas caça-níqueis não configura o crime de contrabando ou descaminho. Caso seja mantida a imputação pelo crime, pleiteia a aplicação do princípio da insignificância, sob o argumento de que "não há como se auferir o quanto de tributo deixou de ser recolhido". Contudo, não se verifica a plausibilidade do recurso quanto a esses aspectos. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que os componentes e equipamentos mencionados são de importação proibida e quanto à impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando não demonstrado nos autos o montante do tributo devido:

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO, CORRUPÇÃO ATIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA À EXPLORAÇÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e também do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar se reveste de caráter de excepcionalidade, sendo determinada apenas quando satisfeitos os requisitos do art. 312 do CPP, evidentemente, por meio de decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal). 2. Na espécie, a prisão preventiva está suficientemente justificada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal. 3. No que se refere à garantia da ordem pública, destacou o magistrado de primeiro grau a condição do paciente de líder de organização criminosa que, em municípios do Rio de Janeiro, se dedica à *exploração de máquinas caça-níqueis, cujos componentes eletrônicos são de importação proibida*. (grifo nosso) 4. Registro de que, a despeito das diversas prisões em flagrante e de apreensões de máquinas caça-níqueis, as atividades da quadrilha tidas como capitaneadas pelo ora paciente continuaram a se expandir, envolvendo a utilização de material contrabandeado para a exploração do jogo; o aliciamento de policiais, por meio da prática de corrupção; e a extorsão daqueles que não pagavam a "retribuição" ajustada pela utilização das máquinas. Concreto liame entre os fatos e os fundamentos adotados pelo juiz para justificar a custódia preventiva, concernente à reiteração dos delitos. 5. Remarcou o decreto de prisão preventiva, quanto à conveniência da instrução criminal, o alto grau de penetração do grupo no Poder Público, de modo a facilitar a manipulação de provas. Há notícia, nesse ponto, de que, por informações repassadas por agentes policiais integrantes do grupo, o paciente teve ciência, em noite anterior, de que seria deflagrada operação pela Polícia Federal. 6. Por fim, as arguições que procuram por em cheque a materialidade e autoria do crime de contrabando a exigir nitidamente exame probatório, insuscetível de ser operado na via eleita. 7. Ordem denegada. (HC 201000967205 - HC- *HABEAS CORPUS* - 174312 - Sexta Turma OG FERNANDES - DJE DATA: 22.11.2010)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONTRABANDO. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO EM LEI TRABALHISTA. APREENSÃO DE BEM EM BUSCA PESSOAL. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA.
I - A teor do art. 6º, inc. II e III, do CPP a autoridade policial, ao tomar conhecimento de um fato delituoso, está autorizada a aprender objetos a ele relacionados.
II - A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. (HC 73.271/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04/09/1996). Denúncias genéricas que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. (HC 86.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 02/02/2007). A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal.
III - *Na hipótese, a denúncia descreve a atuação de organização criminosa, estruturada com o fim de exploração de jogos de azar, que teria praticado de forma reiterada os crimes de contrabando (de equipamentos relativos às máquinas caça-níqueis)*, de frustração de direitos trabalhistas dos funcionários das lojas administradas pela organização, e de lavagem de dinheiro. (GRIFO NOSSO)
IV - Desta forma, constata-se que a exordial acusatória apresenta uma narrativa congruente dos fatos (HC 88.359/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 09/03/2007), de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa (HC 88.310/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 06/11/2006), descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime (HC 86.622/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 22/09/2006), ou seja, não é inepta a denúncia que atende aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal (HC 87.293/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 03/03/2006). Ordem denegada.
(HC 101668/PE - *HABEAS CORPUS* 2008/0051713-4 - 5 Turma FELIX FISCHER - Julg. 19.08.08 - DJe 20.10.2008)

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. ZONA FRANCA DE MANAUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO VALOR DO TRIBUTO SUPRIMIDO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Não é inepta a denúncia que narra a prática de conduta que se subsume ao delito previsto no art. 334 do Código Penal c.c. com o art. 39 do Decreto-Lei nº 288/67, em conformidade com o art. 41 do Código de Processo Penal, revelando-se suficiente ao exercício do direito de defesa. 2. Não há como reconhecer a aplicação do princípio da insignificância sob a alegação de o valor do tributo suprimido ser inferior a dez mil reais se não fica demonstrado nos autos o real montante devido. 3. *Habeas corpus* denegado.
(HC 200801834847 - HC - *HABEAS CORPUS* - 113847- Sexta Turma - PAULO GALLOTTI - DJ 03.11.08)

Argumenta-se, ainda, que o delito de contrabando deve ser absorvido pelo "crime fim (jogos de azar)". A decisão recorrida tratou da questão nos seguintes termos:

Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Sustenta a defesa, em razões de apelação, que o delito de contrabando constitui o meio para a consumação da contravenção do jogo de azar, de modo que esta absorveria aquele, devendo ser aplicado o princípio da consunção.
Falece razão à defesa.
O agente que mantém máquinas caça níqueis que contenham peças de origem estrangeira, em seu estabelecimento comercial, comete a contravenção de jogos de azar e o crime de contrabando, infrações penais autônomas, que tutelam bens jurídicos diversos, quais sejam, a primeira, a economia popular e o segundo, a ordem pública e o comércio exterior.

> Não há, assim, que se falar em aplicação do princípio da consunção pois não se trata de lesão ao mesmo bem jurídico. Não há a absorção da infração menos grave pela mais danosa.
> Por outro lado, o crime de contrabando é mais danoso que a contravenção de jogo de azar, de maneira que aquele não poderia ser absorvido por esta.

Constata-se que o acórdão recorrido afastou a consunção, porque os delitos em tela lesam bens jurídicos distintos e por não ser possível a absorção da infração menos grave pela mais danosa. A decisão não destoa do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. "HABEAS CORPUS". CONCURSO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO. CRIME-MEIO (CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA) E CRIME-FIM (CONTRABANDO). A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO ULTIMO DELITO NÃO ABARCA A DO PRIMEIRO. A FINALIDADE DA CATEGORIA JURIDICA (CONSUNÇÃO) E MINIMIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVES DE ARTIFICIOS SILOGISTICOS, A IMPUNIDADE DO DELINQUENTE. RECURSO IMPROVIDO. I - O RECORRENTE, EMPRESARIO, CORROMPEU ATIVAMENTE SERVIDOR DA CACEX PARA CONTRABANDEAR BENS. AMBOS FORAM DENUNCIADOS: O RECORRENTE, POR CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA E POR CONTRABANDO OU DESCAMINHO. O JUIZ RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DO CRIME-FIM (CONTRABANDO) E REJEITOU A DO CRIME-MEIO (CORRUPÇÃO). A SENTENÇA FOI MANTIDA. O RECORRENTE, EM SEU RECURSO ORDINARIO, ALEGA QUE DELITO-FIM "CONSUMIU" O DELITO-MEIO. II - INEXISTENCIA DE CONSUNÇÃO, POIS O CRIME-FIM E APENADO MAIS LEVEMENTE DO QUE O CRIME-MEIO. APLICA-SE O PRINCIPIO DO "MAJOR ABSORBET MINOREM". CASO NÃO TIVESSE OCORRIDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME-MEIO, O RECORRENTE POR ELE NÃO PODERIA SER CONDENADO, UMA VEZ INCURSO NAS PENAS DO CRIME-MEIO. AI, NESSE CASO, ADMITIR-SE-IA A CONSUNÇÃO. A FINALIDADE DESSA CATEGORIA JURIDICA E SUAVIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVES DE ARTIFICIOS SILOGISTICOS, A IMPUNIDADE. III - RECURSO IMPROVIDO.
> (RHC 199500711788 - RHC - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* - 5182 - Sexta Turma ADHEMAR MACIEL - DJ DATA: 24/06/1996 PG: 22813 RSTJ VOL: 00089 PG: 00406)

Ante o exposto NÃO ADMITO o recurso especial.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0005123-26.2009.4.03.6181
(2009.61.81.005123-4)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, LUIZ GONZAGA MURAT JUNIOR E ROMANO ANCELMO FONTANA FILHO
Assistente: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
Apelados: OS MESMOS
Excluído: ALEXANDRE PONZIO DE AZEVEDO (desmembramento)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 45484
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS - USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA - *INSIDER TRADING* - ART. 27-D DA LEI Nº 6.385/76 - JUSTIÇA FEDERAL - COMPETÊNCIA - AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO - COMPROVAÇÃO - OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO NO BRASIL - REPRIMENDAS QUE DEVEM SER MAJORADAS - PENA DE MULTA - FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - ARTIGO 72 DO CP - INAPLICABILIDADE - FIXAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO (ART. 387, VI, CPP) - APLICAÇÃO - APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA - APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA .

1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar o delito de uso indevido de informação privilegiada tendo em vista que artigo 109, VI, da CF, deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais, bem como extensivamente, em razão do interesse jurídico da União. Por conseguinte, muito embora o termo "mercado de capitais" não estivesse previsto nos dispositivos constitucionais (arts. 21, VIII, e 192), o interesse direto da União reside na higidez do Sistema Financeiro Nacional, mormente no cunho fiscalizatório da União a fim de assegurar a confiança e segurança jurídica no correto funcionamento do mercado de valores mobiliários.

2. Autoria delitiva comprovada ante o conjunto probatório carreado, apto à demonstração de infringência ao dever de lealdade consubstanciada na utilização de informações privilegiadas ainda não divulgadas ao mercado acionário nas operações referentes à oferta pública de ações, em razão dos cargos ocupados pelos acusados. Materialidade induvidosa ante a prova documental coligida.

3. Não há falar em ausência de dolo, pois os acusados eram ocupantes de funções de alta relevância na empresa, e por óbvio tinham ciência do dever de lealdade e de sigilo das informações em razão dos cargos que ocupavam, bem como não poderiam utilizar de informações privilegiadas para negociar valores mobiliários no mercado de capitais, valendo-se de intermediários estrangeiros com o intuito de ocultar das autoridades brasileiras as operações negociadas no exterior.

4. O bem jurídico tutelado no delito em apreço consiste na confiança depositada pelos investidores no mercado a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado de capitais. Ademais, a credibilidade das operações do mercado de valores mobiliários

se consubstancia na transparência das informações e na divulgação ampla de fato ou ato relevante a fim de garantir a igualdade de condições a todos investidores de operar no mercado de capitais.
5. Reprimendas que devem ser majoradas, diante da exasperação da pena-base.
6. Nos termos do artigo 49 do CP, a multa deverá ser revertida ao fundo penitenciário, *in casu,* ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), consoante artigo 2º, V, da Lei Complementar federal 79/94, uma vez que não há previsão expressa na Lei nº 6.385/76 especificando o destino da mencionada pena pecuniária.
7. Alinho-me ao entendimento explanado por Paulo José da Costa Júnior (Comentários ao Código Penal, pág. 248), no sentido da inaplicabilidade da apontada norma legal (art. 72 do CP) ao crime continuado, pois nessa hipótese "não há concurso de crimes mas crime único e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa".
8. O artigo 387, IV, do CPP deve ser aplicado, *in casu*, sem haver cogitar-se em ferimento a quaisquer preceitos constitucionais ou legais, porquanto trata-se de norma de direito processual (e não material), aplicável, pois, de imediato, nos termos do previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal. O dispositivo legal em comento possui caráter reparatório, pois visa a compensar os danos causados pelos acusados. Não se trata de nenhuma novidade, pois o artigo 91 do CP já disciplinava a reparação civil. Na verdade, o art. 387, IV, do CPP, com redação modificada pela Lei nº 11.719/08, surgiu tão-somente para assegurar maior eficácia ao que determinava o artigo 91 do CP.
9. O dano moral coletivo está expressamente previsto tanto no Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90, art. 6º, VI e VII) quanto na Lei de Ação Civil Pública (L. 7.347/85, art. 1º, IV). Ainda, compete ressaltar, a existência da Lei nº 7.913, de 07.12.1989 que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.
10. Muito embora o interesse tutelado no caso vertente não se refira aos interesses dos consumidores, nada impede a utilização das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que quaisquer espécies de interesses coletivos serão abarcadas pela sobredita legislação.
11. A par disso, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Ação Civil Pública constituem um microssistema jurídico que tutela interesses coletivos ou difusos. Dessa forma, torna-se plenamente cabível a reparação de danos morais coletivos na ação cível pública prevista na Lei nº 7.913/89.
12. Segundo o autor Leonardo Roscoe Bessa (Dano moral coletivo, *in Revista de Direito do Consumidor* nº 59/2006), a disciplina do dano moral coletivo não está restrita apenas ao modelo teórico da responsabilidade civil privada de órbita individual. No entanto, prossegue o autor que "em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos conflitos transidividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal".
13. Assim, no caso vertente, em que estão em discussão danos aos interesses do conjunto de investidores do mercado de valores mobiliários, a tutela efetiva do referido direito coletivo se sobressai no aspecto preventivo da lesão, em homenagem aos princípios da prevenção e precaução. Desse modo, o dano moral coletivo se aproxima do direito penal, sobretudo pelo seu aspecto preventivo, ou seja, de prevenir nova lesão

a direitos transindividuais.
14. O dano moral coletivo reveste-se também de caráter punitivo pela qual sempre esteve presente também nas relações privadas individuais, *v.g.*, *astreintes* e cláusula penal compensatória. Assim, o caráter dúplice do dano moral individual consiste na indenização e na punição que também se aplicam ao dano moral coletivo.
15. Enfim, o dano moral coletivo constitui-se de uma função punitiva em decorrência de violação de direitos metaindividuais, sendo devidos, portanto, no caso em tela, prescindindo-se de uma afetação do estado anímico (dor psíquica) individual ou coletiva que possa ocorrer.
16. *In casu*, além do *insider* ter praticado a conduta delitiva prevista no art. 27-D da Lei nº 6.385/76, ele violou, da mesma forma, as disposições contidas nos artigos 153 e 155 da Lei nº 6.404/76, bem como no art. 1º, I e II, da Lei nº 7.913/89.
17. Com relação ao *quantum* a ser fixado a título de "valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração", um dos parâmetros a ser utilizado, será o montante que desestimule o infrator para a prática de conduta delitiva. Ademais, utilizarei os parâmetros previstos na Lei nº 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista que a referida lei estabeleceu a previsão de multas administrativas no artigo 11, bem como especificou a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal.
18. Há de se ressaltar que o *quantum* fixado para cada um dos réus foi a título de valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, sendo que nada impede o ajuizamento de eventual ação de natureza coletiva no juízo cível.
19. A despeito das previsões contidas nos artigos 13 da Lei nº 7.347/85 e art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.913/89, os valores serão destinados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, conforme especificado na sentença, deverão ser utilizados na promoção de eventos educativos, bem como na edição de material informativo acerca da conscientização dos investidores sobre os malefícios da prática do delito de *insider trading*.
20. Preliminar rejeitada. Improvimento do recurso defensivo. Parcial provimento da apelação ministerial.

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, afastar a preliminar acerca da incompetência absoluta da Justiça Federal, e negar provimento à apelação defensiva, e, dar parcial provimento à apelação ministerial, a fim de majorar as penas impostas aos coacusados *Luiz Gonzaga Murat Filho* para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e *Romano Ancelmo Fontana Filho* para 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime aberto, bem como determinar que o valor da pena de multa seja destinado ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). Reconheceu, por fim, em relação a cada um dos réus, o dever de indenizar os prejuízos sofridos à título de dano moral coletivo, no valor mínimo de R$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais, e sessenta e seis centavos) para o acusado Luiz Murat, e, de R$ 305.036,36 (trezentos e cinco mil, trinta e seis reais, e trinta e seis centavos) para o acusado Romano Ancelmo, nos termos da fundamentação supra, mantendo-se, no mais, a r. sentença "a quo".

São Paulo, 04 de fevereiro de 2013.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Tratam-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pelos acusados Luiz Gonzaga Murat Filho e Romano Ancelmo Fontana Filho, em face da r. sentença de fls. 1092/1128, proferida pelo MMº Juízo da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, que condenou os corréus:

a) Luiz Gonzaga Murat Filho, como incurso nas penas do artigo 27-D da Lei nº 6.385/1976, por duas vezes, c/c art. 71 do Código Penal, a 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e a pena de multa no valor de R$ 349.711,53 (trezentos e quarenta e nove mil, setecentos e onze reais e cinqüenta e três centavos), tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas reprimendas restritivas de direitos, consistentes em uma prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a outra proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena;

b) Romano Ancelmo Fontana Filho, como incurso nas penas do artigo 27-D da Lei nº 6.385/1976, por quatro vezes, c/c art. 71 do Código Penal, a 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a pena de multa no valor de R$ 374.940,52 (trezentos e setenta e quatro mil, novecentos e quarenta reais e cinqüenta e dois centavos), tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas reprimendas restritivas de direitos, consistentes em uma prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a outra proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

Segundo a denúncia, nos dias 7 de abril e 29 de junho de 2006, na cidade de São Paulo, o acusado Luiz Murat, agindo na qualidade de Diretor de Finanças e Relações com Investidores da empresa "Sadia S/A", utilizou, *por duas vezes*, informação relevante ainda não divulgada ao mercado, consubstanciada na oferta pública de aquisição das ações da empresa "Perdigão S/A", de que teve conhecimento em razão de suas funções e da qual deveria manter sigilo, capaz de propiciar, para si, vantagem indevida, mediante a compra, em nome da empresa *offshore Brackhill Investments Inc*, de 5.100 (cinco mil e cem) ADR's e de 30.600 (trinta mil e seiscentos) ADR's de emissão da "Perdigão S/A" em Nova Iorque (por meio da Bolsa de Valores), no valor unitário médio de US$ 69,20 (sessenta e nove dólares norte-americanos e vinte centavos), totalizando US$ 352.907,00 (trezentos e cinquenta e dois mil e novecentos e sete dólares norte americanos) e US$ 586.801,00 (quinhentos e oitenta e seis mil e oitocentos e um dólares norte-americanos), respectivamente.

Consta, ainda, na inicial acusatória que, nos dias 5, 7, 12 e 21 de julho de 2006, na cidade de São Paulo, o acusado Romano Ancelmo, agindo na qualidade de membro do Conselho de Administração da empresa "Sadia S/A", utilizou, por quatro vezes, informação relevante ainda não divulgada ao mercado, consubstanciada na oferta pública de aquisição das ações da empresa "Perdigão S/A" e *na divulgação pública da revogação da oferta pública de aquisição de ações da "Perdigão S/A" pela "Sadia S/A"*, de que teve conhecimento em razão de suas funções e da qual deveria manter sigilo, capaz de propiciar, para si, vantagem indevida, mediante a compra e *venda*, em nome próprio, de 10.000 (dez mil) ADR's, de 5.000 (cinco mil) ADR's, de 3.000 (três mil) ADR's, respectivamente, e *18.000 (dezoito mil) ADR's* de emissão da "Perdigão S/A" em Nova Iorque (por meio da Bolsa de Valores), por intermédio da conta de nº 34961ZPA do Banco HSBC da Suíça, no valor unitário de US$ 19,30 (dezenove dólares norte-americanos e trinta centavos), US$ 19,00 (dezenove dólares norte-americanos), US$ 18,70 (dezoito dólares

norte-americanos e setenta centavos), respectivamente, e *US$ 26,84 (vinte e seis dólares norte-americanos e oitenta e quatro centavos)*, totalizando US$ 193.000,00 (cento e noventa e três mil dólares norte americanos), US$ 95.000,00 (noventa e cinco mil dólares norte-americanos), US$ 56.100,90 (cinquenta e seis mil e cem dólares norte-americanos e noventa centavos), respectivamente, e, *US$ 483.215,40 (quatrocentos e oitenta e três mil e duzentos e quinze dólares norte-americanos e quarenta centavos)*.

Por fim, narra a exordial acusatória que, no dia 20 de junho de 2006, no interior do Banco ABN AMRO Real S/A, na cidade de São Paulo, o acusado Alexandre Ponzio de Azevedo, agindo na qualidade de Superintendente Executivo de empréstimos estruturados e gestão de portfólio de crédito do Banco ABN, utilizou informação relevante ainda não divulgada ao mercado, consubstanciada na oferta pública de aquisição das ações da "Perdigão S/A" pela "Sadia S/A", de que teve conhecimento em razão de suas funções e da qual deveria manter sigilo, capaz de propiciar, para si, vantagem indevida, mediante a compra, em nome próprio, de 14.000 (quatorze mil) ADR's de emissão da "Perdigão S/A" em Nova Iorque, por intermédio da corretora norte-americana *Charles Schwab & Co.*, totalizando US$ 269.919,95 (duzentos e sessenta e nove mil e novecentos e dezenove dólares norte-americanos e noventa e cinco centavos).

O feito foi desmembrado em relação ao corréu Alexandre em razão da aceitação dele da proposta de suspensão condicional do processo (fls. 282/286).

Em razões de fls. 1136/1153, o *Parquet* federal aduz, em síntese, a majoração da pena-base, cominando ao coacusado Luiz Murat a pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao coacusado Romano Ancelmo a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Requer, ainda, a fixação do *quantum debeatur* em decorrência do dano moral coletivo causado pelo delito em apreço, nos termos do artigo 387, IV, do CPP, sendo que o montante será destinado à Comissão de Valores Mobiliários. Sustenta que as penas de multa fixadas na r. sentença sejam remetidas ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), nos termos do art. 49 do CP. Por fim, aduz que as penas pecuniárias fixadas na r. sentença sejam aplicadas distinta e integralmente, nos termos do art. 72 do CP.

A Comissão de Valores Mobiliários, ao aderir ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, interpôs o recurso de apelação (fls. 1167/1186).

Em razões de fls. 1324/1423, o acusado Romano Ancelmo aduz, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal. No mérito, alega a atipicidade dos fatos pela ausência de risco ou lesão ao bem jurídico quanto ao suposto delito de *insider trading*, bem como pela ausência da elementar do tipo "informação relevante" e pela ausência de dolo na venda das ADR's. Alega que foram realizadas inúmeras reuniões sigilosas, sendo que o apelante teria participado "de pouquíssimas reuniões". Afirma que não há provas de sua participação nas atividades corriqueiras da empresa. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base no mínimo legal, bem como a diminuição para 1/6 (um sexto) do *quantum* da continuidade delitiva.

Por sua vez, o acusado Luiz Murat interpôs o recurso de apelação (fls. 1426/1554), aduzindo, em preliminar, a atipicidade dos fatos imputados ao corréu sob o argumento da ausência de bem jurídico ofendido para a configuração do tipo previsto no artigo 27-D da Lei 6.385/76. No mérito, sustenta que a acusação não apresentou provas acerca "de informação relevante apta e capaz de caracterizar o crime de uso de informação privilegiada" referentes ao fato praticado no dia 07 de abril de 2006, "para determinar, nos termos argüidos em preliminar, a conseqüente remessa dos autos ao Ministério Público Federal a fim de possibilitar o oferecimento da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95". O apelante

sustenta que as condutas foram atípicas no segundo fato diante da ausência de informação relevante apta a caracterizar o crime de uso de informação privilegiada no mercado de capitais. Subsidiariamente, requer que a pena base seja fixada no mínimo legal, bem como a alteração da pena de multa, tendo em vista o prejuízo experimentado pelo apelante.

Contrarrazões apresentada pelo acusado Romano Ancelmo às fls. 1190/1214 e 1302/1306 e pelo acusado Luiz Murat às fls. 1217/1248 e 1270/1301, pelo desprovimento do recurso ministerial.

Contrarrazões ministeriais às fls. 1558/1565, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Regional da República, em parecer de fls. 1569/1592, opinou pelo provimento do recurso da acusação e desprovimento do recurso da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Por primeiro, a defesa de Romano Ancelmo suscitou a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o delito previsto no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76, incluída pela Lei nº 10.303/2001.

O apelante sustenta que, considerando a redação do inciso VI do artigo 109 da Constituição Federal, a Justiça Federal não é competente para julgar o delito de uso indevido de informação privilegiada em razão da falta de previsão expressa na Lei de Mercado de Capitais (Lei 6.385/76), ao contrário do que estipula a Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional que contém preceito disciplinando que o processamento e o julgamento dos crimes elencados nesta lei são de competência da Justiça Federal (Lei nº 7.492/86, art. 26).

Entretanto, tal argumento não merece prosperar, pois o artigo 109, VI, da CF, deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais e extensivamente, em razão do interesse jurídico da União, conforme bem observado pelo magistrado de primeiro grau. Ou seja, nas palavras do eminente ministro do STF Sepúlveda Pertence, o artigo 109, VI, da CF deve ser interpretado de maneira extensiva, nos seguintes termos:

> Referido inciso, na verdade, antes amplia do que restringe a competência da Justiça Federal: possibilita ele, com efeito, que a partir das peculiaridades de determinadas condutas lesivas ao sistema financeiro e à ordem econômico-financeira, possa a legislação ordinária subtrair da Justiça estadual a competência para julgar causas que se recomenda sejam apreciadas pela Justiça Federal, mesmo que não abrangidas pelo art. 109, IV, da Constituição (RE 502.915-8/SP, DJ 27/4/07).

Por conseguinte, o apelante aduz que não restou demonstrado o interesse direto e imediato da União a fim de fixar a competência da Justiça Federal no processamento e julgamento do crime de *insider trading*.

Deveras, o interesse da União não repousa tão-somente em bens da União (art. 20 CF) conforme aventado pela defesa, mas também em coisas imateriais, intangíveis que é a credibi-

lidade, a higidez, a lisura entre os investidores no Mercado de Capitais. Pois, no caso vertente, os acusados ao utilizaram informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tiveram conhecimento e da qual deveriam manter em segredo, propiciando para si, vantagem indevida, ocasionou o desequilíbrio de informações entre os demais acionistas ou investidores no mercado de valores mobiliários, bem como propiciou o uso de práticas "não equitativas" no Mercado de Capitais (Instrução CVM nº 8, de 08.10.79). Neste sentido, confira-se excerto do voto proferido pelo eminente Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, no CC 200700810965, DJE 22/06/2009:

> observa-se que a criação de situações capazes de gerar melhores resultados a determinado investidor ocasiona um abalo ao sistema financeiro, na medida em que põe em risco a higidez, a confiabilidade e o equilíbrio desse sistema. Assim, tem-se a incidência da hipótese prevista no artigo 109, inciso IV, da Carta da República.

Ademais, conforme bem ressaltado pela Ilma. Procuradora Regional da República, o mercado de capitais está inserido no Sistema Financeiro Nacional de acordo com as disposições contidas nos arts. 3º, III, IV e VI, 4º, VIII, 11, § 4º, da Lei 6.385/76, bem como nos arts. 21, VIII, e 192 da Constituição Federal. Assim, muito embora o termo "mercado de capitais" não estivesse previsto nos dispositivos constitucionais acima mencionados, o interesse da União reside na higidez do Sistema Financeiro Nacional, mormente no cunho fiscalizatório da União a fim de assegurar a confiança e segurança jurídica no correto funcionamento do mercado de valores mobiliários. Confira-se:

> Não é preciso grande divagação hermenêutica para se verificar que uma interpretação racional e teleológica dos artigos supracitados leva a conclusão de que o Constituinte emprega o termo Sistema Financeiro em seu aspecto amplo, que contempla o mercado de capitais.
> O interesse da União na higidez do mercado de capitais insere-se na competência definida no art. 21 da Constituição Federal, pois não é possível para a União fiscalizar as operações financeiras excepcionando o Mercado de Capitais. Essa é a razão de o Legislador ter inserido no Sistema Financeiro Nacional a CVM - Comissão de Valores Mobiliários.
> (...)
> Como se depreende do acima exposto, o crime previsto no art. 27-D da Lei nº 6.385/76 afeta diretamente o interesse da União de exercer sua competência constitucional de fiscalizar as operações financeiras, no sentido de manter a higidez, a estabilidade e o equilíbrio do Sistema Financeiro, resguardando assim o interesse supra individual da ordem econômica e financeira (fls. 1574 vº e 1575 vº).

Por fim, trago à colação precedente julgado pelo C. STJ determinando que a Justiça Federal é competente para julgar os delitos previstos na Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 6.385/76):

> PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. INTERESSE DA UNIÃO NA HIGIDEZ, CONFIABILIDADE E EQUILÍBRIO DO SISTEMA FINANCEIRO. LEI 6.385/76, ALTERADA PELA LEI 10.303/01. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. *ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO E INTERESSE DIRETO DA UNIÃO.* COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O fato de tratar-se do sistema financeiro ou da ordem econômico-financeira, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal, embora a União

> tenha interesse na higidez, confiabilidade e equilíbrio do sistema financeiro. *2. A Lei 6.385/76 não prevê a competência da Justiça Federal, porém é indiscutível que, caso a conduta possa gerar lesão ao sistema financeiro nacional, na medida em que põe em risco a confiabilidade dos aplicadores no mercado financeiro, a manutenção do equilíbrio dessas relações, bem como a higidez de todo o sistema, existe o interesse direto da União.* 3. O art. 109, VI, da Constituição Federal não tem prevalência sobre o disposto no seu inciso IV, podendo ser aplicado à espécie, desde que caracterizada a relevância da questão e a lesão ao interesse da União, o que enseja a competência da Justiça Federal. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, um dos suscitados. (CC 200700810965, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 22/06/2009 LEXSTJ VOL.:00241 PG:00283.) - *destaquei*

Por outro lado, a alegação do acusado Luiz Murat de que não houve ofensa ao bem jurídico tutelado no Brasil é questão que se confunde com o mérito e com ele será examinado.

Vencidas tais questões, passo ao exame e julgamento do mérito.

No mais, a materialidade delitiva restou devidamente comprovada por meio do Termo de Acusação oferecida em face do acusado Romano Ancelmo (fls. 3/15 do apenso ref. a Peças Informativas 1.34.001.004607/2007-08) e do acusado Luiz Murat (fls. 02/17 do apenso ref. a Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.003927/2007-32), do Inquérito Administrativo CVM-SP nº 2007-117 (fls. 25/249 e 253/275 do apenso ref. a Peças Informativas 1.34.001.004607/2007-08), do Procedimento Administrativo Sancionador nº SP2007/0118 (fls. 23/316 e 460/484 do apenso ref. a Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.003927/2007-32) e do Procedimento Administrativo Sancionador CVM nº SP2007/0119 (fls. 27/228, 231/429, 432/635, 640/844 e 847/937 do apenso ref. a Peças Informativas nº 1.34.001.004606/2007-55 e fls. 489/492 do apenso ref. a Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.003927/2007-32).

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

A princípio, cumpre salientar que as condutas dos réus se inserem no tipo penal previsto no artigo 27-D, da Lei nº 6.385/76, *verbis*:

> Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Conforme bem ressaltado pelo MM. Juiz *a quo,* o tipo penal em epígrafe contém diversos elementos normativos cuja complementação emana do Direito Societário, ou seja, o delito em apreço é uma norma penal em branco que traz em seu bojo expressões que necessitam de complementação por uma lei ou ato infralegal. *Ab initio,* um das elementares do tipo que depende de complemento é a expressão "de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo", ou seja, refere-se ao sujeito ativo do delito de *insider trading.*

Assim, o tipo penal do artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 estabelece que o sujeito ativo do crime de *insider trading* tem o dever de manter em sigilo, a informação relevante ainda não divulgada ao mercado da qual teve conhecimento.

A Instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002, que dispõe acerca da divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, regulamentou a Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 6.385/76), estabelecendo no artigo 8º um rol de funções ou cargos exercidos por agentes que têm o dever de manter em sigilo as informações relativas a ato ou fato relevante, notadamente os diretores e membros do conselho de administração.

In casu, ao serem ouvidos em juízo, os acusados disseram que exerceram cargos que tinham a obrigação de manter sigilo a respeito de informações de ato ou fato relevante, na época dos fatos. O corréu Luiz Murat (fls. 547/548) disse que exerceu a função de Diretor Financeiro e de Diretor de Relações com Investidores da empresa Sadia S/A, ao passo que Romano Ancelmo afirmou que era membro do Conselho de Administração da Sadia S/A (fl. 588).

Em seguida, analisando detidamente outros elementos do tipo, os acusados confirmaram em juízo que negociaram (ordem de compra e venda) os valores mobiliários (ADRs) da empresa Perdigão no exterior. Interrogado em juízo, o acusado José Murat asseverou que transmitiu a ordem de compra de ADR's por meio de seu telefone celular para sua empresa *offshore* Brackhill na Bolsa de Valores de Nova Iorque. Da mesma forma, o coacusado Romano Ancelmo confirmou perante a autoridade judiciária que efetuou a compra e venda das ADR's, por intermédio do Banco HSBC, na Bolsa de Valores de Nova Iorque.

Nesta esteira, tanto a defesa de Luiz Murat quanto de Romano Ancelmo levantaram a tese de que o fato é atípico, pois inexistiu "informação relevante" no caso em apreço.

A elementar "informação relevante" constitui-se em elemento normativo jurídico que depende de complementação de lei ou ato infra-legal (arts. 155, § 1º e art. 157, § 4º, da Lei nº 6.404/76; art. 2º da Instrução CVM nº 358/2002).

No caso vertente, a informação relevante objeto de discussão consiste na realização de oferta pública de aquisição de ações da Perdigão pela Sadia, pois o valor das ações da empresa Perdigão pode sofrer variação de preços no mercado e também ter influência na decisão do investidor de comprar, vender ou manter aqueles títulos, conforme bem observado pelo magistrado de primeiro grau.

Ademais, convém ressaltar que o momento exato de uma informação se tornar relevante é a partir da expectativa gerada na realização de um negócio jurídico de grande vulto, *in casu,* a potencialidade de realização de oferta pública de aquisição das ações da Perdigão pela Sadia, conforme observado pelo MM. Juiz *a quo*. Confira-se*:*

> Do mesmo modo, no âmbito da verificação de prática de insider trading, a mera expectativa de realização de um negócio jurídico de vulto deve ser já considerada um fato relevante. Deve-se exigir uma postura rígida por parte dos dirigentes da companhia. A vedação ao insider trading traduz um dever de lealdade, especialmente dos administradores, em relação à companhia. A partir do momento em que se tem notícia de algum ato ou fato que, ainda que sujeito a diversos condicionantes, possa vir a ser considerado relevante, deve o administrador ou equiparado se abster de negociar os valores mobiliários que possam ter seus preços afetados.
> Admitir-se o argumento de que a existência de diversos condicionantes à efetiva ocorrência do ato afastaria a configuração de uma informação relevante seria um incentivo à prática do insider trading logo no início do processo. Ademais, há que se ter em mente que, especialmente nos grandes processos societários, existem invariavelmente várias etapas a serem cumpridas, as quais são de conhecimento dos administradores desde o início.
> A aceitar a tese, a configuração da informação como relevante ou não ficaria na dependência do poder potestativo do administrador, que, incluindo uma condição suspensiva qualquer no

> negócio jurídico, poderia descaracterizar sua qualidade de informação relevante. (fls. 1111 e verso)

A defesa do coacusado *Luiz Murat* alegou, em razões de apelação, que não há provas de informação relevante apta a caracterizar o delito de *insider trading* referente ao fato praticado no dia 7 de abril de 2006. Contudo, entendo que restou devidamente comprovado nos autos que o apelante incorreu na prática do delito de uso indevido de informação privilegiada pelo vasto conjunto probatório desenvolvido tanto na fase pré-processual quanto na fase de instrução judicial, sobretudo pelo depoimento prestado em juízo pelo próprio réu (fls. 546/585).

Antes de tecer considerações a respeito do fato praticado no dia 07 de abril de 2006, é importante ressaltar que, em juízo, o coacusado Luiz disse que liderou o processo ou projeto relativo à Oferta Pública, pois afirmou que coordenava às áreas que cuidavam do estudo administrativo, societário, jurídico e financeiro, ou seja, ele disse que tinha papel importante neste processo (fls. 546/585).

Pois bem. No *dia 7 de abril de 2006*, a empresa Sadia foi contatada pelo Banco ABN AMRO Real S/A acerca da possibilidade de oferta hostil das ações da Perdigão. Iniciaram-se assim os estudos relativos à oferta em que estiveram envolvidos os profissionais da empresa: Walter Fontana Filho (Presidente do Conselho de Administração da Sadia S/A), Eduardo Fontana D'Ávila (Vice-Presidente do Conselho de Administração da Sadia), o acusado Luiz Murat e Delmir Dal Cim, conforme missiva enviada à CVM pelo próprio acusado, datada em 31/07/2006 (fls. 44/45 do apenso procedimento investigatório criminal sob nº 1.34.001.003927/2007-32). Os dois primeiros profissionais citados acima tomaram conhecimento do Projeto nesta mesma data, consoante documentos de fls. 391/392 do referido apenso procedimento investigatório criminal encaminhado pelo próprio coacusado ao escritório de advocacia TOZZINI, FREIRE, TEIXEIRA E SILVA. O acusado também tomou conhecimento deste projeto no dia 7 de abril quando este foi indagado pelo magistrado de primeiro grau. Ainda nesta reunião, dita como "encontro informal" pelo próprio acusado, estiveram presentes: Fábio Barbosa (Presidente do Banco ABN Amro S/A) e João Roberto Gonçalves Teixeira (vice-Presidente do Banco).

A reunião que foi realizada na sede do Banco ABN na *data referida* foi o primeiro acontecimento relevante que originou o projeto relativo à oferta pública de ações da Perdigão. Assim, verifico que, não se tratou de um mero "encontro informal", pois estavam presentes profissionais ocupantes de funções de alta relevância das duas empresas que acreditavam "na efetiva viabilidade do projeto", conforme bem ressaltado pelo magistrado de primeiro grau (fl. 1113 vº).

Assim vejamos. Em juízo, Walter Fontana disse que esta reunião possibilitou a realização de uma oferta hostil em decorrência da Perdigão de estar entrando no "novo mercado", sendo que foram feitas análises referentes "a situação, preços" juntamente com os executivos do Banco ABN (fls. 348/349). Além disso, João Teixeira disse que o Banco apresentou a ideia de realizar a oferta pública de aquisição das ações da Perdigão nesta primeira reunião ocorrida no dia 7 de abril (fls. 369; fl. 108 do referido apenso do procedimento investigatório criminal). De igual forma, Fabio Barbosa disse que participou da reunião a fim de dar credibilidade ao processo de oferta pública de ação (fl. 389).

A alegação defensiva tanto do apelante *Luiz Murat* quanto de Romano *Ancelmo* de que a informação só se tornou relevante a partir da publicação do "Edital de Oferta Pública para Aquisições de Ações de Emissões da Perdigão S/A", datada em 17.07.2006, não merece prosperar. Pois, conforme bem ressaltado pelo MM. Juiz *a quo,* as dificuldades jurídicas (existência

de *poison pills* no Estatuto da PERDIGÃO S/A), societárias e econômicas (aprovação do financiamento pela matriz holandesa do Banco ABN) foram circunstâncias de somenos importância.

No desenrolar do processo, houve a preocupação dos participantes daquela reunião de que não fosse divulgado ao mercado o projeto de oferta pública de aquisição das ações da Perdigão, ou seja, o processo foi tratado por absoluto sigilo pelos próprios profissionais, conforme podemos observar pelo depoimento de Fabio Barbosa que disse no bojo do procedimento investigatório criminal: "Para fins de confidencialidade, internamente, as empresas foram denominadas de 'blue' (Sadia) e 'red' (Perdigão)" (fl. 328 do referido apenso do procedimento investigatório criminal). Tendo, inclusive, o próprio acusado Luiz Murat se preocupado em não divulgar o teor da negociação aos seus subalternos.

Isto porque, com a mera divulgação ao mercado da possibilidade de ser realizada a oferta pública de aquisição não solicitada de ações da empresa Perdigão conduziria a uma variação na cotação dos valores mobiliários da sobredita empresa. Isto, por sinal, influenciaria na decisão do investidor de comprar, e, posteriormente vender as ações da empresa Perdigão, sendo que tal hipótese foi confirmada pelo depoimento da testemunha João Teixeira. Confira-se:

> nós tínhamos uma obsessão com a questão do vazamento de informações porque, claro, que na medida que essa informação vazasse para o mercado a tendência era o preço da ação da Perdigão subir como consequência qualquer oferta que a Sadia viesse a fazer teria um prêmio sobre o preço do mercado pequeno (fl. 376).

Assim, ao término da reunião, o acusado de posse desta informação privilegiada em razão do cargo que ocupava na época na empresa Sadia, transmitiu ordem de compra de lotes de ADR'S da empresa Perdigão em Nova Iorque, por intermédio de corretora Merry Linch. Ao contrário do que disse em juízo, a compra das ADR's da Perdigão não foi motivada por causa da gripe aviária, bem como pelo ingresso da Perdigão no "novo mercado", ou seja, alteração jurídica das ações da referida empresa. Isto porque, os valores das ações estavam com cotação em alta entre os períodos de janeiro de 2003 a junho de 2006 (fl. 10 do referido apenso do procedimento investigatório criminal). E a divulgação do ingresso da Perdigão no novo mercado ocorreu em 17 de fevereiro de 2006 (fl. 11 do referido apenso do procedimento investigatório criminal).

Por outro lado, no *dia 29 de junho de 2006*, o acusado adquiriu novamente ADR's da Perdigão na Bolsa de Nova Iorque, por intermédio de sua empresa *offshore Brachill Investiments Inc*. Nesta segunda aquisição de lotes de ADR's da Perdigão, o réu alegou em seu interrogatório judicial que antes de comprar pela segunda vez as ADR, os fatos anteriores eram mera especulação.

Ocorre que, o processo da oferta pública de aquisição não solicitada de ações da Perdigão já estava em "estágio muito bem avançado", conforme decisão proferida pelo Rel. Marcos Barbosa Pinto no procedimento administrativo realizado na CVM (fl. 474 do referido apenso do procedimento investigatório criminal).

Além disso, o acusado Luiz Murat participou de uma reunião pela qual estava presente o advogado Dr. Mauro Guizeline. O referido advogado teria alertado o acusado a respeito da proibição de negociar valores mobiliários diante do acesso deste à informação privilegiada de fato relevante ainda não divulgado ao mercado.

Ademais, não poderia deixar de apresentar, a ponderação colocada pela Ilma. Procura-

dora Regional da República a respeito do projeto no período que antecedeu na divulgação do "Edital de Oferta Pública para Aquisições de Ações de Emissões da Perdigão S/A":

> Uma transação daquele porte, por óbvio, traz em si enorme complexidade. Todavia, em junho de 2006, faltando pouco mais de um mês para oferta ser feita, não é verossímil afirmar que o projeto era duvidoso e que, ausente o Laudo do Bradesco ou a concordância da família, tratar-se-ia de uma circunstância meramente especulativa e que não poderia, *de per si*, influenciar um investidor.
> A esta altura dos acontecimentos a opção da empresa por fazer a oferta hostil era firme, concreta e efetiva, mesmo que ainda dependesse de algumas diligências e da aprovação dos acionistas e do Conselho de Administração (momento que teria de ocorrer a publicidade da intenção). (fl. 1585 verso)

Em juízo (fls. 586/602), o coacusado *Romano Ancelmo* (fls. 586/602) disse que soube do projeto de oferta pública de ações da Perdigão na segunda quinzena de abril de 2006. Quem lhe comunicou a respeito deste projeto foi o Walter Fontana. Ainda, em seu depoimento, Romano confirmou a informação prestada pelo corréu Luiz Murat de que teria tomado conhecimento do projeto no dia 14 de abril de 2006, conforme documentos de fls. 391 e 392 do referido apenso do procedimento investigatório criminal.

A partir daí, consoante o testemunho de Walter Fontana, no bojo do procedimento investigatório criminal (fls. 346/347), a participação do coacusado Romano tornou-se mais evidente no projeto, tendo em vista a condição dele de acionista e membro do Conselho de Administração o que facilitou o acesso dele às informações relevantes no processo de oferta pública de aquisição de ações não solicitadas da Perdigão.

Em seu depoimento perante o juiz singular, o coacusado Romano afirmou que participou de uma reunião em que estava presente o Dr. Mauro Guizeline, advogado do escritório Tozzini. Romano disse que foi alertado pelo sobredito advogado de que não poderia negociar ações e ADR's da Perdigão. Entretanto, Romano alegou que só não poderia negociar na hipótese de irreversibilidade do negócio, pois na época que ele comprou as ADR só havia meros estudos e projetos de viabilidade de aquisição da Perdigão pela Sadia. Assim, o acusado entendeu que só deixaria de negociar valores mobiliários quando o projeto se tornasse irreversível, ou seja, a partir do dia 13 de julho.

Entretanto, conforme bem observado pela Ilma. Procuradora Regional da República, o coacusado Romano foi descrito pela própria defesa como profissional qualificado, ocupante de cargo de alta relevância e com experiência no mercado, sendo que ele esteve envolvido nas tentativas anteriores de fusão da empresa Sadia com a Perdigão.

Assim, concluo que o corréu Romano tinha plena ciência de que não poderia negociar ADR's no mercado norte-americano em razão de sua vetusta experiência no mercado e de ter sido orientado pelo Dr. Mauro Guizeline a respeito da proibição de negociar ADR's da Perdigão, conforme restou devidamente comprovado pelo depoimento do coacusado no procedimento administrativo instaurado na CVM (fls. 116/117 do referido apenso procedimento investigatório criminal). Sendo certo que, as condutas praticadas pelo réu Romano nos dias *05, 07 e 12 de julho de 2006* se subsumem perfeitamente ao tipo previsto no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 em razão do acesso facilitado dele à informação privilegiada.

Por outro lado, a alegação defensiva acerca da irreversibilidade do negócio não se sustenta tendo em vista que o processo de fusão envolvendo duas grandes empresas do setor alimentício

no Brasil foi demasiadamente complexo, ou seja, de acordo com depoimento dos réus houve tentativas anteriores de fusão que não obtiveram êxito.

É importante salientar que no período em que Romano negociou as ADR's, o projeto de oferta pública de aquisição de ações estava em estágio muito avançado, sendo que o mercado de ações não interpretaria como irrelevante ou duvidoso o projeto daquela envergadura se dependesse apenas de elaboração do laudo financeiro pelo Banco Bradesco e a adesão dos demais acionistas no Conselho.

E, por fim, permito-me reproduzir a observação feita pela Ilma. Procuradora Regional da República a respeito da natureza do mercado de capitais. Confira-se:

> O mercado de ações possui natureza especulativa. Busca-se comprar por um preço baixo ações que, pretende-se, serão valorizadas no futuro. A análise dos investidores não se dá apenas sobre fatos certos, mas em grande medida, apostando-se em previsões. (fl. 1585 verso)

Com relação à venda de ADR's pelo coacusado Romano no *dia 21 de julho de 2006*, a autoria do fato restou evidenciada pelo próprio depoimento do acusado. Desse modo, o juiz analisou a questão debatida, concluindo que a venda das ADR's ocorreram antes da publicação da revogação definitiva da oferta pública de aquisição, nos seguintes termos:

> O acusado ROMANO afirma que não sabe se vendeu os ADRs antes ou depois da publicação da revogação da OPA. Essa afirmativa é, por óbvio, inacreditável. Esse momento, sem dúvida nenhuma, devia ser um motivo de preocupação para o acusado, que já havia comprado ações municiado por informações privilegiadas. Parece-me claro que, se tivesse boa intenção, ele se preocuparia em garantir que a venda somente ocorresse após a publicação da revogação. Para comprovar que a venda ocorreu antes da revogação da oferta pública de aquisição de ações, basta se notar que ROMANO obteve o preço unitário de venda de US$ 26,84, ao passo que LUIZ obteve apenas US$ 23,00, já que deu a ordem apenas após ter sido tornada pública a retirada da proposta de aquisição da PERDIGÃO S.A.. Por essa razão, inclusive, LUIZ não foi denunciado pela venda, mas apenas ROMANO. (fls. 1119/1120)

Nesta esteira, ao contrário do aduzido pela defesa, houve lesão ao bem jurídico tutelado no Brasil ainda que os apelantes tenham negociado valores mobiliários (ADR's) da empresa Perdigão perante o mercado norte-americano.

A princípio, cumpre enfatizar o magistério do eminente autor João Carlos Castellar a respeito da objetividade jurídica do tipo penal previsto no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76. Confira-se:

> que o bem jurídico objeto da tutela penal no delito de uso indevido de informação privilegiada estará na proteção da confiança que deve imperar no mercado de valores mobiliários, pois é este bem que estimula os investidores a aplicarem seus recursos neste mercado, e, concomitantemente, na proteção do patrimônio dos investidores que negociarem com o insider desconhecendo determinada informação relevante, pois estes correm o risco de sofrerem diminuição do seu patrimônio em virtude da desvantagem com quem operam. (*Insider Trading e os Novos Crimes Corporativos*, Ed. Lumen Juris, p. 108)

Desse modo, entendo que o bem jurídico tutelado no delito em apreço consiste na confiança depositada pelos investidores no mercado a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado de capitais. Ademais, a credibilidade das operações do mercado de valores mobiliários se consubstancia na transparência das informações e na divulgação ampla de fato ou ato relevante a fim de garantir a igualdade de condições a todos investidores de operar no mercado de capitais.

No caso em tela, os apelantes alegam que somente houve ofensa ao mercado de capitais norte-americano. No entanto, conforme bem observado pelo juiz singular, o bem jurídico tutelado deste crime repousa na confiança dos investidores de aplicarem seus recursos no mercado de capitais, *in verbis:*

> O argumento não me convence. Como expus, o bem jurídico protegido é a confiança que os investidores depositam no mercado de capitais. A prática de negociação de valores mobiliários a partir da utilização de informações privilegiadas obtidas em companhias brasileiras, com ações negociadas na bolsa de valores brasileira, evidentemente afeta o mercado de capitais brasileiro.
> Aceitar o contrário seria admitir que o investidor brasileiro fizesse o seguinte (e refinado) raciocínio: apesar de eu ter conhecimento dessa prática desleal, não há porque perder a confiança no mercado de capitais. A prática de negociação de valores mobiliários a partir da utilização de informações privilegiadas obtidas em companhias brasileiras, com ações negociadas na bolsa de valores brasileira, evidentemente afeta o mercado de capitais brasileiro.
> É evidente que assim não se passa na realidade. O investidor brasileiro que toma conhecimento dessas práticas envolvendo companhias brasileiras, a partir de ordem emanadas do território brasileiro, não importa em que local a negociação ocorra, fica naturalmente mais arredio, mais desconfiado, menos propenso a investir seu dinheiro no mercado de capitais brasileiro. Com isso, perde força uma das mais democráticas formas de financiamento do setor produtivo brasileiro: o mercado de capitais.
> O bem jurídico estará ofendido, enfim, pela simples razão de que, com essa prática maléfica, os investidores perdem a confiança no mercado de capitais. (fls. 1105 verso e 1106)

Ademais, o mercado de capitais é globalizado, ou seja, há influência de um mercado sobre o outro, conforme bem observado no parecer ministerial. Por isso, independe para o investidor se a aplicação financeira daquela pessoa que detinha a informação privilegiada ocorreu aqui no Brasil ou não, pois o que é crucial para o investidor é a presença da credibilidade para que ocorra o bom funcionamento do mercado de capitais.

Por fim, há correlação instantânea de preços entre os valores mobiliários negociados da empresa Perdigão tanto no mercado de capitais brasileiros quanto no mercado norte-americano, segundo demonstração feita pela CVM por meio de gráficos (fls. 4/5 do referido procedimento investigatório criminal).

Não há falar em ausência de dolo, pois os apelantes eram ocupantes de funções de alta relevância na empresa, e por óbvio tinham ciência do dever de lealdade e de sigilo das informações em razão dos cargos que ocupavam, bem como não poderiam utilizar de informações privilegiadas para negociar valores mobiliários no mercado de capitais, valendo-se de intermediários estrangeiros com o intuito de ocultar das autoridades brasileiras as operações negociadas no exterior.

Não deve ser acolhida a tese defensiva de Luiz Murat, quanto à possível aplicação ao caso vertente do instituto da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89),

pois, verifico que houve a tipicidade da conduta praticada pelo réu no dia 7 de abril de 2006, de acordo com as provas acima produzidas.

No mais, ante todo o exposto nos autos, restaram comprovadas a autoria e materialidade do crime descrito na denúncia, sendo a condenação dos acusados, medida de inteiro rigor.

Passo, então, à dosimetria das suas penas, à luz do artigo 68 do estatuto repressivo.

Observadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, verifico que os réus são primários e ostentam bons antecedentes (folhas de antecedentes e certidões de fls. 26/27, 30/35, 37/39 e 69 do apenso).

Não obstante, o grau de sua *culpabilidade* é elevado, tendo em vista a posição dos réus Luiz Murat e Romano Ancelmo como ocupantes de funções de alta relevância na empresa Sadia, conhecedores, portanto, do dever de lealdade à companhia (art. 155 da Lei nº 6.404/76), a revelar maior consciência da ilicitude de sua conduta comissiva, principalmente pelo conhecimento e experiência que tiveram nos trabalhos que antecederam na divulgação do "Edital de Oferta Pública para Aquisições de Ações de Emissões da PERDIGÃO S/A". Tais fatores demonstram uma maior reprovabilidade na conduta dos agentes, merecendo, assim, uma punição mais efetiva por parte do Estado, mormente porque a conduta ilícita praticada pelos réus tem como conseqüência, geralmente, a causação de prejuízos não apenas à própria empresa, mas também a todos que operam no mercado de valores mobiliários.

Com relação às conseqüências do crime, agiu com costumeiro acerto o MM. Juiz *a quo*, pois a infração prevista no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76, possui natureza de crime formal, e se consuma com a mera utilização de informação privilegiada em razão do cargo que o agente ocupa na empresa, mediante a negociação de valores mobiliários, sendo prescindível a "efetiva obtenção da vantagem indevida".

Por conseguinte, devem ser reconhecidas negativamente as circunstâncias do crime, notadamente o *modus operandi* efetuado pelo corréu Luiz Murat de ludibriar as autoridades brasileiras negociando valores mobiliários no exterior por intermédio de empresa *offshore*.

No tocante ao *quantum* da pena-base fixado pelo juiz singular, entendo que razão assiste ao *Parquet* federal, merecendo ser exasperada a reprimenda, tendo em vista que a sanção penal independe da sanção administrativa diante do princípio da independência das instâncias, os réus renunciaram aos cargos que exerciam na empresa e de que não há provas de que os acusados foram criticados pela mídia especializada e pelos seus pares no meio empresarial.

Dessa forma, elevo a pena-base para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão para o corréu Luiz Murat, e de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão para o corréu Romano Ancelmo.

Não há agravantes e nem atenuantes a serem consideradas.

E, por fim, entendo que o magistrado agiu corretamente ao reconhecer a majorante prevista no artigo 71 do Código Penal, aplicada no patamar de 1/6 (um sexto), resultando, em relação ao acusado *Luiz Gonzaga Murat Filho*, 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e em relação ao corréu *Romano Ancelmo Fontana Filho*, aplicada no patamar de ¼ (um quarto), o que resultou na pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão.

Com relação à pena pecuniária aplicada ao corréu Luiz Murat, entendo que a decisão de primeiro grau também não merece qualquer reparo, tendo em vista que houve vantagem financeira nas operações engendradas pelo acusado.

Com efeito, a multa foi fixada acima do mínimo legal, tendo o juiz singular corretamente fundamentado o *quantum debeatur*, que está assim explicitado (fl. 542):

> Quanto à pena de multa, o artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 veicula uma regra especial, estabelecendo que a pena de multa será "de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime".
> Interpreto esse dispositivo da seguinte forma: a pena mínima a ser aplicada é de 1 (uma) vez o montante da vantagem ilícita. O aumento, em até 3 (três), será aplicado de forma proporcional à fixação da pena privativa de liberdade.
> (...)
> No caso concreto, segundo a CVM, caso houvesse vendido todos seus títulos, pela cotação de fechamento do dia, em 21 de julho de 2006, o acusado LUIZ teria obtido lucro de US$ 176.656,00 (cento e setenta e seis mil, seiscentos e cinquenta e seis dólares), conforme se verifica da tabela elaborada pela CVM à fl. 08 do apenso procedimento investigatório criminal nº 1.34.001.003927/2007-32.
> Já a defesa de LUIZ sustenta que, na realidade, ele teria suportado um prejuízo estimado de U$ 931,00 (novecentos e trinta e um dólares). A resultado próximo a este (US$ 918,00), porém, somente se chegaria se comparados unicamente o valor pago pelos primeiros 15.300 ADRs adquiridos (US$ 352.907,00) ao custo unitário de US$ 23,06 [Em realidade, foram 5.100 ADRs adquiridos ao custo unitário de US$ 69,20, mas, em 20 de abril de 2006, a PERDIGÃO S. A. realizou um "split" (desmembramento) de suas ações na proporção de um para três, de forma que o número total de ADRs passou a ser de 15.300 e o respectivo custo unitário passou a ser de US$ 23,06.], e o valor recebido pela venda (US$ 351.976,00), ao valor unitário de US$ 23,00.
> Não obstante, a meu ver, o cálculo deve levar em conta as duas operações consideradas de forma conjunta, a partir da obtenção do seu custo médio, da mesma forma que se calcula o ganho de capital no mercado acionário para fins de imposto de renda (média ponderada dos custos unitários) [Sobre esse cálculo, *vide* FERRERO, Gilberto. *Imposto de Renda nas Bolsa de Valores para Pessoas Físicas*. São Paulo: Saint Paulo Editora, 2008. PP. 26-29.] Isso porque somente assim se pode apurar se houve efetivo ganho ou não.
> Recapitulando os fatos, o réu LUIZ adquiriu, somadas as duas operações, 45.900 ADRs, ao custo médio de US$ 20,47. Vendeu, no dia 21 de julho, apenas 15.300, pelo valor unitário de US$ 23,00, mantendo os demais 30.600 ADRs em sua titularidade.
> A circunstância de LUIZ não ter vendido todas as ações adquiridas naquele momento não descaracteriza a existência de efetivo lucro (embora ainda não integralmente realizado). Caso assim não se entenda, bastaria ao "insider" simplesmente, após adquirir as ações com base na informação privilegiada, mantê-las em carteira por longo período para descaracterizar a ocorrência de lucro, evitando, assim, a aplicação da multa penal.
> Portanto, deve ser levado em consideração o total dos valores mobiliários envolvidos, ainda que não vendidos naquele momento. Porém, discordo do cálculo efetuado pela CVM para indicar o lucro auferido. Isso porque se levou em consideração a cotação de fechamento dos títulos no dia 21 de julho de 2006, quando foi realizada a venda parcial. Parece-me mais razoável utilizar o valor da efetiva venda parcial realizada, porquanto mais baixa. Ora, se o acusado quisesse vender todos os seus títulos, muito provavelmente teria obtido o valor unitário de US$ 23,00 - e não o valor unitário de US$ 24,98, correspondente à cotação de fechamento daquele dia.
> Assim sendo, reputo que o lucro auferido pelo acusado (realizado ou não), consideradas as duas operações de compra, a operação de venda parcial e a manutenção do restante em carteira, corresponde à diferença entre aquilo que pagou pelos ADRs (US$ 939.708,00) e aquilo que obteria se tivesse vendido todos os títulos pelo valor que efetivamente obteve com a venda parcial (45.900 x US$ 23,00 = US$ 1.055.700,00). Tal valor corresponde a US$ 115.992,00.
> Convertido em reais, pela taxa de câmbio vigente no dia da efetivação da venda (21.07.2006), conforme verificado no site do Banco Central do Brasil (http://www4.bcb.gov.br/pec/conver-

> sao/conversao.asp), tal valor correspondia a R$ 254.335.66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais e sessenta centavos). Realizado o aumento proporcional à continuidade delitiva, a pena de multa resta fixada definitivamente em *R$ 349.711,53 (trezentos e quarenta e nove mil, setecentos e onze reais e cinquenta e três centavos)*. (fls. 1123 verso/1124 e verso)

Entretanto, nos termos do artigo 49 do CP, a multa deverá ser revertida ao fundo penitenciário, *in casu*, ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), consoante artigo 2º, V, da Lei Complementar federal 79/94, uma vez que não há previsão expressa na Lei nº 6.385/76 especificando o destino da mencionada pena pecuniária.

Por outro lado, verifico que sua Excelência procedeu com total acerto ao aplicar a regra do artigo 71 do Código Penal na fixação das penas pecuniárias.

Em relação à matéria, alinho-me ao entendimento explanado por Paulo José da Costa Júnior (Comentários ao Código Penal, pág. 248), no sentido da inaplicabilidade da apontada norma legal (art. 72 do CP) ao crime continuado, pois nessa hipótese "não há concurso de crimes mas crime único e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa".

Nesse mesmo sentido trago à colação os seguintes julgados:

> CRIME CONTINUADO. PENA DE MULTA. INAPLICABILIDADE DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL.
> A pena de multa, aplicada ao crime continuado, escapa à norma contida no artigo 72 do Código Penal. Recurso especial não conhecido. (Resp 68.186-DF - DJU de 18.12.95, p.44.597)
>
> Deferida a unificação de pena, deve ser aplicada à sanção pecuniária o disposto no artigo 71 do Código Penal, pois a incidência do artigo 72 do mesmo Diploma constituiria flagrante contradição e injustiça. (RJTACRIM 45/441)

DO DANO MORAL COLETIVO

No tocante ao pleito ministerial, quanto à fixação de valor mínimo para reparação do dano moral coletivo, tenho que merecem prosperar as alegações aduzidas pelo *Parquet* Federal.

Antes, porém, de tecermos considerações a respeito da disciplina do dano moral coletivo, é importante destacar o dispositivo legal previsto no CPP que disciplina a reparação do dano quando o crime causar prejuízo à vítima. Assim, dispõe o art. 387, *verbis:*

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
> [...]
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

Considero que referida alteração legislativa deve ser aplicada, *in casu*, sem haver cogitar-se em ferimento a quaisquer preceitos constitucionais ou legais, porquanto trata-se de norma de direito processual (e não material), aplicável, pois, de imediato, nos termos do previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal.

Ademais, o dispositivo legal em comento possui caráter reparatório, pois visa a compensar os danos causados pelos acusados. Conforme bem observado pela douta Procuradora Regional da República, não se trata de nenhuma novidade, pois o artigo 91 do CP já disciplinava a reparação civil. Na verdade, o art. 387, IV, do CPP, com redação modificada pela Lei nº 11.719/08, surgiu tão-somente para assegurar maior eficácia ao que determinava o artigo 91 do CP.

Feitas estas considerações, volvemos à questão referente ao dano moral coletivo no crime de uso indevido de informação privilegiada.

A princípio, cumpre enfatizar que o dano moral coletivo está expressamente previsto tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto na Lei de Ação Civil Pública, a saber:

- Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

> Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:
> (...)
> VI - a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
> VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou *reparação de danos patrimoniais e morais*, individuais, *coletivos e difusos* (...) - destaquei.

- Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública):

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de *responsabilidade por danos morais* e patrimoniais causados:
> (...)
> IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

Ainda, compete ressaltar, a existência da Lei nº 7.913, de 07.12.1989 que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

Muito embora o interesse tutelado no caso vertente não se refira aos interesses dos consumidores, nada impede a utilização das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que quaisquer espécies de interesses coletivos serão abarcadas pela sobredita legislação.

A par disso, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Ação Civil Pública constituem um microssistema jurídico que tutela interesses coletivos ou difusos. Dessa forma, torna-se plenamente cabível a reparação de danos morais coletivos na ação cível pública prevista na Lei nº 7.913/89.

Pois bem. Segundo o autor Leonardo Roscoe Bessa (Dano moral coletivo, *in Revista de Direito do Consumidor* nº 59/2006), o artigo 1º da Lei nº 7.347/85 que dispôs a respeito da responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de direitos relativos a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, teve o propósito de conferir uma proteção diferenciada.

De acordo com o autor acima mencionado, a disciplina do dano moral coletivo não está restrita apenas ao modelo teórico da responsabilidade civil privada de órbita individual. No entanto, prossegue o autor que "em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos con-

flitos transidividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal".

Assim, no caso vertente, em que estão em discussão danos aos interesses do conjunto de investidores do mercado de valores mobiliários, a tutela efetiva do referido direito coletivo se sobressai no aspecto preventivo da lesão, em homenagem aos princípios da prevenção e precaução.

Desse modo, o dano moral coletivo se aproxima do direito penal, sobretudo pelo seu aspecto preventivo, ou seja, de prevenir nova lesão a direitos transindividuais.

Ademais, o dano moral coletivo reveste-se também de caráter punitivo pela qual sempre esteve presente também nas relações privadas individuais, *v.g.*, *astreintes* e cláusula penal compensatória. Assim, o caráter dúplice do dano moral individual consiste na indenização e na punição que também se aplicam ao dano moral coletivo.

Enfim, o dano moral coletivo constitui-se de uma função punitiva em decorrência de violação de direitos metaindividuais, sendo devidos, portanto, no caso em tela, prescindindo-se de uma afetação do estado anímico (dor psíquica) individual ou coletiva que possa ocorrer. Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - *DANO MORAL COLETIVO* - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. *2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos*. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstancias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido. (RESP 200801044981, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 26/02/2010.) - *destaquei*

In casu, além do *insider* ter praticado a conduta delitiva prevista no art. 27-D da Lei nº 6.385/76, ele violou, da mesma forma, as disposições contidas nos artigos 153 e 155 da Lei nº 6.404/76, bem como no art. 1º, I e II, da Lei nº 7.913/89.

Assim, considerando que é obrigação do Estado tutelar os interesses difusos de grande número de pequenos investidores que nele aplicam suas reservas financeiras, que o correto funcionamento do mercado acionário é fator relevante para o desenvolvimento econômico e social de um país, que as regras básicas do mercado de valores mobiliários consistem no nivelamento de informações entre os investidores e a transparência das operações, que há muitos investidores não qualificados e que necessitam dessa proteção coletiva, e, por fim, que

a defesa da regularidade e do bom desenvolvimento do mercado de valores mobiliários é de interesse público, pois repercute em diversos índices de desenvolvimento econômico e social do País, determino o ressarcimento do dano moral coletivo sofrido por todos os investidores do mercado acionário que foram vítimas das condutas perpetradas pelos acusados.

Com relação ao *quantum* a ser fixado a título de "valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração", um dos parâmetros a ser utilizado, será o montante que desestimule o infrator para a prática de conduta delitiva.

Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ATO ILÍCITO - ATAQUE DE CACHORRO CONTRA CRIANÇA, EM VIA PÚBLICA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CASO DOS AUTOS - DESNECESSIDADE DE REVISÃO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. ... 2. No que se refere à verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido [...] STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 38057/SC, Rel.Min. Sidnei Beneti, j. 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

Ademais, utilizarei os parâmetros previstos na Lei nº 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista que a referida lei estabeleceu a previsão de multas administrativas no artigo 11, bem como especificou a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal.

Neste sentido:

> PROCESSUAL PENAL. CAUTELARES PENAIS DE ARRESTO E HIPOTECA LEGAL. CRIME TIPIFICADO NA PRIMEIRA PARTE DO ARTIGO 22 DA LEI 7.492/86. ALÍQUOTA INCIDENTE SOBRE O VALOR SUPOSTAMENTE EVADIDO, PARA FINS DE FIXAÇÃO DO DANO MÍNIMO. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. As hipóteses de manutenção de depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente (artigo 22, 2ª parte, da Lei 7.492/86) e de promoção, sem autorização legal, da saída de moeda ou divisa para o exterior (artigo 22, 1ª parte, da Lei 7.492/86) não se confundem. Enquanto a segunda parte do referido dispositivo tutela um bem jurídico que é ofendido quando se viola o dever de informação à administração das reservar cambiais no que concerne à manutenção de capital no estrangeiro; a primeira parte do tipo penal cogita já momento primeiro, é dizer, envio, clandestino, de divisas, daí o recurso à multa mais expressiva, apurada conforme percentuais, progressivos, em face do montante evadido, incidente, administrativamente, pela prática da infração da mesma espécie. 2. Na hipótese, *em se tratando de condenação alusiva à promoção, sem autorização legal, de saída de moeda ou divisa para o exterior (artigo 22, 1ª parte, da Lei 7.492/86), os parâmetros instituídos pela Lei 4.131/62, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, revelam-se mais adequados para tais fins, em substituição àqueles concernentes à legislação que rege o imposto de renda da pessoa jurídica, seja porque o referido diploma diz respeito, especificamente, à tutela do bem jurídico protegido pela norma penal ou porque provê o juiz de instrumental legislativo mais consentâneo com a colmatação da lacuna normativa, em ordem a possibilitar-lhe estimar, com razoabilidade e proporcionalidade, a quantificação em face do proveito alcançado pelo delito.* 3. A fixação de tal alíquota, por ora somente para fins de

> garantia penal, não fere o direito à propriedade, posto que a indenização somente tornar-se-á definitiva quando, mantida a condenação pelo crime de evasão de divisas, for interposta a ação cível reparatória e fixado o quantum para indenização.(ENUL 200670000162983, VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, TRF4 - QUARTA SEÇÃO, D.E. 04/06/2010.) - *destaquei*.

Assim, em razão da gravidade do ato ilícito cometido pelos acusados, que colocou em risco o correto funcionamento do mercado de valores mobiliários, a astúcia de um dos réus, ao se utilizar de uma empresa *offshore* com o propósito de ocultar das autoridades brasileiras a negociação de valores mobiliários, e o grande lucro potencialmente auferido, fixo o valor mínimo a título de reparação de danos morais coletivos, em consonância com as disposições contidas no artigo 11, § 1º, inciso III, da Lei nº 6.385/76, em R$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos) para o acusado Luiz Murat, e de R$ 305.036,36 (trezentos e cinco mil, trinta e seis reais e trinta e seis centavos) para o acusado Romano Ancelmo, em virtude da vantagem econômica obtida, conforme foi apurada na decisão de primeiro grau.

Há de se ressaltar que o *quantum* fixado acima para cada um dos réus foi a título de valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, sendo que nada impede o ajuizamento de eventual ação de natureza coletiva no juízo cível.

Por fim, a despeito das previsões contidas nos artigos 13 da Lei nº 7.347/85 e art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.913/89, os valores serão destinados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, conforme especificado na sentença, deverão ser utilizados na promoção de eventos educativos, bem como na edição de material informativo acerca da conscientização dos investidores sobre os malefícios da prática do delito de *insider trading*.

No mais, estando presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, mantenho as reprimendas restritivas de direito fixada na r. sentença. No entanto, para o caso de revogação, mantenho o regime aberto aplicado em primeiro grau, tendo em vista a natureza das penas ora impostas, assim como ante a ausência de recurso da acusação.

DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, *afasto a preliminar* acerca da incompetência absoluta da Justiça Federal, e *nego provimento* à apelação defensiva, e, *dou parcial provimento* à apelação ministerial, a fim de majorar as penas impostas aos coacusados *Luiz Gonzaga Murat Filho* para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e *Romano Ancelmo Fontana Filho* para 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime aberto, bem como determinar que o valor da pena de multa seja destinado ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Reconheço, por fim, em relação a cada um dos réus, o dever de indenizar os prejuízos sofridos à título de dano moral coletivo, no valor mínimo de R$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais, e sessenta e seis centavos) para o acusado Luiz Murat, e, de R$ 305.036,36 (trezentos e cinco mil, trinta e seis reais, e trinta e seis centavos) para o acusado Romano Ancelmo, nos termos da fundamentação supra, mantendo-se, no mais, a r. sentença "a quo".

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0012506-55.2009.4.03.6181
(2009.61.81.012506-0)

Apelante: JAMES AJEI OPOKU (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: ACr 43721
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL - REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO - NÃO CONFIGURAÇÃO DO ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA DEVIDAMENTE RECONHECIDA - IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 21, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL - NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE DECRETAÇÃO DA EXPULSÃO DO RÉU - APELAÇÃO DA DEFESA IMPROVIDA.

- Réu condenado ao cumprimento de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão pela prática do crime descrito no artigo 338 do Código Penal, porque após ter sido expulso do país em 8 de julho de 2003, reingressou clandestinamente no território nacional em 2005.
- A alegação de desconhecimento da proibição de retorno ao país não se sustenta. Consta expressamente a proibição de reingresso ao Brasil no Termo de expulsão, por ele assinado. Além disso, o reingresso no país valendo-se de documentos emitidos em nome de "Felix Kouasse" demonstra inequívoco conhecimento da ilicitude de sua conduta.
- Pena-base mantida acima do mínimo legal à vista da culpabilidade acentuada do réu.
- Circunstância agravante da reincidência devidamente reconhecida. O réu foi condenado no Brasil por tráfico ilícito de drogas, encerrando o cumprimento da pena em 2001, sendo que após reingressar ilicitamente no país e aqui permanecer clandestinamente, veio a ser novamente preso em 2006 sofrendo outra condenação por tráfico de substância entorpecente.
- Inviável a pleiteada incidência da causa de diminuição da pena contida no artigo 21, parte final, do Código Penal.
- Não é possível, em sede de processo criminal, juízo acerca da possibilidade de expulsão do réu, uma vez que tal ato compete ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Pedido não conhecido.
- Apelação da defesa improvida.

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, não conhecer

de parte da apelação e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de novembro de 2012.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de Apelação Criminal interposta pela defesa de JAMES AJEI OPOKU, contra sentença condenatória proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara Criminal de São Paulo/SP (fls. 206/219v), publicada em 18 de agosto 2010 (fls. 220), em ação penal destinada a apurar a prática do crime descrito no artigo 338 do Código Penal.

Fato praticado em 16 de outubro de 2009; denúncia recebida em 6 de novembro de 2009 (fls. 64).

Após a regular instrução do feito, sobreveio a r. sentença que condenou JAMES AJEI OPOKU ao cumprimento de *2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão,* a serem descontados em regime inicial fechado, como incurso no artigo 338 do Código Penal.

Nas razões recursais (fls. 244/247), a defesa de JAMES AJEI OPOKU requer a absolvição em decorrência de erro de proibição invencível, uma vez que o apelante não tinha a consciência de que seu retorno ao território nacional configurava crime. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da redução de pena prevista no artigo 21, *caput*, 2ª parte, do Código Penal com a permissão para que o réu seja imediatamente expulso do país, bem como a aplicação da pena em seu patamar mínimo.

Expedida a Guia de Recolhimento Provisória (fls. 250/252).

Nas contrarrazões, o Ministério Público Federal pugna pela manutenção da r. sentença (fls. 256/259).

A Procuradoria Regional da República, na pessoa do Dr. Márcio Domene Cabrini opinou pelo improvimento do recurso da defesa (fls. 270/272v).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator):

A denúncia narra que em 16 de outubro de 2009, "Felix Kouassi", custodiado na Penitenciária de Itaí, em razão de condenação no ano de 2006, pelo delito de tráfico de drogas, foi apresentado nas dependências da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo. O núcleo de identificações constatou, mediante análise das impressões digitais do réu, que se tratava, na verdade, de JAMES AJEI OPOKU, natural de Gana, que foi expulso do Brasil em 8 de julho de 2003, depois de ter cumprido penalidade imposta pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. James, então, foi preso em flagrante delito pela prática do crime de reingresso de estrangeiro expulso (fls. 62/63).

A alegação de desconhecimento da proibição de retorno ao país não se sustenta.

James Ajei Opoku foi expulso do país em 8 de julho de 2003 e assinou o Termo de Expulsão no qual consta expressamente a proibição de reingresso no Brasil (fls. 22). O réu afirmou em interrogatório judicial (fls117v.) que antes de seu embarque com destino a Gana

foi cientificado pela autoridade competente de que não poderia retornar ao Brasil. Além disso, reingressou no país valendo-se de documentos emitidos em nome de "Felix Kouasse", o que demonstra seu conhecimento da ilicitude da conduta.

A alegação de que não tinha a intenção de permanecer no Brasil também não é considerável: JAMES retornou ao território nacional em 2005 e somente em julho de 2006 foi preso novamente por tráfico de drogas, período que não permite considerar razoável a justificativa de "estadia rápida". Ademais, a conduta típica descrita no artigo 338 do Código Penal é reingressar, isto é, voltar ao território nacional após ter sido editado e efetivamente cumprido decreto de expulsão, ciente o estrangeiro da ilicitude de sua conduta, excetuado o caso de revogação do decreto presidencial de expulsão. Não se exige o animus de permanência.

O coeso lastro probatório contido nos autos demonstra que o apelante sabia que foi processado e condenado no Brasil por tráfico de drogas; tinha conhecimento de que foi escoltado para fora do território nacional pela Polícia Federal; detinha ciência de que não poderia valer-se de seu nome verdadeiro para reingressar no Brasil onde veio novamente a perpetrar o delito de tráfico de entorpecentes.

Conclui-se, portanto, que o reingresso de JAMES no ano de 2005 e sua permanência, desde então, em solo nacional, concretizaram-se de forma ilegal, em afronta à soberania nacional, estando presentes, assim, todos os elementos constantes do tipo penal incriminador descrito no artigo 338 do estatuto repressivo.

Em observância às circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, em especial a culpabilidade acentuada do réu, que se utilizou de nova identidade para retornar ao solo brasileiro, no propósito de ludibriar as autoridades e dificultar a repressão do crime praticado, onde foi novamente condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, a pena-base foi acertadamente fixada acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase o magistrado aplicou a circunstância agravante da reincidência, tendo em vista a condenação no Brasil por tráfico ilícito de drogas, com cumprimento de pena de 1998 a 2001, e a nova condenação em 2006 pelo mesmo crime. A pena foi aumentada em 1/2 (metade), restando fixada em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na terceira e última etapa, inviável incidência da causa de diminuição da pena contida no artigo 21, parte final, do Código Penal (erro de proibição evitável), uma vez que, conforme anteriormente discorrido, James foi notificado de que não poderia retornar ao país e compreendeu a notificação, tanto que a relatou no interrogatório judicial.

Dessa forma, a pena privativa de liberdade resta definitivamente fixada tal como aplicada em primeiro grau de jurisdição - 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Não é possível, em sede de processo criminal, qualquer juízo acerca da possibilidade de expulsão do réu, uma vez que tal ato compete ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a quem cabe, com exclusividade, resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação, nos termos do artigo 66 da Lei nº 6.815/80. Pedido não conhecido.

Pelos fundamentos acima expostos, não conheço de parte da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

- Sobre o delito de reingresso de estrangeiro expulso, veja também os seguintes julgados: ACr 90.03.022739-0/SP, Relator Juiz José Kallás, publicada na RTRF3R 4/113; HC 2002.03.00.032931-4/SP, Relatora Juíza Federal Marianina Galante, publicado na RTRF3R 67/416 e CJ 2009.03.00.003769-3/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 99/348.

APELAÇÃO CRIMINAL
0002889-37.2010.4.03.6181
(2010.61.81.002889-5)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, MARIAMA DIALLO (ré presa) E CHIDOZIE FELIX (réu preso)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: ACr 46529
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2013

EMENTA

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE PREPARADO: INOCORRÊNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL: INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEMONSTRADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO: REJEITADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRAFICANTE OCASIONAL: AFASTADA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO: NÃO CARACTERIZADA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO: INVIÁVEL. INTERNACIONALIDADE DELITIVA. DELAÇÃO PREMIADA: INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE.

1. Apelações criminais interpostas pela Acusação e pela Defesa contra sentença que condenou os réus como incursos no artigo 33 c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 04 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e 05 anos, 08 meses e 01 dia de reclusão, bem como absolveu os réus da imputação quanto ao crime de associação para o tráfico, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

2. Rejeitada a preliminar de nulidade do flagrante preparado, retardado ou controlado. O flagrante retardado ocorre quando a autoridade policial já tem o conhecimento do delito e retarda a prisão. Não há que se falar em flagrante retardado ou ação controlada, porque a polícia não sabia se tratava realmente de tráfico de drogas.

3. Não procede a alegação de ocorrência de crime impossível em decorrência do monitoramento policial. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material. A conduta criminosa já estava consumada nas modalidades guardar ou trazer consigo. Eventuais vícios do inquérito policial não se projetam na ação penal para contaminá-la. Precedentes.

4. A materialidade e a autoria delitivas encontram-se demonstradas pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

5. Não comporta acolhimento o pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso. O acusado não se declarou dependente de drogas, manifestando seu desejo de permanecer calado. Ademais, a quantidade de entorpecente apreendida em seu apartamento em muito se distancia daquela transportada para consumo próprio, razão

pela qual não se enquadra no disposto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.
6. Afastada a causa de diminuição de pena do traficante ocasional. A atividade daquele que age como "mula", transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. O acusado faz parte da organização criminosa, sendo o responsável pela estadia da corré no Brasil, pela entrega da droga e troca de passagem aérea da acusada para garantir seu o retorno ao exterior, tendo inclusive entregue telefone celular para manter contato com ela, tudo a serviço da organização maior. Ainda havia a participação da corré, que atuou como "mula" para transportar a droga para o exterior, e uma terceira pessoa no destino iria recebê-la.
7. Não comporta acolhimento o pedido de condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico. Para a caracterização do crime tipificado no artigo 35 da Lei de Drogas é necessária a presença dos seguintes elementos: duas ou mais pessoas; acordo prévio dos participantes; vínculo associativo duradouro; finalidade de traficar substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica. O conjunto probatório é insuficiente para a demonstração de que tenha havido associação estável entre o apelado e a corré ou o indivíduo não identificado, ou sua efetiva ligação com o tráfico de drogas.
8. No crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida e, consequentemente, a elevação da pena-base. Precedentes.
9. Inviável a minoração da pena aquém do mínimo, porque válido o entendimento sumulado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça que aduz que "a incidência da circunstância atenuante não pode coincidir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Precedente do Supremo Tribunal Federal.
10. Presente a causa de aumento da internacionalidade delitiva, pois patente a intenção da apelante de internar a droga em território estrangeiro. Configura-se a internacionalidade do tráfico quando o agente está transportando o entorpecente e prestes a sair do território nacional. Precedentes.
11. Para a concessão da delação premiada, faz-se imprescindível a eficácia da delação, com a indicação precisa de demais autores do crime aliada à efetiva facilitação ao desmantelamento da estrutura criminosa, não bastando meras indicações do réu para reconhecer o benefício do perdão judicial ou da redução da pena.
12. Os § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 não deve ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas "mulas" do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade. Há elementos que permitem concluir que a ré se dedicava a atividades criminosas. Contudo, à míngua de recurso da acusação quanto ao ponto e em virtude da proibição da *reformatio in pejus*, mantida a causa de diminuição no patamar da sentença.
13. A acusada não faz jus à substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito do inciso I do artigo 44 do Código Penal.
14. Apesar do regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o § 3º do citado dispositivo

estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do CP, fixando a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, e dessa forma não há que se falar em ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado.
16. Apelos da Defesa improvidos. Apelo da Acusação parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade e negar provimento à apelação do réu CHIDOZIE; negar provimento à apelação da ré MARIAMA; dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, quanto ao réu CHIDOZIE, afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, resultando a pena definitiva de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo, bem como para, quanto à ré MARIAMA, afastar a redução da pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, readequando sua pena definitiva para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantida no mais a sentença apelada; e determinar a comunicação ao Superior Tribunal de Justiça, ao Juízo das Execuções Criminais Penais e ao Ministério da Justiça, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O Ministério Público Federal, em 30/03/2010, denunciou CHIDOZIE FELIX, qualificados nos autos, de nacionalidade nigeriana, nascido aos 20/05/1978, e MARIAMA DIALLO, qualificada nos autos, de nacionalidade guineense, nascida aos 14/06/1987, como incursos nos artigos 33, combinado com o artigo 40, inciso I, e artigo 35, todos da Lei nº 11.343/06. Consta da denúncia:

... *1.*- Nos autos do incluso inquérito policial ficou evidenciada a prática, pelos Denunciados, do crime previsto no art. 33, c/c o art. 40, I, e art. 35, todos da Lei nº 11.343/06, estando a autoria e a materialidade delitiva bem delineadas pela investigação policial.
Conforme consta nos autos, as investigações originaram-se quando o DENARC tomou conhecimento, através de delação anônima, que uma mulher originária da Guiné transportava entorpecentes e estaria hospedada no Hotel Rivoli. A partir de então, os policiais identificaram a pessoa referida como sendo MARIAMA DIALLO, a qual foi localizada e passou a ser monitorada pela equipe policial, desde o dia 23 de janeiro do corrente ano.
Durante esse período, constatou-se que MARIAM havia se mudado para o Hotel Vitória, sito na Rua Cavalheiro, nº 85, Brás, nesta Capital.

2.- No dia 25/1/2010, por volta das 9:00, os policiais civis *Vinicius Pedroso Costa* e *Daniel Tsuji* se dirigiram ao endereço supracitado e localizaram MARIAMA deixando o hotel na companhia de CHIDOZIE FELIX. Ambos os Denunciados embarcaram em um ônibus na Estação Rodoviária Princesa Isabel, com destino ao Terminal Tiradentes (fls. 9).
No interior do coletivo os policiais viram uma terceira mulher, não identificada, entregar a MARIAMA uma mochila de cor cinza e preta, bem como uma sacola plástica de cor branca. Após esta entrega, os Acusados separaram-se e retornaram ao Hotel Vitória. A mulher não identificada tomou rumo ignorado.
Por volta das 14:00 do mesmo dia, os policiais civis ingressaram no hotel e abordaram os Acusados, seguindo com eles até o quarto 708, ocupado pela Denunciada MARIAMA.
Ao adentrarem o quarto em questão, os policiais encontraram sob sobre a cama *9 cubos de alumínio para rodas de bicicleta, 4 porta-pratos de madeira, diversos envelopes de papel em branco e folhas de receitas plastificadas (fls. 21/22 e 24/30*, sendo que todos esses objetos ocultavam, de forma dissimulada, substância em pó, que levadas a exame toxicológico resultou *positivo para cocaína* (fls. 45).
Foram igualmente encontrados quatro aparelhos de telefonia celular, uma quantia em dinheiro (US$ 100,00 e R$ 200,00), os passaportes de CHIDOZIE FELIX e MARIAMA DIALLO e uma declaração de valores, assinado pelo Corréu CHIDOZIE (fls. 21/22, 23 e 32/33).
3.- Diante dos fatos, dirigiram-se todos para a residência do Acusado CHIDOZIE, na rua Frei Caneca, nº 128, apto. 74, nesta Capital, sendo recebidos por *Elaine*, namorada deste, que lhes franqueou a entrada.
Nas buscas efetuadas pelos policiais foram encontradas quatro cápsulas contendo cocaína, diversos documentos de remessas de dinheiro do exterior para o Brasil em nome de *Elaine de Alcântara Rocha*, um notebook da marca Accer, um bilhete eletrônico de passagem aérea, emitido por Exim Voyages, em nome de MARIAMA DIALLO e um comprovante de tranferência de valores, emitido pela Western Union, no valor de R$ 3.524,22, em favor de CHIDOZIE FELIX, tendo como país de origem a Costa do Marfim (fls. 21/22 e 34/41).
4.- Diante das circunstâncias, os Acusados foram presos em flagrante delito (fls. 8/16), sendo apreendidos os objetos encontrados em sua posse.
O material foi submetido a perícia preliminar, sendo emitido laudo de constatação (fls. 45), o qual apontou tratar-se de droga ilícita, indicando resultado positivo para 3.128,0 gramas de cocaína.
A fls. 15 e 16, em seus interrogatórios, CHIDOZIE e MARIAMA permaneceram em silêncio, não respondendo a nenhuma das perguntas formuladas pela autoridade policial.
5.- Assim, a partir dos elementos carreados a estes autos, conclui-se que a materialidade do crime restou comprovada, assim como há indícios suficientes de sua autoria ...

A denúncia foi recebida em 19/07/2010 (fls. 189/191).

Processado o feito, sobreveio sentença, da lavra da MM. Juíza Federal Monica Aparecida Bonavina Camargo e publicada em 09/11/2010 (fls. 271), que: a) condenou a ré MARIAMA como incursa no artigo 33 c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 473 (quatrocentos e setenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo; b) condenou o réu CHIDOZIE como incurso no artigo 33, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.363/2006, à pena de 05 (cinco) anos, 08 (oito) meses e 01 (um) dia de reclusão, e 567 (quinhentos e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo; c) absolveu os réus MARIAMA e CHIDOZIE da imputação quanto ao crime de associação para o tráfico, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Foram negados a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e o direito de apelar em liberdade (fls. 260/270).

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma parcial da sentença objetivando, quanto à ré MARIAMA, a correção da dosimetria da pena, argumentando que a circunstância atenuante da confissão não pode resultar em diminuição aquém do patamar mínimo; e quanto ao réu CHIZODIE, o afastamento da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, e sua condenação pelo crime de associação para o tráfico (fls. 275, 281/284).

Apela também a ré MARIAMA, representada pela DPU - Defensoria Pública da União (fls.288), pedindo: a) seja a pena base fixada no mínimo legal; b) seja aplicada a causa de diminuição da pena contida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, no seu maior patamar, ou seja, aplicando-se a redução de 2/3, com a conseqüente substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, nos termos do artigo 44 , do Código Penal; c) seja afastada a causa de aumento de pena do artigo 40, I, da Lei 11.343/06; d) seja reconhecida a delação premiada constante do artigo 41, da Lei 11.343/06; e) seja fixado como regime inicial de cumprimento de pena, o semiaberto, nos moldes do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, caso a pena seja mantida; f) a manifestação expressa deste Egrégio Tribunal, sobre todos os dispositivos legais e constitucionais supracitados, para fins de prequestionamento, consoante a Súmula 282, do E. Supremo Tribunal Federal (303/318).

Foi expedida guia de recolhimento provisória, em favor do réu CHIDOZIE (fls. 325/327).

Contrarrazões da Defesa da ré MARIAMA pedindo o improvimento do recurso do órgão ministerial (fls. 291/301).

Apelou o réu CHIDOZIE (fls. 360).

Em face da inércia do defensor do réu CHIDOZIE (fls. 387), a DPU foi nomeada para representá-lo e ofereceu razões de apelação em favor do sentenciado, requerendo a reforma da sentença para que seja declarada a ilegalidade do flagrante preparado, a resultar no relaxamento da prisão decretada e a conseqüente absolvição do réu; bem como, seja reconhecida a ilicitude da colheita das provas a fulminar de nulidade as provas derivadas produzidas, a culminar na absolvição do réu, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer-se a absolvição em relação ao art. 33, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06, por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, V, do Código de Processo Penal e a desclassificação da conduta pelo delito do artigo 28, da Lei de Drogas. A defesa pleiteou, ainda, a diminuição da pena-base do apelante (fls. 389/401).

Contrarrazões de apelação oferecidas em favor do corréu CHIDOZIE, pleiteando a manutenção da sentença (fls. 402/409).

O Ministério Público Federal ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento dos recursos de apelação dos réus MARIAMA e CHIDOZIE (413/429).

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Rose Santa Rosa, opinou pelo desprovimento dos recursos da Defesa, e pelo provimento do recurso da Acusação (fls. 953/960).

Juntado aos autos ofício do Juízo das Execuções Criminais, comunicando o deferimento da progressão para o regime semiaberto, em favor da ré MARIAMA (fls. 962/965).

Consta, ainda, dos autos, a comunicação da impetração do *Habeas Corpus* nº 253591/SP, perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em favor do paciente CHIDOZIE FELIX, bem como a cópia das informações prestadas ao eminente Relator.

É o relatório.

Ao MM. Revisor.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

I - DO RECURSO DO RÉU CHIDOZIE

I.1. Da preliminar de nulidade do flagrante preparado, retardado ou controlado, em razão da ilegalidade da ação controlada da polícia judiciária, que iniciou o monitoramento da corré MARIAMA em 23/01/2010 e apreendeu a droga e prendeu os acusados somente dois dias depois, em 25/01/2010, bem como porque seria necessária autorização judicial, a tornar a situação hipotética de tráfico de drogas em crime impossível, contaminando e tornando ilícitas e inadmissíveis as demais provas produzidas.

A preliminar é de ser rejeitada.

O flagrante retardado ocorre quando a autoridade policial já tem o conhecimento do delito e retarda a prisão. Nesse sentido é a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, *in Código de Processo Penal Comentado,* Ed. RT, 11ª ed., SP, 2012:

> *18. Flagrante diferido ou retardado*: é a possibilidade de que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, componentes e atuação de uma organização criminosa. Veja-se o disposto no art. 2º da Lei 9.034/95: ...

No caso em tela, verifica-se dos depoimentos dos policiais que acompanharam as atividades dos acusados no período, prestados na fase judicial, que eles tinham apenas a suspeita de a corré MARIAMA transportaria droga, à vista da denúncia anônima, mas não tinham certeza de ela estava na posse da mesma, de modo que esperaram o momento mais oportuno para abordar os acusados.

Dessa forma, não há que se falar em flagrante retardado ou ação controlada, porque a polícia não sabia se tratava realmente de tráfico de drogas.

De igual forma, não procede a alegação de ocorrência de crime impossível em decorrência do monitoramento policial. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do artigo 17 do Código Penal, o que não se verifica no presente caso. Tal circunstância é facilmente verificável pela forma de acondicionamento da droga, escondida no interior dos cubos de alumínio da roda de bicicleta, no interior dos porta-pratos de madeira, e dos envelopes e folhas de receitas plastificadas. Ademais, a conduta criminosa já estava consumada nas modalidades guardar ou trazer consigo.

Assim, não há que se falar na ilicitude da prova.

Ainda que assim não fosse, eventuais vícios do inquérito policial não se projetam na ação penal para contaminá-la. Nesse sentido situa-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> O inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação de nulidade da ação penal ...
> *STF – 2ª Turma - HC 83233/RJ - Relator Min. Nelson Jobim - DJ 19.03.2004 p. 33.*
>
> ... I - Eventuais vícios no inquérito policial não contaminam a ação penal, tendo em vista tratar-se, o mesmo, de peça meramente informativa e não probatória ...
> *STJ – 5ª Turma - RHC 10.419 - Relator Ministro Gilson Dipp - DJU 17.09.2001 p. 173*

Superada a matéria preliminar, passo ao exame do mérito.

I.2. Da materialidade e da autoria delitivas: a materialidade e a autoria delitivas encontram-se demonstradas pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Os Laudos Preliminares de Constatação de fls. 45 e o Laudo de Exame em Substância de fls. 104/107 atestam ser cocaína a substância encontrada nos objetos apreendidos no quarto da corré MARIAMA e nas cápsulas apreendidas no apartamento do apelante, no montante líquido 3.128 gramas e 51 gramas, respectivamente.

O réu foi abordado por policiais nas proximidades do Hotel Vitória, local onde foram encontrados no quarto 708, quarto este ocupado pela corré MARIAMA DIALLO, 3.128 gramas de cocaína, acondicionada de forma disfarçada no interior de 2 livros ficheiros com capas plastificadas, 9 cubos de alumínio para rodas de bicicleta, 4 porta pratos de madeira, diversas folhas de receitas plastificadas.

Ademais, foram encontrados mais 4 cápsulas de cocaína, no peso líquido de 51 gramas, no apartamento do apelante, na Rua Frei Caneca, sobre o armário da cozinha, além da passagem aérea de ida e volta em nome da corré MARIAMA DIALLO (trechos Dakar-Lisboa, Lisboa-Recife, e volta Recife-Lisboa, Lisboa-Dakar).

A conduta imputada ao apelante, de fornecer e ter em depósito droga ilícita, para fins de comércio ou entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros é corroborada pelo depoimento em juízo e testemunho do policial que efetuou a prisão em flagrante (fls. 214/217 e 218/220).

Dessa forma, não procede a alegação da Defesa de ausência de provas de que ele CHIDOZIE que corré MARIAMA transportava drogas. A autoria delitiva e o dolo em relação a CHIDOZIE restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante, pelos depoimento das testemunhas de acusação e pelo interrogatório da corré MARIAMA.

Depreende-se do interrogatório da corré MARIAMA que um amigo de CHIDOZIE, chamado Emanuel, a contratou para buscar a droga no Brasil, que CHIDOZIE a buscou na rodoviária em São Paulo, cuidou de sua hospedagem, entregou-lhe um celular para contato e cuidaria da passagem aérea de volta de MARIAMA. MARIAMA disse ainda que CHIDOZIE a levou para buscar a droga de ônibus, a qual estava dentro de uma mochila e uma sacola plástica.

Tal fato foi confirmado pelos policiais Vinicius Pedroso Costa e Daniel Tsuji, que presenciaram os fatos e foram incisivos em afirmar em juízo, na qualidade de testemunhas, que observaram o corréu CHIDOZIE receber a mochila de um indivíduo desconhecido em um ônibus, os quais continham os objetos e a droga encontrados no quarto de MARIAMA. Ademais, foi encontrado no apartamento do apelante CHIDOZIE 4 cápsulas de cocaína e a passagem aérea em nome de MARIAMA.

Dessa forma, resta comprovado que CHIDOZIE era o responsável pela estadia da MARIAMA no Brasil, entrega da droga e troca de passagem aérea para retorno da acusada à África.

I.3. Do pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso: o pedido não comporta acolhimento.

Verifico que, ao ser preso em flagrante, o acusado CHIDOZIE não se declarou como dependente de drogas, manifestando seu desejo de permanecer calado (fl. 15). Ademais, a quantidade de entorpecente apreendida em seu apartamento (51 gramas de cocaína, peso líquido) em muito se distancia daquela transportada para consumo próprio, razão pela qual não se enquadra no disposto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Assim, o intuito mercantil do transporte da droga resta evidenciado. Portanto, a situação fática dos autos demonstra a inviabilidade da desclassificação do tráfico para uso de drogas.

Demonstradas materialidade e autoria delitivas, irretocável a condenação proferida em primeiro grau.

Passo à análise da dosimetria da pena.

No tocante à pena de CHIDOZIE, a insurgência da acusação e da defesa limita-se à causa de diminuição da pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

I.4. Da causa de diminuição de pena do traficante ocasional: A defesa pede a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º da lei 11.343/06 no patamar máximo. A Acusação, por sua vez, pede o afastamento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Procede o pleito da acusação.

Embora reconhecidamente primário e de bons antecedentes, como lançado na sentença, o requisito da não dedicação a atividades criminosas restou desatendido.

A atividade daquele que age como "mula", transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas.

Restou claro nos autos que o acusado CHIDOZIE faz parte da organização criminosa, sendo o responsável pela estadia da corré MARIAMA no Brasil, pela entrega da droga e troca de passagem aérea da acusada para garantir seu o retorno ao exterior, tendo inclusive entregue telefone celular para manter contato com ela, tudo a serviço da organização maior. Ainda havia a participação da corré MARIAMA, que atuou como "mula" para transportar a droga para o exterior, e uma terceira pessoa no destino iria recebê-la.

Dessa forma, o acusado não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

Assim, convém refazer o cálculo da dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria a pena-base foi fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; na segunda fase foi considerada a ausência de agravantes e atenuantes; e na terceira fase a pena foi aumentada em 1/6 por força da causa de aumento da transnacionalidade, resultando a pena definitiva de *06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*, mantido o valor unitário mínimo.

II - DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O MPF pede a condenação de CHIDOZIE pelo crime de associação para o tráfico, uma vez

demonstrada sua efetiva participação na organização criminosa composta por membros presentes no Brasil e na África, sendo que atuava no Brasil recebendo as mulas responsáveis pelo transporte da droga, pessoas essas que eram cooptadas no estrangeiro por um outro membro do grupo criminoso, de nome Emanuel, com o único objetivo de realizar o tráfico de drogas.

O pedido não comporta acolhimento. Para a caracterização do crime tipificado no artigo 35 da Lei de Drogas é necessária a presença dos seguintes elementos: - duas ou mais pessoas; - acordo prévio dos participantes; - vínculo associativo duradouro; - finalidade de traficar substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica.

Segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci, *in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, o tipo "demanda a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa". Nesse sentido também situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. PACIENTES CONDENADOS POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. ABSOLVIÇÃO QUANTO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONCESSÃO DA ORDEM.
> 1. Diante da expressão "reiteradamente ou não", contida no *caput* do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.
> 2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina.
> Precedentes.
> 3. As instâncias de origem, tendo reconhecido que a reunião dos pacientes teria sido eventual, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.
> 4. Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto que a confirmou, de que a associação dos pacientes teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.
> 5. Ordem concedida apenas para absolver os pacientes do delito de associação para o tráfico, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença condenatória prolatada na origem.
> *(STJ, HC 137471/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 08/11/2010)*

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/2005.
> 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.
> 2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. (HC nº 208.886/SP, Ministro

Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/12/2011)
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente e os corréus da imputação relativa à prática do crime de associação para o tráfico.
(STJ, HC 193.232/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2012, DJe 26/11/2012)

No caso dos autos, a denúncia sequer faz referência à associação estável ou a eventual vínculo associativo duradouro entre o apelado CHIDOZIE e a corré MARIAMA ou o indivíduo não identificado, cujo prenome é Emanuel, necessários à caracterização do crime de associação para o tráfico.

Ademais, o conjunto probatório é insuficiente para a demonstração de que tenha havido associação estável entre o apelado CHIDOZIE e a corré MARIAMA, ou entre CHIDOZIE e o indivíduo de prenome Emanuel, que sequer foi mencionado na denúncia como eventual contratante de "mulas" no exterior. A despeito de os documentos fls. 33/40 retratarem intensa movimentação de recursos oriundos da África em favor de CHIDOZIE no período de 11/02/2009 a 14/12/2009, a acusação não demonstrou sua efetiva ligação com o tráfico de drogas.

Destarte, é de se manter a absolvição do CHIDOZIE da imputação do crime do artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/2006.

III - DO RECURSO DA RÉ MARIAMA DIALLO

Não obstante a ausência de insurgência em relação à materialidade, autoria e dolo do crime de tráfico de drogas, verifico que a materialidade delitiva restou comprovada pelo laudo pericial de fls. 45 e 104/107 e a autoria e dolo pela confissão da acusada na fase judicial (fl. 223 e mídia de fl. 230).

No tocante à dosimetria da pena, a Defesa pleiteia a diminuição da pena-base, o afastamento da causa de aumento da internacionalidade, o reconhecimento da delação premiada, a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º da lei 11.343/06 em patamar maior, a fixação do regime inicial menos gravoso, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tendo em vista que a Acusação também insurge-se em relação à dosimetria da pena (impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal em face de circunstância atenuante), os recursos serão analisados em conjunto.

III.1. Quanto à pena-base, o Magistrado *a quo* fixou-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, considerando a natureza da droga (cocaína) de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários, e a grande quantidade apreendida (3.128 gramas) revelam o alto grau de lesividade da conduta.

Requer a defesa a redução da pena-base no patamar mínimo.

O artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece expressamente que, no crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Saliente-se que o objeto jurídico tutelado no crime de tráfico de entorpecente é a saúde pública e, portanto, quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida e, conseqüentemente, a elevação da pena-base.

Nesse sentido situa-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> *HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS, 2 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA, POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06) ... PENA-BASE CORRETAMENTE FIXADA EM 6 ANOS. REDUÇÃO POR FORÇA DO ART. 40, I DA LEI 11.343/06 APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, DE ELEVADO PODER PSICOTRÓPICO (780 GRAMAS DE COCAÍNA) ... 2. A natureza da droga e a grande quantidade apreendida (cerca de 780 gramas de cocaína) têm função de extrema relevância quando do cotejo da individualização da pena, contribuindo fortemente na dosimetria da reprimenda, para uma adequada resposta social e no repúdio ainda maior da justiça criminal. Assim, devidamente justificadas a pena-base, fixada em 6 anos de reclusão, e a incidência no patamar mínimo do benefício previsto no art. 40, I da Lei 11.343/06 ...
> *STJ, 5ª Turma, HC 145242, Rel. Min. Napolão Nunes Maia Filho, j. 19/08/2010, DJe 27/09/2010*

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MAJORAÇÃO DA PENA-BASE, À VISTA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA ... 1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo, dentro de 2 (dois) pacotes plásticos acondicionados em sua mala, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 3.020g (três mil e vinte gramas), de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar. 2. Majoração da pena-base atentando-se à significativa quantidade (mais de três quilos) e à natureza nefasta da droga apreendida (cocaína) ...
> *TRF 3ª Região, 1ª Turma, ACR 00042638520074036119, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 29/11/2011, DJe 07/12/2011*

Dessa foram, verifico que a potencialidade lesiva inerente à natureza da droga apreendida, aliada à expressiva quantidade (*3.128 gramas de cocaína*) justificam a exasperação da pena-base além do patamar mínimo.

Dessa forma, reputo adequado e suficiente a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, tal como lançado na r.sentença apelada.

III.2. Da confissão espontânea. Na segunda fase da dosimetria da pena, foi considerada a atenuante da confissão espontânea, sendo a pena reduzida em 1/6 (um sexto), passando a 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão.

A Acusação sustenta a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, por conta de circunstância atenuante, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Com razão o Ministério Público Federal.

Com efeito, inviável a minoração da pena aquém do mínimo, porque válido o entendimento sumulado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça que aduz que "a incidência da circunstância atenuante não pode coincidir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Referido enunciado tem amparo legal, pois se o tipo tem previsão de pena mínima, esta deve ser respeitada. As circunstâncias atenuantes e agravantes não possuem no Código Penal um balizamento do *quantum* pode ser diminuído ou aumentado. O entendimento sustentando na sentença recorrida implicaria em admitir a possibilidade de aplicação de pena igual a zero,

o que se afigura absurdo. Dessa forma, o entendimento não afronta o princípio constitucional da legalidade, ao contrário, está exatamente de acordo com o mesmo.

Também não se verifica afronta ao princípio constitucional da individualização da pena, posto que essa se dá dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador ordinário.

No mesmo sentido do entendimento consubstanciado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral:

> AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. *STF, RE 597270 QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/03/2009, DJe 04/06/2009.*

Assim, considerado que o recurso da acusação limita-se ao patamar de redução da atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para o mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

III.3. Da causa de aumento da internacionalidade delitiva. Pretende a Defesa o afastamento da causa de aumento da internacionalidade delitiva.

No tocante à internacionalidade, vislumbro sua ocorrência, pois: a) foram encontrados bilhetes aéreo de ida e volta em nome de MARIAMA; b) MARIAMA disse na fase judicial ter sido contratada no exterior para levar cocaína para Marrocos, e após Guiné; c) a droga apreendida estava oculta na bagagem da acusada. Todos estes fatores evidenciam a intenção da acusada em levar a droga para o exterior.

Assim, patente a intenção da apelante de internar a droga em território estrangeiro, justificando a aplicação da causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Configura-se a internacionalidade do tráfico quando o agente está transportando o entorpecente e prestes a sair do território nacional. Nesse sentido situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3a Região:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS ... INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA ... 4. O entendimento firmado neste Superior Tribunal é no sentido de que para a caracterização da internacionalidade do tráfico basta que a operação vise a difusão da droga no exterior, não sendo necessário que o agente deixe as fronteiras do País para configurar a causa de aumento. No caso, o Paciente foi flagrado no aeroporto prestes a embarcar com a droga para o exterior ...
> *STJ, 5ª Turma, HC 136614, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/08/2010, DJ 27/09/2010*

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES ... INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO COMPROVADA ... 1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo, no interior de 70 (setenta) cápsulas por ele ingeridas, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros no exterior, 509,5 g (quinhentos e nove gramas e cinco decigramas), peso líquido, de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar ... 7. Internacionalidade comprovada: o réu foi abordado trazendo consigo cocaína no interior

> do Aeroporto Internacional de Guarulhos prestes a embarcar para o exterior, restando clara e evidente sua intenção de transportar a droga para fora do país, fato suficiente para considerar o crime consumado e para caracterizar a internacionalidade do tráfico perpetrado, ainda que não efetivada a internação da droga em território estrangeiro ...
> *TRF 3ª Região, 1ª Turma, ACR 00076760920074036119, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 14/02/2012, DJ 30/03/2012*

Portanto, incide a causa de aumento da internacionalidade 1/6 (um sexto), tal como lançado na sentença, resultando na pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

III.4. Da delação premiada: nos termos do artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, para a concessão do favor legal faz-se imprescindível a eficácia da delação, com a indicação precisa de demais autores do crime aliada à efetiva facilitação ao desmantelamento da estrutura criminosa, não bastando meras indicações do réu para reconhecer o benefício do perdão judicial ou da redução da pena. Nesse sentido, aponto precedente deste Tribunal:

> PENAL: REVISÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. NULIDADE DA DOSIMETRIA. NOVA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO CARACTERIZADA ... V - Delação premiada não caracterizada, eis que as informações apresentadas pelo requerente não lograram identificar os demais integrantes do grupo, tão pouco suas prisões. Inaplicável, por conseguinte, a atenuante do art. 8º da Lei nº 8.072/90 ...
> *TRF 3ª Região, 1ª Seção, RVC 00165957420084030000, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 03/12/2009, DJe 30/09/2010*

Na fase policial, a acusada nada informou sobre a qualificação ou endereço do traficante contratante (fl. 16). Embora haja no interrogatório prestado na fase judicial a indicação do prenome do contratante (Emmanuel) e do País de sua residência (Dakar/Senegal), não justificam a concessão da benesse uma vez que meras indicações da ré, em nada contribuíram para a identificação de eventuais outros agentes. As informações nada esclareceram de concreto, como se constata do interrogatório judicial de fls. 223 e mídia de fl. 231.

Assim, no caso concreto, ante a ineficácia e generalidade da delação, inviabiliza-se a minoração da pena ou a concessão do perdão judicial.

Acrescente-se que a apreensão da droga e a prisão do corréu CHIDOZIE se deu em decorrência das diligencias policiais, não havendo que se falar em efetiva colaboração da acusada, para fins da concessão do benefício.

III.5. Da causa de diminuição de pena do traficante ocasional: Dispõe o artigo § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

Não me parece que o citado § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas "mulas" do tráfico de drogas, porquanto

tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.

A atividade daquele que age como "mula", transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.

Se aquele que atua como "mula" desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na "associação criminosa", muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é *contratado* por uma organização criminosa para servir como portador da droga, e portanto *integra* essa organização.

E, ainda que se entenda que o traficante que atue como "mula" não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam à atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.

Se o agente, sem condições econômicas próprias, dispende vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena.

Nesse sentido aponto precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

> *"Mula" e causa de diminuição de pena - 2*
> Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus* em que pretendida a aplicação, em favor de condenada por tráfico de entorpecentes pelo transporte de 951 g de cocaína, a causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. No caso, as instâncias de origem, embora tivessem reconhecido que a ré seria primária, com bons antecedentes e que não se dedicaria à atividade criminosa, concluíram que, de fato, ela integraria organização criminosa e, portanto, não teria jus à citada causa de diminuição - v. Informativo 618. Considerou-se que o tráfico internacional não existiria sem o transporte da droga pelas chamadas "mulas". O Min. Gilmar Mendes ressaltou que a "mula", de fato, integraria a organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição sine qua non para a narcotraficância internacional. Pressupunha, assim, que toda organização criminosa estruturar-se-ia a partir de divisão de tarefas que objetivasse um fim comum. Assim, inegável que esta tarefa de transporte estaria inserida nesse contexto como essencial. Além disso, asseverou que o legislador não teria intenção de dispensar tratamento menos rigoroso ao "traficante mula" ou, ainda, a outros com "participação de menor importância" e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se esse fosse o propósito, certamente consubstanciaria elementar do tipo. Ter-se-ia, então, um tipo penal derivado. Vencido o Min. Ayres Britto, relator, que deferia a ordem. *HC 101265/SP, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 10.4.2012.* (HC-101265)
> *STF - Informativo nº 661*

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM AEROPORTO. "MULA". DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ATUAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. *WRIT* DENEGADO. 1. As circunstâncias do caso concreto - Paciente de nacionalidade estrangeira e que transportava 2.070 (dois mil e setenta) gramas de cocaína, abordada ao tentar embarcar para Lisboa - evidenciam sua dedicação a atividades criminosas. 2. Assim, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, o referido fato é circunstância que, *de per si*, impede a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. 3. *Habeas corpus* denegado.
STJ, 5ª Turma, HC 148148, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/11/2009, DJ 15/12/2009

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES ... INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. 1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo, no interior de 70 (setenta) cápsulas por ele ingeridas, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros no exterior, 509,5 g (quinhentos e nove gramas e cinco decigramas), peso líquido, de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar ... 6. A pessoa que se dispõe a efetuar o transporte de substância entorpecente para o exterior com as despesas custeadas e mediante promessa de recompensa evidentemente integra organização criminosa de forma efetiva e relevante. Com efeito, o apelante, de forma voluntária, contribuiu para a narcotraficância internacional, constituindo figura essencial ao sucesso da empreitada criminosa, eis que incumbido de receber a droga devidamente embalada em cápsulas do fornecedor, ocultá-la e transportá-la dentro de seu organismo, devendo entregá-la ao destinatário na Espanha, representando, portanto, o imprescindível elo de ligação entre fornecedor e receptor, o que afasta, de plano, a incidência do benefício discorrido, cuja aplicação exige a prova extreme de dúvidas da concorrência dos quatro requisitos exigidos na norma. Ademais, o *modus operandi* do transporte - ingestão de cápsulas contendo a droga - está a revelar a participação de outras pessoas na dinâmica criminosa, permitindo enxergar o pertencimento do réu a grupo criminoso, conclusão que vem a ser reforçada pelo fato de KRISZTIAN ter efetuado outras 3 (três) viagens internacionais transportando substância entorpecente, conforme narrativa ofertada em contraditório judicial ...
TRF 3ª Região, ACR 0007676-09.2007.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 14/02/2012, DJ 30/03/2012

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que a ré dedicava à atividades criminosas: a quantidade da droga apreendida (3.128 gramas de cocaína); a inexistência de prova de ocupação lícita; o fato de haver confessado que tinha sido contratado para o transporte da droga em Guiné, mediante pagamento de mil dólares americanos, bem como do fornecedor da droga haver custeado a compra da passagem aérea internacional e demais despesas da viagem; o fato de ter recebido telefone celular para manter contato com o traficante contratante, conforme relato em interrogatório judicial, referido na r. sentença apelada (fls. 263 e verso).

Todas essas circunstâncias conduzem à conclusão de que a ré se dedicava à atividades criminosas, e portanto não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

Contudo, à míngua de recurso da acusação quanto ao ponto e em virtude da proibição da *reformatio in pejus*, mantenho a causa de diminuição no patamar da sentença, em 1/6 (um sexto), resultando a pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantido o valor mínimo.

III.6. Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito: o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 972556/RS, declarou a inconstitucionalidade das vedações à substituição constantes da Lei 11.343/2006 (STF, Pleno, HC 97256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJe 15/12/2010).

No caso dos autos, contudo, a acusada não faz jus à substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito do inciso I do artigo 44 do Código Penal.

III.7. Do regime inicial de cumprimento da pena. Postula a defesa a alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

Observo que vinha sustentando entendimento no sentido de que o estabelecimento de regime inicial aberto ou semiaberto não se mostra compatível com a condenação por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, dada a equiparação do tráfico aos delitos hediondos.

E assim o fazia por entender que tanto o legislador constituinte (artigo 5º, inciso XLIII) quanto o legislador infraconstitucional (Lei nº 8.072/1990) dispensaram tratamento mais rigoroso na repressão ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo portanto lícito o estabelecimento de regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região: STF, 1ª Turma, RHC 108011/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/09/2011, DJe 30/09/2011; STF, 2ª Turma, HC 103011/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010; STF, 2ª Turma, HC 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13/05/2008, DJe 19/06/2008; STJ, 5ª Turma, HC 226379/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/04/2012, DJe 08/05/2012; TRF 3ª Região, 1ª Turma, HC 0001433-97.2012.403.0000, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 06/03/2012, DJe 16/03/2012.

Contudo, não me é dado desconhecer que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelecia o regime inicial fechado para cumprimento da pena para os condenados por crime de tráfico de drogas (HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 27.6.2012. Informativo STF nº 672).

No caso dos autos, o entendimento pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal firmado pelo STF, não beneficia a acusada.

É certo que no caso dos autos a sentença fez expressa referência ao artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/1990, na redação da Lei nº 11.464/2007, para fixar o regime inicial de cumprimento da pena.

Contudo, não se poderia exigir do Juízo *a quo*, anteriormente à declaração de inconstitucionalidade do citado dispositivo, e havendo inclusive manifestações do próprio Supremo Tribunal Federal pela sua constitucionalidade, que aventasse outras razões para o estabelecimento do regime inicial fechado.

Assim, há de se perquirir se na dosimetria da pena, foram reconhecidos em favor do réu como favoráveis as circunstâncias judiciais. Isso porque apesar do regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o § 3º do citado dispositivo estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

E, no caso dos autos, foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do CP, em relação às conseqüências do crime, fixando a pena-base em patamar superior ao

mínimo legal (cinco anos e dez meses de reclusão).

Dessa forma, não obstante a pena final de quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão, não há que se falar em flagrante ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado.

IV - DA CONCLUSÃO: por estas razões: a) rejeito a preliminar de nulidade e nego provimento à apelação do réu CHIDOZIE; b) nego provimento à apelação da ré MARIAMA; c) dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, quanto ao réu CHIDOZIE, afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, resultando a pena definitiva de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo, bem como para, quanto à ré MARIAMA, afastar a redução da pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, readequando sua pena definitiva para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantida no mais a sentença apelada; e determino ainda a comunicação ao Superior Tribunal de Justiça, ao Juízo das Execuções Criminais Penais e ao Ministério da Justiça.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

- Sobre a aplicação do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, veja também os seguintes julgados: ACr 2006.61.19.005772-8/SP, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 87/323; ACr 2006.03.99.047203-6/MS, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 88/401; EIfNu 0002968-13.2007.4.03.6119/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicados na RTRF3R 103/667; ACr 0000779-57.2010.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicada na RTRF3R 107/182 e ACr 0007306-88.2011.4.03.6119/SP, Relator Juiz Federal Convocado Paulo Domingues, publicada na RTRF3R 115/194.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
0003370-97.2010.4.03.6181
(2010.61.81.003370-2)

Embargante: MICHAEL GOMES MARANGONI
Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA
Corréus: CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO E·CARLA VIVIANE DE CARVALHO DONEGATTI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: EIfNu 5863
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/01/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DE PECULATO E DE RECEPTAÇÃO. ARTIGOS 312 E 180, AMBOS DO CP. EMPREGADO DE AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ART. 327, § 1º, CP. OFENSA A INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 - Diferentemente dos delitos praticados contra o patrimônio da agência franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em relação aos quais há jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a competência da Justiça Estadual para o processo e o julgamento (a exemplo do julgado citado no voto-vencido), no caso, a denúncia narra a prática, em tese, de crime de peculato praticado por empregado da agência franqueada da EBCT, que é equiparado a funcionário público federal, nos termos do artigo 327, § 1º, do Código Penal (na redação dada pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000).

2 - O crime de peculato está inserido no Título XI, do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública. O bem jurídico protegido, portanto, é a atividade funcional estatal, podendo ser objeto material do delito, inclusive, bem particular que esteja sob a guarda, vigilância ou custódia da Administração Pública.

3 - A apropriação por empregado de agência franqueada dos Correios, de correspondência contendo cheques de terceiros, de que tinha a posse em razão da função de recolhimento e expedição das correspondências simples, ofende diretamente interesse da União Federal, na medida em que afeta a sua atividade funcional, especificamente a regularidade do serviço público postal, exercido em regime de monopólio pela União Federal em todo o território nacional (art. 21, X, da CF e art. 9º, da Lei nº 6.538/78). Não se vislumbra, no caso, prejuízo econômico.

4 - Há, portanto, ofensa direta a interesse da União Federal, a justificar a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento do crime de peculato, em tese praticado por funcionário público federal equiparado, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal (Súmula 254, do extinto Tribunal Federal de Recursos), inclusive do crime conexo, em tese praticado pelos demais denunciados (art. 78, IV, CPP e Súmula nº 122, do E. STJ).

5 - Embargos infringentes a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencida a Desembargadora Federal Vesna Kolmar que lhe dava provimento.

São Paulo, 17 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos por Michael Gomes Marangoni em face do v. Acórdão de fls. 156/159, proferido pela E. 1ª Turma desta Corte que, por maioria, deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, para reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, nos termos dos votos dos Desembargadores Federais Dr. José Lunardelli (relator para acórdão) e Dr. Johonsom di Salvo, vencida a Desembargadora Federal Dra. Vesna Kolmar, relatora, que lhe negava provimento.

A ementa foi lavrada nos seguintes termos:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS. DELITO COMETIDO POR FUNCIONÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.
> 1. Quando crimes perpetrados afetem o monopólio postal da União Federal (Constituição, art. 21, X c/c lei nº 6.538/1978, art. 9º), a Justiça Federal é competente para processar e julgar os feitos por existir interesse da União (CF, art. 109, IV), ainda que os serviços postais estejam sendo explorados por particulares, na forma de franquias.
> 2. Na hipótese dos autos, no entanto, da análise das provas, constata-se que, de fato, o delito praticado causou real prejuízo aos interesses da União e da ECT, ainda que tenha tido por vítima empresa franqueada dos Correios, fato que justifica a atribuição de competência à Justiça Federal para o processo e julgamento do ilícito penal.
> 3. É inegável que a conduta do empregado atingiu interesse da União, devendo ser aplicadas as regras de competência previstas no art. 109, IV da CF, na medida em que o delito praticado envolve a apropriação de "correspondência", serviço público prestado em regime de monopólio (lei nº 6.538/1978, art. 9º, I), conforme decidiu o STF no julgamento da ADPF nº 46-7/DF. Do mesmo modo, o delito praticado traz, ao menos indiretamente, prejuízos à ECT, uma vez que as agências franqueadas são prestadores que propagam a rede pública "Correios", e os usuários dos serviços postais não diferenciam as agências próprias das franqueadas, exigindo de todas, que propagam a mesma marca, as mesmas características de adequação na fruição dos serviços. Precedente deste E. TRF.
> 4. Por essas razões, compete à Justiça Federal o processo e julgamento desta ação penal, nos termos do art. 109, IV da CF.
> 5. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento.

Em suas razões recursais (fls. 161/162), o embargante requer a prevalência do voto vencido, que reconheceu a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito.

Os embargos foram admitidos por decisão do Desembargador Federal Dr. José Lunardelli (fl. 164).

A Procuradoria Regional da República requer seja negado provimento aos embargos infringentes (fls. 168/173).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Consta da denúncia que, no dia 30 de abril de 2001, Carlos Eduardo do Nascimento, à época empregado da Agência Franqueada dos Correios Santo Antônio, e, por isso, equiparado a funcionário público, se apropriou de correspondência (carta simples), que continha dezessete cheques no valor total de R$ 3.747,70 (três mil, setecentos e quarenta e sete reais e setenta centavos), da qual tinha posse em razão do exercício de sua função, pois era responsável pelo recolhimento e expedição das correspondências simples. Por sua vez, Michael Gomes Marangoni (ora embargante) recebeu, em proveito próprio, os cheques de Carlos Eduardo do Nascimento, sabendo-os produto de crime. Segundo a peça acusatória, 03 (três) cheques foram depositados na conta-corrente de titularidade de Carla Viviane de Carvalho Donegatti que, sabedora da origem criminosa dos cheques, ocultou-os em proveito de Michael Gomes Marangoni, que receberia o valor dos cheques após a devida compensação.

O ora embargante requer a prevalência do voto vencido da Desembargadora Federal Dra. Vesna Kolmar, relatora, que reconheceu a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, nos seguintes termos:

> Com efeito, verifica-se que na situação em apreço a Agência de Correios que foi vítima da ação criminosa não é explorada diretamente pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e não possui natureza jurídica de empresa pública, na verdade a exploração do serviço se dá na forma de franquia, por particular, razão pela qual não há ofensa a bem ou interesse da União de forma a justificar a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. (fl. 154)

Em que pese o entendimento manifestado pela Desembargadora Federal Dra. Vesna Kolmar, entendo que deva prevalecer o entendimento esposado pelo voto condutor, que reconheceu a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

Diferentemente dos delitos praticados contra o patrimônio da agência franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em relação aos quais há jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a competência da Justiça Estadual para o processo e o julgamento (a exemplo do julgado citado no voto-vencido), no caso, a denúncia narra a prática de crime de peculato praticado, em tese, por Carlos Eduardo do Nascimento, empregado da agência franqueada da EBCT, que é equiparado a funcionário público *federal*, nos termos do artigo 327, § 1º, do Código Penal (na redação dada pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000), *verbis:*

> § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

O crime de peculato está inserido no Título XI, do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública. O bem jurídico protegido, portanto, é a atividade funcional estatal, podendo ser objeto material do delito, inclusive, bem particular que esteja sob a guarda, vigilância ou custódia da Administração Pública.

Nesse sentido é a lição de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

> Tem em vista a lei a probidade administrativa, tutelando-se a administração pública no que tange ao patrimônio público, o interesse patrimonial do Estado, ainda que de bens particulares. A maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano, mais do que material, é moral e político. (*in Manual de Direito Penal*. Parte Especial, vol. 3, 26ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 267)

A apropriação, por empregado de agência franqueada dos Correios, de correspondência contendo cheques de terceiros no valor total de R$ 3.747,70 (três mil, setecentos e quarenta e sete reais e setenta centavos), de que tinha a posse em razão da função de recolhimento e expedição das correspondências simples, ofende interesse da União Federal, na medida em que afeta a sua atividade funcional, em especial a regularidade do serviço público postal, exercido em regime de monopólio pela União Federal em todo o território nacional (art. 21, X, da CF e art. 9º, da Lei nº 6.538/78).

Não se vislumbra, na presente hipótese, prejuízo econômico.

Há, portanto, ofensa direta a interesse da União Federal, a justificar a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento do crime de peculato, em tese praticado por funcionário público federal equiparado, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, inclusive do crime conexo, em tese praticado pelos demais denunciados (art. 78, IV, CPP e Súmula nº 122, do E. STJ).

Nesse sentido é o teor da Súmula 254, do extinto Tribunal Federal de Recursos:

> Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados.

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto proferido pela Desembargadora Federal Suzana Camargo (relatora para acórdão), nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0000422-46.2002.403.6123, da 5ª Turma desta E. Corte, publicado no DJU de 06/06/2006:

> No caso dos autos, o recorrido trabalhava para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, porém não era empregado contratado diretamente. Prestava serviços à aludida empresa pública pela ADEFIVI, empresa conveniada com a EBCT que credenciava deficientes físicos para o trabalho (fl. 168).
> Exercia, ainda segundo a EBCT, as funções de carimbação e triagem de correspondências simples, protocolo de documentos achados e perdidos e colocação de correspondências nas caixas postais (fl. 179).

Ora, denota-se que o recorrido exercia funções de empregado de empresa pública, situação essa que se enquadra no conceito amplo de funcionário público, dado pelo art. 327 do Estatuto Repressivo, razão pela qual o crime que lhe é imputado, em tese, subsume-se ao de peculato.
(...)
Não é dado desconsiderar, outrossim, que se o recorrido é equiparado a funcionário público e exercia suas funções perante a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em exploração direta dessa atividade, por certo que sua conduta, em tese, afeta diretamente serviços e interesse dessa empresa pública, a determinar a competência da Justiça Federal, nos termos preceituados pelo artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, julgados desta E. Corte:

PENAL. PECULATO. CARTEIRO. APROPRIAÇÃO DE CARTÕES DE CRÉDITO POSTADOS NA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. ART. 327, § 1º DO CP. CARTEIRO: FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA EFEITOS PENAIS. APROPRIAÇÃO EM RAZÃO DO CARGO. IRRELEVÂNCIA DA NATUREZA PARTICULAR DO BEM APROPRIADO. LESÃO AOS INTERESSES DA ADMINISTRAÇÃO. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
I - Incidente na hipótese a norma de extensão subjetiva prevista no artigo 327, § 1º, do Código Penal, segundo a qual considera-se como funcionário público, para efeitos penais, todo aquele que exerce emprego público, ou de qualquer modo, função pública, tomando a expressão no sentido mais amplo, diferentemente do Direito Administrativo, eis que não é propriamente a qualidade de funcionário público que caracteriza os crimes funcionais, mas sim o fato de serem praticados por quem se acha no exercício de função pública, entendida como qualquer atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública.
II - Ainda que o apelante tenha praticado o crime quando ocupante do cargo de Carteiro contratado sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT é empresa pública federal ligada ao Ministério das Comunicações, conforme estatuído no artigo 1º do Decreto lei nº 509, de 20 de março de 1969, executando e controlando os serviços postais em todo o território nacional, em regime de monopólio previsto no artigo 21, X, da Constituição Federal.
III - O conjunto probatório permitiu, de maneira segura, a conclusão de que o apelante efetivamente se apropriou dos cartões de crédito postados por empresa administradora de cartões de crédito, violando as correspondências que lhe eram confiadas no exercício de sua profissão de Carteiro empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.
IV - É irrelevante o fato de os bens desviados serem de propriedade particular, pois a objetividade jurídica da norma incriminadora do delito de peculato não é a lesão patrimonial em si, mas principalmente a ofensa aos interesses da Administração Pública, no caso presente, o desenvolvimento regular do serviço público prestado pelos Correios.
V - Apelação a que se nega provimento.
(ACr 00004055920044036181, rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, e-DJF3 Judicial 2 de 28/05/2009)

PENAL- PECULATO E ESTELIONATO - PREJUÍZO CAUSADO A EMPRESA PÚBLICA - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS AMPLAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE FURTO OU APROPRIAÇÃO INDÉBITA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO.
1. Competência da Justiça Federal para o julgamento do crime de peculato, pois praticado por funcionário da ECT no exercício de suas funções (Súmula n° 254 do antigo Tribunal Federal de Recursos). Lesão patrimonial da empresa pública federal, que assumiu os prejuízos,

justificada a competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes de estelionato.
2. A materialidade delitiva restou demonstrada pelas provas constantes do procedimento administrativo (fls.67/225), bem como pelos documentos juntados aos autos durante a instrução criminal, quais sejam, auto de apreensão, Boletim de Ocorrência, as faturas de cartões de crédito, bem como pela lista de objetos entregues ao apelante.
3. A autoria, por sua vez, restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão, bem como pelos depoimentos das testemunhas de acusação. Ademais, na primeira fase da persecução penal o apelante admitiu em parte a prática delitiva, confessou que efetuou saque e tentou fazer compras com os cartões de crédito dos quais detinha a posse, não os entregando aos proprietários, deixando clara a sua intenção de se aproximar desses bens.
4. O réu não cometeu crime de furto, haja vista que já detinha a posse dos bens, quando do cometimento do delito. Logo, não se pode dizer tenha ele subtraído coisa alheia móvel, para outrem ou para si, já que a subtração pressupõe que o agente não detenha a posse do bem.
5. Também o apelante não cometeu crime de apropriação indébita, haja vista que, muito embora tenha se apropriado dos cartões, o Código Penal prevê um tipo específico para aqueles casos onde o agente se vale da condição de funcionário público para se apropriar de bem particular, em detrimento da administração pública (art. 312 do Código Penal).
6. O acusado, valendo-se da condição de funcionário dos Correios e detendo a posse de cartões de crédito pertencentes a terceiros, apropriou-se dos referidos cartões, não os entregando aos respectivos donos. Agindo como se dono fosse, chegou até mesmo a efetuar compras, obtendo para si vantagem patrimonial. Agindo desta forma, incorreu o apelante nas penas do artigo 312 do Código Penal.
7. O delito de peculato restou caracterizado, haja vista que houve um prejuízo na prestação de serviço da empresa pública, bem como à sua imagem. Vale dizer, houve um prejuízo à administração pública.
8. O réu não só obteve vantagem ilícita, como iludiu terceiros, mantendo-os em erro, ao efetuar as compras. Para tanto, o réu fez-se passar pelos próprios donos dos cartões de créditos, dos quais se apropriou.
9. Ressalte-se que o crime de estelionato não requer necessariamente a manutenção da vítima em erro, podendo restar caracterizado com a ilusão de terceiros e a obtenção de vantagem indevida. Precedentes.
10. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade restou prejudicado, na medida em que já foi efetuada tal substituição pela MM. Juíza de primeiro grau, por ocasião da prolação da sentença.
11. Condenação mantida. Recurso da defesa desprovido.
(ACr 00090851820004036102, Juiz Federal Convocado Helio Nogueira, 5ª Turma, DJU 14/08/2007)

Observo, por fim, que a decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do CC 27074, *em 14/06/2000* (data do julgamento), no sentido de que o empregado de agência franqueada da EBCT não comete o crime de peculato, pois não se equipara a funcionário público nos termos do artigo 327, do Código Penal, é anterior à Lei nº 9.983, *de 14 de julho de 2000*, que acrescentou a parte final do § 1º, do referido artigo.

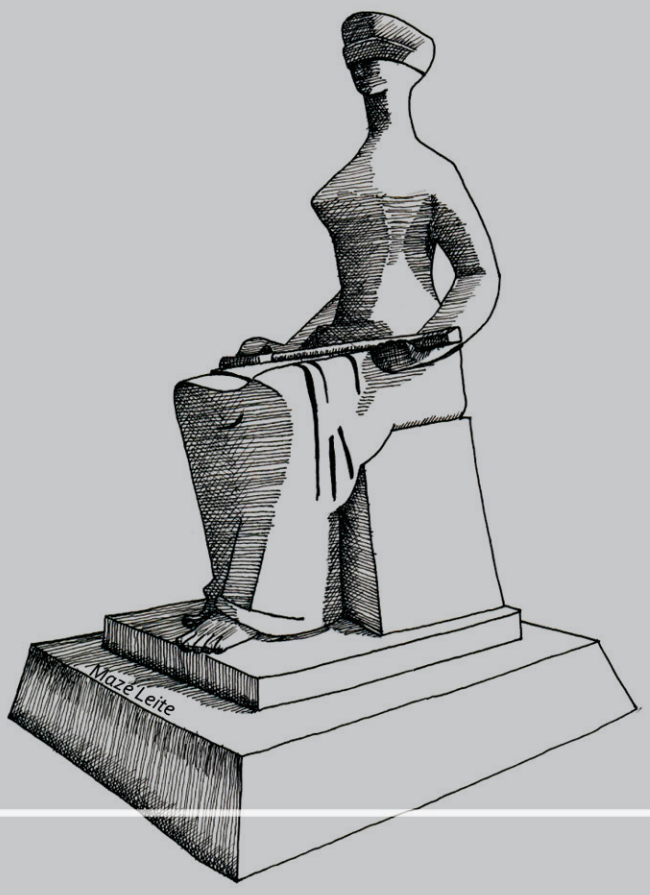
Assim, no caso, a competência para o processo e o julgamento do feito é da Justiça Federal, razão pela qual há de ser mantido, integralmente, o v. Acórdão embargado.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Previdenciário



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0003571-30.2003.4.03.6183
(2003.61.83.003571-2)

Apelantes: ARNALDO ELISEU MUNHOZ CORREA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD
Classe do Processo: ApelReex 1543839
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE INSALUBRE. MONITOR FEBEM. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO COMPLEMENTADO. COMERCIÁRIO. COMPROVAÇÃO. ARTIGO 557, § 1º DO CPC. DECISÃO BASEADA EM JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL.
1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e deste Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. Não há que se confundir início de prova material com prova plena, sendo imprescindível que a primeira venha a ser complementada por outros meios de prova, o que não se verifica nos presentes autos, uma vez que a declaração feita quando da expedição de carteira de identidade não tem o condão, por si só, de comprovar o desempenho da função de comerciário pretendida pelo autor.
3. Apresentado nos autos formulário de atividade especial e laudo técnico elaborado por consultor técnico e médico do trabalho, os quais atestam que a função de monitor junto à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor - FEBEM , atual Fundação CASA, é exercida em condições agressivas à saúde, com exposição a agentes biológicos nocivos, devido ao contato com adolescentes internos portadores de doenças infecto-contagiosas, bem como ao contato com as roupas e pertences pessoais (código 3.0.1, anexo IV, do Decreto 3.048/99).
4. Agravos do autor e do réu improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator): Trata-se de agravos interpostos pelo autor e pelo INSS, em face da decisão de fl. 673/676 que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar argüida pelo INSS e, no mérito, deu parcial provimento à sua apelação e à remessa oficial, no que tange aos juros de mora, e negou seguimento ao apelo do autor.

Objetiva o autor o provimento do presente agravo, argüindo, preliminarmente, nulidade da decisão agravada, de vez ser imprescindível a análise de fatos e provas que matéria posta em discussão por decisão colegiada. No mérito, alega que os documentos apresentados nos autos para comprovação do labor como comerciário são suficientes para tanto.

O réu, por sua vez, agrava da decisão, aduzindo não ter restado comprovado o caráter especial da atividade desempenhada pelo autor como monitor da FEBEM.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator): Quanto à preliminar argüida pelo autor, perfeitamente aplicável no presente caso o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, vez que inexiste qualquer ilegalidade ou abuso de poder. A propósito transcrevo jurisprudência adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.
> 1. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.
> 2. A "ratio essendi" do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa.
> 3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 24.04.2006).
> 4. "In casu", o acórdão hostilizado denota a perfeita aplicação do art. 557, do CPC, posto que a prolação de sentença de mérito na ação originária revela a superveniente perda de objeto do recurso utilizado contra o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada initio litis. Precedentes: RESP 702.105/SC, DJ de 01.09.2005; AgRg no RESP 526.309/PR, DJ 04.04.2005 e RESP 673.291/CE, DJ 21.03.2005.
> 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. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.
6. Agravo regimental desprovido.
(AGRESP 200601194166 - 857173- 1ª TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - DJE 03/04/2008)

E, ainda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.
I - A reforma introduzida pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamento pelas turmas apenas dos recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado. No caso presente, em que se decidiu pela ausência de omissão no acórdão recorrido, não havia a necessidade de a matéria ser apresentada diretamente à Turma, mormente por se tratar de hipótese em que o seguimento do especial foi obstado já no juízo de admissibilidade realizado na corte estadual, e a orientação esposada encontra-se respaldada em jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça.
II - Em casos que tais, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente decorre do princípio da celeridade processual, sem que tal fato importe violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista que a defesa das partes, se indevida a aplicação do julgamento simplificado, faz-se via agravo regimental.
III - Inviável o especial que deixa de atacar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão assentada no aresto hostilizado (Súmula 283/STF). Agravo improvido.
(AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3ª TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230)

No que pertine à atividade de comerciário que o autor pretende comprovar, resta evidente que não há que se confundir início de prova material com prova plena, sendo imprescindível que a primeira venha a ser complementada por outros meios de prova, o que não se verifica nos presentes autos, uma vez que a declaração feita quando da expedição de carteira de identidade não tem o condão, por si só, de comprovar o desempenho da função.

Quanto ao período em que o autor trabalhou como monitor da FEBEM, restou consignado na r. decisão agravada que ele apresentou formulário de atividade especial (fl. 91) e laudo técnico (fl. 84/90), elaborado por consultor técnico e médico do trabalho, os quais atestam que a função de monitor é exercida em condições agressivas à saúde, com exposição a agentes biológicos nocivos, devido ao contato com adolescentes internos portadores de doenças infecto-contagiosas, bem como ao contato com as roupas e pertences pessoais, pelo que deve ser tido por insalubre o período de 20.12.1984 a 04.07.1997, laborado na função de monitor junto à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor - FEBEM , atual Fundação CASA, por exposição a agentes biológicos, código 3.0.1, anexo IV, do Decreto 3.048/99.

A propósito do tema, colaciono:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADES ESPECIAIS. COMPROVAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09.
I - O labor especial do autor junto à FEBEM restou suficientemente comprovado nos autos, tendo em vista o formulário de atividade especial em nome de colega que também exercia a

função de "monitor I", bem como os laudos técnicos elaborados por engenheiros de segurança do trabalho, os quais atestam que a função de monitor é exercida em condições agressivas à saúde, com exposição a agentes biológicos nocivos, devido ao contato com internos portadores de doenças infecto-contagiosas.
II - A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.
III - Os juros moratórios devem ser calculados, a contar do termo inicial do benefício, de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.
IV - Com o advento da Lei nº 11.960/09, a partir de 30.06.2009 os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.
V - Recurso não conhecido em relação ao termo final da incidência dos juros de mora, tendo em vista que a decisão agravada dispôs no mesmo sentido da pretensão do ora agravante.
VI - Agravo do INSS não conhecido em parte e, na parte conhecida, parcialmente provido (CPC, art. 557, § 1º).
(TRF 3ª Região; 10ª Turma; APELREEX - 1642617; Relator Des. Fed. Sergio Nascimento; e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/09/2011)

Diante do exposto, *nego provimento aos agravos interpostos pelo autor e pelo réu*.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

- Sobre a função de monitor na FEBEM configurar-se como atividade especial para fins previdenciários, veja também o seguinte julgado: AC 0001865-41.2005.4.03.6183/SP, Relator Juiz Federal Convocado David Diniz, publicada na RTRF3R 106/129.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0003985-13.2004.4.03.6112
(2004.61.12.003985-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: IVANIR RIBEIRO DIAS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA CARLA RISTER
Classe do Processo: AC 1309362
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2013

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS COMPROVADOS. QUALIDADE DE SEGURADO E INCAPACIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.
- Faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado incapaz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante a condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.
- Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social.
- Quanto ao auxílio-doença, por seu turno, é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos de forma temporária. No mais, possui requisitos idênticos à aposentadoria por invalidez. É certo, ainda, que nos termos do artigo art. 62 da Lei de benefício, o benefício deve perdurar até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência, ou quando não-recuperável, for aposentado por invalidez.
- A qualidade de segurado e o período de carência encontram-se cumpridos, conforme anotações constantes na CTPS, que apontam os recolhimentos de contribuições ao Regime Geral da Previdência Social nos seguintes interregnos: 26/06/1986 a 21/08/1986; 05/11/1986 a 28/11/1986; 01/12/1986 a 03/09/1987; 01/03/2001 a 10/04/2001 e 11/06/2001 a 25/07/2001. Os dois últimos vínculos empregatícios da parte autora, ocorridos em 2001, pressupõem que nesta ocasião a parte autora ainda possuía capacidade para o trabalho, vale dizer, no momento do surgimento da incapacidade total a parte autora ostentava a qualidade de segurado. Outrossim, tais vínculos ocorridos em 2001 (1/3 da carência) são suficientes para readquirir a qualidade de segurado.
- No tocante à presença de moléstia incapacitante, observa-se do laudo médico pericial elaborado em 28/07/2006 (fls. 93/95) que a parte autora sofre de síndrome do pânico e, em resposta aos quesitos, o perito concluiu que a parte autora apresenta um distúrbio psiquiátrico de caráter crônico e permanente com grande instabilidade emocional,

estando incapacitada total e permanentemente para exercer atividades laborativas.
- Desse modo, ostentando a qualidade de segurado e presente a incapacidade laborativa, resta devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2013.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à remessa oficial para fixar juros de mora em 1% (um por cento) ao mês e negou seguimento à apelação do INSS, corrigindo erro material da r. sentença para fixar o termo inicial do benefício em 03.08.2006.

Em sede deste agravo legal, o agravante alega, em síntese, que a parte autora não ostenta a qualidade de segurado e, portanto, não faz *jus* à concessão do benefício pleiteado. Pede, assim, a reconsideração da r. decisão ou sua submissão ao colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER (Relatora): Não assiste razão ao agravante.

Com efeito, o benefício de aposentadoria por invalidez tem previsão no artigo 42 da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.
> § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.
> § 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de

> Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.
> Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.
> § 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
> a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).
> § 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Quanto ao auxílio-doença, a matéria vem disciplinada a partir do artigo 59 da Lei 8.213/91, *verbis*:

> Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.
> Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.
> Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> § 1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.
> § 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
> § 4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correpondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.
> Art. 61. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
> Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Assim, faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado inca-

paz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante à condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.

Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social. Por fim, a carência é dispensada, ainda, aos segurados especiais, bastando apenas, nesta hipótese, a comprovação do exercício da atividade rural no período anterior ao requerimento do benefício pelo número de meses correspondentes à carência.

Quanto ao auxílio-doença, por seu turno, é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos de forma temporária. No mais, possui requisitos idênticos à aposentadoria por invalidez. É certo, ainda, que nos termos do artigo art. 62 da Lei de benefício, o benefício deve perdurar até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência, ou quando não-recuperável, for aposentado por invalidez.

A qualidade de segurado e o período de carência encontram-se cumpridos, conforme anotações constantes na CTPS de fls. 10/13, que apontam os recolhimentos de contribuições ao Regime Geral da Previdência Social nos seguintes interregnos: 26/06/1986 a 21/08/1986; 05/11/1986 a 28/11/1986; 01/12/1986 a 03/09/1987; 01/03/2001 a 10/04/2001 e 11/06/2001 a 25/07/2001.

Impende observar que os dois últimos vínculos empregatícios da parte autora, ocorridos em 2001, pressupõem que nesta ocasião a parte autora ainda possuía capacidade para o trabalho, vale dizer, no momento do surgimento da incapacidade total a parte autora ostentava a qualidade de segurado. Outrossim, os vínculos ocorridos em 2001 são suficientes para assegurar o cômputo das contribuições anteriores para efeito de carência.

No tocante à presença de moléstia incapacitante, observa-se do laudo médico pericial elaborado em 28/07/2006 (fls. 93/95) que a parte autora sofre de síndrome do pânico e em resposta aos quesitos, o perito concluiu que a parte autora apresenta um distúrbio psiquiátrico de caráter crônico e permanente com grande instabilidade emocional, estando incapacitada total e permanentemente para exercer atividades laborativas.

Desse modo, ostentando a qualidade de segurado e presente a incapacidade laborativa, resta devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Neste sentido, é pacífico o entendimento desta C. Corte:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. ARTIGOS 42 A 47 E 59 A 62 DA LEI Nº 8.213, DE 24.07.1991. QUALIDADE DE SEGURADO - EXISTÊNCIA. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA O TRABALHO. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. O benefício de aposentadoria por invalidez está disciplinado nos artigos 42 a 47 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Para sua concessão, deve haver o preenchimento dos seguintes requisitos: i) a qualidade de segurado; ii) o cumprimento da carência, excetuados os casos previstos no art. 151 da Lei nº 8.213/1991; iii) a incapacidade total e permanente para a ati-

vidade laboral; iv) ausência de doença ou lesão anterior à filiação para a Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas.
2. Não há que se falar em perda da qualidade de segurado, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 15.09.2010 e consoante verificado no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a última contribuição foi vertida aos cofres públicos em março de 2008, respeitando, assim, o período de graça previsto no art. 15, II e § 1º, da Lei de Benefícios (fl. 17).
3. Comprovada a incapacidade total e permanente para o trabalho, a parte autora faz jus à aposentadoria por invalidez.
4. Agravo legal a que se nega provimento.
(TRF3-Região, AC 00372227020114039999, 7ª Turma, Rel. Des. Federal FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 12/11/2012, e-DJF3 Judicial 1 23/11/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DATA DE INÍCIO DA INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE DE SER FIXADA A PARTIR DE 2007. CONCESSÃO MANTIDA. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.
1- No presente caso, a parte autora comprova a carência de 12 (doze) contribuições mensais, nos termos do disposto no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.213, de 24.07.1991.
2- Não há que se falar em perda da qualidade de segurado, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 24.03.2008 e, consoante verificado no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a última contribuição foi vertida aos cofres públicos em setembro de 2007, respeitando, assim, o período de graça previsto no art. 15, II e § 1º, da Lei de Benefícios.
3- Com respeito à incapacidade profissional da parte autora, o laudo pericial afirma que ela possui obesidade, hipertensão arterial e diabete mellitus, agravados com o trabalho exercido na lavoura, estando incapacitada para o seu trabalho (fls. 144/148).
4- Os exames da autora e os relatórios médicos (fls. 14/18, 42 e 144/148) demonstram que apesar de mencionar que já estava com diabetes desde 2001, na verdade sua incapacidade deu-se somente a partir de 2007 (fl. 42), inclusive exerceu labor rural de 07.2004 a 12.2004.
5- Agravo a que se nega provimento.
6- Determino, de ofício, a implantação do benefício de aposentadoria por invalidez, com data de início - DIB na data da citação, e renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, com observância, inclusive, das disposições do art. 461 e §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil, compensando-se os valores pagos na via administrativa.
(TRF3-Região, AC 00258173720114039999, 7ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 18/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 27/06/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. CONCESSÃO MANTIDA. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE.
1 - Não há que se falar em perda da qualidade de segurado, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 03.09.2009 e consoante verificado à fl. 36 dos autos e em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a última contribuição foi vertida aos cofres públicos em abril de 2009, respeitando, assim, o período de graça previsto no art. 15, II e § 1º, da Lei de Benefícios.
2 - Com respeito à incapacidade profissional da parte autora, o laudo pericial, realizado em 02.07.2010, afirma que a mesma é portadora de lombalgia crônica e espondiolartrose lombar, apresentando incapacidade relativa (fls. 66/69).
3 - Não se pode concordar com a conclusão do médico perito no sentido da incapacidade ser apenas parcial. Conforme se dessume da documentação juntada aos autos (fls. 27, 104 e 105), a parte autora sempre exerceu atividades laborativas que exigiam grande esforço físico, pelo que não se pode esperar que continue a se sacrificar em busca de seu sustento e de sua família, ou que, nessa fase da vida, venha a ser reabilitada para atividades outras, diversas daquelas

de caráter braçal. Diante do conjunto probatório, especialmente os documentos acostados às fls. 28/34v, e considerado o princípio do livre convencimento motivado, conclui-se, na verdade, que a segurada está incapacitada de forma total e permanente.
4 - Também não há que se falar em doença preexistente, pois, não obstante a própria autora tenha afirmado ao d. perito que sofre dos males que a afligem há cerca de dez anos, com base nos documentos médicos acostados às fls. 28 e 34v, constata-se que houve o agravamento da doença já no ano de 2009.
5 - Agravo que se nega provimento.
(TRF3-Região, AC 00425143620114039999, 7ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 04/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 15/06/2012)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0071409-75.2004.4.03.0000
(2004.03.00.071409-7)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réus: MARIA CLEUZA GOMES PIZZOLIO E OUTROS
Sucedido: ADOLPHO PIZZOLIO (falecido)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PENÁPOLIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AR 4351
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA DO INSS CONTRA SENTENÇA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 485, INCS. IV E V, CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. MAIOR E MENOR VALOR TETO. LIMITAÇÃO DE SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA: NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI CONFIGURADA. PARECER TÉCNICO DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. ACOLHIMENTO. HABILITAÇÃO DE SUCESSORES. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA.

- Os benefícios percebidos por Luiz Godoy e por Maria Cleuza Gomes Pizzolio foram cessados, ambos em razão de óbito dos titulares.
- Com respeito a Maria Cleuza Gomes Pizzolio, seus filhos encontram-se habilitados em primeira instância, por sentença transitada em julgado.
- No tocante a Luiz Godoy viável o julgamento da rescisória, com posterior habilitação em primeira instância. Feito que se mostra "em termos". Precedente. 3ª Seção.
- Preliminar de falta de interesse de agir do INSS rejeitada. O procurador autárquico não tem poderes para desistir sobre valores relativos ao erário, notadamente se em desacordo com a normatização de regência respectiva.
- Para além, o Instituto demonstra a necessidade de rescindir *decisum* que lhe foi desfavorável, quanto aos cálculos constantes dos autos e a importância apurada.
- A via escolhida (ação rescisória) também se ajusta à finalidade respectiva, *ex vi* do art. 485, CPC. Configurado o binômio necessidade/adequação.
- Preliminar de decadência rejeitada. Entre o trânsito em julgado da decisão rescindenda e o ajuizamento da ação rescisória não decorreu prazo superior a 2 (dois) anos (art. 495, CPC).
- Preliminar de nulidade dos atos praticados após o óbito do corréu Adolpho Pizzolio rejeitada.
- A matéria já foi decidida e regularizada na primeira instância, por sentença irrecorrida quanto ao ponto, a ensejar preclusão. Não obstante, a suspensão do feito (art. 265, CPC) tem início com a comunicação, nos autos, do óbito. Após a informação do passamento houve a devida regularização processual, com habilitação dos sucessores.
- É de se repelir o pleito de rescisão com fundamento em ofensa à coisa julgada. Não houve pronunciamento judicial na ação de conhecimento sobre o objeto desta rescisória

- aplicação do maior e menor valor teto e limitação de salários-de-contribuição, tendo sido objeto apenas dos embargos à execução.
- Possível a desconstituição da decisão por violação a dispositivo legal.
- Nos cálculos aceitos pelo Juízo singular não incidiram os limites legais, a teor do art. 23 do Decreto 89.312/84. Nesse sentido, o parecer técnico da Procuradoria Regional da República.
- Tanto na sentença de mérito quanto nos acórdãos, em nenhum momento foi determinado que não fosse seguida a Lei da época, com relação à aplicação do teto.
- A Contadoria que auxilia o Ministério Público Federal tem a mesma função da Judicial, não restando qualquer dúvida a respeito da credibilidade, da correção e da fé pública que têm os servidores que realizam a tarefa contábil (art. 475-B, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei 11.232/05).
- Havendo divergência quanto à existência ou não de diferença em favor de uma das partes litigantes, deve ser solucionada com o auxílio técnico da Contadoria.
- Juízo *rescissorium*: os embargos à execução devem ser julgados parcialmente procedentes, acolhidos os cálculos apresentados, nesta rescisória, pelo Ministério Público Federal.
- Sucumbência recíproca. Cada parte arca com o pagamento da verba honorária do seu respectivo patrono, em R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), com atualização monetária (Provimento "COGE" 64/05). Rateamento, em igual proporção, dos demais ônus legais (art. 21, *caput*, CPC). *In casu*, nada existe a ser distribuído e compensado entre os litigantes, haja vista ser a parte ré beneficiária de gratuidade de Justiça.
- Matéria preliminar rejeitada. Sentença rescindida. Juízo rescisório: embargos à execução julgados parcialmente procedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar a matéria preliminar veiculada pelas partes e julgar procedente o pedido para rescindir a sentença hostilizada (*ius rescindens*), na forma do artigo 485, V, do CPC, e, em sede de* ius rescissorium, *julgar parcialmente procedentes os embargos à execução*, nos termos do parecer técnico do MPF, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora): Ação rescisória, com pedido de concessão de antecipação de tutela, proposta pelo INSS, em 03.12.2004, contra Maria Cleuza Gomes Pizzolio, Rosângela Gomes Pizzolio, Francisco Carlos Gomes Pizzolio - herdeiros de Adolpho Pizzolio - e Luiz Godoy, com fundamento no artigo 485, incisos IV e V (ofender a coisa julgada e violar literal disposição de lei), do Código de Processo Civil.

Pretende desconstituir sentença proferida em sede de embargos à execução apresentados em demanda de revisão de benefícios previdenciários - DIBs 30.04.1987 e 11.02.1987 (fls. 02/10).

Foram carreados aos autos documentos (fls. 11/195).

Deferido o pleito de antecipação da tutela e suspensa a execução da ação originária (fls. 197/198).

Contestação, na qual se alega, inclusive, a ocorrência de decadência e a falta de interesse de agir, no sentido de que o Instituto não se insurgiu contra a sentença rescindenda e que concordou, expressamente, com as manifestações do perito contábil (fls. 237/250).

Saneador (fl. 269).

À fl. 273, os réus afirmaram não possuir interesse na produção de provas, tendo decorrido *in albis* o prazo para a autarquia manifestar-se (fl. 274).

Razões finais do ente previdenciário (fls. 282/287) e dos réus, com pedido de deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 289/291).

Parecer do Ministério Público Federal pela procedência do pedido rescisório (fls. 293/307).

É o relatório.

À revisão, *ex vi* do artigo 34, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Na eventual impossibilidade do eminente Revisor, remetam-se os autos ao Revisor Regimental substituto, *ex vi* do artigo 50 do RI TFR-3ªR e Ordem de Serviço nº 13, de 01.08.2006, da Vice-Presidência desta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora): Trata-se de ação rescisória, com pedido de concessão de antecipação de tutela, proposta pelo INSS, em 3/12/2004, contra Maria Cleuza Gomes Pizzolio, Rosângela Gomes Pizzolio, Francisco Carlos Gomes Pizzolio - herdeiros de Adolpho Pizzolio - e Luiz Godoy, com fundamento no art. 485, incs. IV e V (ofender a coisa julgada e violar literal disposição de lei), do Código de Processo Civil.

O ente público pretende desconstituir sentença proferida em sede de embargos à execução, apresentados em demanda de revisão de benefícios previdenciários - DIBs 30/4/1987 e 11/2/1987 (fls. 2-10).

Em 24/3/2011, apresentei meu voto, com preliminar de ilegitimidade de partes, vale dizer, quanto aos filhos do corréu Adolpho Pizzolio, extinguindo a demanda, sem resolução do mérito, com respeito a Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil (fls. 318/verso-319).

Acompanharam-me, na ocasião, os eminentes Desembargadores Federais Walter do Amaral, Lucia Ursaia, Fausto de Sanctis, além do Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, sendo que a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann divergia para prosseguimento do feito em relação às pessoas acima mencionadas, vale dizer, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio.

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do eminente Desembargador Federal Newton De Lucca, que, aos 25/8/2011, ofertou voto para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva em evidência.

Novamente, o julgamento foi suspenso, para melhor análise desta Relatora das ponderações apresentadas (fls. 332, 334-335), aguardando para votar os eminentes Desembargadores Federais Marisa Santos, Sérgio Nascimento, Leide Polo, Eva Regina, Nelson Bernardes e Diva Malerbi (fl. 313).

Entrementes, o julgamento, anteriormente, fora convertido em diligência, para que fosse dada vista à parte autora e à parte ré acerca do Parecer Técnico do Ministério Público Federal (fls. 293-307), que refere:

> (...) Na ação principal, o INSS foi condenado a recalcular as rendas mensais iniciais dos benefícios previdenciários dos autores, com a correção dos 24 primeiros salários-de-contribuição pela ORTN/OTN (e não pelos índices que eram utilizados pelo MPAS à época), e pagar as diferenças resultantes, caso houvessem.
> No laudo, o sr. Perito assim o fez. No entanto, conforme pode se constatar às fls. 78 e 88, após calcular o salário-de-benefício e aplicar o coeficiente (0,86 para ambos os autores) para se chegar à renda mensal inicial, deixa de aplicar a legislação da época (Decreto 89.312/84, art. 23). Não considera o menor valor-teto.
> (...)
> Tanto na sentença de mérito (fls. 12/16) quanto nos acórdãos (fls. 23/26 e 31/34 - transitado em julgado em 8/11/96), em nenhum momento foi determinado que não fosse seguida a Lei da época (transcrita acima) no tocante à aplicação do menor valor-teto.
> Desta forma, os cálculos do sr. perito judicial restaram majorados desde o termo inicial (início de cada benefício), conforme expôs o INSS tanto na fase de embargos à execução quanto na presente ação rescisória.
> No entanto, os cálculos apresentados pelo instituto às fls. 115/120 (autor Adolpho Pizzolio) e 122/128 (autor Luiz Godoy) contêm uma pequena incorreção: na atualização monetária das diferenças, foi utilizada a *Súmula 71* do extinto TFR, critério afastado pelo acórdão de fls. 31/34.
> Em anexo, os cálculos corretos, que resultam, para o autor *Luiz Godoy*, na importância de *R$ 772,20* para janeiro/1997 (data do laudo impugnado). Atualizando-se para dias atuais, tal valor equivale a R$ 1.461,00.
> Ao autor *Adolpho Pizzolio* nada é devido, eis que a renda mensal inicial recalculada conforme o julgado (Cz$ 10.564,68 - fls. 115) resultou em valor inferior ao que ele efetivamente recebeu (Cz$ 10.686,36).
> Diante do exposto, submeto o presente à superior deliberação de Vossa Excelência.

O Instituto declarou-se ciente acerca da manifestação e dos cálculos apresentados pelo *Parquet*, aduzindo que (fl. 339):

> (...)
> Cumpre salientar que a manifestação do I. Representante do Ministério Público Federal de fls. 293/298 dos autos, assim como o parecer técnico de fls. 299/300 dos autos e cálculos que acompanham (fls. 301/307 dos autos), demonstram a procedência da presente demanda, porquanto dão conta de que o cálculo de liquidação acolhido pela decisão rescindenda não observou a legislação quando do recálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios pagos a Adolpho Pizzolio e Luiz Godoy.

Finalmente, a parte ré discordou tanto da manifestação do Ministério Público Federal, quanto do Parecer Técnico em alusão (fl. 342):

> MARIA CLEUZA GOMES PIZZÓLIO, ROSÂNGELA PIZZOLIO, FRANCISCO CARLOS GOMES PIZZÓLIO E LUIZ GODOY, abaixo, representados por seu procurador, vêm, nos

> autos da ação rescisória promovida pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, com a finalidade de apresentar sua manifestação expondo que não concorda com o cálculo apresentado, e também com a manifestação do *parquet* federal, reiterando, assim, todos os termos da contestação pelos fundamentos lá apresentados, requerendo, outrossim, seja a presente ação julgada improcedente com a condenação do Instituto no ônus da sucumbência, por ser medida de inteira justiça.

Pois bem.

Feitas tais colocações, considerando as substanciais alterações ocorridas na composição da 3ª Seção, a saber, a assunção do Desembargador Federal Newton De Lucca à Presidência desta Casa e as aposentadorias das Desembargadoras Federais Leide Polo e Eva Regina, circunstâncias que inviabilizam a continuação do julgamento deste feito, passo a fazer a releitura do meu voto, com alterações que entendi pertinentes à espécie.

Para melhor elucidar o thema *decidendum*, trago à colação trechos de atos praticados na ação subjacente, *verbis*:

Sentença da ação de conhecimento –

> Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação proposta por CAZUYUKI AOKI, ADOLPHO PIZZOLIO, HENRIQUETA FERRITE SOARES, IDALINO BERTOCCO, IVO CANOSSA, JOSÉ RODRIGUES DE SOUZA, LEONOR VICENTINI GODOY e LUIZ GODOY contra o INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL, para condenar o Instituto réu a realizar o recálculo do valor das aposentadorias concedidas aos autores com a correção dos trinta e seis últimos salários de contribuição por eles recebidos com base nos índices legais de reajuste, quais seja, ORTN, OTN, BTN, conforme a época de concessão da aposentadoria, e, consequentemente, completar os valores pagos a menor não alcançados pela prescrição quinquenal, incidente a partir da propositura da ação. Condeno o Instituto réu também nas custas, despesas e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o débito, a ser apurado em fase de liquidação. (fls. 12/16).

Embargos de declaração –

> Razão assiste aos requerentes. A r. sentença foi omissa no que diz respeito à correção sobre as diferenças entre os valores pagos e os devidos.
> Ante o exposto, conheço dos embargos, na forma do artigo 464, inciso II, do Código de Processo Civil e lhes dou provimento.
> Declaro a sentença para o fim de acrescentar o seguinte parágrafo: "Sobre as diferenças apuradas, a serem pagas pelo requerido, incidirá correção monetária, mediante aplicação de índice oficial, até a data do efetivo pagamento".
> No mais, persiste a r. sentença tal como lançada. (fls. 21/22)

Acórdão da ação de conhecimento –

> Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, para excluir da condenação a determinação de que sejam corrigidos os 12 (doze) últimos salários-de-contribuição e dou provimento ao recurso dos autores, para determinar que a correção monetária seja calculada nos termos da Súmula 71 do extinto Tribunal Federal de Recursos, até o ajuizamento da ação e, após, nos ditames da lei nº 6.899/81, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau. (fls. 23/26)

Acórdão no REsp –

> À vista do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para determinar a incidência da correção monetária, inclusive para período anterior ao ajuizamento da ação, afastando os critérios da Súmula 71-TFR. (fls. 31/34)

O aresto prolatado no Superior Tribunal de Justiça transitou em julgado em 8/11/1996.

Citada a autarquia para a execução, foram apresentados embargos, dos quais reproduzo excertos:

Exordial dos embargos à execução –

> (...) 1.2 - PARA O EXEQUENTE ADOLPHO PIZZOLIO, HÁ ERRO DE CÁLCULO NA NOVA RMI, NÃO HAVENDO DIFERENÇAS A SEREM PAGAS.
> Este Exequente não respeitou o limite máximo dos salários de contribuição utilizados para o cálculo da RMI, conforme tabela de benefícios em anexo, o que majorou indevidamente o valor da Renda Mensal Inicial (RMI) e rendas mensais subsequentes.
> Após fazer-se essa correção nos cálculos, se aplicarmos a ordem judicial de correção dos 24 salários de contribuição anteriores aos 12 últimos, encontraremos o valor de 10.564,68, que corresponde a um valor menor que o concedido administrativamente de 10.686,36, conforme demonstrado em nossos cálculos.
> Dessa forma, não há nenhuma diferença a pagar a esse Exequente.
> 1.3 - PARA O EXEQUENTE LUIZ GODOY, HÁ ERRO DE CÁLCULO NA NOVA RMI, NÃO HAVENDO DIFERENÇAS A SEREM PAGAS.
> Este Exequente calculou a Renda Mensal Inicial (RMI), ignorando os limites do "menor valor teto".
> No cálculo da média dos últimos trinta e seis salários de contribuição chega-se a um resultado, denominado "salário de benefício". Porém, esse valor do "salário de benefício" não é considerado diretamente, como resultado final.
> De acordo com a legislação vigente à época, havia ainda um teto, denominado "menor valor teto", que, para o mês de fevereiro de 1987, data do início do benefício, era de 7.332,00. Esse teto, possui natureza semelhante ao do atual teto de dez salários mínimos, mas que poderia ter sido ultrapassado, somente se, nos anos anteriores aos 36 meses utilizados para o cálculo do salário de benefício, houvesse o autor pago contribuições acima do teto de 10 salários mínimos de cada época.
> Sobre esse teto, incidirá o percentual de proporcionalidade da aposentadoria. Se o autor houvesse trabalhado 35 anos, receberia aposentadoria integral, ou seja, 100% do teto.
> Como o autor trabalhou apenas 16 anos, aposentado-se proporcionalmente, obteve o direito a apenas 86% do valor do teto, o que dá 7.332,00 x 86% = 6.305,52, que é o valor da Parcela Básica.
> Pelo que consta dos arquivos do INSS, em nenhum ano, o autor pagou contribuição acima do limite de 10 salários, pelo que, não teve o direito a ultrapassar esse teto.
> A legislação do menor valor teto não foi prequestionada pelo autor nestes autos, motivo pelo qual, não foi objeto de condenação na fase de conhecimento e não poderá surgir nova condenação, nesta fase de execução.
> Assim, é considerado como RMI, o valor de 6.305,52, valor idêntico ao concedido administrativamente, não havendo portanto, nenhuma diferença a ser paga pelo INSS.
> A previsão legal está no Decreto 77.077, de 24/01/76, *in verbis*:
> (...)
> O Exequente, na petição inicial da Execução, não efetuou essa operação, indicando como

RMI, diretamente, o valor médio dos últimos 36 salários de contribuição. O procedimento não está correto, haja visto que o mérito da ação de conhecimento, não foi discutido esse parâmetro legal.
(...)
2 - OS REAJUSTAMENTOS DAS DIFERENÇAS ENTRE OS BENEFÍCIOS PAGOS E OS DEVIDOS ESTÃO ACIMA DO REALMENTE DEVIDO.
2.1 - DO ABONO ANUAL DE 1988 E 1989
(...)
2.2 - DA CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICES DE REAJUSTAMENTO DAS DIFERENÇAS DOS BENEFÍCIOS PAGOS ESTÃO ACIMA DOS ÍNDICES DETERMINADOS NO PROVIMENTO JURISDICIONAL.
(...)
2.3 - O EXEQUENTE ERROU NO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO (PNS) DE JUNHO DE 1989. (fls. 46/53)

Laudo pericial contábil –

(...) Excelência, não encontrei nos autos cálculos que se apresentassem como corretos de acordo com o "decisum", quer do embargante, quer do embargado, onde nos cálculos apresentados pelos embargados (fls. 02/62 - autos execução sentença) fora constatado equívocos com relação a renda mensal inicial devida, aos autores: Henriqueta Ferrite Soares e Ivo Canossa, nos índices empregados para atualização dos salários de contribuição, diferentes do determinado pelo julgado (fls. 21/29 e 30/38 respectivamente); nos cálculos do autor Luiz Godoy de fls. 54/62, diferenças lançadas a partir de 03/87, quando deveria ser a partir de 12/87, valor a receber de fls. 59 mês 12/87 à maior do correto apurado às fls. 55, para esse autor, bem como, em outros meses seguintes; Adolpho Pizzolio cálculos de fls. 17 iniciou-se em 09/87, correto seria 12/87, bem como, atualização das diferenças devidas em desacordo com o "decisum", e nos critérios trazidos pelo embargante - Instituto réu de fls. 02/53, fora constatado quando da apuração da RMI do autor Adolpho Pizzolio desprezou os valores sobre os quais foram efetivamente recolhidas as contribuições, como pode ser constatado da Relação de salários-de-contribuição fornecidos pela Autarquia e juntados pelos embargados às fls. 58/59, nos meses de outubro à dezembro de 1984, abril de 1985, agosto à novembro de 1995, fevereiro de 1986, maio à agosto de 1986, outubro de 1986, dezembro de 1986 e fevereiro de 1987, acarretando valor à menor da renda mensal inicial concedida; nos cálculos do autor Luiz Godoy, houve um desconto do Salário de Benefício Global de Cr$ 296,70, não tendo sido determinado pela r. sentença e v. acórdão sobre referidos limites a serem seguidos; dentre outras; onde tais práticas apontadas comprometeram os trabalhos desenvolvidos nas planilhas apresentadas, o que está em desacordo com o decisum, insistindo em consideração de valor do benefício conforme legislação própria e tida como a correta a ser aplicada, contrariando o determinado em sentença em relação a forma de apuração do benefício a pagar e à apuração das diferenças.
(...)
14. Segundo parecer técnico contábil deste louvado, o valor do crédito do autor Adolpho Pizzolio importa em R$ 73.569,78 (setenta três mil, quinhentos sessenta nove reais e setenta oito centavos), valor esse a ser acrescido de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) que importa em R$ 11.035,47 (onze mil, trinta cinco reais e quarenta sete centavos), totalizando a importância de R$ 84.605,24 (oitenta quatro mil, seiscentos cinco reais e vinte quatro centavos), conforme cálculos apresentados nos Anexos I, I-A e I-B e, o valor do crédito do autor Luiz Godoy importa em R$ 3.730,61 (três mil, setecentos e trinta reais e sessenta um centavos), valor esse a ser acrescidos de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) que importa em R$ 559,59 (quinhentos cinquenta nove reais e cinquenta nove centavos), totalizando a importância de R$ 4.290,20 (quatro mil, duzentos e noventa reais e vinte centavos) (...). (fls. 65/76 - fls. 83/94 dos autos subjacentes)

Manifestação autárquica –

ADOLPHO PIZZOLIO - espécie 42 (aposentadoria por tempo de contribuição), NB 080.056.936-9, DIB - Data de início do Benefício: 30/04/1987, renda mensal de R$ 650,27, índice INSS - 07,810 salários mínimos (na data da concessão), DCB - Data da Cessação do Benefício: 17.06.1995.
Conforme se vê nos anexos documentos, certidão de Óbito nº 6.062, do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais de Penápolis, e INFBEN - Informações do Benefício, expedido pela DATAPREV - Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social, o Autor, Exequente, faleceu em 14.06.95, e teve cessado seu benefício em 17.06.95, restando assim prejudicado o mandato outorgado à signatária das petições de fls. 02 e 81/82, não podendo o processo ter prosseguimento sem que seus dependentes e/ou herdeiros ou sucessores se habilitem no feito. Aliás, "data maxima venia", em relação ao Autor referido, é caso de anulação do processo a contar de fls. 81/82, "porque morto não litiga", devendo, assim, ser repetidos os atos depois da habilitação dos dependentes e/ou herdeiros ou sucessores do falecido Autor, a ser promovida no prazo que Vossa Excelência assinar, requerendo seja intimada a advogada então constituída para as providências pertinentes.
(...)
Primeiramente, com relação a ADOLPHO PIZZOLIO, o mesmo está morto desde 14 de junho de 1995, conforme certidão a esta anexada, do que decorrem imprestáveis os cálculos ofertados, porque nada do que se fez em nome da parte morta está válido, vez que morto não pode litigar em Juízo.
(...)
Mesmo assim, o cálculo do perito está equivocado - primeiramente no cálculo da RMI porque não resguarda o teto dos salários de contribuição - maior valor-teto, digo, maior e menor valor-teto, previsto no artigo 21, § 4º, e no artigo 23, da CLPS - Decreto nº 89.312/84.
(...)
Nota-se que a RMI recalculada pelo perito, sem resguardar o valor do maior e menor teto, importou em Cz$ 19.529,45, o que prejudica totalmente os valores apresentados como devidos e, por óbvio, todas as diferenças consignadas, comprometidos, via de conseqüência, os consectários decorrentes. Também os índices de reajustamento estão postos fora das periodicidades e dos percentuais legislados, como seguem:
(...)
Já em relação ao Embargado LUIZ GODOY, tem-se que a RMI primitivamente concedida foi de Cz$ 6.305,52. Recalculada com base no título judicial e resguardado-se toda a legislação própria, não afastada da r. sentença, a RMI importa em Cz$ 6.354,97, pouco maior do que a concedida, do que existem diferenças, todavia, não como apresentadas pelo perito.
(...)
Valor observar, também, que o Sr. Perito recalcula a RMI sem a observância dos maior e menor valores-teto, e assim, foge do título judicial, do que decorre agravamento da RMI por ele revisada, e comprometimento de todo o cálculo apresentado. Veja-se que o perito recalcula a RMI como sendo de Cz$6.560,68, no quantitativo salarial de 6.80 SMs. Os demais procedimentos, no tocante aos índices de reajustamento, guardadas as devidas proporções e características do benefício e Embargado anterior, são coincidentes e assim, os dois cálculos ficam prejudicados. (fls. 107/111)

Despacho –

1. Noticiado o falecimento do embargado Adolpho, oficie-se ao competente Cartório solicitando certidão de óbito.
2. Ante a notícia de fls. 153, manifeste-se o patrono do embargado Adolpho, requerendo o que de direito.(...). (fl. 163)

Requerida a habilitação, em razão do óbito de Adolpho Pizzolio, pela esposa Maria Cleusa Gomes Pizzolio, e dois filhos, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio (fls. 165/166).

Destaco a sentença rescindenda:

> (...) Preliminarmente, na forma do artigo 1.055 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 1.060, inciso I, do mesmo diploma legal, segundo o qual proceder-se-á à habilitação nos autos da causa principal e independentemente de sentença quando promovida pelo cônjuge e herdeiros necessários, desde que provem por documento o óbito do falecido e a sua qualidade, combinado com o artigo 1.055 do mesmo diploma legal, DEFIRO o pedido de habilitação formulado às fls. 227/228 pelo cônjuge (Maria Cleuza Gomes Pizzolio) e herdeiros necessários (Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio) do exequente- embargado ADOLPHO espécie, a condição de cônjuge e herdeiros necessários daqueles que postularam a habilitação restou suficientemente comprovada, conforme exige a lei processual (C.P.C., art. 1.060, inciso I), pelos documentos acostados às fls. 235/240 dos autos. Por outro lado, não obstante intimado, o embargante quedou-se silente, deixando, pois, de impugná-lo (fl. 252). Sob estes argumentos, com fundamento nos artigos 1.055 e 1.060, inciso I, ambos do C.P.C., DECLARO habilitados no processo o cônjuge e herdeiros necessários do exequente- embargado ADOLPHO PIZZOLIO, a saber, Maria Cleusa Gomes Pizzolio, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio. Destarte, na autuação e onde mais se fizer necessário, inclusive no Cartório Distribuidor, proceda a Serventia as devidas anotações, para os fins mencionados.
> (...)
> Resta examinar, por derradeiro, os cálculos que se cônjuge e herdeiros necessários restou deferida logo acima, em virtude de seu óbito, e LUIZ GODOY.
> Nesse particular, em que pese a impugnação do embargante (fl. 156), tem-se que o laudo pericial acostado às fls. 84/94 dos autos esclareceu, de forma convincente e segura, os valores cabentes aos referidos embargados, os quais adoto, dele constando que:
> (...)
> Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os Embargos à Execução entre as partes acima mencionadas, na forma da fundamentação retro. Havendo sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, e com os honorários de seus respectivos patronos.

Na vertente *actio* o INSS, na proemial, asseverou:

> (...) g) Recebida a citação, providenciou a Autarquia Executada a elaboração dos cálculos, para os contrapor aos elaborados pelos credores, e expôs nos Embargos à Execução as razões de sua discordância com os valores que lhe foram apresentados, merecendo maior destaque os dos Exeqüentes *Adolpho Pizzolio*, cujo cálculo não respeitou o limite máximo dos salários-de-contribuição utilizados para o cálculo da RMI, entendo não haver diferenças em seu favor; *Luiz Godoy*, para o qual não foram apuradas diferenças, observando-se que no cálculo da sua RMI foram ignorados os limites do "menor e maior valor teto";
> (...)
> 3.2) À evidência, o Executado não concordou com os critérios utilizados e demonstrativos apresentados pelo Sr. perito judicial no tocante aos dois últimos Exequentes apontados acima, tendo, antes de adentrar na questão dos cálculos, informado que Adolpho Pizzolio falecera em 14.06.1995, e dito que era caso de anulação do processo em relação ao mesmo, porque "morto não litiga", e enfatizado a necessidade de repetição de atos após a habilitação dos dependentes, herdeiros e ou sucessores.

> 3.3) Em sua impugnação aos cálculos ofertados pelo Sr. perito judicial ressaltou o Executado que o "expert" não resguardou o teto dos salários-de-contribuição - maior e menor valor-teto -, de que trata o artigo 21, § 4º, e artigo 23, da CLPS, expedida com o Decreto nº 89.312/1984. Vê-se que o título judicial, embora tenha determinado que os 24 (vinte e quatro) primeiros meses do período básico de cálculo fossem atualizados pela variação das ORTN's/OTN's, *não afastou os demais princípios legais de concessão do benefício, inclusive no que respeita às restrições de maior e menor valor-teto, que para os cálculos permanecem incólumes e devem ser resguardadas*. Por isto, a RMI calculada pelos parâmetros do título judicial atinge o importe de Cz$ 10.564,68, *menor do que a primitivamente apurada na concessão do benefício, que foi de Cz$ 10.686,36*, e se aquela renda tem valor menor do que a já concedida, *evidentemente, não há diferença a se pagar*, estando equivocado o laudo pericial.
> (...)
> 5.3) Os vícios referidos está consubstanciados nos "errores in judicando", que acarretam injustiça do ato judicial. Além do mais, ao não observar a abrangência do que pedido na fase de conhecimento, e o que foi delimitado na "res judicata", o nobre Juiz "a quo" a infringiu, tanto porque não aplicou a legislação previdenciária vigente naquela oportunidade, quanto porque deixou de observar que o então Autor ADOLPHO PIZZOLIO faleceu em 14.06.1995, que "morto não litiga", *e que são indevidas as parcelas apontadas, posteriores ao seu óbito*. Com efeito, o nobre Magistrado de primeiro grau deixou de aplicar o disposto nos artigos 43, 265, inciso I, 460, segura parte, 467, 468, 472, 474, 485, incisos IV e V, e 610, do Código de processo Civil. (g. n.)

Desnecessário o depósito do artigo 488, inciso II, do Código de Processo Civil, por se cuidar de feito ajuizado por autarquia federal, *ex vi* do artigo 8º da Lei 8.620/93 e da Súmula 175 do Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula 175. Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.

Outrossim, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e no artigo 1º da Lei nº 1.060/50, defiro a gratuidade de justiça aos réus.

I - Da habilitação na ação rescisória

Apura-se do Sistema DATAPREV acima indicado, que os benefícios percebidos por Luiz Godoy e por Maria Cleuza Gomes Pizzolio (pensão por morte) foram cessados em 23/1/2008 e 25/1/2010, respectivamente, ambos em razão de óbito.

Malgrado essa informação, com respeito a Maria Cleuza Gomes Pizzolio, seus filhos, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio, como visto, encontram-se habilitados em primeira instância, por sentença transitada em julgado, sob tal aspecto (irrecorrida).

Já no tocante a Luiz Godoy, penso ser viável o julgamento nesta oportunidade, com posterior habilitação em primeira instância, tendo em vista que o feito encontra-se em termos desde 17/4/2006.

Nesse rumo, julgado desta 3ª Seção:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. MORTE DA AUTORA. HABILITAÇÃO DIFERIDA.

DOCUMENTOS NOVOS. IMPERTINÊNCIA. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. CARÊNCIA CUMPRIDA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. VERBAS ACESSÓRIAS.
I - A preliminar de carência de ação suscitada pelo réu confunde-se com o mérito e com ele deve ser examinada.
II - Não obstante o óbito da autora, cabe ponderar que no momento de seu falecimento a instrução processual do presente feito já havia se ultimado, com o oferecimento das razões finais e manifestação do Ministério Público Federal, de modo que a habilitação dos sucessores poderá ser diferida para depois da publicação do acórdão, na forma prevista pelo art. 265, § 1º, *b*, do CPC.
III - Os novos documentos apresentados pela autora referem-se à qualificação de seu cônjuge como lavrador, que pretende que seja estendida a ela, fato que já havia sido apreciado anteriormente pelo acórdão rescindendo. Incabível, portanto, a reapreciação de tal fato pela via rescisória.
IV - O v. acórdão rescindendo considerou como inexistente um fato efetivamente ocorrido, ou seja, considerou que o início de prova material apresentado se restringia aos documentos referentes ao cônjuge da autora, quando a autora havia produzido início de prova material quanto ao seu próprio labor rurícola, através de sua carteira de trabalho com anotação de vínculo rural.
V - A atividade rural resulta comprovada se a parte autora apresentar início razoável de prova material, corroborada por prova testemunhal idônea.
VI - Tendo a parte autora completado 55 (cinqüenta e cinco) anos de idade em 28.12.1977, bem como cumprido tempo de atividade rural superior ao legalmente exigido, consoante o art. 143 da Lei nº 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria por idade.
VII - Termo inicial do benefício fixado na data da contestação apresentada em audiência na ação subjacente (28.09.2004), ante a ausência de informação nos autos quanto à data da citação.
VIII - A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.
IX - Os juros de mora de meio por cento ao mês incidem, a partir do termo inicial do benefício, de forma decrescente, até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI - AgR 492.779-DF, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 03.03.2006). Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.
X - Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) das prestações vencidas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, em sua redação.
XI - A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos.
XII - Preliminar argüida em contestação rejeitada. Pedido em ação rescisória que se julga procedente. Pedido em ação subjacente que se julga procedente. (Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, processo nº 200703001029749, DJF3 CJ2 30.06.09, p 227)

II - Da preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela parte ré

O procurador autárquico não tem poderes para desistir sobre o valores relativos ao erário, notadamente se em desacordo com a normatização de regência respectiva.

Para além, a parte autora demonstra a necessidade de rescindir *decisum* que lhe foi desfavorável, no tocante aos cálculos constantes dos autos e a importância apurada.

Sob outro aspecto, a via escolhida, quer-se dizer, a ação rescisória, ajusta-se à finalidade respectiva, *ex vi* do art. 485 do Código de Processo Civil.

Configurado, portanto, o binômio necessidade/adequação.

III - Da preliminar de decadência suscitada pela parte ré

A parte autora ajuizou a presente ação em 3/12/2004, com vistas à rescisão de sentença exarada em embargos à execução.

Os réus, em contestação, aduziram a decadência.

Preceitua o artigo 495 do diploma processual civil:

> Artigo 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

No que tange ao prazo em epígrafe, destaque-se o seguinte ensinamento doutrinário:

> O Código de Processo Civil de 1973 tratou do problema e fixou o prazo extintivo do direito de promover a ação rescisória em apenas dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 495). Mesmo nos casos de recurso especial ou extraordinário que venha a ser não conhecido, o prazo em questão será contado a partir do trânsito em julgado da decisão do STJ ou do STF. Só não se fará a contagem dessa maneira se a inadmissão do recurso extremo se deu por intempestividade, caso em que a coisa julgada teria ocorrido antes da própria interposição recursal.
> O prazo é decadencial e não prescricional, conforme se depreende da emenda que o Congresso introduziu no projeto do Min. Buzaid, para substituir a expressão "prescreve" por "extingue-se" no texto do art. 495.
> Não se dá, em face do caráter decadencial, a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a rescisória, ao contrário do que ocorre com a prescrição (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 623)

Entre o trânsito em julgado da decisão rescindenda e o ajuizamento da ação rescisória não pode decorrer prazo superior a 2 (dois) anos, sob pena de decadência.

No presente caso, infere-se dos documentos acostados à exordial que o *decisum* impugnado foi proferido em 11/11/2002 e publicado 12/12/2002 (fl. 181), com certidão de trânsito em julgado (fls. 191), tendo sido proposta a presente ação em 3/12/2004.

Assim, não se há falar em decadência.

A título de argumentação, rejeito a alegação de que o Instituto, na verdade, pretende rescindir a decisão prolatada na ação de conhecimento e que, para tanto, deve ser reconhecida a decadência.

Isso porque a matéria ventilada nesta rescisória não foi objeto do pedido, tampouco analisada, na demanda condenatória, sendo tratada, apenas, em sede de execução, razão pela qual demonstra-se adequada a via eleita para a rescisão da sentença.

IV - Da preliminar de nulidade dos atos praticados após o óbito de Adolpho Pizzolio e antes da habilitação suscitada pelo INSS

A priori, essa matéria já foi decidida e regularizada na primeira instância, por sentença irrecorrida quanto ao ponto, a ensejar esteja preclusa, pelo quê seria de se não a conhecer.

Não obstante, o segurado Adolpho Pizzolio faleceu em 14/6/1995.

O INSS, em 18/1/2001, nos embargos à execução, noticiou o acontecido e pleiteou a declaração de nulidade de atos praticados, o que reiterou na inicial da vertente demanda.

Sem razão, nesse ponto.

Ad argumentandum tantum, a suspensão do feito, nos termos do artigo 265 do Código de Processo Civil, tem início com a comunicação do óbito, nos autos, na esteira do parágrafo 1º da norma em evidência e do precedente que segue:

> PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ÓBITO DA PARTE AUTORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.
> I - Tratando-se de herdeiros necessários, a habilitação processar-se-á nos autos principais, sem que haja necessidade de prolação de sentença, desde que fique comprovado o óbito da parte a ser substituída e a qualidade dos sucessores requerentes (CPC, art. 1060, I).
> II - O falecimento ou a perda da capacidade processual das partes, seus representantes legais ou de seus procuradores é causa de suspensão do processo (CPC, artigo 265, I).
> III - Suspensão que tem início com a comunicação do fato em juízo.
> IV - Herdeiros noticiaram o falecimento do autor, ocorrido em 25.10.92, e promoveram regular habilitação, não havendo qualquer prejuízo ao INSS quanto ao prosseguimento da execução.
> V - Recurso não provido.
> VI - Efeito suspensivo cassado. (TRF 3ª Região, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, processo nº 200303000090632, DJU 13.12.06, 426)

Assim, tendo em vista que após a informação do ente previdenciário houve a devida regularização processual, com a habilitação dos sucessores, afasto o pedido de reconhecimento de nulidade quanto a esse aspecto.

V - Do juízo rescindens

Dispõe o artigo 485, incisos IV e V, do Código de Processo Civil:

> Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)
> IV - ofender a coisa julgada;
> V - violar literal disposição de lei;
> (...).

De plano, repilo o pleito de rescisão com fundamento em ofensa à coisa julgada.

Como adrede mencionado, sequer houve pronunciamento judicial na ação de conhecimento sobre o objeto desta rescisória - aplicação do maior e menor valor teto e limitação de salários de contribuição.

A matéria em evidência, ainda que implicitamente, somente foi objeto dos embargos à execução, pois - embora o Magistrado prolator da sentença dos embargos não tenha afastado na fundamentação/dispositivo os artigos limitadores dos benefícios - acolheu os cálculos do perito, nos quais não houve a limitação legal.

Destarte, quando o *decisum* rescindendo foi proferido, não existia qualquer provimento jurisdicional transitado em julgado acerca do assunto, razão pela qual não se há falar em ofensa à coisa julgada.

De outro lado, possível a desconstituição da decisão por violação a dispositivo legal.

Nesse aspecto, inicialmente, afasto o argumento de que a autarquia concordou com os cálculos do perito designado pelo Juízo e que, desse modo, houve preclusão, dada a ausência de recursos processuais contra os valores acolhidos.

Da simples leitura dos documentos acostados, apura-se que, em momento algum o Instituto aquiesceu com a quantia indicada pelos ora réus.

Na verdade, o INSS expressou sua concordância no que concerne aos esclarecimentos efetuados pelo perito, os quais se relacionavam a outros segurados.

Ainda que assim não fosse, cabível seria a Súmula 514 do C. Supremo Tribunal Federal:

> Súmula 514 - Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos.

Quanto à rescisão, como exaustivamente exposto, não houve apreciação, na ação condenatória, da limitação dos benefícios, objeto, apenas, da execução.

Isso porque, nos cálculos aceitos pelo Juízo singular, não incidiram os limites legais, de modo que na sentença restou violada a legislação, notadamente o artigo 23 do Decreto 89.312/84, que prevê:

> Art. 23. O valor do benefício de prestação continuada é calculado da forma seguinte:
> I - quando, o salário-de-benefício é igual ou inferior ao menor valor-teto, são aplicados os coeficientes previstos nesta Consolidação;
> II - quando é superior ao menor valor-teto, o salário-de-benefício é dividido em duas parcelas, a primeira igual ao menor valor-teto e a segunda correspondente ao que excede o valor da primeira, aplicando-se:
> a) à primeira parcela os coeficientes previstos nesta Consolidação;
> b) à segunda um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima do menor valor-teto, respeitado o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor dessa parcela;
> III - na hipótese do item II o valor da renda mensal é a soma das parcelas calculadas na forma das letras “a” e “b”, não podendo ultrapassar 90% (noventa por cento) do maior valor-teto.
> (...).

Nesse sentido, o parecer técnico (fls. 299/300) elaborado na Procuradoria Regional da República, *verbis*:

> (...) Na ação principal, o INSS foi condenado a recalcular as rendas mensais iniciais dos benefícios previdenciários dos autores, com a correção dos 24 primeiros salários-de-contribuição pela ORTN/OTN (e não pelos índices que eram utilizados pelo MPAS à época), e pagar as diferenças resultantes, caso houvessem.
> No laudo, o sr. Perito assim o fez. No entanto, conforme pode se constatar às fls. 78 e 88, após calcular o salário-de-benefício e aplicar o coeficiente (0,86 para ambos os autores) para se chegar à renda mensal inicial, deixa de aplicar a legislação da época (Decreto 89.312/84, art. 23). Não considera o menor valor-teto.
> (...)
> Tanto na sentença de mérito (fls. 12/16) quanto nos acórdãos (fls. 23/26 e 31/34 - transitado em julgado em 8/11/96), em nenhum momento foi determinado que não fosse seguida a Lei da época (transcrita acima) no tocante à aplicação do menor valor-teto.
> Desta forma, os cálculos do sr. perito judicial restaram majorados desde o termo inicial (início de cada benefício), conforme expôs o INSS tanto na fase de embargos à execução quanto na presente ação rescisória.
> No entanto, os cálculos apresentados pelo instituto às fls. 115/120 (autor Adolpho Pizzolio) e 122/128 (autor Luiz Godoy) contêm uma pequena incorreção: na atualização monetária das diferenças, foi utilizada a *Súmula 71* do extinto TFR, critério afastado pelo acórdão de fls. 31/34.
> Em anexo, os cálculos corretos, que resultam, para o autor Luiz Godoy, na importância de *R$ 772,20* para janeiro/1997 (data do laudo impugnado). Atualizando-se para dias atuais, tal valor equivale a R$ 1.461,00.
> Ao autor *Adolpho Pizzolio* nada é devido, eis que a renda mensal inicial recalculada conforme o julgado (Cz$ 10.564,68 - fls. 115) resultou em valor inferior ao que ele efetivamente recebeu (Cz$ 10.686,36).
> Diante do exposto, submeto o presente à superior deliberação de Vossa Excelência.

A Contadoria que auxilia o Ministério Público Federal tem a mesma função da Judicial, não restando qualquer dúvida a respeito da credibilidade, da correção e da fé pública que têm os servidores que realizam a tarefa contábil.

Em caso semelhante, o artigo 475-B, § 3º, do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.232/05, assim estabelece:

> Art. 475-B (...)
> § 3º Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária.

Destarte, havendo divergência quanto à existência ou não de diferença em favor de uma das partes litigantes, deve ser solucionada com o auxílio técnico da Contadoria.

Portanto, o pedido rescisório é procedente para a sentença seja rescindida, por afronta a norma legal, com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

VI - Do juízo rescissorium

Consideradas as razões acima expendidas, os embargos à execução devem ser julgados procedentes, acolhidos os cálculos apresentados, nesta rescisória, pelo Ministério Público Federal.

VII - Da sucumbência

Há sucumbência recíproca. Destarte, cada parte deverá arcar com o pagamento da

verba honorária do seu respectivo patrono, em R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), com atualização monetária (Provimento "COGE" 64/05), afora o rateamento, em igual proporção, dos demais ônus legais, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil. No caso em apreço, todavia, nada existe a ser distribuído e compensado entre os litigantes, haja vista ser a parte autora ré beneficiária de gratuidade de Justiça.

VIII - Do dispositivo

Ante o exposto, VOTO NO SENTIDO DE REJEITAR A MATÉRIA PRELIMINAR VEICULADA PELAS PARTES E JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO PARA RESCINDIR A SENTENÇA HOSTILIZADA (*IUS RESCINDENS*), NOS TERMOS DO ARTIGO 485, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EM SEDE DE *IUS RESCISSORIUM*, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO, NOS TERMOS DO PARECER TÉCNICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ônus sucumbenciais conforme acima explicitado. Oficie-se o Juízo *a quo*.

É o voto.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. Ação rescisória proposta pelo INSS com fulcro no artigo 485, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, objetivando a desconstituição de julgado em sede de embargos opostos à execução de título judicial formado em demanda revisional de benefícios, ao argumento resumido de que os cálculos periciais acolhidos pelo magistrado sentenciante ignoraram as limitações legais dispostas na legislação previdenciária, de sorte que, "ao não observar a abrangência do que pedido na fase de conhecimento, e o que foi delimitado na "res judicata", o nobre Juiz "a quo" a infringiu", inclusive "porque deixou de observar que o então Autor Adolpho Pizzolio faleceu em 14.06.1995, que "morto não litiga", e que são indevidas as parcelas apontadas, posteriores ao seu óbito" (fls. 08/09), requerendo, pois, "seja julgada procedente a presente ação e rescindida a r. sentença ora atacada, porque contém vício ou ilegalidade que a torna injusta e causará prejuízo irreversível aos cofres da Previdência Social, com o pagamento de valores indevidos tanto aos dependentes e ou sucessores do falecido Adolpho Pizzolio quanto ao Embargado Luiz Godoy e a seus advogados, rejulgando a lide, declarando indevidos os valores apontados no laudo pericial em favor dos requeridos" (fl. 10).

Processado com antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se a "suspensão da execução da ação subjacente, bem como para que não seja levantada qualquer quantia adrede depositada" (fls. 197/198); contestação (fls. 237/250); razões finais do autor (fls. 282/287) e da parte ré (fls. 290/291); e parecer da Procuradoria Regional da República "pela procedência do pedido formulado na ação rescisória" (fls. 293/298), acompanhado de estudo técnico a respeito do caso (fls. 299/300, docs. às fls. 301/307), o feito foi apresentado na sessão de 24 de março de 2011 (fl. 313), ocasião em que suspenso o julgamento por pedido de vista do Desembargador Federal Newton de Lucca, após o voto preliminar da Desembargadora Federal Vera Jucovsky (Relatora) no sentido de extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, em relação aos réus Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio, por ilegitimidade *ad causam* (fls. 315/323), acompanhada

pelos Desembargadores Federais Walter do Amaral (Revisor), Lúcia Ursaia e Fausto De Sanctis e pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, discordando a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, batendo-se pela rejeição da preliminar de ilegitimidade e continuidade em relação a todos os requeridos.

Em prosseguindo, na sessão de 25 de agosto de 2011 (fl. 332), após a apresentação do voto-vista do Desembargador Federal Newton de Lucca, cuja solução encaminhada, consoante o pronunciamento encartado às fls. 334/335, encampava a divergência inaugurada pela Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, afastando, portanto, a aventada ilegitimidade passiva de Rosangela Gomes Pizzolio e Francisco Gomes Pizzolio, ficou novamente suspenso o julgamento, a pedido da Senhora Relatora, para reanálise da questão, determinando-se, em seguida, sua conversão em diligência a fim de que as partes tivessem ciência expressamente do referido parecer técnico ministerial (fl. 337), sobrevindo manifestações do INSS (fl. 339) e dos réus (fl. 342).

Em 23 de agosto do corrente ano, após a Seção acolher questão de ordem proposta pelo Desembargador Federal Baptista Pereira para anular o julgamento, consideradas as alterações em sua composição e a insuficiência do quórum, renovando-se a leitura de relatório e voto (fl. 347), a Desembargadora Federal Relatora rejeitou a matéria preliminar veiculada pelas partes e deu pela procedência do pedido de desconstituição, na forma do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, julgando, em sede de juízo rescisório, parcialmente procedentes os embargos à execução, nos exatos termos do parecer técnico do Ministério Público Federal, no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais Walter do Amaral e Daldice Santana (que julgava procedente o pedido rescisório igualmente com fundamento no inciso IV do artigo 485), pelos Juízes Federais Convocados Souza Ribeiro, Hélio Nogueira, Carlos Francisco, Fernando Gonçalves e Leonel Ferreira e pelos Desembargadores Federais Baptista Pereira e Roberto Haddad.

Salteada pela aludida anulação do julgamento, iniciado sem que estivesse presente e substituída pela Juíza Federal Márcia Hoffmann, convocada em meu gabinete, participante, como visto, da votação de questão preliminar, pedi vista dos autos justamente porque inabilitada a proferir voto imediatamente, tendo, à ocasião, aderido igualmente ao juízo da eminente Relatora, em antecipação, a Desembargadora Federal Marisa Santos.

Examinados, porquanto a hipótese comporta rescisão, de fato, nos moldes do inciso V do artigo 485 do diploma processual, indene de dúvida, como asseverado pelo *parquet* federal, que "o cálculo correto deve seguir o disposto no parecer técnico", estou de acordo tanto na rejeição da matéria preliminar - abandonada, nesse particular, a orientação anterior de reconhecimento da ilegitimidade passiva de alguns co-réus, em prol do entendimento expressado nos votos que a rejeitavam - quanto na procedência da presente demanda, até mesmo no que concerne ao rejulgamento da causa, encerrado no decreto de parcial procedência dos embargos à execução, acolhendo-se os cálculos aqui apresentados pelo Ministério Público Federal.

Dito isso tudo, acompanho a eminente Relatora.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

EMBARGOS INFRINGENTES
0004623-27.2005.4.03.6107
(2005.61.07.004623-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargada: ALINE ALEXANDRA DE ALMEIDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: EI 1259845
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/12/2012

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE ATÉ CONCLUSÃO DE CURSO UNIVERSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO CONFIGURADA.
- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, nos termos do artigo 16 da Lei nº 8.213/91.
- Os filhos menores de 21 (vinte e um) anos, não emancipados, de qualquer condição, fazem jus à pensão por morte; todavia, cessa-lhes o direito, perdendo a condição de dependentes, ao completarem a idade limite de 21 (vinte e um) anos, salvo em caso de invalidez, circunstância essa não verificada na presente demanda.
- Impossibilidade de conceder o benefício para filha maior de 21 anos até a conclusão de ensino superior.
- O rol de dependentes no âmbito previdenciário é taxativo, exaurindo-se no texto legal, não havendo que se confundir os critérios de dependência para fins de previdência social com aqueles para efeito de imposto de renda, em que se pode enquadrar como dependente o filho, quando maior, até 24 (vinte e quatro) anos de idade, se ainda estiver cursando escola superior ou técnica de 2º grau (artigo 35, incisos III e V, e § 1º, da Lei nº 9.250/95), nem sequer com o entendimento jurisprudencial de que os alimentos (Código Civil, artigos 1.694 e seguintes) são devidos aos filhos até a conclusão do ensino universitário ou técnico-profissionalizante. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.
- Embargos infringentes providos.
- Sem condenação em honorários advocatícios e custas processuais, beneficiária a parte autora da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Marisa Santos, Nelson Bernardes, Daldice Santana e Paulo Fontes e os Juízes Federais Convocados Souza Ribeiro e Raquel Perrini, vencidos os Desembargadores Federais Sérgio Nascimento, Walter do Amaral, Lucia Ursaia

(com ressalva de seu entendimento pessoal) e Fausto de Sanctis, a Juíza Federal Convocada Carla Rister e o Desembargador Federal Baptista Pereira, que negavam provimento ao recurso.

São Paulo, 22 de novembro de 2012.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra acórdão da 7ª Turma desta Corte que, por maioria, deu provimento à apelação da autora para julgar procedente pedido de restabelecimento do benefício de pensão por morte até sua beneficiária completar 24 (vinte e quatro) anos de idade, nos termos do voto da Desembargadora Federal Leide Polo, com quem votou o Desembargador Federal Fausto de Sanctis, vencida a Desembargadora Federal Eva Regina, que lhe negava provimento.

Ementa do acórdão embargado, com a redação que segue (fl. 139):

> PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - UNIVERSITÁRIA - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - PRESENTES TODOS OS REQUISITOS - CONSECTÁRIOS - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA.
> A Lei Previdenciária não prevê a manutenção do benefício de pensão por morte para os filhos que completam 21 anos de idade, à exceção para os que são inválidos (Lei 8.213/91, art. 77, § 2º). No entanto, ao decidir a demanda posta em Juízo, o julgador não deve se ater tão-somente à interpretação literal da lei, mas, antes de tudo, deve buscar a sua aplicação de forma que possa atender às aspirações da Justiça e do bem comum, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige.
> Se, por um lado a maioridade civil implica na habilitação do indivíduo para a prática de todos os atos da vida civil, ela não implica, de outra parte e necessariamente, na sua independência no âmbito econômico, sendo certo que, na grande maioria dos casos, os filhos permanecem economicamente dependentes dos pais quando alcançam a maioridade e estão cursando, como *in casu*, o curso universitário. Destarte, suspender o benefício de pensão por morte neste momento, para se ater tão-somente à interpretação literal da lei, não se coaduna com os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação. Assim, o filho de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até os 24 anos de idade, desde que comprovados o ingresso em universidade à época em que completou a maioridade e a dependência econômica.
> A correção monetária das parcelas vencidas dar-se-á nos termos da legislação previdenciária, das Súmulas nºs 08 desta Corte e 148 do C. STJ, bem como da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
> No tocante aos juros de mora, a Terceira Seção deste Tribunal consagrou o entendimento de sua incidência à razão de 1% ao mês, a partir da citação, na forma do art. 406 da Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Entretanto, a partir do advento da Lei nº 11.960/09, que em seu art. 5º alterou o art. 1º- F da Lei nº 9.494/97, os juros de mora incidem uma única vez, até o efetivo pagamento, na mesma forma em que são aplicados à caderneta de poupança.
> Honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, conforme entendimento desta Turma e observando-se o disposto no art. 20 do CPC.
> Apelação da parte autora provida.

De acordo com o embargante, o pedido formulado pela autora "encontra expressa vedação legal no art. 77, § 2º, inciso II, da Lei n. 8.213/91", não sendo "o caso de empregar analogia ou considerar a lei lacunosa".

Sustenta que a doutrina e a jurisprudência pátrias são uníssonas no sentido de que o percebimento da pensão por morte cessa a partir do momento em que o dependente completa 21 (vinte e um) anos de idade.

Pede, ao final, o acolhimento dos infringentes.

Com contrarrazões (fls. 156/161), admitidos (fl. 163), foram os autos redistribuídos a minha relatoria.

É o relatório, à revisão, encartando-se, antes, extrato do CNIS com os vínculos empregatícios de Aline Alexandra de Almeida e consulta extraída do sítio eletrônico da Fundação Educacional Araçatuba.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Do voto condutor, da lavra da Desembargadora Federal Leide Polo, evidencio (fls. 136/138):

> (...)
> *In casu*, versam os autos acerca de estudante universitária que requer a manutenção do benefício de pensão por morte que recebe desde o óbito de seu genitor (05/02/1998) enquanto perdurar seu curso universitário.
> Com efeito, a Lei Previdenciária não prevê a manutenção do benefício de pensão por morte para aqueles que completam 21 (vinte e um) anos de idade, à exceção para os que são inválidos (Lei 8.213/91, artigo 77, § 2º).
> No entanto, entendo que, ao decidir a demanda posta em Juízo, o julgador não deve se ater tão-somente à interpretação literal da lei, mas, antes de tudo, deve buscar a sua aplicação de forma que possa atender às aspirações da Justiça e do bem comum, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige.
> Destarte, considerando o caráter social do direito previdenciário, a retirada dos proventos que o beneficiário recebe pode contrariar a sua essência, pois levará ao desamparo, e quem sabe até ao desespero de ter que abandonar os estudos para ingressar imediatamente no mercado de trabalho, um jovem universitário que necessita concluir os seus estudos acadêmicos a fim de que possa iniciar-se na vida profissional.
> A questão que ora se apresenta deve ser decidida norteada pelo princípio da razoabilidade, nunca perdendo de vista que na Magna Carta, em seu artigo 205, a educação foi erigida a um patamar elevado, constituindo-se em um direito de todos. Como a extensão pleiteada *in casu* pela autora visa assegurar a continuidade dos seus estudos, o não prolongamento temporal do benefício implicaria no descumprimento de um preceito de ordem constitucional.
> Ademais, a maioridade, por si só, não retira a condição de dependente econômico do beneficiário da pensão por morte, apenas a independência financeira teria o condão de alterar tal situação, status esse alcançado através do trabalho, que exige qualificação, e inegavelmente, resulta da educação obtida durante a vida.
> Outrossim, entendo que a idade de 24 (vinte e quatro) anos se apresenta como limite razoável para o beneficiário, na condição de dependente do segurado, perceber a pensão por morte que lhe permita concluir o nível superior, uma vez que os universitários brasileiros, em regra, não

encerram seus estudos aos 21 (vinte e um) anos de idade. Acerca da matéria assim decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4a Região, em v. acórdão assim ementado, *in verbis*:
"MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA MENOR. UNIVERSITÁRIA. DEPENDÊNCIA DO PAI. PRORROGAÇÃO DO MARCO FINAL ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE. APLICAÇÃO DOS ARTS. 4º E 5º DA LICC.
1. A Administração Pública deve observar o Direito, nele compreendido, entre outros, além da legalidade, *in casu*, deve também ser obedecido os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e interesse público.
2. O benefício previdenciário devido aos filhos do segurado da Previdência Social, tem por finalidade suprir a carência econômica deixada pela ausência do mantenedor da prole.
3. A pensão de filha menor deve ser prorrogada até os 24 anos de idade, quando cursando nível superior, porquanto não se mostra razoável interromper o desenvolvimento pessoal e a qualificação profissional da Impetrante, em detrimento da verba econômica que a administração deverá dispor, sob pena de ferir direito líquido e certo à educação".
(TRF-4ª Região, AMS 77359-PR, DJU 22.01.2003, relator Des. Fed. TADAAQUI HIROSE)
Confira-se, outrossim, o v. acórdão proferido nesta Egrégia Corte pelo Exmo. Des. Fed. Nelson Bernardes, relator para acórdão, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.073488-2, j. 31.05.2004, *in verbis*:
"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE IDADE. ESTUDADE UNIVERSITÁRIO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. CARÁTER ALIMENTAR.
1- Filha de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até vinte e quatro anos de idade, desde que comprovados o ingresso em universidade à época em que completou a maioridade e a dependência econômica, a fim de resguardar a finalidade alimentar do benefício, que abrange a garantia à educação.
2- É preciso considerar o caráter assecuratório da pensão por morte, que visa garantir, no caso de falecimento do segurado, a manutenção e o desenvolvimento profissional de seus descendentes, pois, se estivesse vivo, custearia tais despesas com dinheiro proveniente de sua remuneração ou com o valor recebido a título de aposentadoria.
3- Agravo de instrumento provido".
Por fim, se por um lado a maioridade civil implica na habilitação do indivíduo para a prática de todos os atos da vida civil, ela não implica, de outra parte e necessariamente, na sua independência no âmbito econômico, sendo certo que, na grande maioria dos casos, os filhos permanecem economicamente dependentes dos pais quando alcançam a maioridade e estão cursando, como *in casu*, o curso universitário.
Destarte, suspender o benefício de pensão por morte neste momento, para se ater tão-somente à interpretação literal da lei, não se coaduna com os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação. Assim, entendo que o filho de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, desde que comprovados o ingresso em universidade à época em que completou a maioridade e a dependência econômica.
Nestes autos, os documentos que instruíram a inicial comprovam, de maneira inequívoca, que a autora era filha de Valdemir Alexandre de Almeida, consoante certidões de nascimento e de óbito (fls. 20/21).
Ademais, sua condição de estudante universitária, no curso de Bacharelado em Administração com Habilitação em Gestão de Negócios Públicos e Privados, junto à Faculdade da Fundação Educacional Araçatuba, restou amplamente demonstrada pela declaração da referida entidade educacional (fls. 27) e pelo contrato de prestação de serviços educacionais (fls. 28/29), com data de 21 de outubro de 2004, referente ao ano de 2005.
O outro requisito essencial para a concessão do benefício é a existência do vínculo jurídico entre o segurado mantenedor do dependente e a instituição da previdência.
Do extrato de pagamentos de benefícios (fls. 24) e da consulta ao Sistema CNIS, verifica-se que a autora recebeu o benefício de pensão por morte de seu genitor, desde 05/02/1998 até

31/05/2007 (NB 108.914.958-9).
Destarte, restou comprovado que o falecido, no tempo de seu óbito, possuía a qualidade de segurado.
Dessa forma, comprovados os requisitos legais: ocorrência do evento morte, dependência econômica da autora e a qualidade de segurado do falecido no tempo do óbito, a procedência do pedido é medida que se impõe.
Esclareço que o benefício é devido à autora até a data em que a mesma tiver completado 24 (vinte e quatro) anos de idade.

A despeito de o acórdão não vir acompanhado do voto vencido, ou, melhor dizendo, do voto da Desembargadora Federal Eva Regina não ter sido objeto de declaração, não há óbice algum à aceitação do recurso, porque possível dimensionar a discordância.

A matéria apreciada por força do recurso de apelação, interposto pela parte autora, diz respeito à possibilidade de prorrogação do percebimento do benefício de pensão por morte, na condição de filha-dependente, após os 21 anos, em decorrência de estudos universitários. A sentença de improcedência do pedido foi reformada, pelos votos dos Desembargadores Federais Leide Polo e Fausto de Sanctis, vencida a Desembargadora Federal Eva Regina que a mantinha, negando provimento à apelação da parte autora.

A propósito, decisão desta seção especializada:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. PRELIMINAR. *AUSÊNCIA DO VOTO VENCIDO. DESNECESSIDADE*. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. FILHO FALECIDO.
I - Não se mostra necessária, no caso dos autos, a assunção do voto minoritário, já que possível a aferição das conclusões do julgamento.
II - Comprovado nos autos que o falecido concorria para a manutenção da casa, eis que solteiro, sem filhos e morando com a mãe, faz jus à pensão por morte a sua genitora, eis que preenchidos os requisitos do art. 16, inciso II, par. 4º da Lei nº 8.213/91.
III - A prova testemunhal colhida durante a instrução foi suficiente para a comprovação da referida dependência econômica, não se podendo exigir das testemunhas que fornecessem detalhes acerca da contribuição do filho falecido com as despesas do lar.
IV - Preliminar argüida pelo INSS rejeitada. Embargos Infringentes providos, para que prevaleça o voto vencido, negando-se provimento ao apelo do INSS.
(Embargos Infringentes na Apelação Cível 2002.61.19.000186-9, relatora Desembargador Federal Marisa Santos, j. 11.05.2005, redator p/ acórdão Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 14.07.2005 - grifei).

Feito o registro, prossigo.

A pensão por morte, conforme o disposto no *caput* do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, "será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não".

Para fazer jus à concessão do referido benefício, é necessário ostentar a condição de dependente econômico do falecido, cujo rol encontra-se discriminado no artigo 16 da Lei nº 8.213/91; o artigo 77, § 2º, II, por sua vez, estabelece que a parte individual da pensão se extingue "para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente".

Assim, é certo que os filhos menores de 21 (vinte e um) anos ou a eles equiparados,

não emancipados, de qualquer condição, fazem jus à pensão por morte de segurado. Todavia, cessa-lhes o direito ao completarem a idade limite de 21 (vinte e um) anos, salvo nos casos de invalidez ou de incapacidade declarada judicialmente, circunstâncias que não se verificam na presente demanda.

O rol de dependentes, no âmbito previdenciário, é taxativo, exaurindo-se no texto legal, não se confundindo os critérios de dependência para fins de previdência social com aqueles traçados pela legislação tributária, em que se pode enquadrar como dependente o filho ou equiparado, quando maior, até 24 (vinte e quatro) anos de idade, se ainda estiver cursando escola superior ou técnica de 2º grau (artigo, 35, incisos III e V, e § 1º, da Lei nº 9.250/95), nem sequer com o entendimento jurisprudencial de que os alimentos (Código Civil, artigos 1.694 e seguintes) são devidos aos filhos até a conclusão do ensino universitário ou técnico-profissionalizante.

O Superior Tribunal de Justiça demonstra entendimento pacífico acerca do tema, consoante os julgados que faço transcrever:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE. FILHO. ESTUDANTE DE CURSO UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE.
> I - O pagamento de pensão por morte a filho de segurado deve restringir-se até os 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se inválido, nos termos dos arts. 16, I, e 77, § 2º, II, ambos da Lei nº 8.213/91.
> II - Não há amparo legal para se prorrogar a manutenção do benefício a filho estudante de curso universitário até os 24 (vinte e quatro) anos de idade. Precedente.
> Recurso provido.
> (REsp 638.589/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 03.11.2005, DJ 12.12.2005)
>
> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO NÃO-INVÁLIDO. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO AOS 21 ANOS DE IDADE. PRORROGAÇÃO ATÉ OS 24 ANOS POR SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. A jurisprudência do STJ já firmou o entendimento de que a pensão por morte é devida ao filho menor de 21 anos ou inválido, não sendo possível, em face da ausência de previsão legal, a prorrogação do recebimento desse benefício até os 24 anos, ainda que o beneficiário seja estudante universitário.
> 2. Agravo Regimental desprovido.
> (Agravo regimental no REsp 1069360, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 30.10.2008, DJ 01.12.2008)

Também, no mesmo sentido, decisões em sede de juízo monocrático (REsp 1161660, rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 01/04/2011, REsp 1154816, rel. Adilson Vieira Macabu, DJ 05/04/2011, REsp 1211014, rel. Benedito Gonçalves, DJ 20/09/2011, REsp 1115192, rel. Vasco Della Giustina, DJ 07/11/2011), a denotar a existência de jurisprudência pacífica e consolidada no âmbito daquela Corte.

Nesta Casa, de há muito se entende do mesmo modo, *in verbis*:

> PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - PAI - EXTENSÃO AO DEPENDENTE - ESTUDANTE - TUTELA ANTECIPADA - INDEFERIDA - ILEGALIDADE - PRINCÍPIO DA

LEGALIDADE - PEDIDO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.
- Inexistência dos requisitos autorizados da concessão da antecipação de tutela. A cessação do benefício do requerente ocorreu em virtude da simples adequação da situação à descrição da norma pertinente, ou seja, completar 21 (vinte e um) anos de idade, exceção prevista apenas nos casos de invalidez (art. 77, § 1º, inc. II, da Lei 8213/91).
- Não há previsão legal que justifique a extensão temporal ao recebimento da pensão por morte pela parte autora em razão de sua condição de estudante, pois a legislação atual não deixa margem para interpretação diversa, limitando o direito à percepção do benefício até o atingimento da idade de 21 (vinte e um) anos, sendo que a vigente à época da concessão do referido benefício, demonstra-se ainda mais prejudicial, prevendo a limitação até os 18 (dezoito) anos, salvo, em ambas, se inválido, o que não é o caso, não sendo lícito, também, criar exceções às normas legais por afronta ao princípio da legalidade.
- Em sede recursal não é admissível a inovação da causa de pedir e do pedido, em razão da existência de vedação legal expressa (art. 264 do CPC), além de importar violação ao duplo grau de jurisdição (art. 515 do CPC).
- Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, pedido de antecipação de tutela indeferido e apelação improvida.
(Apelação Cível 2001.61.06.009004-7, 7ª Turma, rel. Des. Fed. Eva Regina, j. em 22.08.2005, DJ de 16.12.2005)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RESTABELECIMENTO. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA ANULADA. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 515, § 3º DO CPC. EXAME DO MÉRITO. APLICAÇÃO DOS DECRETOS NºS 83.080/79 E 89.312/84. INVALIDEZ NÃO COMPROVADA. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. REQUISITO NÃO SATISFEITO. PEDIDO IMPROCEDENTE.
I - Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pleito da autora encontra amparo na jurisprudência.
II - Exame do mérito da demanda, nos termos do art. 515, § 3º do C.P.C.
III - Benefício de pensão por morte concedido à autora, em decorrência do falecimento de seu pai, em 07.09.1990, foi cessado em 04.02.2002, por ter completado 21 anos de idade.
IV - Óbito ocorrido em 07.09.1990, impondo-se a aplicação das regras dos Decretos nºs 83.080/79 e 89.312/84.
V - A filha solteira de qualquer condição menor de 21 anos ou inválida está arrolada entre os beneficiários de pensão por morte. Sua dependência econômica em relação ao pai é presumida.
VI - Condição de invalidez da autora sequer foi alegada nos autos.
VII - O pedido de pagamento da referida prestação até o término de curso superior não encontra previsão legal. Inaplicável, por analogia, a jurisprudência concernente à pensão alimentícia.
VIII - Recurso da autora parcialmente provido para afastar o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, julgar improcedente a demanda.
(Apelação Cível 2002.03.99.046652-3, 8ª Turma, rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. em 03.10.2005, DJ de 03.11.2005)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIA. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO PROVIDO.
I - A liminar no mandado de segurança se insere no poder de cautela do magistrado, desde que verificada a plausibilidade das alegações formuladas pelo impetrante, aliado ao justo receio de dano irreparável ou de difícil reparação.
II - Hipótese de inexistência de ofensa manifesta a direito líquido e certo da agravada, eis que a perda da qualidade de dependente decorre de imposição legal contida no artigo 16, I, da Lei

8.213/91, que estabelece como dependentes no Regime Geral da Previdência Social somente os filhos menores de 21 anos ou inválidos.
III - Uma vez ultrapassado o limite de idade, opera-se pleno iure a cessação do vínculo de dependência pela extinção do benefício, desobrigando-se a Autarquia da manutenção dos pagamentos, sendo que a interpretação da legislação previdenciária, no que concerne a enumeração do rol de benefícios e serviços, bem como dos seus beneficiários, há de ser sempre literal, não podendo criar beneficiários que a lei não selecionou.
IV - A ampliação do vínculo de dependência para os filhos universitários até os 24 anos de idade derivou de construção jurisprudencial, orientada para as hipóteses de indenização por responsabilidade civil e com base na legislação do imposto de renda, mas que não permite a sua aplicação à legislação previdenciária, diante da existência de lei expressa disciplinando a matéria.
IV - Agravo de instrumento provido.
(Agravo de Instrumento 2005.03.00.069144-2, 9ª Turma, rel. Des. Fed Marisa Santos, j. em 13.2.2006, DJ de 30.3.2006)

Mantém-se o posicionamento no âmbito dos demais Tribunais Regionais Federais:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIO. MANUTENÇÃO DA PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
1. Dispondo a Lei 8.213/91 que a maioridade de filho, aos 21 (vinte e um) anos de idade, acarreta perda da qualidade de beneficiário (art. 77, § 2º, II), não encontra guarida no texto legal o pedido de continuidade do recebimento de pensão temporária após o atingimento da idade limite prevista na lei, ainda que seja o beneficiário estudante universitário.
2. Criar outra exceção que não essa prevista, qual seja, o término da faculdade pela beneficiária, é medida que não se coaduna com o princípio da legalidade ao qual está o administrador adstrito (STJ, 5ª Turma, ROMS 10.261, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 10.04.2000, p. 101).
3. Apelação a que se nega provimento.
(TRF 1ª Região, Apelação Cível 2005.43.00.001073-6, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Antonio Sávio de Oliveira Chaves, j. em 19.5.2008, DJ de 16.9.2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PRORROGAÇÃO. BENEFICIÁRIO MAIOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. LEI Nº 8.213/1991. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
1. Segundo a Lei nº 8.213/91, o benefício da pensão por morte é devido até o momento em que o beneficiário, na condição de filho, de pessoa a ele equiparada ou de irmão completar 21 anos de idade, salvo se for inválido.
2. Diante da previsão na Lei nº 8.213/91, a extensão do benefício além de 21 anos, até o implemento da idade de 24 anos, fere o princípio da legalidade. Precedentes deste Tribunal.
3. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade e os direitos à educação e ao trabalho devem ser aplicados harmonicamente com o princípio da legalidade também albergado constitucionalmente.
4. A dependência econômica do apelante é fato que, por si só, não justifica a prorrogação da pensão por morte, uma vez que esta não é benefício assistencial, mas benefício previdenciário.
5. Apelação improvida.
(TRF 5ª Região, Apelação Cível 2008.84.00.002223-9, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, j. em 24.7.2008, DJ de 15.9.2008)

A doutrina especializada, por sua vez, não discrepa do entendimento sufragado na jurisprudência:

> Algumas decisões judiciais prorrogaram o pagamento da pensão por morte até o beneficiário completar 24 (vinte e quatro) anos de idade, se estiver cursando ensino superior, sob o argumento de que não se mostra razoável a interrupção de seu desenvolvimento pessoal e a sua qualificação profissional.
> A 3ª Seção do TRF da 4ª Região, que é formada pela 5ª e 6ª Turmas e pela 2ª Turma Suplementar, especializadas em matéria previdenciária editou a Súmula 74: "Extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior".
> Sobre o tema a jurisprudência sinaliza que a relação previdenciária se assenta em pressupostos legais próprios. Não é possível a aplicação de interpretações relativas às prestações alimentares estrito senso, derivadas do direito de família, para com base nelas se deixar sem aplicação norma expressa do diploma legal que os estabelece, sob pena de impor contrariedade não apenas ao dispositivo legal em comento, mas à própria Constituição, que não admite sequer à lei ou ao Poder Judiciário, a extensão de benefícios sem a correspondente fonte de custeio para fazer face ao aumento da despesa.
> A interpretação da legislação previdenciária deve ser restritiva quanto aos beneficiários do regime, não pode o magistrado ampliá-lo, extrapolando os limites legais. No plano fático, entendimento diverso pode afetar o princípio da igualdade, em relação aos que tiveram a oportunidade de continuar seus estudos e aqueles que não o fizeram para garantir o seu sustento.
> A norma tributária que admite manutenção da qualidade de dependente de filho maior de 21 anos e menor de 24, enquanto freqüente curso superior ou escola técnica de segundo grau, somente é utilizada para fins de declaração de imposto de renda, não estendendo seus efeitos para a seara previdenciária, pois não há custeio para a concessão ou manutenção de benefício nestas condições. A garantia limita-se aos menores e não se aplica ao maior de 21 anos, apto a exercer a atividade laborativa. (*In*: Antônio César Bochenek. *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. Coord. Daniel Machado da Rocha e José Antonio Savaris. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 341-342)

Confira-se, também, a doutrina de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior:

> Em alguns casos, a jurisprudência vem prolongando a condição de dependente até os 24 anos, quando o menor está cursando nível superior. Nesse particular, a extensão parece conflitar com o princípio insculpido no § 5º do art. 195 da Constituição Federal, consoante o teor da decisão da liminar da ADIn nº 2.311/MS, na qual o STF entendeu indevida a inclusão legislativa, no Instituto de Previdência Estadual do Mato Grosso do Sul, como dependentes dos filhos solteiros maiores de 24 anos de idade, que não exercessem atividades remuneradas, estivessem freqüentando curso superior ou técnico de 2º grau e dependessem economicamente dos segurados. Consoante o entendimento do relator, Min. Néri da Silveira, com a edição da Lei n 9.717/98, a qual estabelece normas gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios, por força da norma contemplada no artigo 5º do referido diploma legal, não seria possível a concessão de benefícios diversos dos contemplados no regime geral, sendo, por conseguinte, indevida a extensão do benefício. (*In*: *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100)

A par da expressa vedação à continuidade do pagamento da pensão por morte aos dependentes não-inválidos, após os 21 anos, convém não ignorar, como evidencia o ensinamento dos autores supracitados, que "a interpretação extensiva acaba por estender o benefício, sem previsão legal, para a parcela mais favorecida de nossa sociedade, pois os demais filhos que não tiverem a fortuna de terem ingressado em ensino qualificado, continuariam sem o direito a prestação" (*Op. cit.*, p. 101).

Conforme documento de fl. 27 - declaração da Faculdade da Fundação Educacional Araçatuba -, a parte autora, Aline Alexandra de Almeida, nascida em 02.04.1984, "efetuou matrícula para o 1º ano do Curso de Bacharelado em Administração com Habilitação em Gestão de Negócios Públicos e Privados (...) para o ano letivo de 2005".

De acordo com consulta ao CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, a autora apresenta vínculos empregatícios nos períodos de 01.02.2003 a 13.06.2003, 01.08.2005 a 31.10.2005 e a partir de 03.10.2007, sem data de saída. Tudo leva a crer pela possibilidade de se conciliar trabalho e estudos, levando-se em consideração que as aulas do curso superior em questão são ministradas, atualmente, no período noturno, conforme informações extraídas do sítio da referida faculdade.

Esta Terceira Seção teve a oportunidade de se manifestar em caso assemelhado, também se tratando de estudante universitário, do período noturno, que apresentava vínculos empregatícios a demonstrar capacidade laborativa, ganhando, a ementa do julgado, a seguinte redação:

> EMBARGOS INFRINGENTES. LIMITES DA DIVERGÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. BENEFICIÁRIO UNIVERSITÁRIO COM IDADE SUPERIOR A 21 (VINTE E UM) ANOS. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ INTEIRAR A IDADE DE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS OU COMPLETAR O CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO PARA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.
> I - A controvérsia recai sobre a possibilidade de, inexistindo previsão legal expressa, o poder judiciário, suprindo a vontade do legislador, criar hipótese de manutenção de pensão por morte a quem perdeu a qualidade de dependente de ex-segurado.
> II - Pensionista, beneficiário de pensão por morte de seu pai (NB nº 123.927.406-5), desde 11.07.2002, pretende ver mantido o benefício, após 10 de maio de 2006, data em que completaria 21 (vinte e um) anos de idade, ao argumento de encontrar-se desempregado desde 15 de junho de 2005 e estar cursando o 3º ano do Curso de Educação Física, ministrado pela UNIFAE.
> III - A concessão de pensão por morte é regida pela legislação aplicável à época do óbito, no caso, a Lei nº 8.213/91, vigente em 2002 (época em que foi concedido o benefício).
> IV - A pensão por morte, em linhas gerais, encontra-se disciplinada nos arts. 74 a 79, da Lei de Benefícios e é devida ao conjunto de dependentes do segurado que falecer ou tiver morte presumida.
> V - Para fazer jus à pensão por morte, o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, deve comprovar, além da condição de segurado de seu falecido pai, a dependência econômica que com ele mantinha, que, nesse caso, é presumida, nos termos do art. 16 da referida Lei.
> VI - O art. 77, estabeleceu, de forma expressa, que o filho, não inválido, perde a qualidade de dependente ao completar 21 (vinte e um) anos, cessando o seu direito à pensão por morte.
> VII - A interpretação da legislação previdenciária, no que concerne à enumeração de benefícios, bem como dos seus beneficiários, é restritiva, não podendo o magistrado imiscuir-se na função legislativa para ampliar o rol de beneficiários, extrapolando os limites da lei.
> VIII - Inexistindo previsão legal expressa que autorize a manutenção de pensão por morte a pensionista nas condições do demandante (estudante universitário, não inválido, com idade superior a 21 (vinte e um) anos), descabe ao judiciário, legislando positivamente, criar hipótese de manutenção de pensão por morte a quem perdeu a qualidade de dependente do segurado. Precedentes do E. STJ e desta C. Corte.
> *IX - O benefício de pensão por morte destina-se a suprir, ou pelo menos, atenuar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes (definidos, expressamente, pelo legislador). Ao dispor a norma previdenciária que o filho, não-inválido, detém a*

qualidade de dependente somente até os 21 (vinte e um) anos, levou-se em consideração que a partir dessa idade possui o indivíduo a capacidade plena para o trabalho, sendo possível a manutenção de seu próprio sustento.
X - No caso concreto, o autor, na época em que ajuizou esta ação (em 2006), fazia curso de Educação Física à noite e apresentava plena capacidade laborativa (CTPS, nº 76.220, série 282-SP, juntada aos autos, com registros datados de 01.03.2002 a 14.01.2005 e 02.05.2005 a 15.06.2005), o que, de per si, afasta a total dependência econômica que manteria com o segurado, após completar 21 (vinte e um) anos de idade.
XI - É possível concluir que a pensão por morte percebida pelo autor (NB nº 123.927.406-5), desde 11.07.2002, cessou com sua maioridade (em 10.05.2006), em decorrência da extinção de sua qualidade de dependente de segurado, necessária à manutenção desse benefício, nos termos do art. 77, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.213/91.
XII - Embargos infringentes providos para prevalência do voto vencido.
(Embargos Infringentes 2006.61.27.000770-5, relator Desembargador Federal Walter do Amaral, redatora p/acórdão Desembargadora Federal Marianina Galante, j. em 27.05.2010, DJ de 24.08.2010 - grifei).

Não bastasse a ausência de previsão legal a amparar a pretensão da parte autora, a tese exposta no voto condutor, de que a cessação do benefício poderia levar à necessidade de abandono dos estudos, afrontando o direito fundamental à educação, a meu ver, não encontra guarida, ante as peculiaridades do caso concreto.

Por fim, trago à colação recente precedente desta Terceira Seção, firmado nos Embargos Infringentes de registro nº 2008.03.99.021631-4, de relatoria da Desembargadora Federal Marianina Galante, julgado em 26 de abril de 2012 com um voto vencido, da lavra do Desembargador Federal Sérgio Nascimento. Deu-se provimento a embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, restando assim ementado o decidido:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. LIMITES DA DIVERGÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. EXTENSÃO DO LIMITE ETÁRIO DA LEI DE BENEFÍCIOS. UNIVERSITÁRIA. RECURSO PROVIDO PARA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.
I - A controvérsia recai sobre a possibilidade de restabelecimento do benefício de pensão por morte, em favor da autora, para pagamento até seus 24 anos de idade ou conclusão do ensino superior.
II - O filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos, está arrolado entre os beneficiários de pensão por morte (art. 16, I c/c art. 74 da Lei nº 8.213/91) e a dependência econômica em relação ao pai é presumida (§ 4º do art. 16 da Lei de Benefícios).
III - Autora ultrapassou a idade limite estabelecida na Lei de Benefícios, de forma que só poderia continuar percebendo a pensão por morte de seu pai se demonstrasse a condição de inválida, sequer alegada nos autos. Pedido de pagamento da prestação até o término de curso superior não encontra previsão legal.
IV - Não comprovado o preenchimento dos requisitos, previstos na Lei nº 8.213/91, o direito que persegue a demandante não merece ser reconhecido.
V- Embargos infringentes providos para prevalência do voto vencido.

Posto isso, dou provimento aos embargos infringentes, para o fim de prevalecer o voto vencido, da lavra da Desembargadora Federal Eva Regina.

Por se tratar de beneficiária da assistência judiciária gratuita, deixo de condenar a parte autora ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado

pela Terceira Seção desta Corte (AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., j. 10.05.06; AR nº 96.03.088643-2/SP, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v.u., j. 24.05.06).

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

- Sobre o pagamento do benefício de pensão por morte a filho universitário maior de 21 anos, veja os seguintes artigos doutrinários: "Pensão por morte a dependente universitário", de autoria do Desembargador Federal Carlos André de Castro Guerra, publicado na RTRF3R 78/159 e "O direito à pensão por morte do estudante universitário", de autoria do Juiz Federal Aroldo José Washington, publicado na RTRF3R 107/56; e os seguintes julgados: Ag 2005.03.00.083611-0/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicado na RTRF3R 81/170; AMS 2005.61.07.006152-9/SP, Relator Desembargador Federal Castro Guerra, publicada na RTRF3R 88/524; AC 2005.61.26.006316-1/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/519; AC 2004.03.99.033591-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicado na RTRF3R 97/250 e Ag AC 0035585-84.2011.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 113/286.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0002484-32.2006.4.03.9999
(2006.03.99.002484-2)

Agravantes: MARIA APARECIDA DOS SANTOS E OUTROS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: MILTON FRANCELINO DE FREITAS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE BIRIGUI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AC 1084032
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2013

EMENTA

CONTITUCIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, INC. V, DA CF E LEI Nº 8.742/93. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DO INSS. SUPERVENIETE ÓBITO DA PARTE AUTORA. DECISÃO MONOCRATICA TERMINATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. SUCESSORES. DIREITO AO RECEBIMENTO DE RESÍDUO. DECRETOS 4.712/2003 E 6.214/2007. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS À CONCESSÃO DO BENEFICIO. AGRAVO PROVIDO. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. TERMO FINAL DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO.
1. Da leitura do art. 21, § 1º, da Lei nº 8.742/93, extrai-se que o benefício assistencial detém natureza personalíssima, não podendo, em caso de falecimento do beneficiário, ser transferido aos herdeiros nem tampouco implicar direito à percepção à pensão por morte dele derivado.
2. Uma interpretação teleológica, no entanto, permite concluir que muito embora não possa esse benefício ser transferido aos sucessores do beneficiário falecido, na medida em que o evento morte coloca um termo final a seu pagamento, permanece a pretensão dos sucessores de receberem os valores precedentes, eventualmente devidos.
3. Entendimento sufragado pelo art. 36, parágrafo único, do Decreto nº 1.744/1995 (com a nova redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 4.712, de 29 de maio de 2003 - DOU de 30/05/2003) que a despeito de manter incólume a orientação no sentido de que o benefício de prestação continuada é intransferível, não gerando direito à pensão, estabeleceu, contudo, que o valor não recebido em vida pelo benefíciário será pago aos herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil. Orientação mantida pelo atual Decreto nº 6.214, de 26/09/2007, em seu art. 23, parágrafo único.
4. Existência de previsão expressa sobre a possibilidade de ocorrer o pagamento dos valores que o demandante teria direito a receber em vida a seus herdeiros civis. Precedentes firmados pelas Cortes Regionais.
5. As prestações do benefício, vencidas e não percebidas, passam a integrar o patrimônio da parte autora como créditos que, com o seu falecimento, passam a seus herdeiros em função dos direitos sucessórios.
6. Concessão do benefício assistencial às pessoas elencadas no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

7. Deficiência incapacitante ao trabalho e hipossuficiência comprovadas. Benefício concedido. Termo final da benesse fixado na data do óbito do autor.
8. Agravo provido. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de agravo interposto por Maria Aparecida dos Santos e outros, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática terminativa que, com base no art. 267, inc. IX, do CPC, julgou extinto sem resolução de mérito o pedido formulado pela parte autora, no sentido da concessão de benefício assistencial (art. 203, inc. V, da Constituição Federal e Lei nº 8.742/93).

Nas razões recursais, a parte agravante pugna pela reforma do *decisum*, ao fundamento de que tendo ocorrido o falecimento do postulante do benefício depois da prolação de sentença pela procedência de seu pedido, houve a constituição de crédito atrasado que os herdeiros ou sucessores têm direito em receber (fls. 188/192).

Cumpre registrar ainda a existência de pedido de habilitação dos herdeiros do autor (fls. 193/207 e 225/230), a saber: Maria Aparecida dos Santos, Michele dos Santos, Tatiane dos Santos Freitas e Rodrigo Balabem Freitas, não apreciado até a presente data.

É o relatório.

À mesa, para julgamento.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Nos termos do art. 267, inc. IX, do CPC, o Exmo. Juiz Federal Convocado Marco Aurélio Castriani, extinguiu o processo sem resolução de mérito, tendo em vista o óbito da parte autora, no curso da demanda, bem assim o caráter personalíssimo da prestação vindicada, restando prejudicada a apreciação do recurso de apelação interposto pela autarquia securitária.

De início, reconsidero a decisão de fls. 232 na parte em que declarou nulos os atos praticados depois do óbito da parte autora, posto que a despeito da previsão de suspensão do feito, no caso de morte de qualquer das partes (art. 265, inc. I, do CPC), a hipótese dos autos se amolda à exceção inserida no § 1º, alíneas “a” e “b” do mencionado dispositivo processual,

pois o processo se encontra em termos para julgamento recursal, incidindo a regra do art. 295 do Regimento Interno deste Tribunal. Além disso, a teor do art. 296 do Regimento Interno, não há óbice à habilitação dos herdeiros ou sucessores da parte autora na instância inferior, perante o Juízo da execução.

De qualquer modo, há nos presentes autos pedido de habilitação dos herdeiros da parte autora (fls. 193/207 e 225/230), o qual resta homologado, nos termos do art. 1.060, inc. I, do Código de Processo Civil e art. 112 da Lei nº 8.213/91, restando, portanto, convalidados todos os atos processuais praticados desde a data do óbito do promovente. Habilitados os herdeiros nominados nas mencionadas petições, proceda a Subsecretaria de Registro e Informações Processuais (UFOR) às anotações cabíveis quanto à substituição processual, sem prejuízo da habilitação de outros sucessores, na forma da norma regimental anteriormente citada.

A questão ora em debate versa sobre a possibilidade de recebimento, pelos herdeiros ou sucessores da parte autora, dos valores que aquela não recebeu em vida, a título de benefício assistencial.

O art. 21, § 1º, da Lei nº 8.742/1993, dispõe, de forma expressa, que "o pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no *caput*, *ou em caso de morte do beneficiário*."

Da leitura deste dispositivo legal, extrai-se que o benefício assistencial detém natureza personalíssima, não podendo, em caso de falecimento do beneficiário, ser transferido aos herdeiros nem tampouco implicar direito à percepção à pensão por morte dele derivado.

No entanto, em uma interpretação teleológica, verifica-se que muito embora não possa esse benefício ser transferido aos sucessores do beneficiário falecido, na medida em que o evento morte coloca um termo final a seu pagamento, permanece a pretensão dos sucessores de receberem os valores precedentes, eventualmente devidos.

Esse entendimento, inclusive, encontra-se sufragado pelo art. 36, parágrafo único, do Decreto nº 1.744/1995 (com a nova redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 4.712, de 29 de maio de 2003 - DOU de 30/05/2003) que, mantendo incólume a orientação de que "o benefício de prestação continuada é intransferível, não gerando direito à pensão", estabeleceu que "o valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil." (Nova redação dada pelo Decreto nº 4.712, de 29 de maio de 2003, publicado no DOU de 30/05/2003).

Ressalte-se que idêntica orientação foi mantida pelo atual Decreto nº 6.214, de 26/09/2007 que previu, em seu art. 23, parágrafo único, que "o valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil".

Dessa análise normativa, extrai-se que tais decretos prevêem expressamente a possibilidade de ocorrer o pagamento dos valores que o demandante teria direito a receber em vida a seus herdeiros civis. Nesse sentido, precedentes firmados pelas Cortes Regionais (TRF 4ª Região: AC nº 20070000195457, Sexta Turma, Relator Des. Sebastião Ogê Muniz, DE 19/03/2007; TRF 3ª Região, AC nº 98.03.052716-9, Primeira Turma, Relator Juiz Fed. Conv. Paulo Conrado, DJU 13/08/2002, pág. 181; TRF 1ª Região, AC nº 199801000645837, Segunda Turma Suplementar, Relator Juiz Fed. Conv. Moacir Ferreira Ramos, DJ 11/03/2004, pág. 67; TRF 3ª Região, AG nº 200703000817094, Décima Turma, Relator Des. Castro Guerra, DJU 12/03/2008, pág. 656).

Nessa esteira, conclui-se que as prestações do benefício, vencidas e não percebidas,

passam a integrar o patrimônio da parte autora como créditos que, com o seu falecimento, passam a seus herdeiros em função dos direitos sucessórios.

Na hipótese dos autos, em atenção aos parâmetros já fixados, observa-se que o INSS está sendo processado para conceder benefício assistencial por incapacidade. Julgado procedente o pedido, com antecipação dos efeitos da tutela, o INSS interpôs apelação. Quando da análise do recurso autárquico, prolatou-se decisão de extinção do processo sem resolução de mérito, à vista do óbito do requerente no curso da ação, mesmo diante da existência de valores devidos e não recebidos enquanto estava vivo.

Nessa esteira, tenho que o agravo em questão merece provimento.

Contudo, à constatação da existência do direito dos sucessores habilitados ao recebimento dos valores não pagos ao autor, é mister a prévia verificação de que o postulante efetivamente cumpriu os requisitos legais indispensáveis à percepção do benefício de prestação continuada.

Conforme se observa, *Milton Francelino de Freitas* ajuizou esta ação em 28/08/2002, visando à obtenção de benefício assistencial por incapacidade. Julgado procedente o pedido, por sentença prolatada em 10/08/2005 (fls. 136/139), o INSS interpôs recurso de apelação. Distribuídos os autos neste Tribunal, em 13/03/2006, por ocasião do julgamento do mencionado apelo, constatou-se o falecimento do requerente, em 09/09/2008, ensejando a extinção do processo sem resolução de mérito pela decisão ora impugnada.

Pois bem. O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC - LOAS traduz-se em um benefício da assistência social, o qual permite o acesso de idosos e pessoas com deficiência às condições mínimas de uma vida digna, nos termos do disposto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, conjuntamente com seus §§ 1º, 2º e 3º.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, *caput*, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei nº 8.742/93. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei nº 10.741/2003) *ou* invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal *per capita* não superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Na espécie verifica-se em relação à alegada incapacidade, que o perito judicial atestou no laudo pericial de fls. 125/126, datado de 18/01/2005, que o autor padecia de "Hepatite C, transtornos mentais e de comportamento devido ao uso de álcool e episódio depressivo grave sem sintomas psicológicos", tendo concluído pela existência de incapacidade total no momento da perícia. Veja-se que em resposta aos quesitos "5", do INSS (fls. 61) e "c", formulado pelo autor (fls. 05), o experto afirmou, inclusive, que a enfermidade que acometia o postulante poderia levá-lo a óbito. Dessa forma, resta plenamente comprovado o primeiro requisito legal, posto que a parte autora era sim portadora de deficiência incapacitante para o trabalho.

Quanto ao requisito relativo à hipossuficiência, tem-se que o próprio estudo social concluiu, após minuciosa análise das condições sócio-econômicas e familiares da parte autora, que "Diante do exposto e do que pudemos aquilatar e presenciar, dos problemas de saúde

apresentados, da quantidade de medicamentos que vimos e da família que o requerente possui, somos totalmente favoráveis ao pedido requerido, pois passam por seríssimas dificuldades" (*sic*). Segundo esse estudo, datado de 10/05/2003, a parte autora residia com a mulher, Maria Aparecida dos Santos, e duas filhas, Michele e Tatiane, ambas menores de idade, formando um grupo familiar de 4 (quatro) pessoas. Moravam em uma casa cedida pelos genitores do autor, construída em alvenaria, sem forro, piso frio e com acabamento muito simples, sendo composta por 02 quartos, 01 cozinha e 01 banheiro. A residência era equipada com uma geladeira, um televisor, um fogão, uma cama e guarda roupa de casal e duas camas de solteiro. A única renda provinha do trabalho da companheira como faxineira diarista e totalizava R$ 60,00 (sessenta reais) mensais. Anotou-se ainda que embora o requerente tivesse pais, irmãos e tios, estes não lhe prestavam assistência porque também eram "pessoas de baixa renda". Destacou-se que o autor trabalhava como pedreiro e havia deixado referido labor há cerca de 2 (dois) anos porque ficou doente e não possuía mais condições para exercer qualquer tipo de atividade. Por fim, a assistente social mencionou todas as enfermidades que acometiam o postulante, relacionando os medicamentos por ele utilizados.

Enfim, por tudo quanto o laudo social indica, impende atestar que realmente a parte autora não possuía meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la suficientemente provida pela família. E nem se queira argumentar que a obrigação de prestar alimentos seja de incumbência dos parentes, antes de ser do Estado.

Assim, positivados os requisitos legais, incumbe reconhecer o direito da parte autora ao benefício assistencial postulado, no valor de um salário, a ser implantado a partir da data da citação do INSS, ocorrida em 27/09/2002 (fls. 55vº), à falta de requerimento administrativo, conforme estabelecido na r. sentença recorrida, até a data do falecimento do autor, em 09/09/2008 (fls. 214).

No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do art. 293 e do art. 462 do CPC, devem ser considerados no julgamento do feito. Assim, observada a prescrição quinquenal, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 0,5% ao mês e de 1% ao mês, após 10/01/2003, nos termos do art. 406 do CC e art. 161, § 1º, do CTN e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º. Adite-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

Em relação a verba honorária, a jurisprudência tem considerado razoável sua fixação em 10%, ainda que condenada a Fazenda Pública. Apesar de o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, admitir o estabelecimento de tal verba em valor determinado, nada obsta que seja regulada em percentual, nos moldes do art. 20, § 3º, até porque o § 4º a ele remete no que concerne aos critérios de fixação dos honorários. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 1424980/MT 2011/0181679-4, Relator Ministro Herman Benjamin, julgamento em 14/02/2012. Por outro lado, aplica-se a Súmula 111 do STJ, para que a verba honorária incida somente sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da sentença; em caso de sentença de improcedência, reformada por decisão do Tribunal, os honorários incidem sobre as parcelas vencidas até esta última (STJ, EDcl no AgRg no REsp 981810/RN 2007/0213384-6, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 08/02/2011). Nesse aspecto, não merece reforma a r. sentença recorrida, cabendo apenas explicitar a aplicação da Súmula 111 do C. STJ.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Conforme se verifica do documento de fls. 161, o benefício em questão foi efetivamente implantado pelo INSS em 10/08/2005, em cumprimento à tutela antecipada deferida na sentença, tendo cessado em 09/09/2008. Dessa forma remanesce apenas o valor das prestações não recebidas pelo postulante no interregno compreendido entre a data da citação, fixada como marco inicial do benefício, e o efetivo implemento da benesse pela administração, não havendo que se falar em manutenção dos efeitos da tutela.

Saliente-se que o pagamento das parcelas vencidas deverá atentar à forma prevista no artigo 100 da CR/88, considerando-se, também, o disposto no § 3º do mesmo preceito, regulamentado pelo art. 128 da Lei nº 8.213/91 (n. r.).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo legal de fls. 208/211, e, em conseqüência, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS apenas para estabelecer o termo final do benefício, na data do óbito do autor da ação. Mantenho, no mais, a r. sentença recorrida, observando-se os consectários na forma acima explicitada.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

- Sobre o caráter personalíssimo do benefício assistencial não impedir o pagamento aos herdeiros de valores não recebidos em vida pelo beneficiário, veja também os seguintes julgados: AC 1999.61.11.007616-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 92/235 e Ag AC 0004758-44.2002.4.03.6107/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 102/208.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0005505-46.2006.4.03.6109
(2006.61.09.005505-9)

Agravante: ORLANDO MARAIA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 190/199
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AMS 296930
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ENQUADRAMENTO E CONVERSÃO DE PARTE DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. PREENCHIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS INACUMULÁVEIS. ASSEGURADA A OPÇÃO DO SEGURADO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.
- O tempo de serviço prestado sob condições especiais, poderá ser convertido em tempo de atividade comum, independente da época trabalhada (art. 70, § 2º, Decreto nº 3.048, de 06.05.1999).
- A conversão do tempo de trabalho em atividades especiais eram concedidas com base na categoria profissional, classificada nos Anexos do Decreto nº 53.831, de 25.03.1964 e do Decreto nº 83.080, de 24.01.1979, sendo que a partir da Lei nº 9.032, de 29.04.1995, é necessário comprovar o exercício da atividade prejudicial à saúde, por meios de formulários ou laudos.
- Observe-se que não mais subsiste limitação temporal para conversão do tempo especial em comum, sendo certo que o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991, foi elevado à posição de Lei Complementar pelo art. 15 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, de modo que só por outra Lei Complementar poderá ser alterado.
- Para a comprovação da atividade insalubre será necessário o laudo técnico a partir de 10.12.1997, com a edição da Lei 9.528, demonstrando efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos mediante formulário estabelecido pelo INSS, com base em laudo técnico do ambiente de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, *com exceção ao ruído*, pois sempre houve a necessidade da apresentação do referido laudo para caracterizá-lo como agente agressor.
- Registre-se, ainda, que o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador.
- Vale destacar que a utilização de equipamento de proteção individual - EPI, não elide a insalubridade, mas apenas reduz a um nível tolerável à saúde humana.
- Verifica-se que o segurado trabalhou em atividades insalubres nos interregnos de 12.04.1989 a 14.07.1989, de 01.03.1992 a 07.07.2005, submetido ao agente agressivo

ruído, de forma habitual e permanente, nos patamares de, respectivamente, de 91,7 dB e 96/96, 4 dB, agente insalubre previsto no quadro anexo ao Decreto nº 53.831/1964, item 1.1.6 e no anexo I do Decreto nº 83.080/1979, item 1.1.5.
- Paralelamente, o período de 12.09.1988 a 29.12.1988 deve ser enquadrado como especial e convertido para tempo comum, vez que o autor estava exposto, de forma habitual e permanente, aos agentes nocivos cimento e cal, substâncias constantes do item 1.2.10 do anexo ao Decreto nº 53.831/1964 e item 1.2.12 do anexo I do Decreto nº 83.080/1979.
- O interregno de 08.07.2005 a 01.06.2006 não pode ser considerado especial vez que não constam informações suficientes a respeito das condições agressivas a que estaria submetido o autor em seu trabalho, a intensidade e habitualidade com que os agentes nocivos atuavam no labor, situação que impossibilita o seu enquadramento e conversão de tempo especial para comum.
- No caso em apreço, somados os períodos incontroversos aos ora reconhecidos como especiais e convertidos em tempo comum, perfaz o autor *34 anos, 03 meses e 01 dia* de tempo de serviço, na data do requerimento administrativo (01.06.2006), fazendo jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.
- O benefício deverá ser calculado em conformidade com o art. 53, II c/c art. 29, I (redação dada pela Lei 9.876/1999), ambos da Lei 8.213/1991, observadas as normas trazidas pelo art. 188 A e B do Decreto 3.048/1999.
- Ressalte-se que as parcelas vencidas desde o requerimento administrativo deverão ser reclamadas administrativamente ou pela via judicial própria, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, e das Súmulas do STF (Enunciados 269 e 271), tendo em vista que o mandado de segurança não é o meio adequado à cobrança de valores em atraso, nem pode criar efeitos financeiros pretéritos.
- No presente caso, os temas trazidos pelo autor neste recurso não constaram da exordial e, portanto, não foram objeto de análise por este juízo na decisão embargada. É incabível, nesta fase processual, a inovação do pedido, sob pena de afronta ao princípio de estabilização da lide, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Civil.
- É sabido que, se no curso do processo o INSS conceder administrativamente à parte autora benefício previdenciário que não possa ser cumulado com o reconhecido judicialmente, não se fará a implantação imediata deste, sem a prévia opção pessoal do segurado, ou através de procurador com poderes especiais para este fim.
- Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pelo autor contra a r. decisão proferida em 05.11.2012 (fls. 190/199) que, nos termos do art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à Apelação do autor para enquadrar e converter de tempo especial em comum os interregnos de 12.09.1988 a 29.12.1988, 12.04.1989 a 14.07.1989 e de 01.03.1992 a 07.07.2005 e conceder a aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.

Requer a reforma do julgado e a consignação de que o autor tem direito ao benefício mais vantajoso, ou a sua apreciação pelo órgão colegiado (fls. 202/210).

Em mesa.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Não assiste razão ao agravante.

A r. decisão impugnada bem decidiu as questões suscitadas, nos seguintes termos:

> A reforma ocorrida em nosso texto processual civil, com a Lei nº 9.756, 17.12.1998, alterou, dentre outros, o artigo 557 do Código de Processo Civil, trazendo ao relator a possibilidade de 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". E, em seu § 1º-A a possibilidade de dar provimento ao recurso "se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".
> O mandado de segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo, conforme se depreende de seu texto: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".
> A presente ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito ou que possam ser comprovadas exclusivamente por prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.
> No presente caso, o autor pretende a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição mediante o reconhecimento de atividades insalubres e, consequentemente, a conversão de tempo de serviço especial em comum.
> DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO
> A aposentadoria por tempo de serviço foi assegurada no art. 202 da Constituição Federal de 1988, que dispunha, em sua redação original:
> "Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:
> (...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei:
(...)
§ 1º: É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher".
A regulamentação da matéria previdenciária sobreveio com a edição da Lei de Benefícios, de 24 de julho de 1991, que tratou em vários artigos da aposentadoria por tempo serviço.
A aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino (Lei nº 8.213, de 24.07.1991, art. 52).
Comprovado o exercício de mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem e 30 (trinta) anos, se mulher, concede-se a aposentadoria na forma integral. (Lei nº 8.213/1991, art. 53, I e II).
A Lei nº 8.213/1991 estabeleceu período de carência de 180 contribuições, revogando o parágrafo 8º do artigo 32 da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, incluído pelo Decreto Lei nº 66, de 21.11.1966, que fixava para essa espécie de benefício período de carência de 60 meses.
A Lei nº 9.032, de 28.04.1995, reconhecendo a necessidade de disciplinar a situação dos direitos adquiridos e ainda da expectativa de direito que possuíam os filiados ao regime previdenciário até 24 de julho de 1991, quando publicada com vigência imediata a Lei nº 8.213/1991, estabeleceu regra de transição aplicável à situação desses já filiados, incluindo tabela progressiva de períodos de carência mínima para os filiados que viessem a preencher os requisitos necessários às aposentadorias por idade, tempo de serviço e especial, desde o ano de 1991, quando necessárias as 60 contribuições fixadas pela LOPS até o ano de 2.011, quando serão efetivamente necessárias as 180 contribuições aos que então implementarem as condições para gozo do benefício.
A Emenda Constitucional nº 20/1998, que instituiu a reforma da previdência, estabeleceu o requisito de tempo mínimo de contribuição de 35 anos para o segurado do sexo masculino e 30 anos para a segurada. Extinguiu o direito à aposentadoria proporcional e criou o fator previdenciário, de forma a tornar mais vantajosa a aposentação tardia.
Para os filiados ao regime até sua publicação e vigência, em 15 de dezembro de 1998, foi também assegurada regra de transição, de forma a permitir a aposentadoria proporcional.
Criou-se para tanto, o requisito de idade mínima de 53 anos para os homens e 48 anos para as mulheres e um acréscimo percentual de 40% do tempo que faltaria para atingir os 30 ou 35 anos necessários nos termos da nova legislação.
A Emenda Constitucional nº 20/1998, em seu artigo 9º, também prevê a regra de transição para a aposentadoria integral, estabelecendo a idade mínima nos termos acima e o percentual de 20% do tempo faltante para a aposentadoria. Contudo, tal regra, opcional, teve seu sentido esvaziado pelo próprio Constituinte derivado, que a formulou de maneira mais gravosa que a regra permanente no caso da aposentadoria integral, pois a regra permanente não exige idade mínima, nem tempo adicional.
DO TEMPO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS
O tempo de serviço prestado sob condições especiais, poderá ser convertido em tempo de atividade comum, independente da época trabalhada (art. 70, § 2º, Decreto nº 3.048, de 06.05.1999).
Não prevalece mais qualquer tese de limitação temporal de conversão seja em períodos anteriores à vigência da Lei nº 6.887, de 10.12.1980, ou posteriores a Lei nº 9.711, de 20.11.1998.
Na conversão do tempo especial em comum aplica-se a legislação vigente à época da prestação laboral; na ausência desta e na potencial agressão à saúde do trabalhador, deve ser dado o mesmo tratamento para aquele que hoje tem direito à concessão da aposentadoria (STF, RE 392.559 RS, Min. Gilmar Mendes, DJ 07.02.06).
Cumpre salientar que a conversão do tempo de trabalho em atividades especiais eram con-

cedidas com base na categoria profissional, classificada nos Anexos do Decreto nº 53.831, de 25.03.1964 e do Decreto nº 83.080, de 24.01.1979, sendo que a partir da Lei nº 9.032, de 29.04.1995, é necessário comprovar o exercício da atividade prejudicial à saúde, por meios de formulários ou laudos.

Ademais, é pacífico o entendimento jurisprudencial de ser o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas meramente exemplificativo e não exaustivo, pelo que a ausência do enquadramento da atividade tida por especial não é óbice à concessão da aposentadoria especial , consoante o enunciado da Súmula ex-TFR 198:

"Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento".

O reconhecimento de outras atividades insalubres, penosas e perigosas é admissível, em caso de terem sido exercidas sob ditas condições especiais; não presumidas como aquelas arroladas na legislação pertinente.

Já para a comprovação da atividade insalubre será necessário o laudo técnico a partir de 10.12.1997, com a edição da Lei 9.528, demonstrando efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos mediante formulário estabelecido pelo INSS, com base em laudo técnico do ambiente de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, *com exceção ao ruído*, pois sempre houve a necessidade da apresentação do referido laudo para caracterizá-lo como agente agressor.

Os Decretos nºs 53.831/1964 e 83.080/1979 têm aplicação simultânea até 05.03.1997, verificando divergências entre eles deve prevalecer à regra mais benéfica (80 dB - Decreto nº 53.831/1964).

O Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, que revogou os referidos decretos, considerou o nível de ruído superior a 90 dB, todavia, o art. 2º do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, reduziu o nível máximo de ruído tolerável a 85 dB.

A atividade sujeita ao agente agressor ruído deve ser considerada especial se os níveis de ruídos forem superiores a 80 dB, até a edição do Decreto nº 2.172/1997 e, a partir daí, superiores a 85 dB, em razão do abrandamento da norma até então vigente, encontrando-se em consonância com os critérios da NR-15 do Ministério do Trabalho que prevê a nocividade da exposição a ruídos acima de 85 dB.

Este Tribunal vem se posicionando no sentido de considerar nocivo o nível de ruído superior a 85 dB, a partir do Decreto nº 2.172/1997, conforme o seguinte julgado "in verbis":

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL . RUÍDO ACIMA DOS LIMITES LEGAIS. DECRETOS 2.172/97 e 4.827/2003. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09.

I - Deve ser tida por prejudicial a exposição a ruídos acima de 85 decibéis a partir de 05.03.1997, tendo em vista o advento do Decreto 4.827/2003, que reduziu o nível máximo de tolerância do ruído àquele patamar, interpretação mais benéfica e condizente com os critérios técnicos voltados à segurança do trabalhador previsto na NR-15 do Ministério do Trabalho que prevê a nocividade da exposição a ruídos acima de 85 decibéis.

(...)

V - Agravo do INSS improvido (art.557, § 1º do C.P.C.)".

(AC nº 1.520.462, Processo nº 2006.60.02.000948-4, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, 10ª Turma, j. 07.12.2010, DJF3 CJ1 15.12.2010, p. 617)

Por oportuno, não custa assentar, a propósito da conversão do tempo especial em comum, que o art. 32 da 15ª e última versão da Medida Provisória nº 1663, de 22.10.1998, que mantinha a revogação do § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995, surgida na 10ª versão da Medida Provisória nº 1663, de 28.05.1998, não se converteu integralmente no art. 32 da Lei nº 9.711, de 20.11.1998, a qual excluiu a revogação do § 5º do art. 57, logo perderam eficácia todas as versões das Medidas Provisórias nº 1663, desde 28.05.1998.

Dessa maneira, não mais subsiste limitação temporal para conversão do tempo especial em comum, sendo certo que o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991, foi elevado à posição de Lei Complementar pelo art. 15 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, de modo que só por outra Lei Complementar poderá ser alterado.

Registro, ainda, que o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador.

Não obsta o reconhecimento de tempo de trabalho sob condições especiais à extemporaneidade de documento, pois a situação em época remota era pior ou ao menos igual à constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica.

Vale destacar que a utilização de equipamento de proteção individual - EPI, não elide a insalubridade, mas apenas reduz a um nível tolerável à saúde humana. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. SIMPLES FORNECIMENTO. MANUTENÇÃO DA INSALUBRIDADE. SÚMULA 7/STJ.

O fato de a empresa fornecer ao empregado o EPI - Equipamento de Proteção Individual - e, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, de per se, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo cada caso ser apreciado em suas particularidades.

Incabível, pela via do recurso especial, o exame acerca da eficácia do EPI para fins de eliminação ou neutralização da insalubridade, ante o óbice do enunciado sumular nº 7/STJ.

Recurso especial improvido". (REsp. 584.859 ES, Min. Arnaldo Esteves Lima)

DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS

Da atividade especial: Verifica-se que o segurado trabalhou em atividades insalubres nos interregnos de 12.04.1989 a 14.07.1989, de 01.03.1992 a 07.07.2005, submetido ao agente agressivo ruído, de forma habitual e permanente, nos patamares de, respectivamente, de 91,7 dB e 96/96,4 dB, agente insalubre previsto no quadro anexo ao Decreto nº 53.831/1964, item 1.1.6 e no anexo I do Decreto nº 83.080/1979, item 1.1.5 (PPP de fls. 66/67).

Paralelamente, o período de 12.09.1988 a 29.12.1988 deve ser enquadrado como especial e convertido para tempo comum, vez que o autor estava exposto, de forma habitual e permanente, aos agentes nocivos cimento e cal, substâncias constantes do item 1.2.10 do anexo ao Decreto nº 53.831/1964 e item 1.2.12 do anexo I do Decreto nº 83.080/1979 (formulário de fl. 65).

O interregno de 08.07.2005 a 01.06.2006 não pode ser considerado especial vez que não constam informações suficientes a respeito das condições agressivas a que estaria submetido o autor em seu trabalho, a intensidade e habitualidade com que os agentes nocivos atuavam no labor, situação que impossibilita o seu enquadramento e conversão de tempo especial para comum.

DO CASO CONCRETO

No caso em apreço, somados os períodos incontroversos aos ora reconhecidos como especiais e convertidos em tempo comum, perfaz o autor *34 anos, 03 meses e 01 dia* de tempo de serviço, na data do requerimento administrativo (01.06.2006 - fl. 15), fazendo jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, *nos termos da planilha que ora determino a juntada*.

O benefício deverá ser calculado em conformidade com o art. 53, II c/c art. 29, I (redação dada pela Lei 9.876/1999), ambos da Lei 8.213/1991, observadas as normas trazidas pelo art. 188 A e B do Decreto 3.048/1999.

Ressalte-se que as parcelas vencidas desde o requerimento administrativo deverão ser reclamadas administrativamente ou pela via judicial própria, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, e das Súmulas do STF (Enunciados 269 e 271), tendo em vista que o mandado de segurança não é o meio adequado à cobrança de valores em atraso, nem pode criar efeitos

financeiros pretéritos.
Posto isto, nos termos do art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à Apelação do autor para enquadrar e converter de tempo especial em comum os interregnos de 12.09.1988 a 29.12.1988, 12.04.1989 a 14.07.1989 e de 01.03.1992 a 07.07.2005 e conceder a aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, na forma da fundamentação explicitada.
Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.
Intimem-se.

No presente caso, os temas trazidos pelo autor neste recurso não constaram da exordial e, portanto, não foram objeto de análise por este juízo na decisão embargada. É incabível, nesta fase processual, a inovação do pedido, sob pena de afronta ao princípio de estabilização da lide, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Civil.

É sabido que, se no curso do processo o INSS conceder administrativamente à parte autora benefício previdenciário que não possa ser cumulado com o reconhecido judicialmente, não se fará a implantação imediata deste, sem a prévia opção pessoal do segurado, ou através de procurador com poderes especiais para este fim.

Isto posto, *nego provimento* ao Agravo Legal.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

- Sobre o Perfil Profissiográfico Previdenciário substituir o laudo técnico, sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador, veja também o seguinte julgado: Ag ApelReex 0003093-57.2007.4.03.6126/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 101/169.

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0000218-92.2007.4.03.6004
(2007.60.04.000218-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 162/171
Interessado: RODOLFO MARTINEZ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AC 1622708
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. IGUALDADE DE CONDIÇÕES PREVISTA NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PESSOA HIPOSSUFICIENTE E DE BAIXA INSTRUÇÃO. IDADE AVANÇADA. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS.
I - A assistência social é paga ao portador de deficiência ou ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela sua família (CF, art. 203, V, Lei nº 8.742/93, Lei nº 9.720/98 e Lei nº 10.741/03, art. 34).
II - O fato da parte autora ostentar a condição de estrangeiro não constitui óbice à concessão do benefício, desde que presentes os requisitos legais autorizadores, uma vez que a Constiuição Federal não promove a distinção entre estrangeiros residentes no país e brasileiros, sendo o benefício assistencial de prestação continuada devido "a quem dela necessitar", inexistindo restrição à sua concessão ao estrangeiro aqui residente.
III - Ademais, o artigo 5º da Constituição Federal assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.
IV - Ressalte-se que, embora tenha sido reconhecida a repercussão geral e a questão ainda esteja em análise no Supremo Tribunal Federal (RE 587.970), trata-se de posicionamento dominante nesta E. Corte a concessão do benefício ao estrangeiro, sendo plenamente aplicável a regra autorizadora prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil.
V - Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de outubro de 2012.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de decisão monocrática que, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, para fixar o termo inicial do benefício na data da citação (17-05-2007), e deu parcial provimento à apelação do INSS, para determinar que a incidência de correção monetária e juros de mora sobre os valores em atraso deve seguir o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência, independentemente da data do ajuizamento da ação (ERESP 1.207.197/RS; RESP 1.205.946/SP), sendo que os juros de mora são devidos a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores, e incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AGR 492.779/DF) e limitar a incidência dos honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da prolação da sentença (Súmula nº 111 do STJ).

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que o benefício assistencial não é devido ao estrangeiro, mas apenas aos cidadãos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.742/93 e artigo 4º do Decreto nº 1.744/95, desde que preenchidos os requisitos autorizadores para a sua concessão, destinando-se à proteção somente dos brasileiros natos ou naturalizados, em virtude do princípio da seletividade e distributividade. Aduz a inaplicabilidade da regra prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil. Alega, ainda, que deveria ter sido observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Inicialmente, assevero que muito embora pretenda a parte agravante a inversão do resultado da r. decisão proferida monocraticamente por este Relator, o conjunto probatório permite concluir que a parte autora preenche os requisitos necessários.

A r. decisão recorrida amparou-se no entendimento de que:

> Note-se primeiramente que, o fato da parte autora ostentar a condição de estrangeiro não constitui óbice à concessão do benefício, desde que presentes os requisitos legais autorizadores, uma vez que a Constituição Federal não promove a distinção entre estrangeiros residentes no país e brasileiros, sendo o benefício assistencial de prestação continuada devido "a quem dela necessitar", inexistindo restrição à sua concessão ao estrangeiro aqui residente.
> Ademais, o artigo 5º da Constituição Federal assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

Neste sentido, a jurisprudência desta E. Corte é pacífica quanto à possibilidade de concessão do benefício assistencial ao estrangeiro residente no país:

"CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO (ART. 557, § 1º, CPC). BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS.

I - Ao dar provimento à apelação do autor, julgando procedente o seu pedido, a decisão agravada filiou-se ao entendimento já manifestado anteriormente por esta C. Turma, no sentido de que a concessão do benefício assistencial é garantida aos estrangeiros residentes nos país, desde que presentes os requisitos legais autorizadores. (Precedentes do E. TRF da Terceira Região).

II - O autor reside no país desde a década de 1970, podendo-se concluir que já poderia ter requerido sua naturalização voluntariamente, não sendo válido, no entanto, que esta seja exigida para que ele faça jus ao exercício de um direito fundamental.

III - Agravo (art. 557, § 1º, CPC) interposto pelo réu improvido."

(TRF 3ª Região, Proc: 0001170-91.2009.4.03.6104, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, J: 13-03-2012, DE: 22-03-2012)

"CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AGRAVO LEGAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Entendimento assente nesta Corte no sentido de que a condição de estrangeiro não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, em razão do disposto no Art. 5º da CF, que assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

2. Sendo a parte idosa, bem como verificado o estado de pobreza em que vive a família, é de se concluir que ela não possui meios de prover a própria subsistência, de modo a ensejar a concessão do benefício.

3. Os argumentos trazidos pelo agravante não merecem ser acolhidos, porquanto a autora preencheu os requisitos legais para a concessão do benefício diante do quadro de miserabilidade apresentado.

4. Agravo desprovido."

(TRF 3ª Região, Proc: 0002355-95.2009.4.03.6127, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, J: 29-05-2012, DE: 11-06-2012)

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

2. Inexiste ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

3. A concessão do benefício assistencial é garantida aos estrangeiros residentes nos país, desde que presentes os requisitos legais autorizadores.

4. Agravo legal desprovido."

(TRF 3ª Região, Proc: 0014079-52.2011.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, J: 28-02-2012, DE: 08-03-2012)

Nesta linha, também se manifestou o Ministério Público Federal: "Com efeito, apenas é possível reconhecer as distinções entre brasileiros e estrangeiros feitas pela própria Constituição Federal. (...) A outro tanto, o artigo 4º, do Decreto nº 1.744/98, contrapõe-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil./ Nessa convenção, os Estados-Partes se comprometeram, em seu artigo 1º, 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 condição social' (g.n.)./ Dentre esses direitos a serem respeitados, por evidente que se incluem os questionados neste feito, sem que se permita qualquer distinção entre as pessoas, a ser realizada por decreto./ (...) Não se pode aceitar que o benefício assistencial seja concedido apenas aos cidadãos (brasileiro, nato ou naturalizado, no gozo de seus direitos políticos), tendo em vista todo o exposto e, repisando, a Constituição Federal não determina esse requisito./ Do contrário, como afirma o *Parquet*, 'estariam excluídos do sistema de assistência social brasileiro, além dos estrangeiros, todos os menores de 16 anos, que não podem alistar-se junto à Justiça Eleitoral, e todos quantos sofressem a perda ou suspensão de seus direitos políticos (artigo 15 da Lei Maior), mesmo que brasileiros natos' (fls. 153v/155)." (fls. 163/165)

Ressalte-se que, embora tenha sido reconhecida a repercussão geral e a questão ainda esteja em análise no Supremo Tribunal Federal (RE 587.970), trata-se de posicionamento dominante nesta E. Corte a concessão do benefício ao estrangeiro, sendo plenamente aplicável a regra autorizadora prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil.

Cumpre esclarecer, ainda, que a douta decisão recorrida não declarou a inconstitucionalidade da norma prescrita no artigo 1º da Lei nº 8.742/93, aplicando, no presente caso, sua livre convicção devidamente motivada, bem como a legislação vigente e jurisprudência dominante em casos análogos, razão pela qual não há que se falar em inobservância ao disposto no art. 97 da Constituição Federal.

Desta forma, o conjunto probatório forneceu elementos suficientes para a convicção do relator, o qual aplicou sua livre convicção devidamente motivada, bem como a legislação vigente e jurisprudência dominante em casos análogos.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*, para manter integralmente a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

- Sobre o gozo de benefício assistencial por estrangeiro, veja também os seguintes julgados: AC 2004.03.99.033604-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 73/300 e AMS 0001408-41.2009.4.03.6127/SP, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, publicada na RTRF3R 105/379.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0004850-10.2007.4.03.6119
(2007.61.19.004850-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARGARETE DE OLIVEIRA MORA MORAL PEREZ
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: ApelReex 1286051
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2013

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em ação ajuizada contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o reconhecimento da atividade de magistério e a concessão do benefício de aposentadoria especial por tempo de serviço deferido aos professores.

Às fls. 65/69, foi deferida a tutela para imediata implantação da benesse.

A r. sentença monocrática de fls. 172/180 julgou procedente o pedido, reconheceu o período de exercício de atividade de professor que indica e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, com os consectários que especifica. Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 185/193, requer a Autarquia Previdenciária seja o recurso recebido no efeito suspensivo e pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de não ter a parte autora comprovado os requisitos legais para a aposentadoria, na medida em que incabível o cômputo de lapso de serviço anterior ao registro do diploma de habilitação. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais.

Devidamente processado o recurso, subiram a esta instância para decisão.

É o sucinto relato.

Vistos, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Não merece prosperar a preliminar referente à necessidade do recurso de apelação ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, de forma a obstar eventual execução provisória do julgado, porquanto suscitada pela via processual inadequada. Como é cediço, na hipótese do recebimento do apelo somente no efeito devolutivo, cabe à Autarquia Previdenciária veicular sua insurgência por meio da interposição de agravo de instrumento. Ademais, verifica-se que o INSS, ao discutir a questão no bojo da apelação, manifesta seu inconformismo contra ato judicial ainda não existente, qual seja, a decisão de admissibilidade do apelo.

No atinente à matéria de fundo, cumpre traçar breve histórico da disciplina constitucional e legislativa da questão.

Na vigência da anterior Lei Orgânica da Previdência Social, a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, o item 2.1.4 do Anexo a que se refere o art. 2º do Decreto nº 53.831/64 qualificava a o exercício das atividades de magistério como penoso e previa a aposentadoria em 25 anos.

Com a superveniência da Emenda Constitucional nº 18/81, que deu nova redação ao inciso

XX, do art. 165, da Emenda Constitucional nº 01/69, a atividade de professor foi incluído em regime diferenciado, não mais possibilitando a contagem de tempo como atividade especial, na medida em que o regramento constitucional teve o condão de revogar as disposições do Decreto 53.831/64. Nesse sentido já decidiu esta Egrégia Corte, confira-se:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROFESSOR . ATIVIDADE ESPECIAL . CABIMENTO SOMENTE ATÉ A EC 18/81. ATIVIDADES CONCOMITANTES. NÃO APLICABILIDADE DO INCISO I DO ART. 32 DA LEI Nº 8.213/91. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.
> 1. Em períodos posteriores à Emenda Constitucional nº 18/81, que retirou a atividade de professor do rol das atividades especiais, tendo em vista a implementação de regra excepcional de aposentação para a categoria, não há possibilidade de se enquadrar a atividade exercida como professor como especial.
> (...)
> 3. Apelação a que se nega provimento.
> (TRF3, 9ª Turma, AC 2003.61.22.000946-8, Des. Fed. Marisa Santos, j. 16/11/2009, DJF3 03/12/2009, p. 626)

Nota-se, pois, que o exercício exclusivo da atividade de magistério, desde então, dá ensejo somente à aposentadoria por tempo de serviço, mas exigido lapso de contribuição inferior ao previsto para o regime geral. Confira-se:

> Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:
> (...)
> XX - aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral; (...).

Em sua original redação, o art. 202, inc. III, da Constituição Federal vigente assegurou a aposentadoria, "após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério"; benefício que foi mantido na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao §§ 7º e 8º do art. 201:

> § 7º. É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:
> I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
> II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.
> § 8º. Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Nessa esteira, prevê o art. 56 da Lei nº 8.213/91 que "o professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III deste Capítulo."

A norma aplicável sobre o cômputo do período de atividade, vale ressaltar, é aquela vigente ao tempo da prestação do trabalho do segurado, em face do princípio *tempus regit actum*. Sobre o tema, confira-se o julgado que porta a seguinte ementa:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. LEI 8.213/91, ART. 57, §§ 3 E 5º.
> O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. Recurso desprovido.
> (STJ, 5ª Turma, REsp nº 392.833/RN, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.03.2002, DJ 15.04.2002)

Consoante o referido art. 202, § 8º, CF, defere-se a aposentadoria especial ao professor que, durante o lapso temporal exigido, comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A comprovação da atividade de magistério, a seu turno, foi primeiramente disciplinado pelo Decreto nº 611/92, orientação reiterada no Decreto nº 2.72/97, em seu art. 59:

> Art. 59. Entende-se como de efetivo exercício em função de magistério:
> I - a atividade docente, a qualquer título, exercida pelo professor em estabelecimento de ensino de primeiro e segundo graus, ou de ensino superior, bem como em cursos de formação profissional, autorizados ou reconhecidos pelos órgãos competentes do Poder Executivo federal, estadual, do Distrito Federal e municipal;
> II - a atividade do professor desenvolvida nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior pertinentes ao sistema indissociável de ensino e pesquisa, em nível de graduação ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber.
> § 1º. São contados como tempo de serviço, para efeito do disposto neste artigo:
> a) o de serviço público federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal;
> b) o de recebimento de benefício por incapacidade, entre períodos de atividade;
> c) o de benefício por incapacidade decorrente de acidente de trabalho, intercalado ou não.
> *§ 2º. A comprovação da condição de professor far-se-á mediante a apresentação:*
> *a) do respectivo diploma registrado nos órgãos competentes federais e estaduais;*
> *b) de qualquer outro documento que comprove a habilitação para o exercício do magistério, na forma de lei especifica;*
> *c) dos registros em Carteira Profissional - CP e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS complementados, quando for o caso, por declaração do estabelecimento de ensino onde foi exercida a atividade, sempre que necessária essa informação, para efeito e caracterização da atividade entre as referidas nos incisos I e II.* (g.n.)

Resta claro, portanto, que apresentação de diploma devidamente registrado nos órgãos competentes constitui um dos meios de comprovação da condição de professor, não podendo ser erigido à condição de requisito indispensável ao cômputo de tempo de exercício da atividade de magistério. Nem poderia ser diferente, pois sequer a habilitação é exigível, importando apenas a prova de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino

fundamental e médio. Confiram-se os precedentes do E. Supremo Tribunal Federal a respeito:

> CONSTITUCIONAL. PROFESSOR. APOSENTADORIA ESPECIAL. MOBRAL.
> I - A Constituição, ao estabelecer o prazo para aposentadoria, nos termos do art. 40, III, *b*, redação anterior à Emenda Constitucional 20/98, não fazia qualquer referência à habilitação específica como requisito indispensável para seu cômputo.
> II - Agravo não provido.
> (2ª Turma, Ag Reg no REext nº 353.460, rel. Min. Carlos Velloso, j. 22.11.2005, DJ 03.02.2006)

> 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim do: "Aposentadoria Especial - Magistério - Cômputo do prazo exercido sem habilitação profissional - Admissibilidade - Inteligência do artigo 40, inciso III da Constituição Federal - Necessidade apenas de efetivo exercício no magistério - Recurso improvido." (fl. 138) No recurso extraordinário, a recorrente, com base no art. 102, III, *a*, alega ofensa ao disposto no art. 40, III, *b*, da Constituição Federal.
> 2. Inadmissível o recurso. O acórdão impugnado decidiu em estrita conformidade com a jurisprudência assentada da Corte sobre o tema, como se pode ver à seguinte decisão exemplar: "1. Ao aludir a Constituição, no artigo 40, III, *b*, o professor e a professora, partiu ela da premissa de que quem tem exercício efetivo em função de magistério deve ser professor ou professora, o que, no entanto, não afasta a aplicação desse dispositivo àquele que, como no caso, foi contratado, apesar de não ter habilitação específica, para prestar serviços como professor e os prestou em função de magistério, e isso porque essa aposentadoria especial visa a beneficiar quem exerceu, efetivamente, como professor ou professora (habilitados, ou não) funções de magistério que contem tempo para a aposentadoria no serviço público. Em face do exposto, nego seguimento ao presente agravo." (AI nº 323.395, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 14.05.01). No mesmo sentido, cf. AI nº 307.445, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 15.06.04; AI nº 251.058, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO, DJ de 03.12.99.
> 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC). Publique-se. Int. Brasília, 29 de março de 2005.
> (REext nº 295.825/SP, rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 29.03.2005, DJ 27/04/2005)

Em suma, a prova da condição de professor não se limita à apresentação de diploma devidamente registrado nos órgãos competentes, podendo ser a ausência desse documento ser suprida por qualquer outro documento que comprove a habilitação para o exercício do magistério; ou pelos registros em Carteira Profissional - CP e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS complementados, quando for o caso, por declaração do estabelecimento de ensino onde foi exercida a atividade.

Ao caso dos autos.

A autora requereu em 22 de setembro de 2006 (fl. 17) a aposentadoria especial decorrente de exercício exclusivo de atividade de magistério e apresentou, para tanto, declaração emitida em 25 de outubro de 2006 pela Prefeitura Municipal de Guarulhos - SP, segundo a qual a requerente foi admitida em 19 de outubro de 1981 e desde então é titular das funções de Professor de Educação Básica I, sob regime "celetista", com contribuição previdenciária recolhida ao INSS (fl. 26).

O Instituto Autárquico solicitou à autora a apresentação do certificado de conclusão do magistério (fl. 44), exigência cumprida à fl. 49. Na oportunidade, trouxe cópia da CTPS (fl. 48) e requereu a reafirmação da DER para a data em que completou 25 anos de exercício exclusivo de atividade de professora (fl. 45).

Ao final, consoante fls. 50/58, o pleito administrativo foi indeferido, porquanto não computado o tempo de serviço anterior à data do registro do diploma de certificação apresentado (19/08/1982).

Equivoca-se a Autarquia Previdenciária, porém.

Conforme já anotado, o diploma de habilitação devidamente registrado não é requisito de concessão da aposentadoria especial conferido aos professores. Sequer a habilitação específica o é. Cuida-se somente de uma das formas disciplinadas de comprovação do exercício do magistério, que, reitere-se, pode ser suprida por qualquer outro documento que comprove a habilitação para o exercício do magistério; ou pelos registros em Carteira Profissional - CP e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS complementados, quando for o caso, por declaração do estabelecimento de ensino onde foi exercida a atividade.

A autora trouxe aos autos declaração emitida pela Prefeitura empregadora (fl. 26) e cópia de sua CTPS (fl. 48), documentos dos quais se depreende que desde 19 de outubro de 1981 ela efetivamente exerce a atividade de professora de educação fundamental. Inexiste, por conseguinte, motivo para recusar o cômputo do lapso verificado antes do registro do diploma de habilitação.

Como se vê, tem direito a postulante ao reconhecimento da atividade de magistério *desde 19 de outubro de 1981 até 18 de outubro de 2006, data para a qual deve ser reafirmada a DER*, totalizando-se 25 anos de tempo de exercício -sendo indevida a aplicação de fator majorante, como assinalado -, pelo que a autora faz jus à aposentadoria especial com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Considera-se como *dies a quo* do benefício o dia 18 de outubro de 2006 (data reafirmada da DER), em atenção ao o art. 54 da Lei nº 8.213/91, que remete ao art. 49 do mesmo diploma legal, o qual, a seu turno, prevê em seu inciso II a fixação na data do requerimento administrativo.

As parcelas em atraso devem ser corrigidas nos moldes do Provimento nº 64/05 da Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, da Lei nº 6.899/81 e das Súmulas nº 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nº 8 deste Tribunal.

Esta Turma firmou entendimento no sentido de fixar os juros de mora em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02; após, à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09, refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Em observância ao art. 20, § 3º, do CPC e à Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, esta Turma firmou o entendimento no sentido de que a verba honorária deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença.

Conquanto a Lei Federal nº 9.289/96 disponha no art. 4º, I, que as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal, seu art. 1º, § 1º, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada. Note-se que, em se tratando das demandas aforadas no

Estado de São Paulo, tal isenção encontra respaldo na Lei Estadual nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§ 1º e 2º). Dessa forma, é de se atribuir ao INSS os ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar que, em observância ao disposto no art. 27 do Código de Processo Civil, o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente. A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, *rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação* para reformar a sentença de primeiro grau, na forma acima fundamentada. *Mantenho a tutela antecipada anteriormente concedida*.

Sem recurso, baixem os autos à Vara de origem.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0010959-64.2007.4.03.0000
(2007.03.00.010959-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 44/51
Interessada: MARIA PIEDADE GARCIA CALDEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relator originário: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES
Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AI 291729
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO. PENSÃO POR MORTE - FRACIONAMENTO DO VALOR A SER PAGO ENTRE A CÔNJUGE QUE REQUEREU ADMINISTRATIVAMENTE E A COMPANHEIRA EXEQUENTE.
1 - Correta a conduta da autarquia ao fixar a DIB da pensão para a beneficiária BENEDITA NONATO DE A. CARLOS (ex-cônjuge), na data do óbito, tendo em vista que o evento morte ocorreu antes da alteração promovida pela Lei 9.528/97, não cabendo, nos autos, a discussão sobre o acerto ou não da concessão do referido benefício à ex-cônjuge do falecido.
2 - Diante da concessão administrativa a outro habilitado, tanto o benefício concedido à ex-esposa, como o deferido à exeqüente (MARIA PIEDADE G. CALDEIRA) devem ser rateados, desde a data do óbito, respeitada a prescrição qüinqüenal, e não somente a partir do requerimento administrativo formulado pela ex-cônjuge, em 04/05/2004.
3 - Determinada a produção de novos cálculos, devendo ser pagas as parcelas deduzidas de metade do valor, desde a data do óbito do segurado, ocorrido em 01/01/1997 até 08/2005.
4 - Agravo legal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria dar provimento ao agravo legal (CPC, art. 557, § 1º) interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator):

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) oposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO

SEGURO SOCIAL - INSS contra a decisão monocrática de fls. 44/51, que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Razões recursais às fls. 54/56, oportunidade em que o agravante sustenta que a pensão por morte deve ser rateada igualmente entre as duas beneficiárias desde 04.05.1999.

É o relatório.

Em mesa.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face da r. decisão que, em execução de ação previdenciária proposta por MARIA PIEDADE GARCIA CALDEIRA, rejeitou a alegação de erro material na conta homologada, em razão dos pagamentos administrativos efetuados a outra beneficiária da pensão por morte, do mesmo falecido instituidor.

Em suas razões recursais, sustenta o agravante erro material na memória homologada, ressaltando que a exeqüente omitiu-se quanto à existência de outra beneficária da pensão deixada pelo *de cujus*, que já vinha recebendo as prestações mensais correspondentes, de modo que o valor da execução deveria ser reduzido de R$ 83.375,21 para R$ 41.725,11, devido ao rateio entre as duas dependentes.

Inicialmente, vale ressaltar que a agravada, Maria Piedade Garcia Caldeira, no processo de conhecimento, teve seu pedido julgado procedente, sendo-lhe concedida a pensão por morte decorrente do falecimento de José Carlos, desde 01 de janeiro de 1997, data de cessação do benefício de auxílio-doença a ele concedido anteriormente, conforme petição de fls. 11/12 e informes do DATAPREV de fl. 26.

De acordo com os argumentos narrados na inicial do agravo e, ainda, na decisão recorrida, durante o curso da ação principal, a ex-esposa do falecido, Benedita Nonato de A. Carlos, após 30 anos afastada da convivência conjugal, veio a requerer administrativamente o mesmo benefício pleiteado pela agravada, sendo-lhe concedida a pensão, retroativa a 5 anos, compreendendo valores atrasados entre 04 de maio de 1999 e 30 de abril de 2004 (fls. 02/09).

Malgrado a instrução deficiente do recurso, dá-se a inferir que a agravada, Maria Piedade Garcia Caldeira, constituiu vida em comum com José Carlos após cessar a convivência que este mantinha com Benedita Nonato de A. Carlos.

Desse modo, importa aos autos o fato de ambas as beneficiárias terem sido reconhecidas como dependentes previdenciárias de José Carlos, nos moldes do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, para efeito de desdobramento da pensão por morte, mas não o direito de uma ou de outra ao benefício, em si, porque daí já se arriscaria à matéria estranha à lide, cuja controvérsia reside unicamente no *quantum debeatur* da execução.

O douto Juízo de origem acolheu a memória de cálculo apresentada pelo INSS, no valor de R$ 83.375,21, com a qual anuiu a autora, para julgar extinto o processo, nos termos do art. 269, III, do Código de Processo Civil, prosseguindo-se a execução no montante indicado.

Após, a Autarquia Previdenciária, a pretexto de suscitar erro material, alega que a

exeqüente omitiu informações sobre a existência da outra beneficiária, ao apurar o crédito devido em razão dos valores atrasados (R$ 83.375,21), sendo que, deste montante, haveria de se deduzir metade do valor recebido administrativamente por Benedita Nonato, resultando a quantia de R$ 41.725,11.

A teor do disposto no art. 74 da Lei nº 8.213/91, a pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do falecido, aposentado ou trabalhador em atividade, exigindo-se, para este, a qualidade de segurado quando do óbito, mas dispensada a carência em ambos os casos, por força do art. 26, I, da mesma norma.

Segundo o art. 16 e incisos, em ordem de precedência, na qual o direito à prestação de uma das categorias exclui as seguintes, sucessivamente (§ 1º), são beneficiários da pensão, na primeira, o cônjuge, os companheiros, o filho inválido ou o não-emancipado menor de 21 anos e o equiparado a filho (enteado, menor sob guarda judicial ou sob tutela), na segunda, os pais; e na terceira, o irmão inválido ou o não-emancipado menor de 21 anos; todos os membros existentes no mesmo grau concorrendo em igualdade de condições.

Mais adiante, o art. 77 da Lei nº 8.213/91 dispõe que "A pensão por morte, havendo mais de uma pensionista, será rateada entre todos em parte iguais".

Significa dizer que a renda mensal da pensão, consistente em 100% do valor da aposentadoria auferida pelo segurado da que deveria receber, será dividida em cotas iguais entre os dependentes de uma mesma categoria, de vez que estão a concorrer em igualdades de condições.

De acordo como o art. 76, "A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da inscrição ou habilitação".

Ainda sobre a pertinência do dispositivo logo acima, consoante o seu parágrafo 1º, "O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova da dependência econômica".

Confira-se a jurisprudência deste Tribunal:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE LEGALIDADE. NULIDADE DO ATO CONCESSIVO DE BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA. CÔNJUGE E COMPANHEIRA. RATEIO DO BENEFÍCIO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.
> I - O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos é de legalidade.
> II - Resta caracterizada a condição de dependente da companheira que comprova em sede de justificação administrativa, realizada nos termos do regulamento vigente à época da prática dos atos procedimentais, a condição de dependente, nos termos do comando inserto no § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependente arrolada no inciso I do mesmo dispositivo.
> III - Não há qualquer impedimento legal no rateio da pensão por morte entre a cônjuge e a companheira, em consonância com o comando da Súmula 159, do extinto TFR, que consolidou o entendimento de ser legítima a divisão de pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.
> IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Preliminar rejeitada. Apelo da autora improvido.
(9ª Turma, AC nº 1999.61.00.051783-2, Rel. Des. Fed. Santos Neves, j. 06/08/2007, DJU 30/08/2007, p. 737)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EX-ESPOSA E COMPANHEIRA. RATEIO.
1- O artigo 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91, garante, ao ex-cônjuge, igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta lei, desde que receba alimentos; caso contrário, a presunção legal de dependência econômica deixa de existir, sendo necessária a sua comprovação.
2- A Autora, no caso, comprovou que recebe alimentos (fls. 08), sendo inquestionável seu direito.
3- União estável comprovada por início de prova material corroborada por prova testemunhal.
4- A companheira é dependente por presunção legal, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e § 4º da Lei nº 8.213/91.
5- A dependência do artigo 16, inciso I e § 4º da Lei nº 8.213/91 somente é descaracterizada por prova em contrário, da qual não se desincumbiu a parte Autora.
6- Havendo mais de uma pensionista, ambas consideradas como dependentes de primeira classe do segurado, a pensão será rateada entre elas em partes iguais, nos termos do artigo 77 da Lei nº 8.213/91.
7- Irretocável a decisão administrativa, sendo incabível o pedido da autora quanto ao recebimento da integralidade da pensão.
8- Apelação da parte Autora improvida. Sentença mantida.
(10ª Turma, AC nº 2002.03.99.011720-6, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 15/05/2007, DJU 06/06/2007, p. 522)

Quanto ao termo inicial do benefício, a legislação previdenciária trouxe três hipóteses distintas, ora fixando-o na data do óbito, quando requerida dentro dos trinta dias subseqüentes, ora na data do requerimento administrativo, em se tratando de pensão postulada após esse prazo, ou na data da decisão judicial, no caso de morte presumida, consoante o art. 74, I, II e III, respectivamente.

Não tem outra interpretação o C. Superior Tribunal de Justiça, a repisar que "Na vigência do artigo 74 da Lei 8.213/91, com redação conferida pela Lei 9.528/97, o termo inicial do benefício da pensão por morte deve ser fixado na data do óbito, quando requerida até 30 dias depois deste, ou na data em que ocorreu o requerimento, quando requerida após aquele prazo" (6ª Turma, RESP nº 543737, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 23/03/2004, DJU 17/05/2004, p. 300).

No caso dos autos, durante o trâmite da ação ajuizada pela agravada, Maria Piedade Garcia Caldeira, o ex-cônjuge do falecido, Benedita Nonato de A. Carlos, requereu administrativamente a pensão por morte em 04 de maio de 2004 (DER), tendo o INSS concedido-lhe o benefício desde 01 de janeiro de 1997 (DIB), data do falecimento de José Carlos, porém compreendidas as parcelas atrasadas relativas aos cinco anos que antecederam o pedido naquela esfera, vale dizer, de *04 de maio de 1999 a 30 de abril de 2004*, consoante registros do CNIS de fls. 27/30.

Já no feito principal, a recorrida, na qualidade de companheira, logrou obter judicialmente o mesmo benefício, também *retroativo a 01 de janeiro de 1997*, não se incidindo a prescrição qüinqüenal sobre as prestações devidas porque proposta a demanda no prazo legal (citação em maio de 1997; fls. 11 e 18).

Assim, nos termos do art. 77 da LBPS, o rateio do benefício entre as duas beneficiárias, em cotas iguais, dar-se-ia a partir do *dies a quo* da parcela devida ao ex-cônjuge do falecido, que requereu a pensão por último, não obstante lhe tenha sido concedida antes de a companheira, ora agravada, tê-lo obtido judicialmente.

De logo, constata-se o desacerto do termo inicial fixado pela Autarquia, ao atender o pedido administrativo efetuado por Benedita Nonato de A. Carlos, ao passo que, tendo ela pleiteado a pensão por morte muito após o prazo de 30 dias contados do óbito, ocorrido em 1997, a mesma seria devida somente desde a data do requerimento - 04 de maio de 2004 -, portanto sem efeitos retroativos.

Dessa irregularidade o INSS não se pode valer a fim de prejudicar o direito da recorrida, ainda que a pretexto do risco de pagamento em duplicidade, uma vez que, a resguardar o erário, a legislação previdenciária confere ao Ente autárquico a prerrogativa de reaver quantias repassadas indevidamente, nos exatos termos do art. 115, II e § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Daí se conclui que o *desconto dos valores pagos ao ex-cônjuge* (Benedita Nonato A. Carlos) *sobre o montante devido à companheira* (Maria Piedade Garcia Caldeira), em razão do rateio legal, *deve incidir pela metade, a partir do requerimento administrativo (04 de maio de 2004).* E porque questão estranha à lide, o ressarcimento das parcelas pagas antes disso constitui objeto a ser discutido na via adequada, limitada a relação jurídica entre o INSS e a primeira pensionista.

Pelo mesmo motivo, como dito antes, não é dado a este Tribunal pronunciar-se acerca do direito da pensão concedida a Benedita Nonato, dada a discricionariedade do ato administrativo que a deferiu, de cuja presunção de legalidade, até o presente momento, não se impugnou litigiosamente em ação própria.

Tornando ao mérito recursal, entendo que a inclusão ou não de parcelas indevidas na memória de execução, que refujam aos critérios disciplinados na sentença e acórdão, bem se insere no contexto do erro material.

O julgados a seguir transcritos ilustram igual orientação:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. ERRO MATERIAL. ALEGADA OFENSA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA.
> 1. O erro material que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos.
> 2. Ademais, tanto o Juízo de primeiro grau de jurisdição quanto o Tribunal de origem foram categóricos em afirmar que os índices que a parte pretende incluir no cálculo da execução complementar já foram concedidos, sendo certo que qualquer conclusão em sentido contrário envolve o reexame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (STJ, 1ª Turma, AGRESP nº 650209, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19/09/2006, DJU 05/10/2006, p. 240)

> PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO 535 DO CPC - NÃO CONFIGURADA - EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA FAZENDA PÚBLICA - COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - PRECLUSÃO.
> 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido resolve satisfatoriamente a ques-

tão e adota fundamentação que lhe parece adequada, suficiente à solução da controvérsia.
2. Conforme assentado na jurisprudência pátria, o erro de cálculo que nunca transita em julgado é o erro aritmético que, por omissão ou equívoco, inclui no cálculo parcelas indevidas ou exclui parcelas devidas, não havendo que se falar em erro ou inexatidão material se a questão diz respeito ao critério adotado para estimar determinadas verbas.
3. Questão relativa à compensação de honorários sucumbenciais devidos em razão da procedência dos embargos à execução que não foi oportunamente manifestada pela recorrente, operando-se a preclusão lógica.
4. Recurso especial conhecido, mas improvido.
(STJ, 2ª Turma, RESP nº 691938, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20/09/2005, DJU 10/10/2005, p. 323)

E na esteira do entendimento perfilhado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, "O erro material a ensejar o conserto da sentença a qualquer tempo é a falha perceptível *prima oculi*, o erro aritmético, a exclusão de parcelas devidas ou a inclusão de indevidas por engano, e não os critérios de cálculo e os seus elementos que ficam cobertos pelas *res judicata*. Precedentes do STF e do STJ" (RESP nº 357376, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/02/2002, DJU 18/03/2002, p. 293, RSTJ Vol. 000159, p. 576).

Dessa forma, constatado o erro material na conta de execução dos autos principais, a qual deixou de descontar metade do valor das prestações pagas ao ex-cônjuge do falecido, a título de pensão por morte desdobrada, desde o requerimento administrativo, de rigor a elaboração de novo cálculo, incluindo-se as parcelas correspondentes.

É de se ressaltar que dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com "súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária "à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

De seu lado, o denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

Aliás, "Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder" (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AG nº 2007.03.00.018620-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/09/2007, DJU 23/10/2007, p. 384).

No caso dos autos, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

A exequente Maria Piedade Garcia é beneficiária de pensão em decorrência da morte de José Carlos, desde 1º.01.1997, por força da decisão judicial proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Comarca de Araraquara/SP, nos autos nº 0004130-79.2003.4.03.6120.

Conquanto a referida decisão tenha transitado em julgado para o INSS aos 20.11.2002, conforme consulta ao Sistema de Acompanhamento Processual - SIAPRO, o mesmo não cuidou de implantar, desde logo, o benefício em questão, o que não impede que aqui se tenha por incontroversa a sua condição de dependente a partir de então.

Ocorre que, na via administrativa, a ex-esposa do mesmo extinto segurado, Sra. Benedita Nonato A. Carlos, habilitou-se e passou a concorrer ao desdobramento da mesma pensão por morte, nos termos da decisão ali obtida, a qual fez retroagir o termo *a quo* a 04 de maio de 1999, considerados a prescrição quinquenal e a data do pedido, em 30 de abril de 2004.

A decisão agravada, após reconhecer a existência de erro material na conta homologada, considerando a inclusão de parcelas indevidas, determinou que o rateio se desse somente a partir da data do requerimento formulado pela segunda pensionista, tendo por fundamento a nova redação trazida pela Lei nº 9.528/97 ao art. 74 da Lei de Benefícios.

Para o agravante, o direito à percepção da quota parte devida a ambas as habilitadas, exsurge a partir da data do óbito, respeitando-se, em relação à segunda, o lapso prescricional anterior aos 5 anos que antecederam o pedido na via administrativa, tendo em vista a regra disposta no inciso I do art. 74 da Lei nº 8.213/91, com a redação vigente ao tempo do fato gerador.

Aqui não compete a análise do termo inicial do pagamento de benefício concedido a terceira pessoa, a qual não participa da lide. Por outro lado, a defesa da posição que adotou a Autarquia Previdenciária na análise do benefício concedido à Sra. Benedita Nonato, ainda que lhe importe no pagamento em duplicidade, não pode prejudicar os interesses da exequente, na medida em que assegurados pela mesma norma previdenciária. Daí porque se justifica estabelecer o termo exato a partir de quando o rateio haverá de começar.

Em geral, nas hipóteses nas quais o óbito tenha ocorrido em data anterior à edição da Lei nº 9.528/97, o termo inicial há de ser concomitante com o evento morte, ainda que decorrido longo prazo para o seu requerimento, pois não havia, como na redação atual, o lapso temporal fixado no inciso I do art. 74 da LB.

Ocorre que, conforme já esclarecido, a segunda habilitação só ocorreu em 30 de abril de 2004. Portanto, somente a partir de então os efeitos financeiros sobre o *quantum* devido à exequente devem sofrer os reflexos decorrentes da quota parte devida à nova habilitada como beneficiária da pensão, fazendo cumprir a norma vazada no art. 76 da Lei 8.213/91, vigente à época do óbito do segurado, *in verbis*:

> Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

Assim, a exequente recebe por inteiro o valor devido desde a data do óbito (em 1º.01.1997) até a data da inscrição ou habilitação da segunda pensionista, em 30.04.2004, a partir de quando há que se efetuar o rateio, em cumprimento ao dispositivo legal supra mencionado.

Considerada a fundamentação acima esposada, tenho que a questão relacionada aos limites do erro material constante na conta de liquidação foi corretamente decidida pela decisão agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo (CPC, art. 557, § 1º) interposto pelo INSS, na forma acima.

É como voto.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS:

Trata-se de agravo legal em sede de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão proferida em fase de execução e na qual foi rejeitada a alegação de erro material na conta homologada.

Sustenta o INSS erro material, diante da omissão da existência de outra beneficiária da pensão, a qual já vinha recebendo as prestações mensais correspondentes, de modo que o valor da execução deveria ser reduzido para a metade, em razão do rateio entre as duas dependentes.

O Relator, na decisão monocrática de fls. 44/51, deu parcial provimento ao agravo de instrumento para anular a conta de execução e determinar a elaboração de novo cálculo, descontando-se metade dos valores de cada prestação mensal paga à ex-esposa do falecido, BENEDITA NONATO A. CARLOS, a partir de 04 de maio de 2004, atualizadas monetariamente, decisão que é objeto do recurso em julgamento.

Na sessão de 03/09/2012, o Exmo. Juiz Federal Convocado Fernando Gonçalves apresentou voto negando provimento ao agravo legal, ocasião em que pedi vista dos autos para melhor exame da questão, aguardando para votar a Exma. Desembargadora Federal Daldice Santana.

Ao analisar os autos, constato que a exeqüente teve seu pedido de pensão julgado procedente, em razão do falecimento de JOSÉ CARLOS - seu companheiro, desde o óbito (01/01/1997), o qual estava em gozo de auxílio-doença previdenciário (NB 31/103.951.507-7, com DIB em 30/08/1996).

Consta ainda que, no curso da ação principal - movida pela companheira, a ex-cônjuge do falecido, BENEDITA NONATO DE A. CARLOS, após 30 anos de separação de fato, requereu administrativamente o mesmo benefício (DER - 04/05/04), sendo-lhe deferida a pensão por morte também a partir do óbito, observada a prescrição qüinqüenal, o que gerou o direito ao recebimento de valores atrasados no período de 04 de maio de 1999 a 30 de abril de 2004.

Assim, o Relator entendeu que o valor da pensão por morte a ser pago à exeqüente deveria sofrer a redução reflexa daquilo que foi pago à ex-cônjuge do segurado instituidor do benefício, entendimento partilhado pela autarquia eis que ao consultar o sistema Plenus/Dataprev constata-se que, na ocasião da implantação do benefício à companheira, MARIA PIEDADE G. CALDEIRA, também foi reduzida a RM do benefício pago a BENEDITA NONATO DE A. CARLOS.

Sustenta o Relator que errou duas vezes o INSS, quando concedeu pensão a BENEDITA NONATO DE A CARLOS e ao pagar as parcelas atrasadas, pois supõe indevida a sua concessão e por entender que após a Lei 9.528/97, o benefício é devido na somente na DER (04/05/2004) e, portanto, a autora MARIA PIEDADE G. CALDEIRA teria parcelas integrais a executar a partir do óbito (01/01/1997) até a data do requerimento administrativo (04/05/2004) e, a partir daí, somente metade do valor lhe seria devido.

Neste ponto, discordo do entendimento esposado pelo i. Relator.

Entendo que esta correta a conduta da autarquia ao fixar a DIB da pensão para a beneficiária BENEDITA NONATO DE A. CARLOS, na data do óbito, tendo em vista que o evento morte ocorreu antes da alteração promovida pela Lei 9.528/97, não cabendo, nesta sede, a discussão sobre o acerto ou não da concessão do referido benefício à ex-cônjuge do falecido.

Assim, diante da concessão administrativa a outro habilitado, tanto o benefício concedido à ex-esposa, como o deferido à exeqüente devem ser rateados, *desde a data do óbito*, respeitada a prescrição qüinqüenal, e não somente a partir do requerimento administrativo formulado pela ex-cônjuge, em 04/05/2004.

Entendo que o cálculo deve ser refeito, porém, fixo os padrões da nova conta de execução a ser elaborada em primeiro grau, devendo ser pagas as parcelas deduzidas de metade do valor, desde a data do óbito do segurado, ocorrido em 01/01/1997 até 08/2005.

Com essas considerações, divergindo *data vênia* do entendimento do E. Relator, dou provimento ao agravo legal do INSS para reformar, em parte, a decisão atacada (fls. 44/50) e fixar que todas as parcelas deverão ser pagas à exeqüente deduzidas de metade de seu valor, desde a data do óbito do segurado, ocorrido em 01/01/1997 até 08/2005, observada a prescrição qüinqüenal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora para o Acórdão

- Sobre o rateio de pensão por morte entre ex-cônjuge e companheira, veja também o seguinte julgado: REOMS 1999.61.11.001063-0/SP, Relator Desembargador Federal Aricê Amaral, publicada na RTRF3R 48/297.

APELAÇÃO CÍVEL
0012374-97.2007.4.03.6106
(2007.61.06.012374-2)

Apelante: APARECIDA ROSA DOS SANTOS CARRIGE (= ou > de 65 anos)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AC 1451170
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta por APARECIDA ROSA DOS SANTOS CARRIGE em face de sentença proferida pela 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto/SP, que julgou improcedente demanda por meio da qual a autora postulava o restabelecimento do benefício de pensão por morte, cessado em 10.09.88. Honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), observado o disposto nos artigos 11, § 2º, e 12, ambos da Lei 1.060/50.

Alega a apelante, em síntese, a ilegalidade do ato que cassou a pensão por morte por ela percebida após a celebração de seu segundo matrimônio, não só por conta de sua precária situação econômica, mas também pela incidência da legislação superveniente (Lei 8.213/91).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o breve relatório. Decido.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, observo que o benefício da pensão por morte decorrente do falecimento do primeiro marido da autora foi cessado em virtude do novo matrimônio, celebrado em 10.09.88 (fls. 15), aplicando-se o art. 50, inciso II, do Decreto 89.312/84, a seguir transcrito:

> Art. 50. A cota da pensão se extingue:
> (...)
> II - para o pensionista do sexo feminino, pelo casamento;

Nesse diapasão, destaco que, para efeito de restabelecimento de pensão por morte, deve ser aplicada a lei vigente na data de sua cessação (na hipótese, a celebração do segundo casamento), sendo vedada a aplicação de lei superveniente, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*.

Nesse sentido, precedente desta Corte, abaixo transcrito:

> PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE -RESTABELECIMENTO - ÓBITO OCORRIDO EM 1980 - SEGUNDAS NÚPCIAS EM 1981 - ART. 18, VIII, *a*, DO DECRETO 83.080/79 - PERDA DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO POSTERIOR. I. A pensão foi concedida na vigência do Decreto 83.080/1979, quando a autora

> tinha a qualidade de dependente. Casou-se em 13.06.1981, e, com isso, perdeu a qualidade de dependente, na forma do disposto no art. 18, VIII, "a", do mesmo Decreto: II. Perdida a qualidade de dependente, a superveniência de legislação em 1991 que permite o recebimento da pensão por morte do segurado falecido pelo cônjuge que venha a se casar novamente não alcança, no caso, a autora. Isso porque, a relação jurídica entre a autora e o INSS estava extinta desde 13.06.1981, quando se casou novamente. Para que se beneficiasse da nova legislação, esta deveria trazer expressa a previsão de inclusão no rol de dependentes de pessoas já excluídas na vigência da legislação anterior. III. Remessa oficial e apelação providas.
> (AC 00206676120004039999, DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3 - NONA TURMA, DJU DATA: 10/08/2005 FONTE REPUBLICACAO)

A despeito da aplicação do Decreto 89.312/84 na hipótese, a jurisprudência mitigou o teor dessa norma para permitir a fruição do benefício mesmo após a celebração de novo casamento, desde que subsista a dependência econômica em relação ao cônjuge falecido, conforme Súmula 170 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *in verbis*:

> Súmula 170. Não se extingue a pensão previdenciária, se do novo casamento não resulta melhoria na situação econômico-financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício.

Entretanto, a apelante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia em comprovar que o novo casamento não lhe proporcionou melhorias em seu nível socioeconômico, de maneira a amparar o restabelecimento da pensão por morte ora pretendida.

Ao revés, o INSS apurou que a recorrente manteve sua subsistência por meio de atividade laborativa (fls. 99/100) que, acrescida dos proventos de seu cônjuge (fls. 80/81), aumentou seu padrão de vida logo após a celebração de seu segundo matrimônio, de maneira a tornar desnecessária a manutenção do benefício em comento.

Logo, sem comprovação da situação de dependência econômica, que também resta afastada em face da percepção de aposentadoria por invalidez (fls. 106), não há lugar para o restabelecimento da pensão por morte que, sendo de rigor a manutenção da sentença recorrida que julgou improcedente o pedido.

Assim se posiciona a jurisprudência desta Corte, conforme ementas a seguir transcritas:

> PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - ÓBITO EM 1978 - RESTABELECIMENTO - CÔNJUGE - NOVO CASAMENTO - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA. A legislação aplicada na concessão do benefício pensão por morte é aquela vigente na época do evento morte. Assim, a fruição da pensão por morte, em análise, tem como pressupostos a implementação de todos os requisitos previstos na legislação previdenciária para a concessão do benefício, quais sejam, a existência de um vínculo jurídico entre o segurado mantenedor do dependente e a instituição previdenciária, a dependência econômica entre a pessoa beneficiária e o segurado e a morte do segurado. Estando o evento do casamento elencado no rol das situações a ensejar a extinção do benefício de pensão por morte, consoante o artigo 39 da Lei nº 3.807/60, legislação aplicável no tempo do óbito, agiu corretamente a Autarquia Previdenciária ao suspender o pagamento do referido benefício e, posteriormente, encerrá-lo, quando se casou pela segunda vez a viúva beneficiária. E não obstante ser admitida a manutenção do benefício na hipótese do novo matrimônio não resultar melhora na situação financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício, consoante dispunha a Súmula nº 170 do extinto Tribunal Federal de Recursos, observo que não há prova de que a autora continuou a depender do benefício de pensão por morte. Apelação da parte autora improvida.

(AC 00356148620014039999, DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/03/2010 PÁGINA: 531 FONTE REPUBLICACAO)

PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO LEGAL - RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE - NOVO CASAMENTO. 1. A causa posta foi examinada à luz da legislação de regência, com a análise fundamentada de todo conjunto probatório trazido aos autos. 2. Não se desincumbiu a autora do ônus de demonstrar que o novo casamento não representou alteração em seu nível sócio-econômico, de modo a legitimar a restauração do benefício da pensão por morte. 3. Agravo legal desprovido.
(AC 00305639420014039999, DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2010 PÁGINA: 924 FONTE REPUBLICACAO)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO FALECIDO. ÓBITO ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. SEGUNDAS NÚPCIAS. AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO PRIMEIRO MARIDO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. I - Para efeito de restabelecimento do benefício de pensão por morte, deve ser considerada a legislação vigente à época do segundo casamento da autora, segundo o princípio do *tempus regit actum*. II - O regime jurídico a ser observado é o regramento traçado pelo inciso II, do artigo 50 do Decreto nº 89.312/84, que dispõe acerca da extinção do direito da mulher ao recebimento do benefício da pensão por morte desde que, conforme entendimento jurisprudencial, do novo casamento decorresse melhoria de sua situação econômica. III - No caso em comento, para que a autora continuasse a perceber a pensão por morte deveria demonstrar que, apesar de ter contraído o segundo matrimônio, ainda continuava dependente financeiramente do primeiro marido. Entretanto, a requerente não produziu qualquer prova material ou testemunhal que comprovasse a relação de dependência em relação ao primeiro cônjuge. Ora, a produção de provas era indispensável para aferir a questão relativa à situação econômico-financeira da viúva, haja vista que o fato da autora ter se casado novamente não lhe excluiu o direito à pensão, se dessas novas núpcias não houve melhoria da sua condição econômica. No entanto, concedido a oportunidade para a especificação de provas pelo juízo sentenciante, a requerente limitou-se a requerer o julgamento do feito, quedando-se inerte quanto a comprovação de sua dependência econômica. IV - Não há condenação da demandante aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Apelação da autora desprovida.
(AC 00161604720064039999, JUIZ CONVOCADO DAVID DINIZ, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJU DATA: 05/03/2008 PÁGINA: 733 FONTE REPUBLICACAO)

Posto isso, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO à apelação.

Publique-se. Intimem-se

Após ultimadas as providências necessárias, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

- Sobre a cumulação de pensão por morte com aposentadoria por invalidez, veja também o seguinte julgado: AC 2001.03.99.042087-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 66/246.

- Sobre o restabelecimento de pensão por morte extinta em razão de novo casamento da viúva, veja também os seguintes julgados: AC 89.03.030362-8/SP, Relator Juiz José Kallás, publicada na RTRF3R 8/71 e AC 95.03.066590-6/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 39/214.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0001593-63.2009.4.03.6003
(2009.60.03.001593-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 170/173
Apelante: DALVA ABONIZIO DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1509014
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA.

I - Entre o termo final do último vínculo empregatício do falecido (01.11.2004) e a data do óbito (25.11.2006) transcorreram 24 (vinte e quatro) meses, o que implicaria, em tese, a perda da qualidade de segurado. Todavia, o compulsar dos autos revela que o falecido sofria de etilismo crônico, haja vista a informação constante da ficha de atendimento médico (21.11.2006; fl. 40), no sentido de que o *de cujus* era "... paciente alcoólatra ...".

II - É possível inferir que o falecido encontrava-se em situação de desemprego no período imediatamente anterior ao óbito, pois neste momento já estaria configurado o etilismo crônico, de forma a lhe retirar a necessária sobriedade para arrumar uma colocação no mercado de trabalho.

III - O "... registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social", constante da redação do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, constitui prova absoluta da situação de desemprego, o que não impede que tal fato seja comprovado por outros meios de prova, como fez a r. decisão agravada. Na verdade, a extensão do período de "graça" prevista no aludido preceito tem por escopo resguardar os direitos previdenciários do trabalhador atingido pelo desemprego, de modo que não me parece razoável cerceá-lo na busca desses direitos por meio de séria limitação probatória.

IV - Configurada a situação de desemprego, este manteve sua qualidade de segurado até a data do óbito, considerando os 24 (vinte e quatro) meses do período de "graça" previsto no art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

V - Agravo do INSS desprovido (art. 557, § 1º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interposto pelo INSS, na forma prevista no art. 557, § 1º, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS com fundamento no art. 557, § 1º, do CPC, em face de decisão de fls. 170/173, que deu provimento à apelação da parte autora, para julgar procedente o pedido, condenando o INSS a conceder-lhe o benefício de pensão por morte, no valor a ser apurado segundo o critério inserto no art. 75 da Lei nº 8.213/91, a contar da data da citação.

Objetiva o réu, ora agravante, a reconsideração de tal decisão ou o provimento do presente agravo, alegando que o *de cujus* houvera perdido a qualidade de segurado, uma vez que quando do óbito, já havia sido ultrapassado o prazo de 12 (doze) meses desde o último vínculo empregatício; que a parte autora não demonstrou, através de prova documental, que o falecido havia procedido ao registro da situação de desemprego em órgão próprio do Ministério do Trabalho; que a ausência de anotação em CTPS não substitui tal registro.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): A matéria de fundo veiculada pelo presente agravo cinge-se na questão acerca da qualidade de segurado do falecido, notadamente quanto à prorrogação do período de "graça" em razão do reconhecimento da situação de desemprego, nos termos do art. 15, § 2º da Lei nº 8.213/91.

Relembre-se que entre o termo final do último vínculo empregatício do falecido (01.11.2004; fl. 101) e a data do óbito (25.11.2006) transcorreram 24 (vinte e quatro) meses, o que implicaria, em tese, a perda da qualidade de segurado. Todavia, o compulsar dos autos revela que o falecido sofria de etilismo crônico, haja vista a informação constante da ficha de atendimento médico (21.11.2006; fl. 40), no sentido de que o *de cujus* era "... paciente alcoólatra ...".

Dada a situação acima descrita, é possível inferir que o falecido encontrava-se em situação de desemprego no período imediatamente anterior ao óbito, pois neste momento já estaria configurado o etilismo crônico, de forma a lhe retirar a necessária sobriedade para arrumar uma colocação no mercado de trabalho.

Importante esclarecer que o "... registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social", constante da redação do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, constitui prova absoluta da situação de desemprego, o que não impede que tal fato seja comprovado por outros meios de prova, como fez a r. decisão agravada. Na verdade, a extensão do período de "graça" prevista no aludido preceito tem por escopo resguardar os direitos previdenciários do trabalhador atingido pelo desemprego, de modo que não me parece razoável cerceá-lo na busca desses direitos por meio de séria limitação probatória.

Em síntese, configurada a situação de desemprego, este manteve sua qualidade de segurado até a data do óbito, considerando os 24 (vinte e quatro) meses do período de "graça" previsto no art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo interposto pelo INSS*, na forma do art. 557, § 1º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

• Sobre a comprovação da condição de desempregado para fins de prorrogação do período de graça, veja também o seguinte julgado: EDcl AC 0046248-29.2010.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, publicados na RTRF3R 112/228.

APELAÇÃO CÍVEL
0000290-85.2011.4.03.6183
(2011.61.83.000290-9)

Apelante: JOAO ALBERTO MAGRINI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AC 1808852
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. "DESAPOSENTAÇÃO". CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELAS EGRÉGIAS SÉTIMA TURMA E TERCEIRA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. NECESSIDADE DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO E DA PACIFICAÇÃO DOS LITÍGIOS, COM A ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO AFIRMADO NESTA CORTE REGIONAL, A DESPEITO DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DO BENEFICIÁRIO DESPROVIDO.
- As Egrégias Sétima Turma e Terceira Seção deste C. Tribunal Regional Federal - 3ª Região assentaram entendimento no sentido de que: "o cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigo 12, § 4º, da Lei 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, ao fundamento de que as contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado". *(Precedentes: TRF-3ª Região - EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1545547, Processo 0017678-69.2009.4.03.6183, Terceira Seção, rel. Des. Federal Nelson Bernardes, m.v., julg.:24.05.2012, e-DJF3-Judicial de 11.06.2012; TRF-3ª Região - AC - APELAÇÃO CÍVEL - ptocesso 1729146 - 0011492-23.2012.4.03.9999 - Sétima Turma - Rel. Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, julg.: 04.06.2012, e-DJF3-Judicial de 15.06.2012).*
- Necessidade da unificação do Direito e da pacificação dos litígios, com a adoção do entendimento afirmado nesta Corte Regional, a despeito do entendimento pessoal do relator.
- Decisão agravada mantida.
- Agravo do particular desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao

recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): Trata-se de agravo legal, previsto pelo art. 557, § 1º, do CPC, interposto pela parte autora contra a r. decisão monocrática proferida nos autos da ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em que pleiteia a desaposentação, com vistas à obtenção de benefício mais vantajoso, cujo conteúdo não reconheceu seu direito.

A agravante sustenta, em apertada síntese, o cabimento da desaposentação sem a necessidade de devolução do que foi recebido a título do benefício ao qual pretende renunciar, pelo que requer seja reformada a r. decisão recorrida, com a consequente procedência de seu pedido.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): De início, deixo anotado que este julgado está em consonância com o art. 97 da Constituição Federal e com a Súmula Vinculante nº 10, do E. STF, uma vez que não há declaração expressa ou implícita de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, nem negativa da incidência desses atos normativos (no todo ou em parte), inexistindo declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto. Este pronunciamento se assenta em interpretações realizadas mediante o reconhecimento da plena constitucionalidade das normas que regem a matéria, aliás, seguindo entendimento semelhante esposado em vários julgados deste E. Tribunal Regional Federal.

Superadas estas questões processuais, assevero não ser o caso de se falar em decadência ou em prescrição em decorrência de o tempo a que se pretende considerar para a "desaposentação" ser recente. Ainda que a decadência tenha sido inserida no art. 103 da Lei 8.213/1991 somente com a redação dada pela Medida Provisória nº 1523-9, DOU de 28/06/1997 (e, posteriormente, pelas Leis 9.528/1997, 9.711/1998 e 10.839/2004), a presente ação busca a concessão de novo benefício com o cancelamento de benefício anterior, de modo que não há que se falar em decadência, por não haver qualquer pretensão à revisão da renda mensal do benefício anterior. Já no que tange à prescrição, é de observar-se que, em relações jurídicas de natureza continuativa, o fundo do direito não é atingido, mas tão-somente as prestações compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação, tal como prevê a Súmula 85 do STJ: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure com devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação". Considerando que a desaposentação somente pode ser conferida para efeitos futuros, não há que se cogitar em prescrição.

No que concerne ao tema de mérito, propriamente dito, em meu entendimento pessoal, as pretensões deduzidas pela parte-autora têm parcial fundamento. Com amparo no princípio da isonomia que serve de vetor para a compreensão da legislação ordinária que rege a matéria, parece-me claro o direito de a parte-autora ver reconhecido o direito à "desaposentação" com cessação de benefício anterior e imediata implantação de novo benefício (considerando o tempo e as contribuições tanto anteriores quanto posteriores à concessão da aposentadoria a qual se renuncia), contudo, mediante a devolução do que recebeu até a nova implantação.

Para esclarecer meu posicionamento particular, tomo como referência a situação do "Trabalhador A" que, mesmo tendo a possibilidade de pedir administrativamente a aposentadoria proporcional, preferiu continuar seu labor e suas contribuições previdenciárias para ter direito à aposentadoria integral. Nesse caso, mediante um número de meses trabalhados e certa quantidade de contribuições vertidas ao sistema de Seguridade (observados ainda outros requisitos previstos na legislação de regência), esse Trabalhador A fez jus à aposentadoria integral.

Por sua vez, o "Trabalhador B" fez opção diversa, na medida em que exerceu direito à aposentadoria proporcional e passou a receber benefício do sistema de Seguridade. Concomitantemente aos meses em que recebeu sua aposentadoria proporcional, esse mesmo Trabalhador B continuou seu labor e, suas novas remunerações ficaram obrigatoriamente sujeitas à incidência de contribuições previdenciárias, de modo que, após determinado lapso de tempo, esse trabalhador apresentou número de meses e de contribuições suficientes para sua aposentadoria integral (obviamente, considerando o tempo e as contribuições anteriores e posteriores à concessão da aposentadoria que até então recebe).

Considerando que o tema posto nos autos envolve aposentadoria por tempo de serviço, acredito que o tratamento isonômico deve ter como parâmetro, essencialmente, o tempo trabalhado, a carência, e a condição de segurado, além de outros critérios previstos na legislação que rege a matéria. Ora, tendo em vista que estão em situações equivalentes o Trabalhador A e o Trabalhador B (neste caso, considerado o labor e contribuições posteriores à concessão de benefício proporcional), por certo que a legislação ordinária deve ser interpretada como permissiva ao pleito da denominada "desaposentação", todavia, mediante devolução do que o Trabalhador B recebeu até a nova implantação (já que o Trabalhador A nada recebeu antes de completar os requisitos para a aposentadoria integral).

Também sob o fundamento da isonomia, em meu entendimento, terá direito à desaposentação o trabalhador que recebia aposentadoria integral mas suas novas contribuições ensejam reflexos no fator previdenciário, no cálculo do benefício (observado o teto) ou em qualquer outra situação que o coloque em injusta situação de desvantagem em comparação àquele que trabalhou o mesmo tempo, contribuiu o mesmo número de meses e tem igual idade. Tivesse o trabalhador obtido direito à aposentadoria integral e pelo valor do teto de benefício, caso voltasse a trabalhar, suas novas remunerações seriam tributadas e devidas ao sistema de seguridade em razão do princípio da solidariedade (já que nada poderia reclamar junto ao INSS), mas não sendo esse o caso, as novas circunstâncias (contribuições, tempo de trabalho, mudança no contexto do fator previdenciário etc.) devem ser consideradas para fins da desaposentação à luz do contido no art. 201 da Constituição, segundo o qual ao § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 deve ser interpretado de modo a não causar desigual tratamento e injusto desequilíbrio na equação ditada pelo sistema de seguridade.

Acredito ainda que o contido no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 (na redação dada pela Lei 9.528/1997) autoriza a "desaposentação", pois o aposentado pelo Regime Geral de Previdência

Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a esse 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), uma vez que se não se trata de nova prestação previdenciária mas sim de cessação de um benefício para a concessão do mesmo benefício recalculado, sempre no mesmo regime e à luz do princípio da isonomia.

Parece-me claro que, tratando-se de interesses disponíveis, o beneficiário pode renunciar às prestações pertinentes à aposentadoria anteriormente concedida dado ao caráter patrimonial dessas verbas. E, considerando circunstâncias supervenientes às quais ficou exposto, não há que se falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido como impeditivos à "desaposentação". A possibilidade da renúncia a benefícios já foi enfrentada pelo E. STJ no AGREsp 497.683/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 04.08.2003.

Convém também observar que a Previdência Social está organizada com base em critérios contributivos e de filiação obrigatória (art. 201, *caput*, da Constituição), no qual se afirma a constitucionalidade do § 3º do art. 11 da Lei 8.213/1991 (na redação dada pelo art. 3º da Lei 9.032/1995), daí porque o aposentado pelo RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por esse regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, vale dizer, compulsoriamente fica sujeito às contribuições previdenciárias previstas na Lei 8.212/1991, já que foi extinto o denominado pecúlio que possibilitava a restituição das contribuições implementadas após a aposentadoria.

Em consonância com meu entendimento, no que concerne à devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria que se pretende renunciar, há duas situações distintas: 1ª) renúncia à aposentadoria para obtenção de nova aposentadoria em regime de previdência distinto do RGPS; 2ª) renúncia de benefício buscando posterior concessão de outro no próprio RGPS. No caso de renúncia visando obtenção de nova aposentadoria em regime distinto do RGPS, a jurisprudência se afirmou pela possibilidade de "desaposentação" sem a devolução dos valores recebidos à título do amparo no regime geral para fins de cômputo do tempo de serviço prestado nesse regime, anterior à aposentadoria, na concessão de benefício previdenciário em regime previdenciário próprio, tendo em vista a edição da Lei 9.796/1999, regulamentada pelo Decreto 3.112/19999 (nesse sentido, no E. STJ, o REsp 692.628/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 05-9-2005). No que tange à "desaposentação" para posterior aposentadoria no próprio RGPS, acredito que a desconstituição da aposentadoria anterior deve se dar com a devolução dos valores percebidos até a concessão da nova aposentadoria (justamente em face da isonomia), mediante desconto mensal sobre o montante da nova aposentadoria a ser paga, observados os seguintes limites, dos dois o menor: 30% do montante do novo benefício, ou o que restou acrescido quando comparados o montante mensal até então pago e o novo benefício apurado. Acredito que essa limitação é providência razoável e coerente com o reconhecimento do direito à "desaposentação" e à natureza alimentar das prestações previdenciárias, sem representar burla ou violação à legislação de regência, muito menos empréstimo sem garantia (mesmo porque, não fosse o reconhecimento do direito à renúncia, o INSS teria de adimplir com as prestações previdenciárias), mas sim medida necessária e imperativa para tornar exeqüível o próprio reconhecimento do direito à "desaposentação", sem criar nenhum ônus imediato ao sistema de seguridade ou imposição desproporcional ao beneficiário.

Esse meu entendimento sobre "desaposentação" foi inicialmente acolhido na 7ª Turma desta Corte Federal, como se pode notar na AC nº 1453614, de minha relatoria, j. 06/06/2011, DJF3 CJ1 de 24/06/2011, p. 428. Contudo, não foi essa a posição que restou adotada pela 3ª Seção deste E. TRF, que afirmou o descabimento da "desaposentação", como se pode notar nos

EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1545547, Processo 0017678-69.2009.4.03.6183, Terceira Seção, Desembargador Federal Nelson Bernardes, m.v., julgamento em 24/05/2012, e-DJF3-Judicial 1 de 11/06/2012:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO ADESIVO. INADMISSIBILIDADE. DESAPOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 18, § 2º, Lei 8.213/91. ART. 181-B, DECRETO Nº 3.048/99. 1 - Conquanto contemplada, nas hipóteses em que ambos os litigantes são vencidos, a possibilidade de aderência aos embargos infringentes interpostos pela parte contrária (art. 500, II, CPC), o recurso adesivo se sujeita aos mesmos pressupostos de admissibilidade daquele ao qual se prende. 2 - Embora não unânime, o julgado em questão não contempla um voto minoritário no sentido da tese defendida pelo recorrente. Logo, ainda que houvesse sido interposto como recurso principal, a peça de irresignação não ultrapassaria o juízo de admissibilidade, por ausência de interesse na prevalência do posicionamento isolado, elemento essencial que, no caso dos autos, lhe é prejudicial. 3 - A questão não cuida de mera renúncia, mas do aproveitamento do tempo considerado na concessão de um benefício, já implantado e mantido pelo sistema previdenciário, na implantação de um outro economicamente mais viável ao contribuinte, para o que seria necessário somar períodos não existentes ao tempo do ato concessor. 4 - A Lei de Benefícios, conquanto não tenha disposto expressamente acerca da renúncia à aposentadoria, estabeleceu que as contribuições vertidas após o ato de concessão não seriam consideradas em nenhuma hipótese. 5 - A contribuição individual dos segurados que integram a Seguridade Social, conforme decorre do nosso ordenamento jurídico, não se destina somente e a qualquer custo à satisfação dos interesses particulares, especialmente se desprovidos de amparo legal. Nunca é demais lembrar que o financiamento aos benefícios geridos pela Seguridade Social decorre do princípio da solidariedade social estabelecido no art. 195 da CF/88. Dessa forma, toda a sociedade, de forma direta e indireta, contribui para o sistema. 6 - Não há correlação entre parcelas pagas e benefício auferido, dado o já mencionado caráter solidário da seguridade social. 7 - A aposentadoria é um direito patrimonial e, portanto, disponível. Não obstante, as prestações previdenciárias recolhidas após a sua concessão não dão direito a qualquer benefício, exceto ao salário família e à reabilitação profissional, em face do § 2º do art. 18, da Lei 8.213/91, conforme já exposto e, dessa forma, não podem ser consideradas no recálculo da renda em manutenção. 8 - Recurso adesivo não conhecido. Embargos infringentes providos.

Também na Sétima Turma deste E. TRF o entendimento restou posteriormente sedimentado pelo descabimento da "desaposentação", como se pode notar na AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1729146, Processo 0011492-23.2012.4.03.9999, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, julgamento em 04/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 de 15/06/2012:

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA Lei 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA Lei 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. - Embargos de declaração recebidos como agravo, em conformidade com o princípio da fungibilidade recursal, uma vez que a oposição daqueles ocorreu dentro do prazo legal para a interposição do recurso cabível. - A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte. - O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigo 12, § 4º, da Lei

8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91. - As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. - Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação. - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida. - Agravo desprovido.

É verdade que o tema da "desaposentação" ainda encontra-se aberto e pendente de solução no E. STF, no qual, no RE 381.367/RS, cujo julgamento foi iniciado em 16.09.2010, o Rel. Min. Marco Aurélio votou pelo cabimento da "desaposentação" e pela interpretação válida do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 (emprestando alcance consentâneo com a Constituição para afastar a duplicidade de benefício, mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita), sobrevindo pedido de vista do Min. Dias Toffoli. Entretanto, a afirmação da jurisprudência como manifestação do Direito Judicial deve assegurar previsibilidade e segurança dentro das Cortes, motivo pelo qual, curvo-me ao entendimento assentado pela E. Sétima Turma e pela E. Terceira Seção deste C. Tribunal Regional Federal, em favor da unificação do Direito e da pacificação dos litígios.

Feitas estas considerações, entendo que a r. decisão agravada deva ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, *nego provimento ao agravo legal interposto pela parte autora*, para manter, *in totum*, a r. decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

- Sobre o cômputo do tempo de contribuição laborado após a aposentadoria para fins de revisão da renda mensal inicial do benefício, veja também os seguintes julgados: ApelReex 0003440-19.2004.4.03.9999/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, publicada na RTRF3R 106/99 e AC 0001844-55.2011.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 112/166.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0002845-75.2011.4.03.6183
(2011.61.83.002845-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 121/126
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: MARCELO LEOPOLDO SOARES DA SILVA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: ApelReex 1734482
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2013

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. ELETRICIDADE. PERICULOSIDADE COMPROVADA. CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE ESPECIAL. LEI 11.960/09. APLICAÇÃO COM RELAÇÃO À CORREÇÃO MONETÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.
1. O Decreto 53.831/64, ao dispor sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807/60, considerou perigosa a atividade profissional sujeita ao agente físico "eletricidade", em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidentes, tais como eletricistas, cabistas, montadores e outros, expostos à tensão superior a 250 volts (item 1.18 do anexo).
2. A Lei 7.369/85 reconheceu a condição de periculosidade ao trabalhador do setor de energia elétrica, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa.
3. O Decreto 93.412/86 regulamentou-a para assegurar o direito à remuneração adicional ao empregado que permanecesse habitualmente na área de risco e em situação de exposição contínua, ou nela ingressasse de modo intermitente e habitual, onde houvesse equipamentos e instalações, de cujo contato físico ou exposição aos efeitos da eletricidade resultassem incapacitação, invalidez permanente ou morte (Arts. 1º e 2º), exceto o ingresso e permanência eventual, tendo referida norma especificado, ainda, as atividades e áreas de risco correspondentes, na forma de seu anexo.
4. Natureza especial do trabalho sujeito à eletricidade. Precedentes: STJ.
5. No que tange à correção monetária, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica, a partir da vigência da Lei 11.960/09.
6. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo legal, contra decisão que não conheceu da remessa oficial e deu parcial provimento à apelação interposta para reformar a r. sentença, tão só, no que toca aos juros de mora e à base de cálculo dos honorários advocatícios, mantendo o reconhecimento do direito à aposentadoria especial.

Sustenta o agravante, em suma, a impossibilidade do reconhecimento da atividade especial dos períodos de 06.03.97 a 14.10.10, porquanto, a contar de 28.04.95, data do início de vigência da Lei 9.032/95, deixou de ser possível a conversão de tempo de serviço, unicamente em razão da atividade de risco exercida pelo segurado, passando a ser exigida a efetiva exposição a agente agressivo para tanto.

Aduz, ainda, violação aos Arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.032/95.

Requer, por fim, a aplicação dos critérios contidos na Lei 11.960/09, no tocante à correção monetária.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): A decisão agravada (fls. 121/126) foi proferida nos seguintes termos:

> Trata-se de apelação da autarquia, em ação de conhecimento ajuizada em 22/03/11, que tem por objeto condenar a autarquia a conceder a aposentadoria especial, mediante o reconhecimento do tempo de serviço trabalhado em condições especiais de 06/03/97 a 14/12/10.
> O MM. Juízo "a quo", em sentença datada de 29/11/11, submetida ao reexame necessário, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo o exercício de atividades especiais de 06/03/97 a 14/10/10 e condenando a autarquia a conceder a aposentadoria especial, a partir da DER (14/12/10 - fls. 21), bem como a pagar os valores em atraso com juros de mora e correção monetária, além de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação. Determinou a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 92/95).
> Em seu recurso, a autarquia pede que a apelação seja recebida no duplo efeito. No mais, pugna pela reforma integral da decisão recorrida, senão, ao menos, a redução da verba honorária para 5% sobre o valor das parcelas devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ e a reforma no tocante aos juros de mora e correção monetária (fls. 100/110).
> Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.
> É o relatório. Decido.
> Por primeiro, no que pertine ao recebimento do recurso no seu duplo efeito, pacífica a jurisprudência no sentido de que a sentença que defere ou confirma a antecipação de tutela deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, ex vi do Art. 520, VII, do CPC. O efeito suspensivo é excepcional, justificado somente nos casos de irreversibilidade da medida. Tratando-se de benefícios previdenciários ou assistenciais, o perigo de grave lesão existe para o segurado ou necessitado, e não para o ente autárquico, haja vista o caráter alimentar das verbas, imprescindíveis à própria subsistência do ser.
> Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA NA SENTENÇA. EFEITO DA APELAÇÃO. I - A apelação interposta contra sentença em que deferida a antecipação de tutela deve ser recebida no efeito devolutivo. O art. 520 do Código de Processo Civil deve ser interpretado teleologicamente a fim de que se considere como hipótese de incidência o deferimento de tutela de urgência Precedentes. II - Agravo Regimental improvido." (AGA 200901233945; AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1217740; Relator(a) SIDNEI BENETI; Sigla do órgão STJ Órgão julgador TERCEIRA TURMA Fonte DJE DATA: 01/07/2010);

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. TUTELA CONCEDIDA NO BOJO DA SENTENÇA. 1. Presente a verossimilhança do direito à concessão do benefício de aposentadoria, uma vez que a sentença proferida reconheceu o período de atividade rural, havendo elementos firmes para tal conclusão, a tutela específica, concedida por ocasião da sentença se legitima. Assim, o efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto não tem cabimento. 2. Ausentes os pressupostos de lesão grave e de difícil reparação, bem como relevante fundamentação a conferir à apelação efeito suspensivo como pleiteado. 3. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, não se pode falar em irreversibilidade da medida antecipatória da tutela, pois ela não esgota a um só tempo o objeto da demanda, podendo o pagamento do benefício ser suspenso a qualquer tempo, se alterada a situação fática que alicerçou a tutela antecipada. 4. Agravo de instrumento desprovido."
(AG 200703000484044 AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 300589 Relator(a) JUIZ JEDIAEL GALVÃO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador DÉCIMA TURMA Fonte DJF3 DATA: 14/05/2008).

Nos casos de benefício de valor mínimo e ações declaratórias de valor inferior a 60 salários-mínimos não há remessa oficial, nos termos do Art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pelo Art. 1º, da Lei nº 10.352/01, que entrou em vigor em 27 de março de 2002.

Passo ao exame da matéria de fundo.

A questão tratada nestes autos diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais, objetivando a concessão da aposentadoria especial.

Segundo o Art. 57, da Lei 8.213/91:

"Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49."

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

Em virtude das várias modificações legislativas, algumas considerações devem ser feitas.

Num primeiro momento, tem-se que "direito à contagem de tempo de serviço" é diverso do "direito a aposentadoria". Na esfera previdenciária o direito adquirido à fruição de um benefício surge quando implementados todos os requisitos e condições. Até porque não existe direito adquirido à manutenção de um regime jurídico específico. Contudo, a contagem de tempo de serviço deve ser feita pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 05/03/1997, quando foi publicado o Decreto 2.172, que regulamentou a Lei 9.032/95 e a MP 1.523/96 (convertida na Lei 9.528/97), o segurado deveria comprovar o tempo de serviço

laborado em condições especiais, em virtude da exposição de agentes nocivos à saúde e à integridade física dos segurados, mediante o enquadramento da atividade exercida no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 e, posteriormente, do Decreto 611/92, e apresentação do formulário SB40, exceto em relação ao ruído e calor, para os quais sempre foi necessário a existência do laudo pericial.

A partir da Lei 9.032/95, passou-se a exigir o formulário SB40, laudo técnico e enquadramento das atividades nos citados decretos e, a partir 05/03/1997, as atividades devem ser enquadradas no Decreto 2.172/97.

Nesse sentido, trago à colação julgados do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. COMPROVAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95. DESNECESSIDADE. PERÍODO POSTERIOR À REFERIDA LEI COMPROVADO MEDIANTE LAUDO ESPECÍFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, consubstanciam instrumento processual apto a sanar omissão, obscuridade ou contradição, e corrigir eventual erro material.

2. Até a edição da Lei 9.032/95 (28/4/95), existia a presunção absoluta de exposição aos agentes nocivos relacionados no anexo dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 tão-só pela atividade profissional, quando então passou a ser exigida a sua comprovação por meio dos formulários de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos ou outros meios de provas até a data da publicação do Decreto 2.172/97. *In casu*, apesar da correta fundamentação, foi reconhecido, pela atividade profissional, o tempo de serviço até 5/3/97, verificando-se, dessa forma, a apontada contradição no voto do recurso especial.

4. A constatação do alegado vício, entretanto, em nada prejudica a conclusão alcançada pelo aresto ora embargado, uma vez que o restante do tempo considerado especial - entre 29/4/95 e 5/3/97 - foi devidamente comprovado mediante formulários emitidos pela empresa, na forma estabelecida pelo INSS.

5. Embargos de declaração acolhidos para suprir a contradição, sem a atribuição de efeitos infringentes."

(STJ, EDcl no REsp 415.298/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 06/04/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI Nº 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS Nºs 9.032/1995 E 9.528/1997. OPERADOR DE MÁQUINAS. RUÍDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.

2. Até o advento da Lei nº 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei nº 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.

4. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010).
Resumindo, tem-se que até 28/04/95, basta a comprovação do enquadramento em atividade classificada como especial, conforme rol constante dos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, mediante qualquer meio de prova, exceto ruído e calor, que exigem a apresentação de laudo pericial.
De 29/04/95 a 05/03/97, a comprovação deve ser feita mediante a apresentação de formulários a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física, arrolados nos Decretos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, salvo ruído e calor que exigem a apresentação do formulário e de laudo pericial.
A partir de 05/03/97, a prova da efetiva exposição dos agentes previstos ou não no Decreto 2.172, deve ser realizada por meio de formulário-padrão, fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho.
Cabe ressaltar ainda que, o Decreto 4.827 de 03/09/03, permitiu a conversão do tempo especial em comum ao serviço laborado em qualquer período, alterando os dispositivos que vedavam tal conversão.
Quanto a agressividade do agente ruído, é importante destacar que o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, revogou os dois outros Decretos anteriormente citados (53.831/64 e 83.080/79), e passou a considerar o nível de ruídos superior 90 decibéis como prejudicial à saúde. Desse modo, conclui-se que, até ser editado o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB como agente nocivo à saúde.
Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal Decreto esse nível voltou a ser de 85 dB (Art. 2º, do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99) - (STJ, 6ª Turma, AGRESP 727497, Processo nº 200500299746/ RS, DJ 01/08/2005, p. 603, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).
Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 decibéis, razão pela qual é de se considerar o nível de ruídos superior a 85 dB a partir de 05.03.1997.
Ademais, dispõe o Decreto nº 4.827/03 (que deu nova redação ao Art. 70, do Decreto nº 3.048/99):
"Art. 1º, § 2º - As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período."
Nesse sentido: STJ, REsp 1151363/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, DJe 05/04/2011.
Por sua vez, o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04/03/2009, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29/05/09, p. 391.
"A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI's não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade." (TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma,

Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19/05/2011, p: 1519)
Atualmente, no que tange a comprovação de atividade especial, assim dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto 3.048/99, *in verbis*:
"Art. 68.
§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho." (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001)
Assim sendo, a legislação previdenciária não mais exige a apresentação do laudo técnico para fins de comprovação de atividade especial, sendo que embora continue a ser elaborado e emitido por profissional habilitado, qual seja, médico ou engenheiro do trabalho, o laudo permanece em poder da empresa que, com base nos dados ambientais ali contidos, emite o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, que reúne em um só documento tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental, e no qual consta o nome do profissional que efetuou o laudo técnico, sendo que o PPP é assinado pela empresa ou seu preposto.
Na conversão, deve ser efetuado o fator de conversão 1,4 (Decreto 611/92), vigente à época do implemento das condições para a aposentadoria.
A necessidade de comprovação de trabalho "não ocasional nem intermitente, em condições especiais" passou a ser exigida apenas a partir de 29/4/1995, data em que foi publicada a Lei 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da lei 8.213/91, não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30/6/2010, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Marianina Galante, 8ª Turma, DJF3 22/9/2010, p. 445.
Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo a análise da documentação do caso em tela.
Assim fazendo, verifico que a parte autora comprovou que exerceu atividade especial no período de 06/03/97 a 14/10/10, laborado na empresa Elektro Eletricidade e Serviços S/A, em condições consideradas especiais, com exposição habitual e permanente ao agente agressivo eletricidade, com tensão superior à 250 volts (item 1.1.8 do Decreto nº 53.831/1964) (fls. 29).
Esclareço que filio-me ao entendimento da jurisprudência desta Corte, não é necessário que o laudo pericial seja contemporâneo ao período em que exercia a atividade insalubre, ante a inexistência de previsão legal. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2007.61.14.006680-5, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, 10ª Turma, DJF3 20/05/2009, p. 759.
Cumpre esclarecer que o período de 06/11/84 a 05/03/97 já foi reconhecido como trabalho especial na esfera administrativa (fls. 36).
Portanto, é reconhecido como especial o período de 06/03/97 a 14/10/10.
Assim, o tempo de atividade exercido sob condições especiais perfaz 25 anos, 11 meses e 09 dias até a DER (14/12/10 - fls. 21).
Reconhecido o direito à aposentadoria especial, passo a dispor sobre os consectários incidentes sobre as parcelas vencidas e a sucumbência.
Quanto aos consectários, o Art. 31, da Lei 10.741/03, prescreve que "o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.".
O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 316, de 11.08.2006, convertida na Lei nº 11.430/2006, dispõe que o valor dos benefícios é reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas

de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.
Desta forma, por força do Art. 31, da Lei 10.741/03 c. c. o Art. 41-A, da Lei 8.213/91, o IGP-DI deve ser substituído, a partir de 11.08.2006, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários.
Quanto ao índice de atualização monetária prevista na novel legislação (TR), não se aplica ao caso em tela, pois a especial idade da disposição prevista na Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso (Art. 31. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento) não pode ser derrogada por lei geral, consoante princípio segundo o qual apenas a lei especial revoga a geral (*lex specialis derrogat lex generali*).
Os juros de mora de 0,5% ao mês incidem, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do Art. 406, do Código Civil e do Art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.
A partir de 30.06.2009, aplica-se o Art. 5º, da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, *verbis*:
"Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança."
Confira-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:
"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 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."
(EREsp nº 1.207.197/RS; unânime; Relator Ministro Castro Meira; d.j. 18.05.11)
Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).
Os valores já pagos na esfera administrativa serão compensados por ocasião da execução do julgado.
O percentual da verba honorária deve ser mantido, porquanto fixado de acordo com o entendimento da Turma. Entretanto, a base de cálculo deve estar em conformidade com a Súmula STJ 111, segundo a qual se considera apenas o valor das prestações que seriam devidas até a data da sentença.

> Ante o exposto, e com base no Art.557, caput e § 1º-A, do CPC, não conheço da remessa oficial e dou parcial provimento à apelação interposta para reformar a r. sentença, tão só, no que toca aos juros de mora e à base de cálculo dos honorários advocatícios, nos termos em que explicitado.
> Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Como se observa, os argumentos trazidos na irresignação da agravante foram devidamente analisados pela r. decisão hostilizada.

O Decreto 53.831/64, ao dispor sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807/60, considerou perigosa a atividade profissional sujeita ao agente físico "eletricidade", em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidentes, tais como eletricistas, cabistas, montadores e outros, expostos à tensão superior a 250 volts (item 1.18 do anexo).

De seu lado, a Lei 7.369/85 reconheceu a condição de periculosidade ao trabalhador do setor de energia elétrica, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa.

A seguir, o Decreto 93.412/86 regulamentou-a para assegurar o direito à remuneração adicional ao empregado que permanecesse habitualmente na área de risco e em situação de exposição contínua, ou nela ingressasse de modo intermitente e habitual, onde houvesse equipamentos e instalações, de cujo contato físico ou exposição aos efeitos da eletricidade resultassem incapacitação, invalidez permanente ou morte (Arts. 1º e 2º), exceto o ingresso e permanência eventual, tendo referida norma especificado, ainda, as atividades e áreas de risco correspondentes, na forma de seu anexo.

Tem, assim, natureza especial o trabalho sujeito à eletricidade e exercido nas condições acima previstas, consoante os anexos regulamentares, suscetível da conversão em tempo de serviço comum, desde que comprovada a efetiva exposição ao agente físico nos moldes da legislação previdenciária, e, excepcionalmente, à falta de formulários ou laudos eventualmente exigidos, se demonstrado o pagamento da remuneração adicional de periculosidade ao empregado durante tal período.

E, é possível a conversão do tempo especial em comum também a partir de 28/4/95, pois o E. STJ modificou sua jurisprudência e passou a adotar o posicionamento supra, conforme ementa *in verbis*:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA* E *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURADOS. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE.
> 1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Segurado da Previdência Social, sendo, portanto, julgados sob tal orientação exegética.
> 2. Tratando-se de correção de mero erro material do autor e não tendo sido alterada a natureza do pedido, resta afastada a configuração do julgamento *extra petita*.
> 3. Tendo o Tribunal *a quo* apenas adequado os cálculos do tempo de serviço laborado pelo autor aos termos da sentença, não há que se falar em *reformatio in pejus*, a ensejar a nulidade do julgado.
> 4. O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum.

5. Recurso Especial improvido.
(REsp 956110/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/08/2007, DJ 22/10/2007, p. 367).

No que se refere à Lei 11.960/09, a Egrégia 10ª Turma, acompanhando o posicionamento do Colendo STJ, reformulou seu entendimento, para adotar, a partir de 30.06.09, o Art. 5º, da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei 9.494/97, *verbis*:

> Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Confira-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte Superior:

> PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC INEXISTENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA.IMPOSSIBILIDADE.
> 1. O acórdão embargado tratou, de forma fundamentada, de todas as questões relevantes à solução da lide, sendo certo que: i) as argumentações atinentes ao artigo 7º, I, da LC 95/98 e à inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009 configuram inovação recursal, e ii) a coisa julgada não impede a aplicação da Lei 11.960/2009, a qual deve ser aplicada de imediato aos processos em curso, em relação ao período posterior à sua vigência, até o efetivo cumprimento da obrigação, em observância ao princípio do *tempus regit actum*. Precedentes: AgRg nos EREsp 953.460/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 25/05/2012; EREsp 935.608/SP, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, DJe 06/02/2012; REsp 1.111.117/PR, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 02/09/2010.
> 2. Embargos declaratórios rejeitados.
> (EDcl no REsp 1205946/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/10/2012, DJe 26/10/2012)

Como se observa, no que tange à correção monetária, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica, a partir da vigência da Lei 11.960/09.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo, para alterar a correção monetária.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0010281-49.2012.4.03.9999
(2012.03.99.010281-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: DANILO JOSÉ GOULART DOS SANTOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE LEME - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1726957
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIO. RESTABELECIMENTO. PRETENSA REPETIÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA PAGA. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO.
I - Meu entendimento é de que não há previsão na legislação previdenciária para a extensão do pagamento do benefício além de 21 (vinte e um) anos, em razão de curso superior, ou até o implemento da idade de 24 (vinte e quatro) anos.
II - Contudo, acompanho o entendimento de meus pares na 10ª E. Turma deste Tribunal, e adiro, com a ressalva já formulada, a manutenção do pagamento da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos até a conclusão do curso superior ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro.
III - No caso dos autos, o benefício deverá ser restabelecido desde a data da cessão, e mantido até que a parte autora complete 24 anos de idade ou conclua o curso universitário, evento que ocorrer primeiro.
IV - Em razão do caráter alimentar que se reveste o benefício previdenciário e da boa-fé do autor, torna-se inviável a restituição dos valores recebidos em virtude da concessão dos efeitos da tutela, posteriormente revogada.
V - Apelação do INSS desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de ação ajuizada por Danilo José Goulart dos Santos em face do INSS objetivando o restabelecimento do benefício de pensão por morte nº 131.539.208-6/21 até que completasse 24 anos de idade ou até a conclusão do curso universitário.

A r. sentença de fls. 124/130 julgou procedente o pedido para condenar o INSS ao restabelecimento do benefício até a conclusão do curso superior ou o autor completasse 24 anos de idade. Contudo, constatando que o autor já havia concluído o curso superior, revogou a tutela antecipada, determinado o cancelamento do benefício, sem condenação na devolução dos valores, em razão do caráter alimentar. Condenou o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 800,00.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que o pedido da parte autora encontra óbice no art. 77, § 2º, II, da Lei 8.213/91. Alega que a manutenção do pagamento da pensão por morte para o filho maior de 21 anos de idade, não inválido, fere o princípio da legalidade, eis que o rol de dependentes previstos na lei previdenciária é taxativo, não se podendo fazer interpretação extensiva com a dependência para efeito de imposto de renda. Alega que não há impeditivo para o autor exercer atividade laborativa. Sustenta, por fim, que tendo sido deferida a tutela antecipada, porém, revogada na prolação da sentença, a devolução das parcelas recebidas é indiscutível, eis que amparada no artigo 115, II, da Lei 8.213/91.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): A questão dos autos está em definir se a parte autora, ora Apelante, possui o direito a manutenção do pagamento da pensão por morte prevista no art. 74 da Lei nº 8.213/91, após completar 21 anos de idade, por ainda cursar a universidade.

No caso dos autos, o documento de fl. 25, comprova que a parte autora estava regularmente matriculada no 7º período noturno do ano letivo 2009, no Curso de Psicologia - do Centro Universitário Hermínio Ometto - UNIARARAS.

O rol dos dependentes para fins do benefício de pensão por morte do Regime Geral da Previdência Social está elencado no art. 16 da Lei 8.213/91, que assim dispõe:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
> (...)

O art. 77 da Lei nº 8.213/91 preceitua:

> Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

> § 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.
> § 2º A parte individual da pensão extingue-se:
> I - pela morte do pensionista;
> II - *para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;*
> III - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição.
> § 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á.
> § 4º A parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, que exerça atividade remunerada, será reduzida em 30% (trinta por cento), devendo ser integralmente restabelecida em face da extinção da relação de trabalho ou da atividade empreendedora.

Verifica-se que é da própria letra da lei que a qualidade de dependente do filho não-inválido extingue-se no momento em que completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se inválido ou incapaz, nos termos do art. 77, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Conclui-se, portanto, que a exceção possível na legislação previdenciária para manutenção do pagamento pensão por morte ao filho maior de 21 anos de idade é a invalidez/incapacidade constatada na data do óbito do instituidor do benefício ou a superveniência da incapacidade laaborativa no curso do pagamento do benefício, hipótese em que a dependência econômica em relação ao segurado falecido resta presumida.

Desta forma, meu entendimento é de que não há previsão na legislação previdenciária para a extensão do pagamento do benefício além de 21 (vinte e um) anos, em razão de curso superior, ou até o implemento da idade de 24 (vinte e quatro) anos.

Portanto, ante a ausência de previsão legal, não cabe ao Poder Judiciário legislar positivamente, estendendo o pagamento da pensão por morte até vinte e quatro anos de idade, ou até a conclusão do curso superior.

Contudo, a E. Décima Turma desta Corte firmou posicionamento no sentido de que deve haver o restabelecimento de pensão por morte formulado por filho de segurado da Previdência Social, maior de 21 (vinte e um) anos, que cursa o ensino superior e não exerce atividade remunerada, conforme os precedentes que se seguem:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - Mesmo com o advento do Estado Constitucional Social, os métodos tradicionais de interpretação do direito podem ainda ser utilizados nos casos que versem sobre a proteção de direitos individuais, pois em tais casos deve prevalecer a legalidade estrita (direito penal, direito tributário, etc.), mas impõe-se reconhecer que para os direitos sociais é insuficiente a concepção de interpretação como técnica de subsunção do fato ao texto normativo, já que na aplicação desses direitos prevalece o critério "justiça" e não o critério "segurança jurídica", tendo, assim, a jurisprudência um relevante papel na atualização das leis, como já se verificou, por exemplo, em relação aos direitos da concubina e dos filhos ilegítimos, em que houve primeiramente o reconhecimento judicial dos aludidos direitos, e somente em um segundo momento o legislador fixou a previsão legal deles. II - É importante destacar que no direito de família a jurisprudência é pacifica no sentido de que a pensão alimentícia é devida ao alimentando universitário até que ele complete 24 anos de idade ou conclua seu

curso superior, não se justificando, assim, que o filho universitário de um segurado do INSS seja considerado dependente no âmbito cível e até tributário (depende do imposto de renda), mas não seja considerado dependente para fins previdenciários. III - Filha universitária de segurada da Previdência Social faz jus à pensão por morte até vinte e quatro anos de idade, ou até a conclusão do curso superior, desde que comprovado o ingresso em universidade. IV - O benefício deverá ser estendido a contar da data em que a demandante completou 21 anos de idade (19.02.2011), até que complete 24 anos de idade ou que conclua o curso universitário, evento que ocorrer primeiro. V - A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência, independentemente da data do ajuizamento da ação (EREsp 1.207.197/RS; REsp 1.205.946/SP), e a incidência dos juros de mora até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AgR 492.779/DF). VI - A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações que seriam devidas até a data do presente julgamento, uma vez que o pedido foi julgado improcedente no r. juízo *a quo*, a teor da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, fixando-se o percentual em 15%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. VII - No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas destas (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único). VIII - Apelação da parte autora provida. (Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, AC nº 00662958201140361l9, DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2012)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. FILHO UNIVERSITÁRIO. MAIOR DE 21 ANOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. A E. 10ª Turma desta Corte firmou posicionamento no sentido da possibilidade de manutenção da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos que cursam ensino superior até conclusão ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro. 2. Recurso desprovido. (Relator Desembargador Federal Batista Pereira, AC 00018825620114036122, DJF3 Judicial 1 DATA: 12/09/2012)

AGRAVO EM AGRAVO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. FILHO UNIVERSITÁRIO. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE ENQUANTO ESTIVER ESTUDANDO ATÉ COMPLETAR 24 (VINTE E QUATRO) ANOS. I - A pensão por morte é benefício devido ao dependente do segurado que falecer (art. 74, da Lei nº 8.213/91), considerando-se dependentes as pessoas constantes do art. 16 da mesma lei. II - Ocorre que, conforme leciona a doutrina e esclarece também, a jurisprudência, a interpretação do ordenamento jurídico deve se dar de forma sistemática. Ou seja, não se pode permitir que a aplicação isolada de um dispositivo legal venha a impedir a realização de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades regionais e sociais (incisos I e III do artigo 3º da CF). III - A presunção de dependência econômica dos filhos não deve se pautar tão somente pela idade ou pela incapacidade do dependente, mas sim, pela demonstração efetiva da necessidade. Isto é, deve-se ter em conta, ao analisar o caso concreto, se esta pensão é, ou não, necessária à manutenção de uma condição digna de vida ao dependente. IV - Ressalte-se que a extensão do direito à percepção da pensão por morte, ao filho maior de 21 anos e não inválido, enquanto estiver estudando até completar 24 anos, é medida que se coaduna, não só com o princípio da dignidade humana, mas também com o direito constitucionalmente garantido à educação (artigo 205 da CF) e à igualdade (*caput* do art. 5º da CF). Precedentes. V - Agravo a que se nega provimento. (Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, AI 00058941520124030000, DJF3 Judicial 1 DATA: 20/06/2012)

Assim sendo, entendo prudente acompanhar o entendimento de meus pares na 10ª E. Turma deste Tribunal, e adiro, com a ressalva já formulada, a manutenção do pagamento da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos até a conclusão do curso superior ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

Anoto, ainda, que é entendimento desta 10ª Turma que o fato de a parte autora trabalhar ou está apta para o trabalho, por si só, não representa impeditivo ao restabelecimento do benefício, eis que não se exige a demonstração da miserabilidade absoluta do requerente.

Quanto ao pedido de devolução das parcelas recebidas em razão da antecipação dos efeitos da tutela, o artigo 115, da Lei nº 8.213/91 assim prevê:

> Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:
> I - contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;
> *II - pagamento de benefício além do devido;*
> III - Imposto de Renda retido na fonte;
> IV - pensão de alimentos decretada em sentença judicial;
> V - mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados.
> VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício. (Incluído pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)
> § 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé. (Renumerado pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)
> § 2º Na hipótese dos incisos II e VI, haverá prevalência do desconto do inciso II. (Incluído pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)

Ocorre que, conforme entendimento do Egrégio STJ o "art. 115 da Lei nº 8.213/91 regulamenta a hipótese de desconto administrativo, sem necessária autorização judicial, nos casos em que a concessão a maior se deu por ato administrativo do Instituto agravante, não agraciando os casos majorados por força de decisão judicial" (AgRg no REsp 1.054.163/RS, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 30/6/08).

Assim, diante do caráter alimentar de que se reveste o benefício previdenciário, bem como da boa-fé do autor, torna-se inviável a restituição dos valores auferidos, sendo que o restabelecimento do benefício se deu em virtude da concessão dos efeitos da tutela, posteriormente revogada. Nesse sentido:

> PREVIDENCIARIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. TUTELA ANTECIPADA. MÁ FÉ. PREQUESTIONAMENTO. I - Não há que se falar em restituição de valores pagos pelo INSS a título de tutela antecipada, posteriormente revogada, tendo em vista que tais quantias auferidas pela parte autora tiveram como suporte decisão judicial que se presume válida e com aptidão para concretizar os comandos nela insertos, de modo que não resta caracterizada a sua má-fé. II- Portanto, não há omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, apenas, o que deseja a embargante é fazer prevalecer entendimento diverso, ou seja, rediscutir a matéria, o que não é possível em sede de embargos de declaração. III- Os embargos de declaração foram interpostos com notório propósito de prequestionamento, razão pela qual não têm caráter protelatório (Súmula nº 98 do E. STJ). IV - Embargos de declaração interpostos pelo réu rejeitados. (Processo AC

00418544220114039999 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1689545 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador DÉCIMA TURMA Fonte TRF3 CJ1 DATA: 28/03/2012 FONTE REPUBLICACAO: Data da Decisão 20/03/2012 Data da Publicação 28/03/2012)

Neste ponto, a r. sentença recorrida está em conformidade com o entendimento desta 10ª Turma.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

- Sobre o pagamento do benefício de pensão por morte a filho universitário maior de 21 anos, veja os seguintes artigos doutrinários: "Pensão por morte a dependente universitário", de autoria do Desembargador Federal Carlos André de Castro Guerra, publicado na RTRF3R 78/159 e "O direito à pensão por morte do estudante universitário", de autoria do Juiz Federal Aroldo José Washington, publicado na RTRF3R 107/56; e os seguintes julgados: Ag 2005.03.00.083611-0/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicado na RTRF3R 81/170; AMS 2005.61.07.006152-9/SP, Relator Desembargador Federal Castro Guerra, publicada na RTRF3R 88/524; AC 2005.61.26.006316-1/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/519; AC 2004.03.99.033591-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicado na RTRF3R 97/250 e Ag AC 0035585-84.2011.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 113/286.

Direito Processual Civil

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0088276-02.1992.4.03.6100
(2003.03.99.006076-6)

Agravante: PARPLAN AGROPECUÁRIA LTDA.
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 163/165v.
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: PARPLAN AGROPECUÁRIA LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AC 858561
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT* E § 1º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ART. 20, § 4º, DO CPC. PRECEDENTES.

I - Consoante o *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, na hipótese de manifesta inadmissibilidade, improcedência ou confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior a negar seguimento ou dar provimento ao recurso.

II - A decisão agravada foi prolatada em consonância com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e desta Corte, reformando a sentença, para julgar improcedente o pedido, com a consequente condenação nos ônus da sucumbência.

III - Consoante previsto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável, nas causas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal.

IV - Nas hipóteses do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal, não estando o julgador vinculado a nenhum percentual ou valor determinado, podendo fixar a verba honorária utilizando percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o valor da condenação, bem como arbitrar os honorários de sucumbência em valor fixo. Precedentes.

V - A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, nas ações ordinárias semelhantes, orienta-se no sentido de fixação da verba honorária de sucumbência em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, limitado à R$ 20.000,00 (vinte mil reais), seja a favor ou contra a Fazenda Pública, em homenagem ao princípio da isonomia.

VI - Tendo em vista que a aplicação do percentual de 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado da causa, supera, na espécie, o limite que o Colegiado entende adequado para remunerar o trabalho do advogado da parte vencedora, configura-se equânime e razoável a fixação dos honorários advocatícios, à luz dos critérios apontados no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, no valor de R$ 20.000,00, a ser atualizado

a partir da decisão impugnada, na forma prevista pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.
VII - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto por PARPLAN AGROPECUÁRIA LTDA., contra decisão que, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, deu provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial, tida por ocorrida, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, condenando a Autora ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), consoante o disposto no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, atualizados na forma prevista pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Sustenta, a Agravante, em síntese, ser inadmissível a fixação dos honorários de sucumbência em patamares que entende elevados, sem a devida apreciação pelo órgão colegiado, requerendo o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada, reduzindo-se a verba honorária (fls. 169/170).

Não verificando razões para retratação da decisão, apresento o recurso em mesa para pronunciamento do Colegiado.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Não assiste razão à Agravante.

Inicialmente, nos termos do *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

Com efeito, a decisão agravada foi prolatada em consonância com a jurisprudência dominante do Colendo Supremo Tribunal Federal, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, e desta Corte, quanto à exigência da Contribuição Social sobre o Lucro, e impossibilidade de compensação de bases de cálculo negativa e prejuízos fiscais, consoante pleiteado, reforman-

do a sentença de parcial procedência, para julgar improcedente o pedido, com a consequente condenação nos ônus da sucumbência.

No específico, não colhe a irresignação quanto ao valor da condenação nos honorários advocatícios, tido por excessivo.

Com efeito, no sistema do Código de Processo Civil, em regra, os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho desenvolvido pelo patrono e o tempo despendido na execução do serviço, conforme disposto no art. 20, § 3º, alíneas "a" a "c", do Código de Processo Civil.

Entretanto, consoante previsto no art. 20, § 4º, do mesmo estatuto, nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável, nas causas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal.

Cumpre observar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, inexistindo condenação pecuniária que possa servir de base de cálculo, os honorários podem ser fixados de acordo com a apreciação equitativa do juiz (CPC, art. 20, § 4º) em montante fixo, não se impondo a adoção do valor da causa (REsp 1.155.125/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 10.03.10, DJ 06.04.10).

Por sua vez, na esteira da Corte Superior, nas hipóteses do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal, não estando o julgador vinculado a nenhum percentual ou valor determinado, podendo fixar a verba honorária utilizando percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o valor da condenação, bem como arbitrar os honorários de sucumbência em valor fixo (cf.: STJ, AgRg nos EREsp 858.035/SP, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 16.08.2010; e REsp 1.155.125/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 06.04.10).

Nessa linha, aliás, o entendimento consolidado na Sexta Turma desta Corte (AMS nº 512772, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 02/09/2010, DJe de 20.09.2010).

A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, em ações ordinárias de complexidade semelhante, orienta-se no sentido da fixação da verba honorária de sucumbência em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, limitado à R$ 20.000,00 (vinte mil reais), seja a favor ou contra a Fazenda Pública, em homenagem ao princípio da isonomia (*v.g.* AC nº 0061914-55.1995.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 30.09.10, v.u., DJF3 08.10.10, p. 1114).

Dessa forma, tendo em vista que a aplicação do percentual de 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado da causa, supera, na espécie, o limite que esta Turma entende adequado para remunerar o trabalho do advogado da parte vencedora, configura-se equânime e razoável a fixação dos honorários advocatícios, à luz dos critérios apontados no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, no valor de R$ 20.000,00, a ser atualizado a partir da decisão impugnada, na forma prevista pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0025835-73.2002.4.03.9999
(2002.03.99.025835-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: ANTONIO APARECIDO DE ARRUDA E OUTROS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE IPUA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 810739
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2013

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face da sentença de fls. 29/30, que julgou *improcedentes* estes embargos e, após parecer favorável da contadoria do Juízo, acolheu os cálculos elaborados pelo embargado, no valor de R$ 2.674,72, atualizado para setembro de 2001. Sem condenação em honorários advocatícios (sucumbência recíproca), determinou que, após o trânsito em julgado, fosse expedido o Requisitório para pagamento.

Aduz, em síntese, ter havido majoração dos juros de mora, que não espelham o *decisum*, além de a apuração dos honorários advocatícios ter de ser realizada sobre montante com dedução dos pagamentos administrativos, na forma dos cálculos ofertados na inicial dos embargos, cujo acolhimento requer.

Contrarrazões da apelação à fl. 37.

Em grau de recurso adesivo (fls. 39/41), o embargado requer a condenação do INSS em honorários advocatícios de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, com respaldo no § 3º do artigo 20 do CPC, em virtude da improcedência dos embargos.

Contrarrazões do recurso adesivo, pelo INSS, às fls. 45/47.

Vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

Presentes os requisitos previstos no artigo 557 do Código de Processo Civil, julgo de forma monocrática.

Trata-se de demanda ajuizada pelos sucessores da pensionista Jacira da Silva Arruda, cujo pagamento previsto na Portaria nº 714/93 foi interrompido em face do óbito ocorrido em 16/5/95, sendo então o resíduo pago a eles por alvará judicial, sobre o qual requerem correção monetária e juros de mora.

A sentença, prolatada na fase de conhecimento, assim dispôs:

> Os valores apresentados pelos autores, todavia, estão incorretos. Conforme informa a Sra. Contadora do Juízo, à fls. 57-verso, o cálculo deve ser destinado a apurar eventuais diferenças entre o valor devido e o valor pago. Sobre a quantia encontrada, deverá ser aplicada a correção monetária.

> Nesse sentido, os cálculos de fls. 53/54, apresentados pelo réu, estão corretos.
> ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE a ação para CONDENAR O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS a:
> pagar aos autores a quantia de R$ 40,44 (quarenta reais e quarenta e quatro centavos), relativa a diferenças apuradas entre os valores efetivamente pagos e os valores devidos em razão da incidência de correção monetária e juros de mora, tudo decorrente da aplicação do art. 201, parágrafo 5º, da Constituição Federal.

Denota-se, da decisão emanada desta Corte, que "a parte autora apresentou apelação sustentando, em resumo, que a autarquia deve ser condenada ao pagamento do valor apurado pela Contadoria do Juízo, onde se apurou o valor correspondente a 1089,78 UFIR's. Sustenta não haver recebido o valor que a autarquia pretende seja descontado, vez que alega haver efetuado o pagamento. Requer, ainda, o pagamento das diferenças apuradas em juros de mora a contar da citação".

Esta Corte assim decidiu:

> Em verdade, negando-se a atualização de valores de parcelas pagas com atraso, face à defasagem causada pela desvalorização monetária, estar-se-ia promovendo o enriquecimento sem causa do réu com relação à parte autora.
> (...)
> Assim, a correção monetária incide desde quando devidas as prestações pagas com atraso até o efetivo pagamento.
> Igualmente, os juros de mora são devidos em virtude do retardamento no pagamento do benefício.
> Isto posto, *dou parcial provimento* ao recurso da parte autora para que os valores sejam apurados em regular conta de liquidação. Todavia, *nego provimento* à remessa oficial.
> Mantenho quanto o mais a douta sentença recorrida.

Em sede de embargos de declaração interpostos pelo INSS, esta Corte fez constar o seguinte:

> Conforme entendimento reiterado desta Turma, os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre o montante da condenação em causas desta complexidade, não incidindo, porém, sobre prestações vincendas.
> No que diz respeito às custas processuais, tratando-se, *in casu*, de beneficiário da justiça gratuita não há reembolso a ser efetuado pela autarquia sucumbente.
> Ante o exposto, *acolho* os presentes embargos para, suprindo a omissão apontada, reduzir a verba honorária ao percentual de 15% sobre o total da condenação e excluir o pagamento das custas processuais, alterando a conclusão do v. acórdão para dar parcial provimento à remessa oficial.

O trânsito em julgado ocorreu em 26/3/2001.

A parte autora, ora embargada, apresentou cálculos de liquidação às fls. 96/97 do apenso, no importe de R$ 4.302,20, atualizado para junho de 2001, contrapostos nestes embargos, ante a ausência de dedução dos valores pagos na esfera administrativa, na forma apurada pelo INSS, no montante de R$ 507,56, atualizado para a mesma data (fl. 5).

Em réplica, o embargado retifica os cálculos ofertados nos autos principais, sendo en-

tão deduzido o valor pago, na forma aduzida pelo INSS (fls. 12/15), com parecer favorável da contadoria (fl. 22).

Extrai-se do *decisum* tratar-se de diferenças oriundas da correção monetária e dos juros de mora decorrentes do pagamento a destempo do preceito contido no § 5º do artigo 201 da Constituição Federal, recebido, por Alvará Judicial, pelos sucessores da pensionista já falecida.

Assim, as diferenças devem ater-se ao pagamento de saldo remanescente, consistente na diferença entre o valor pago e o salário mínimo, com acréscimo de juros de mora, o que não abrange o abono anual dos anos de 1988 e 1989.

Isso, porque os benefícios de espécie rural somente passaram a receber a gratificação natalina a partir do ano de 1990, em face da previsão contida na Lei nº 8.114, de 12 de dezembro de 1990, cujo artigo 5º aqui transcrevo:

> Art. 5º. É devido abono anual ao segurado e ao dependente da Previdência Social Urbana e Rural que, durante o ano, recebeu o auxílio-acidente, auxílio-doença ou aposentadoria, pensão ou auxílio-reclusão.Parágrafo único. A partir de 1990 o abono anual será calculado, no que couber, da mesma forma que a gratificação de natal dos trabalhadores, tendo por base o valor da renda mensal do benefício do mês de dezembro de cada ano.

Ausente o pagamento, afasta-se a apuração do abono anual, porquanto não previsto no § 5º do artigo 201 da Constituição Federal, cujo remanescente *foi requerido nesta demanda*, o que torna parte ilegítima os sucessores da finada para o pleito de valores devidos, o qual não foi exercitado em vida pela ex-beneficiária da Previdência Social, não se incorporando ao seu patrimônio.

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL PARA ANISTIADO. ATO DECLARATÓRIO DA MINISTRA DO TRABALHO. RECONHECIMENTO. EFEITOS FINANCEIROS. LEGITIMIDADE DE PARTE. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A apelada é parte ilegítima para pleitear os valores que seriam devidos a seu marido se este tivesse requerido a conversão de sua aposentadoria comum em especial. Trata-se de direito pessoal que, não tendo sido exercido em vida, não pode ser exercitado pelos sucessores. A legitimação da apelada decorre apenas do seu direito próprio à pensão especial e, por isso, pode pedir a revisão da aposentadoria do marido para, em decorrência dela, ter revista sua pensão. Os efeitos financeiros dessa revisão, todavia, limitam-se ao que a apelada receberia a título de pensão, jamais ao que seu marido teria direito a receber em vida. Do contrário, estar-se-ia infringindo o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil. 2.A condição de anistiado do marido da apelada foi comprovada por Ato da Ministra do Trabalho publicado no Diário Oficial. 3.Comprovada a condição de anistiado de seu marido, a apelada tem direito à conversão de sua pensão por morte comum em pensão excepcional, bem como às diferenças pecuniárias disso decorrentes, descontando-se os valores pagos a título de pensão por morte comum. 4. Apelação do INSS parcialmente provida.
> (AC 02007734419924036104, JUIZ CONVOCADO NINO TOLDO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJU DATA: 18/11/2002)

Somado a isso está que a sentença exequenda, ao acolher os cálculos elaborados pelo próprio INSS, alterada por esta Corte tão somente “para que os valores sejam apurados em regular

conta de liquidação", excluiu diferenças oriundas do abono anual, operando-se a preclusão.

Tendo o embargado se afastado da orientação acima, *não* há como manter os cálculos por ele apresentados (fls. 12/15), cabendo a reforma da sentença que os acolheu.

Quanto ao valor dos juros, *com* razão está o INSS, por ter o embargado adotado como marco para a sua incidência a data da última competência devida (abril de 1991), em detrimento da data da citação, que constitui em mora o réu, a ser considerada em caso de omissão do título judicial, ante a previsão contida no artigo 219 do CPC.

Nesse sentido (g.n.):

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA E DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO ATÉ A HOMOLOGAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. BASE DE CÁLCULO. PRESTAÇÕES VENCIDAS ATÉ A SENTENÇA. SÚMULA 111/STJ. PRECEDENTES DO STJ. 1. De acordo com o art. 86, § 2º da Lei 8.213/91, o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença. 2. Entretanto, não havendo concessão de auxílio-doença, bem como ausente o prévio requerimento administrativo para concessão do auxílio-acidente, como no caso, o termo *a quo* para o recebimento desse benefício é a data da citação, visto que, a par de o laudo pericial apenas nortear o livre convencimento do Juiz e tão-somente constatar alguma incapacidade ou mal surgidos anteriormente à propositura da ação, *é a citação válida que constitui em mora o demandado (art. 219 do CPC). 3. Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida (Súm. 204/STJ).* 4. Efetuado o pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor dentro do prazo legal, somente devem incidir juros moratórios até a data da homologação da conta de liquidação. 5. A revisão dos critérios e do percentual relativo à sucumbência resulta em reexame necessário de matéria fático-probatória, sendo, portanto, insuscetível de reapreciação em sede de Recurso Especial, por incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte. 6. Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença (Súm. 111/STJ). 7. Agravo Regimental do INSS e do segurado desprovidos.
> (AGRESP 200800837013, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/11/2008)

De igual forma, tendo ocorrido o último pagamento em abril de 1996 - data *anterior* à propositura da ação (julho de 1997) -, os valores pagos na esfera administrativa deverão compor a base de cálculo dos honorários advocatícios, a qual somente seria preservada se o pagamento tivesse ocorrido após a citação, momento em que o réu toma ciência do débito que lhe está sendo cobrado.

Nesse sentido, colaciono decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (g.n.):

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LEI Nº 8.880/94. CONVERSÃO SALARIAL EM URV. LEI Nº 9.421/96. LIMITAÇÃO TEMPORAL. NÃO INCIDÊNCIA. LEI Nº 10.475/02. INOVAÇÃO. APRECIAÇÃO INCABÍVEL. VALORES RECEBIDOS ADMINISTRATIVAMENTE APÓS A CITAÇÃO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS. DESCABIMENTO.
> 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs 2.321/DF e 2.323/DF,

> decidiu que o percentual de 11,98%, resultante de erro no critério de conversão dos vencimentos em URVs, não pode ser considerado como reajuste ou aumento de vencimentos, mas mero acertamento para recomposição estipendiária que não pode ser suprimido, sob pena de indevida diminuição do estipêndio funcional, superando a limitação temporal estabelecida no julgamento da ADI nº 1797/PE.
> 2. É inviável a apreciação da questão relativa à limitação temporal em face da edição da Lei 10.475/02, por se tratar de inovação em agravo regimental, estranha à matéria posta no recurso especial.
> 3. Os valores pagos administrativamente ao autor após a citação na ação de conhecimento não podem ser subtraídos da base de cálculo dos honorários fixados naquela fase processual.
> 4. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1128287/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, v.u., julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

Contudo, também não há como acolher os cálculos elaborados pelo INSS (fl. 5), por ter se limitado à dedução do valor pago via alvará judicial (abril de 1996), furtando-se, assim como o embargado, à dedução das parcelas pagas à finada, no período de março de 1994 a abril de 1995, cuja cessação deu-se em face do óbito, razão da continuidade de pagamento aos seus sucessores.

Esses pagamentos seguem comprovados mediante extração da Relação de Créditos - Histórico de Créditos e Benefícios do INSS - HISCREWEB - e Discriminativo de Cálculo do Pagamento Administrativo - Art. 201 -, os quais *integram esta decisão.*

O acima contido corrobora o informado pelo INSS à fl. 42 do apenso, no sentido de que o Pagamento Alternativo de Benefício (PAB) nº 002, em 17/4/96, refere-se ao resíduo de dezesseis (16) parcelas - período de maio de 1995 a agosto de 1996 - não pagas à ex-segurada em face do óbito, a qual apenas recebera quatorze (14) parcelas (período de março de 1994 a abril de 1995).

A soma das parcelas pagas à pensionista com aquelas pagas aos seus sucessores totaliza 30 (trinta) parcelas, na forma prevista na Portaria nº 714/93.

Tratando-se de resíduo de valores devidos à pensionista falecida, devem ser considerados os pagamentos por ela recebidos, sob pena de promover o enriquecimento ilícito de um em detrimento de *outrem*, a configurar evidente erro material.

Ademais, tratando-se de valor pago a destempo, a correção monetária deverá adotar por termo inicial a data em que devida cada parcela mensal (vencimento), cujo procedimento não foi observado pelas partes, na contramão do *decisum* e da Súmula nº 8 desta Corte (*in verbis*):

> 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.

Em conclusão, nas circunstâncias apontadas, todos os cálculos apresentados, e não apenas os recorridos, por terem extrapolado o título judicial passado em julgado, encontram-se maculados por vício, corrigível a qualquer tempo, *ex officio* ou a requerimento das partes, sem que daí resulte ofensa à coisa julgada ou violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante uníssonas doutrina e jurisprudência.

A propósito, colaciono os seguintes julgados (g.n.):

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRINCÍPIO DA FIDELIDADE AO TÍTULO - SUMULA 260 DO STJ - ERRO MATERIAL - CALCULOS DISSOCIADOS DO COMANDO CONTIDO NO TÍTULO. 1. Em sede de liquidação/execução é vedado às partes modificar a sentença, por força do *princípio da fidelidade ao título judicial*. Inteligência do revogado art. 610 e atual art. 475-G, do CPC. 2. Tratando-se de execução cujo título judicial condenou a autarquia a revisar os benefícios dos autores, nos termos da Sumula 260 do TFR, correção monetária na forma da Súmula 71 do TFR, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação; é vedado inovar, na fase de execução, aplicando-se índices diversos de correção ou juros indevidos não estabelecidos no título. 3. Constatado erro material, devem ser declarados nulos todos os atos praticados a partir da violação à coisa julgada; no caso, a partir da prolação da sentença. 4. Remessa dos autos ao contador/perito judicial (em 1ª Instância) para elaboração de novos cálculos. Inteligência do art. 475-B, § 3º do CPC. 5. Sentença anulada de ofício. Recursos prejudicados.
> (TRF3, AC 543417 Processo 1999.03.99.101675-5, Relator: Desembargadora Federal Marisa Santos, Nona Turma, DJF3 CJ1 Data: 16/12/2010, p. 820)

> PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ERRO DE CÁLCULO.
> - *Os pagamentos administrativos devem ser objeto de desconto, sob pena de enriquecimento ilícito*. Assim, embora o INSS tenha inicialmente concordado com a conta de liquidação, não há que se permitir o prosseguimento de execução fundada em demonstrativo eivado de vícios, em flagrante excesso de execução.
> - A correção de erro de cálculo não esbarra em alegação de preclusão, nem em eventual trânsito em julgado. Sua retificação se admite a qualquer tempo, inclusive de ofício, sem que se coloque em risco a autoridade da coisa julgada.
> - Cabível a ação anulatória proposta com fundamento no artigo 486 do Código de Processo Civil.
> (...)
> - Remessa oficial e apelação do INSS às quais se dá provimento, para determinar a elaboração de nova conta de liquidação, considerando-se os pagamentos efetuados na via administrativa.
> (TRF3, Processo: 2002.03.99.035784-9 UF: SP Relator Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Órgão Julgador Oitava Turma, Data do Julgamento 06/12/2010, Data da Publicação/Fonte DJF3 CJ1 16/12/2010, p. 463)

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. NÃO OFENSA À COISA JULGADA.
> 1. A coisa julgada abarca o dispositivo da sentença exeqüenda, não os cálculos eventualmente feitos pelo contador, que podem conter erros intoleráveis, ainda que não impugnados em tempo oportuno pela parte interessada.
> 2. Recurso conhecido e não provido.
> (STJ, RESP 127426/SP, Relator Min. Edson Vidigal, decisão unânime, DJU 01/03/1999, p. 356)

Ante o aqui decidido, *prejudicado* está o recurso adesivo interposto pela parte autora, o que conduz à sucumbência recíproca, na forma já fixada na decisão recorrida.

Impõe-se o refazimento dos cálculos, de sorte a espelhar a condenação.

Em homenagem ao princípio da celeridade processual, mormente o largo tempo decorrido, seguem cálculos de liquidação nos termos expendidos nesta decisão, *os quais a integram*.

Esses cálculos comprovam *a inexistência de créditos*, ainda que haja a inclusão dos abonos anuais dos anos de 1988 e 1989, não previstos na condenação, pois os valores pagos na esfera administrativa suplantaram a condenação.

Poder-se-ia argumentar subsistir diferença em razão da falta de previsão de pagamento de juros de mora em sede administrativa, o que, porém, não se verifica, em face de ter o INSS apurado o montante a ser pago com correção desde cada competência devida, em detrimento do vencimento - termo *a quo* fixado no *decisum*.

O procedimento do INSS em sede administrativa tem supedâneo no artigo 2º da Portaria de nº 714/93, abaixo transcrita:

> Art. 2º A Empresa de Processamento de Dados da previdência Social - DATAPREV deverá calcular as diferenças mencionadas no artigo anterior, e atualizá-las monetariamente até o mês de dezembro de 1993:
> I - pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC entre o mês da competência a que se referir cada diferença e dezembro de 1992; e
> II - pela variação acumulada do Índice para Reajuste do Salário Mínimo - IRSM de janeiro a novembro de 1993.

Isso posto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, *julgo prejudicado* o recurso adesivo intentado pela parte autora e *dou provimento* à apelação interposta pelo INSS, porém nos moldes da fundamentação desta decisão, bem como *declaro* o erro material evidente e julgo *extinta* a execução nos termos dos artigos 794, I, e 795 do Código de Processo Civil.

Em consequência, mantenho a sucumbência recíproca, sem condenação em honorários advocatícios.

Decorrido o prazo legal, restituam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0018322-29.2012.4.03.0000
(2012.03.00.018322-2)

Agravante: DIRCEU SCARIOT
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Partes Autoras: GUIOMAR DA CONCEIÇÃO CALDEIRA FERREIRA E TATIANE FERREIRA LIMA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI
Classe do Processo: AI 478650
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2013

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ÓBITO DE UM DOS DEFENSORES DA AUTORA. LEVANTAMENTO DA VERBA SUCUMBENCIAL PELO OUTRO ADVOGADO CONSTITUÍDO NA RAZÃO DE 50%.
I - Trata-se de ação proposta por Guiomar da Conceição Caldeira Ferreira e outro, representada pelos advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot, conforme procuração firmada em 13/12/2002.
II - Julgada procedente a demanda e iniciada a fase executiva foi expedido ofício requisitório, relativo aos valores devidos a título de honorários de sucumbência, em nome do advogado Jamir Zanatta, com data de pagamento em 24/04/2012.
III - Informado nos autos o óbito do defensor Jamir Zanatta, em 29/07/2010, foi requerida a expedição de alvará de levantamento em nome do advogado Dirceu Scariot, ora apelante.
IV - O pleito foi indeferido pela Juíza de Primeiro Grau, ao fundamento de que os valores disponibilizados em favor do beneficiário, integram a esfera patrimonial do *de cujus*. Na mesma decisão, determinou a apresentação dos dados do inventário dos bens deixados pelo falecido, para disponibilização do valor, perante o Juízo competente.
V - Os advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot foram regularmente constituídos pela parte autora, mediante instrumento de procuração, bem como atuaram conjuntamente no feito, como demonstra o Termo de Audiência de Conciliação e Instrução.
VI - Ambos fazem jus aos valores devidos.
VII - Autorizo o levantamento dos valores depositados, pelo advogado agravante, na razão de 50% (cinqüenta por cento), levando-se em conta o disposto no art. 257 do Código Civil.
VIII - Agravo parcialmente 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 unanimidade, dar parcial provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Dirceu Scariot agravou de instrumento, da decisão reproduzida a fls. 74, que indeferiu pedido do advogado, ora agravante, formulado para que os valores depositados em nome do advogado Jamir Zanatta, falecido, sejam transferidos ao ora agravante, a fim de viabilizar a expedição de alvará de levantamento do RPV. A decisão agravada teve por fundamento o fato de que os valores foram requisitados e disponibilizados em favor do beneficiário, integrando a esfera patrimonial do *de cujus*.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a procuração para atuar no feito foi outorgada pelo autor em nome dos dois advogados, com iguais poderes para receber e dar quitação nos autos.

Em despacho inicial foi deferido em parte o pedido de efeito suspensivo ativo ao recurso.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Compulsando os autos, verifico que se trata de ação proposta por Guiomar da Conceição Caldeira Ferreira e outro, representada pelos advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot, conforme procuração firmada em 13/12/2002 (fls. 18).

Julgada procedente a demanda e iniciada a fase executiva foi expedido ofício requisitório, relativo aos valores devidos a título de honorários de sucumbência, em nome do advogado Jamir Zanatta, com data de pagamento em 24/04/2012.

Em face disso, foi informado nos autos o óbito do defensor Jamir Zanatta, em 29/07/2010, razão pela qual foi requerida a expedição de alvará de levantamento em nome do advogado Dirceu Scariot, ora apelante.

O pleito foi indeferido pela Juíza de Primeiro Grau, ao fundamento de que os valores disponibilizados em favor do beneficiário, integram a esfera patrimonial do *de cujus*. Na mesma decisão, determinou a juntada dos dados do inventário dos bens deixados pelo falecido, para disponibilização do valor, perante o Juízo competente.

Neste caso, verifico que os advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot foram regularmente constituídos pela parte autora, mediante instrumento de procuração, a fls. 18, bem como atuaram conjuntamente no feito, como demonstra o Termo de Audiência de Conciliação e Instrução, a fls. 24.

Considerando que ambos fazem jus aos valores devidos, a melhor solução para a situação em apreço consiste em autorizar o levantamento dos valores depositados, pelo advogado agravante, na razão de 50% (cinqüenta por cento), levando-se em conta o disposto no art. 257 do Código Civil, que diz:

> Art. 257. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigações divisíveis, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quanto os credores ou devedores.

Posto isso, defiro em parte o pedido de efeito suspensivo ao recurso, a fim de autorizar a expedição de alvará de levantamento, em nome do advogado agravante, na razão de 50% dos valores depositados.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0030441-22.2012.4.03.0000
(2012.03.00.030441-4)

Agravante: BRAMPAC S/A
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 1070/1076
Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE OSASCO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AI 489125
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DE DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR REQUERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA, OBJETIVANDO O PROCESSAMENTO PELA RECEITA FEDERAL DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÉGIDE DO DECRETO Nº 70.235/72 C.C. ART. 74, § 9º, DA LEI Nº 9.430/96, COM SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE DÉBITOS - COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TERCEIROS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO E. STJ - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTEZA E LIQUIDEZ DO DIREITO INVOCADO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. A autoridade fazendária é submissa ao princípio da estrita legalidade. A lei pode restringir práticas compensatórias, impedindo a compensação de créditos de terceiros, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso de poder na conduta da autoridade dita coatora ao receber as insurgências da agravante como "recursos hierárquicos".

2. Tratando-se de caso em que se tem como *não declarada* a compensação porque versa sobre créditos de terceiros (considerada, portanto, como *inexistente*), não há previsão na Lei nº 9.430/96 para a *manifestação de inconformidade*, já que essa figura de índole "recursal" (que é regrada pelo Decreto nº 70.235/72 e provoca o efeito do inc. III do art. 151 do CTN - § 11) é prevista *somente para a compensação não homologada* (§§ 9º e 7º do art. 74) com recurso ao Conselho de Contribuintes (§ 10).

3. A lei somente autoriza que se proceda ao *encontro de contas* entre créditos fiscais com créditos *do próprio sujeito passivo*, não abrindo possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros (*alheios*) na compensação tributária; os artigos 151, III, do CTN e 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, que determinam a suspensão da exigibilidade tributária quando houver *manifestação de inconformidade do contribuinte*, não se aplicam na hipótese de utilização de créditos tributários de terceiros, haja vista que as leis reguladoras do processo tributário não autorizam tal aproveitamento. Precedentes do E. STJ.

4. O mandado de segurança exige a demonstração inequívoca, mediante prova pré constituída, do direito líquido e certo invocado; ausentes os requisitos ensejadores da concessão de medida liminar, impõe-se a manutenção da decisão de indeferimento.

5. Agravo legal a que se nega 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, *negar provimento ao agravo legal*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de agravo interposto por BRAMPAC S/A, nos termos do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática deste Relator que negou seguimento ao agravo de instrumento (fls. 1070/1076), interposto contra decisão que indeferiu medida liminar requerida em mandado de segurança, objetivando o processamento pela Receita Federal dos recursos administrativos sob a égide do Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, com suspensão da exigibilidade de débitos.

Foi proferida decisão negando seguimento ao recurso, por contrariar jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: a) a lei pode restringir práticas compensatórias, impedindo a compensação de créditos de terceiros, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso de poder na conduta da autoridade dita coatora ao receber as insurgências da agravante como "recursos hierárquicos"; b) em se tratando de compensação de créditos de terceiros, não há previsão na Lei nº 9.430/96 para a "manifestação de inconformidade" (regrada pelo Decreto nº 70.235/72 implicando a suspensão da exigibilidade do crédito na forma do art. 151, III, CTN), prevista especificamente para a hipótese de compensação não homologada (art. 74, §§ 7º e 9º da Lei nº 9.430/96); c) o instrumento do mandado de segurança exige a demonstração inequívoca, mediante prova pré constituída, do direito líquido e certo invocado, sendo que no caso em questão não se vislumbra a liquidez e certeza do direito, ante a alegação da autoridade impetrada de que os créditos objeto da compensação já haviam sido aproveitados no passado e a existência de ação rescisória julgada parcialmente procedente para reduzir o período de apuração de tais créditos.

Inconformada, a impetrante interpôs o presente agravo legal em face da decisão de fls. 1070/1076, no intuito de obter uma decisão colegiada acerca do tema. Argumenta que as compensações efetivadas aproveitando-se de créditos de terceiros, consideradas pelo Fisco como "não declaradas", possuem amparo na coisa julgada, decorrente de decisões judiciais em mandados de segurança decididos na 2ª Região. Sustenta "por mais que a autoridade impetrada e até mesmo o MM. Juízo *a quo* não concordem com os procedimentos compensatórios, é insofismável que a agravante tem ao menos o direito de discutir o conteúdo e alcance das decisões a respeito do direito à compensação do crédito perante a DRJ competente e também perante o CARF" (fls. 1079/1089).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

Observo que os argumentos apresentados no agravo legal não modificaram o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão de fls. 1070/1076. Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

> Agravo de Instrumento cujo objetivo é, em antecipação de tutela, suplantar r. decisão proferida em mandado de segurança que *indeferiu liminar* onde a impetrante buscava, como pleito acautelatório, o mesmo objeto do *mandamus* (imediato processamento pela Receita Federal dos recursos em processos administrativos mencionados, sob a égide do Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, com suspensão da exigibilidade de débitos que tem para com o Fisco Federal).
> A decisão agravada acha-se a fls. 1053/1060.
> Consta que a empresa apresentou à Delegacia da Receita Federal em Osasco múltiplos pedidos de compensação de créditos que no passado teriam sido reconhecidos em favor da empresa coligada NITRIPLEX S/A através de mandados de segurança decididos na 2ª Região; mas a autoridade fazendária considerou-os "não declarados" posto tratarem-se de *créditos de terceiros* que seriam insuscetíveis de compensação (redação dada ao art. 74 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 10.637/2002, art. 49, e pela Lei nº 11.051/2002); ainda, a autoridade impetrada desconsiderou a possibilidade de compensação porque a própria NITRIPLEX S/A já teria aproveitado esses créditos (superiores a sessenta milhões de reais).
> Consta, ainda, que a autoridade impetrada julgou "não declarados" os créditos ditos compensáveis - porque eram créditos de terceiros e porque já teriam sido utilizados pelo próprio terceiro - conforme o § 3º do art. 74 da Lei nº 9.430/96.
> Contra essas decisões administrativas a empresa propôs *manifestações de inconformidade*, que pretendia ver processadas conforme o Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, justamente para obter com isso a *suspensividade da cobrança dos débitos* com os quais pretendia *compensar* os supostos créditos; sucedeu que a autoridade fazendária começou a processar os inconformismos com base no art. 56 da Lei nº 9.784/99 - recursos ditos *hierárquicos*, desprovidos de efeito suspensivo.
> A interlocutória agravada negou a liminar e agora, reiterando os argumentos já exarados em 1ª instância, a empresa pretende - com antecipação de tutela recursal - obter ordem que imponha ao Delegado da Receita Federal de Osasco que processe os inconformismos consoante o disposto no Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, para que a agravante possa se valer do art. 151, III, do CTN (suspensão da exigibilidade de débitos com os quais pretendia o *encontro de contas*).
> *Decido.*
> A autoridade fazendária é submissa ao princípio da estrita legalidade.
> Recebendo múltiplas declarações de compensação em que a firma BRAMPAC S/A noticiava o uso em benefício dela de valores de supostos créditos auridos pela coligada NITRIPLEX S/A (que disporia de decisões judiciais em seu favor), o Delegado da Receita Federal de Osasco considerou as compensações *não declaradas* (*inexistentes para quaisquer efeitos*) porque se tratavam de *créditos de terceiros* (no caso, a NITRIPLEX S/A), e a Lei nº 9.430/96 é que determina essa postura (§ 12, II, "a", do art. 74, com redação da Lei nº 11.051/2004).
> Ora, a compensação é medida possível *nos termos da lei*, como soa o art. 170 do CTN (regra matriz da compensação) e por isso mesmo não era esperável da Administração Tributária uma conduta *contra legem*. Aliás, é de se lembrar sempre que "... o Direito Tributário opera em regime de estrita legalidade" (STJ - AgRg no REsp 1307687/RS, Rel. Ministro CASTRO

MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012).
É compreensão cediça que a compensação fiscal exige autorização legislativa que lhe dê seus contornos. A propósito, invoco o seguinte julgado:
"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE PRECATÓRIOS. MEDIDA QUE RECLAMA A EXISTÊNCIA DE LEI LOCAL AUTORIZADORA. ENTENDIMENTO PACÍFICO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. 'A jurisprudência pacificada desta Corte considera que a compensação de tributos depende da existência de lei autorizativa editada pelo respectivo ente federativo' (AgRg no RMS 35.365/PR, Segunda Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 10/5/12).
2. Agravo regimental não provido".
(AgRg no AREsp 120.392/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012)
As controvérsias surdidas em seara de compensação tributária devem ser tratadas e resolvidas conforme as leis de regência, desde que não declaradas como inconstitucionais.
É o que se impõe fazer na espécie.
Tratando-se de caso em que se tem como *não declarada* a compensação porque versa sobre créditos de terceiros (considerada, portanto, como *inexistente*), não há previsão na Lei nº 9.430/96 para a *manifestação de inconformidade*, já que essa figura de índole "recursal" (que é regrada pelo Decreto nº 70.236/72 e provoca o efeito do inc. III do art. 151 do CTN - § 11) é prevista *somente* para a *compensação não homologada* (§§ 9º e 7º do art. 74) com recurso ao Conselho de Contribuintes (§ 10).
Assim, como a compensação de crédito de terceiro não é juridicamente possível (*caput* do art. 74) e se o contribuinte apresenta uma pretensão nesse sentido, a Administração Tributária tem o dever legal de considerá-la *não declarada* (§ 12, II, "a", do art. 74, com redação da Lei nº 11.051/2004); como decorrência, é óbvio que a autoridade fazendária *não pode receber a manifestação de inconformidade* que - como visto - é figura restrita aos casos em que o procedimento compensatório, realizado *sponte sua* pelo contribuinte, não é *homologado*. Uma coisa é *não homologar* a compensação; outra coisa é tê-la como *inexistente* (não declarada). Portanto, também não há que se falar na incidência do inc. III do art. 151 do CTN, efeito restrito nos termos da lei ao caso de inconformidade com a decisão que *não homologa* o procedimento compensatório declarado à Secretaria da Receita Federal do Brasil na forma do § 1º do art. 74.
A propósito do tema registro precedentes do STJ no sentido da possibilidade da lei restringir práticas compensatórias, impedindo a compensação dos créditos de terceiros. Confira-se:
"TRIBUTÁRIO. ART. 74, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.430/96. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM CRÉDITO DE TERCEIRO. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. PENDÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE E RECURSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO VIA LANÇAMENTO DE OFÍCIO.
1....
2. Não homologada a compensação o crédito tributário não está mais previamente extinto, o que abre caminho para sua constituição mediante lançamento de ofício. Efetivamente, a manifestação de inconformidade e demais recursos administrativos subsequentes interpostos contra a negativa de homologação de compensação efetuada pelo contribuinte apenas suspendem a exigibilidade do crédito tributário a teor do art. 151, III, do CTN, c/c art. 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, mas isso não significa que impeçam a sua constituição via auto de infração acaso ainda não tenha sido constituído.
3. O art. 74, *caput*, da Lei nº 9.430/96 é claro ao exigir que o crédito e o débito para a compensação tributária sejam do próprio sujeito passivo, portanto, não se admite a compensação tributária com crédito de terceiro, como pretende o contribuinte.
4. Recurso especial não provido".

(REsp 1173921/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012)

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. CESSÃO DE CRÉDITOS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.430/96. PROIBIÇÃO DA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM CRÉDITOS DE TERCEIROS.

1. A Lei nº 9.430/96, no artigo 74, utilizando-se da faculdade que lhe foi conferida pelo CTN, proíbe a compensação de débitos tributários com créditos de terceiros, *in verbis*: '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.' (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

2. *In casu*, trata-se de decisão transitada em julgado reconhecendo o direito de compensação da cedente em face da Fazenda Nacional. Não obstante a admissibilidade da cessão de créditos na seara tributária, verifica-se a existência de óbice legal à efetivação da compensação nos moldes requeridos pelas recorrentes (com créditos de terceiros), qual seja, o mandamento inserto no art. 74 da Lei 9.430/96, o que conduz à ineficácia da cessão de créditos perante o fisco e, consectariamente, à inoperosidade da substituição processual almejada. (Precedentes: REsp 1121045/RS, DJe 15/10/2009; REsp 939.651/RS, DJ 27/02/2008)

3. ...

4. Não obstante, o Direito Tributário, conquanto não possa alterar o conceito da cessão de crédito da lei civil, pode-lhe atribuir efeitos próprios na seara tributária, inclusive dispondo sobre requisitos de validade da cessão. (Precedente: AgRg no Ag 1228671/PR, DJe 03/05/2010)

5. '... o legislador ordinário tem total liberdade para fixar a forma como os créditos do contribuinte poderão - ou não - ser compensados. Os critérios que nortearão o estabelecimento das regras da compensação serão aqueles ditados pelas conveniências da política fiscal, não havendo restrição no CTN que limite a atuação estatal. Desse modo, poderá o legislador admitir a compensação apenas de alguns tipos de créditos e não de outros, estabelecer restrições quanto à data da constituição do crédito, quanto à origem do crédito e até quanto ao seu montante. Não há nada que impeça o legislador de admitir a compensação apenas de parte do crédito do contribuinte, deixando que o restante seja passível de repetição.' (Leandro Paulsen, *in Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Ed. Livraria do Advogado, 18ª ed., p. 1121)

6. Sob esse enfoque, o Código Tributário Nacional, em seu art. 170, autoriza que lei ordinária possa estipular condições ou atribuir à autoridade administrativa a estipulação de condições, para a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. (Precedentes: AgRg no Ag 1228671/PR, DJe 03/05/2010; AgRg no RMS 30.340/PR, DJe 30/03/2010)

7. Conquanto as recorrentes aleguem o objetivo exclusivo de execução do título executivo pela cessionária, é certo que o mesmo autorizou a compensação do indébito nos registros contábeis e fiscais da cedente, razão pela qual incide, *in casu*, a vedação expressa do art. 74, da Lei 9.430/96.

8. Recurso especial desprovido".

(REsp 993.925/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 19/08/2010)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPI. COMPENSAÇÃO. DÉBITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. IN/SRF 41/2000. LEGALIDADE.

1. Esta Corte já se pronunciou no sentido da legalidade do art. 1º da IN/SRF 41/2000, a qual vedou a compensação de créditos com débitos tributários de terceiros. Precedentes: REsp 653.553/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 13.9.2007; REsp 677.874/

PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 24.4.2006.
2. Agravo regimental não provido".
(AgRg no REsp 677.330/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 26/02/2010)
"TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS - TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS A TERCEIROS - LEI 9.430/96 - IN SRF 21/97 E 41/2000 - LEGALIDADE.
1. A Lei 9.430/96 permitiu que a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, autorizasse a utilização de créditos a serem restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.
2. O art. 15 da IN 21/97, permitiu a transferência de créditos do contribuinte que excedessem o total de seus débitos, o que foi posteriormente proibido com o advento da IN 41/2000 (exceto se se tratasse de débito consolidado no âmbito do REFIS) e passou a constar expressamente do art. 74, § 12, II, 'a' da Lei 9.430/96.
3. Dentro do poder discricionário que lhe foi outorgado, a Secretaria da Receita Federal poderia alterar os critérios da compensação, sem que isso importe em ofensa à Lei 9.430/96.
4. Recurso especial provido".
(REsp 677874/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 24/04/2006, p. 386)
"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. PARADIGMA JULGADO MONOCRATICAMENTE. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NO MOMENTO DO ENCONTRO DE CONTAS. CRÉDITO DE TERCEIRO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. CESSÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. ...
2. O processamento da compensação subordina-se à legislação vigente no momento do encontro de contas, sendo vedada a apreciação de eventual pedido de compensação ou declaração de compensação com fundamento em legislação revogada ou superveniente.
3. Com o advento da Lei 10.637/02, passou-se a utilizar a data da transmissão da declaração de compensação (PER/DCOMP), já que '[a] compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação' (art. 74, § 2º, da Lei 9.430/96).
4. No caso, busca-se compensar crédito de terceiro, referente ao benefício fiscal do crédito-prêmio de IPI. Incidência das alíneas 'a' e 'b' do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei 9.430/96, incluídas pela Lei 11.051, de 2004.
5. 'A compensação de crédito tributário só pode ser feita pela empresa que obteve a sua certificação judicial. Impossível a sua utilização por terceiro, em conseqüência de negócio jurídico de cessão celebrado. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, redação da Lei nº 10.037, de 2002, determina que os créditos apurados perante a Secretaria de Receita Federal só poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios e não de terceiros' (REsp 939.651/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 27.02.08).
6. Recurso especial conhecido em parte e não provido".
(REsp 1121045/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009)
"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CRÉDITO DE TERCEIRO. CESSÃO.COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. '(...) a Lei 11.051, de dezembro de 2004, modificando o art. 74 da Lei 9.430/96, passou a proibir, em seu § 12, qualquer hipótese de compensação de débitos próprios com créditos de terceiros, como se depreende do seu regulamento, IN SRF 600, de 28 de dezembro de 2005 (art. 26), a qual levou em consideração tanto a Lei 11.051/2004 e a Lei 9.964/2000, quanto a Resolução CG/Refis nº 21, de 8 de novembro de 2001' (REsp 845.376/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 14.10.08).
2. Agravo regimental não provido".

(AgRg no REsp 1077445/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 08/05/2009)

"COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO DE INCONFORMIDADE. ART. 74, § 11, DA LEI 9.430/96. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 151, III, DO CTN. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

I - ...

II - ...

III - O artigo 170 do CTN está plasmado no sentido de somente admitir que se proceda ao encontro de contas entre créditos fiscais com créditos do próprio sujeito passivo, não fazendo qualquer alusão à possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros na compensação tributária.

IV - Recurso especial provido".

(REsp 1068830/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 25/08/2008)

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CESSÃO DE CRÉDITO. COMPENSAÇÃO.

1. A compensação de crédito tributário só pode ser feita pela empresa que obteve a sua certificação judicial. Impossível a sua utilização por terceiro, em conseqüência de negócio jurídico de cessão celebrado.

2. Não há dispositivo legal autorizando que contribuinte utilize créditos de terceiros para quitação de débitos.

3. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, redação da Lei nº 10.037, de 2002, determina que os créditos apurados perante a Secretaria de Receita Federal só poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios e não de terceiros.

4. A Lei nº 11.051, de 2004, em seu art. 4º, determina (fl. 261): 'Art. 4º. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 74 ..... § 3º ..... (...) § 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: 1 - previstas no § 3º deste artigo;

II - em que o crédito: a) seja de terceiros;

b) refira-se a 'credito-prêmio' instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969;

c) refira-se a título público;

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado";'

5. Recurso especial não-provido".

(REsp 939651/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 27/02/2008, p. 173)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DO SUJEITO PASSIVO COM DÉBITOS DE TERCEIROS.

1. ...

2. ...

3. Assim, é imperioso concluir que não há ilegalidade na vedação contida no art. 1º da Instrução Normativa 41/2000 da SRF, porquanto amparada no art. 74 da Lei 9.430/96 (redação vigente à época da impetração). Por fim, cabe frisar, no tocante à nova redação do artigo acima referido, que 'será considerada não declarada a compensação nas hipóteses em que o crédito seja de terceiros' (art. 74, § 12, II, 'a', da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004).

4. Recurso especial desprovido".

(REsp 653553/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 13/09/2007, p. 155)

Diante desse quadro, está longe de representar ilegalidade ou abuso de poder a conduta do Delegado da Receita Federal de Osasco em receber as insurgências da BRAMPAC S/A como

"recursos hierárquicos" e processá-las dessa forma.
No ponto, destaco a jurisprudência dominante no STJ:
"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULA 284/STF. COMPENSAÇÃO NÃO-DECLARADA.
1. O disposto no art. 74, § 3º, VI, da Lei 9.430/96 veda a compensação com supostos créditos já indeferidos em pedido administrativo de restituição, embora pendente de recurso, hipótese em que o procedimento é considerado não declarado (§ 12) e por conseguinte, incabível apresentar a manifestação de conformidade, consoante o § 13 do mesmo cânon.
2. ...
3. Recurso especial não provido".
(REsp 1073243/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 05/11/2008)
"COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO DE INCONFORMIDADE. ART. 74, § 11, DA LEI 9.430/96. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 151, III, DO CTN. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.
I - Os artigos 151, III, do CTN e 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, que determinam a suspensão da exigibilidade tributária quando houver manifestação de inconformidade do contribuinte, não se aplicam na hipótese de utilização de créditos tributários de terceiros, haja vista que as leis reguladoras do processo tributário não autorizam tal aproveitamento. Precedentes: REsp nº 653.553/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 13.09.2007 e REsp nº 677.874/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON , DJ de 24.04.2006.
II - 'O art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, redação da Lei nº 10.037, de 2002, determina que os créditos apurados perante a Secretaria de Receita Federal só poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios e não de terceiros'. (REsp nº 939.651/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 27.02.2008).
III - O artigo 170 do CTN está plasmado no sentido de somente admitir que se proceda ao encontro de contas entre créditos fiscais com créditos do próprio sujeito passivo, não fazendo qualquer alusão à possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros na compensação tributária.
IV - Recurso especial provido".
(REsp 1068830/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 25/08/2008)
Diante desse rol de arestos, tem-se como certo perante o STJ que: (1) a lei somente autoriza que se proceda ao *encontro de contas* entre créditos fiscais com créditos *do próprio sujeito passivo*, não abrindo possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros (*alheios*) na compensação tributária; (2) os artigos 151, III, do CTN e 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, que determinam a suspensão da exigibilidade tributária quando houver *manifestação de inconformidade do contribuinte*, não se aplicam na hipótese de utilização de créditos tributários de terceiros, haja vista que as leis reguladoras do processo tributário não autorizam tal aproveitamento.
Portanto, o presente recurso conflita com a jurisprudência do STJ.
Entretanto, a demonstrar que o recurso é também de manifesta improcedência, outros destaques são relevantes.
Como já foi dito com notável percuciência pela d. Juíza Federal Substituta drª Renata Coelho Padilha, os fatos subjacentes ao *mandamus* originário da decisão agravada não têm a *clareza* que a impetração/minuta pretende lhes emprestar; é dizer: a matéria que subjaz à pretensão deduzida no *writ*, referente aos supostos *créditos válidos* da NITRIFLEX S/A que a impetrante/recorrente pretendia aproveitar para si junto ao Fisco, é bastante *duvidosa*.
Consta que a própria NITRIFLEX S/A já teria se aproveitado dos créditos ao longo de muitos anos; inclusive já teria "negociado" tais créditos (reconhecidos pela Delegacia da Receita Federal em Nova Iguaçu/RJ, no PA nº 10735.000.001/99-18, onde foi proferido um despacho administrativo ainda em 13/12/2000); ora, esse panorama descrito pela autoridade fazendária

- que goza da presunção de veracidade - por si só retira a *liquidez e certeza* dos fatos subjacentes ao suposto direito líquido e certo deduzido no mandado de segurança onde foi proferida a interlocutória agravada, como, repito, já foi intuído pela operosa e inteligente Srª Juíza *a qua*. Ainda, existe uma realidade jurídica que não pode passar despercebida: existe uma *ação rescisória* julgada parcialmente procedente para reduzir o período de apuração dos tais créditos e, consequentemente, o valor deles. É certo que existe uma Reclamação ajuizada no STF com liminar suspensiva dos efeitos dessa rescisória. Mas tudo isso só serve para demonstrar a *conturbação* que permeia a validade dos supostos créditos da NITRIFLEX S/A que a agravante/impetrante pretende aproveitar em seu favor.

Esse cenário deslegitima uma medida acautelatória *obrigando* a Receita Federal a processar recursos administrativos segundo bem entende o contribuinte; em sede de mandado de segurança os fatos de que deriva o suposto direito líquido e certo (aqui, o "direito" a ver os recursos administrativos serem processados com suspensão dos débitos da impetrante com os quais ela pretende a compensação) devem estar cumpridamente comprovados por meio de prova documental irretorquível; e isso, aqui, está bem longe de ter ocorrido.

É que os "fatos" não são confortáveis para as teses manifestadas pela recorrente tanto no *writ* quanto neste Agravo de Instrumento, pois a existência da *totalidade* dos "créditos compensáveis" é altamente discutível e essa situação não pode ser cuidada em mandado de segurança. Destarte, a própria sobrevivência do *mandamus* originário é dificultosa, a teor da sabença do STJ:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO VINCULADA A REPARAÇÃO DE DANO COM INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA PARA LEGITIMAR A VIA MANDAMENTAL. IMPUGNAÇÃO DA SUSPENSÃO INOPORTUNA. PRECLUSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 'No mandado de segurança revela-se como condição elementar à demonstração de liquidez e certeza do direito a prova documental, que deve ser ministrada no ato da impetração, importando a falta desse requisito o indeferimento da inicial (art. 8º, da Lei 1.533/51)' (AgRg no MS 8.325/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 11/11/2002).

2. Não restando presente prova pré-constituída, conforme asseverado pelo Tribunal de piso, não se evidencia a alegada ofensa a direito pela via mandamental.

3. ...

4. ...

5. Agravo regimental não provido".

(AgRg no RMS 32.149/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENADE. NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. PRETENSÃO DE DISPENSA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA QUANTO AO ATO COATOR. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO *MANDAMUS*.

1. O Mandado de Segurança exige demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado. Não admite, portanto, dilação probatória, ficando a cargo do impetrante juntar aos autos documentação necessária ao apoio de sua pretensão.

2. ....

3. ....

4. Assim, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado na inicial encontra, no caso, insuperável empecilho, dada a falta de comprovação sobre fatos essenciais, cuja elucidação demandaria atividade probatória insuscetível de ser promovida na via eleita. Precedentes desta Corte.

5. Mandado de Segurança extinto, sem resolução do mérito, ressalvando a possibilidade do impetrante buscar o direito alegado nas vias ordinárias".

(MS 18.301/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012)

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE OFICIAIS POLICIAIS MILITARES. ACUIDADE VISUAL. EXIGÊNCIA DO EDITAL. LEGALIDADE. DIREITO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO IMPROVIDO.

- ...

- Como a via mandamental não comporta dilação probatória, uma vez não comprovadas a liquidez e a certeza do direito que os impetrantes disseram ter, impunha-se, só por isso, a denegação da ordem.

Recurso ordinário improvido".

(RMS 36.308/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/05/2012)

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 160 E 161, § 2º, DA LEI Nº 8.112/1990. NÃO OCORRÊNCIA. DEFENSOR DATIVO. DESIGNAÇÃO. PREJUÍZO EFETIVO PARA A DEFESA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. NULIDADES AFASTADAS.

1. O mandado de segurança não se mostra adequado à reavaliação do conjunto probatório produzido no processo administrativo, reclamando prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito vindicado.

2. ...

3. ...

4. ...

5. ...

6. ...

7. Segurança denegada".

(MS 15.090/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, DJe 03/09/2012)

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REPETIÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE REPOSIÇÃO FLORESTAL. DEFICIÊNCIA NA ARGUMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONFORMISMO DA EMBARGANTE. REVISÃO DO JULGADO. VIA IMPRÓPRIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. ...

2. Em se tratando de mandado de segurança, exige-se a prova pré-constituída do direito líquido e certo violado ou ameaçado, de modo que é imprescindível a apresentação, juntamente com a inicial, de todas as provas necessárias à demonstração da verdade dos fatos alegados, já que o mandado de segurança possui caráter documental, e no seu âmbito não se admite dilação probatória.

3. ...

4. ...

5. ...

6. ...

7. Embargos de declaração rejeitados".

(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1042816/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 07/12/2011)

"ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI ESTADUAL 14.226/2002. TRABALHO DE VIGILÂNCIA REALIZADO NO DEPÓSITO DE REJEITOS RADIOATIVOS DO CÉSIO 137.

NÃO INDICAÇÃO DA NATUREZA DA MOLÉSTIA CONTRAÍDA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.
1. ...
2. A documentação trazida aos autos não permite juízo de certeza quanto aos fatos alegados na impetração, razão pela qual forçoso reconhecer a falta de prova pré-constituída necessária ao reconhecimento do direito afirmado no mandado de segurança.
3. Recurso ordinário a que se nega provimento".
(RMS 33.321/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 30/09/2011)

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo legal.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relatório

Direito Processual Penal

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL
0006507-68.2002.4.03.6181
(2002.61.81.006507-0)

Embargante: JUSTIÇA PÚBLICA
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 1.072
Interessado: FABIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: ACr 32575
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2013

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PORTARIA Nº 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARÂMETRO PARA BALIZAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os embargos de declaração têm por finalidade sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão, não sendo cabível para anular ou modificar decisões.

2. Não se trata de discutir a incidência da Portaria nº 75/2012 sob o ponto de vista da hierarquia das normas. O que se busca com a aplicação do valor estabelecido na Portaria é a adoção de um parâmetro para balizar o princípio da insignificância.

3. O Superior Tribunal de Justiça seguiu orientação pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância é aquele previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais) (STJ, REsp nº 1112748/TO, Ministro Relator FELIX FISCHER).

4. A *quaestio* concerne ao fato de que não sendo a cobrança da dívida de interesse da Administração Fazendária, também não o será da seara penal. Não se tem em consideração o valor monetário, mas o desinteresse da Administração na arrecadação dos valores tributários. Trata-se de aferir a relevância da conduta atribuída ao acusado para o Direito Penal, considerado a *ultima ratio*.

5. Foi editada a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, em 22 de março de 2012, a qual determinou o "não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais)" e revogou expressamente a Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, que tratava da mesma matéria, elevando o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

6. O novo montante a ser considerado para a aplicação do princípio da insignificância é aquele estabelecido pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, ainda que não tenha ocorrido a edição de nova Lei com a finalidade de revogar, expressamente, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

7. Não há óbice legal à adoção do valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto na Portaria, pois os limites pertinentes à aplicação do princípio da bagatela são fruto de construção jurisprudencial e doutrinária.

8. Não se trata da aplicação de norma sancionatória, de competência do Legislador ordinário, mas de integração da norma jurídica, em benefício do réu, por ato normativo inferior, que estabelece diretriz inserida na competência do poder regulamentar da Administração, cuja atuação, na maioria das vezes, revela-se mais célere e conforme a realidade social que a do Poder Legislativo. Precedentes.
9. O acórdão embargado examinou a matéria em sua integralidade e, ao contrário das alegações do embargante, não incide em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 619 do Código de Processo Penal, uma vez que todas as questões postas a desate foram devidamente analisadas.
10. Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de janeiro de 2013.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de embargos de declaração (fls. 1.082/1.083), opostos pelo Ministério Público Federal, contra o v. acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por unanimidade, rejeitou a preliminar de nulidade da sentença e, de ofício, decretou a absolvição do réu, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, em razão da aplicação do princípio da insignificância, e julgou prejudicado o mérito do recurso (fl. 1.072).

O acórdão foi assim ementado:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. MÉRITO DO RECURSO PREJUDICADO.
1. O réu foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 168-A c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal.
2. O magistrado de primeiro grau ao proferir sentença, com acerto, afastou o alegado cerceamento do direito de defesa. Os documentos constantes dos autos são suficientes à instrução processual, não resultando do indeferimento das diligências qualquer prejuízo à defesa do réu (CPP, art. 563). Preliminar rejeitada.
3. Aplicação do princípio da insignificância. O valor da contribuição previdenciária não recolhida, afastados juros de mora e multa, é inferior àquele previsto como o valor mínimo executável ou que permite o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 e da na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, a qual elevou o referido montante para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).
4. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Decretada, de ofício, a absolvição do réu diante da atipicidade material da conduta. Prejudicado o exame do mérito do recurso.

O *Parquet* Federal alegou, em síntese, que o acórdão incorreu em omissão e contradição, pois, apesar de mencionar que o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 e a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda estabelecem valores diferentes para fins de arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, aquele R$ 10.000,00 (dez mil reais) e esta R$ 20.000,00 (vinte mil reais), não esclarece porque a previsão da Portaria em questão prevalece sobre a da Lei nº 10.522/2002, especialmente sob o aspecto da hierarquia das normas, uma vez que disposição prevista em Lei ordinária, em tese, não poderia ser revogada por ato normativo inferior, salvo expressa autorização legal.

Por fim, requereu o acolhimento dos presentes embargos a fim de sanar os vícios apontados.

É o relatório.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Os embargos de declaração têm por finalidade sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão, não sendo cabível para anular ou modificar decisões.

No caso dos autos, os embargos não merecem ser acolhidos. Vejamos:

O Ministério Público Federal argumenta que o acórdão incorreu em omissão e contradição, pois sob o viés da hierarquia normativa, não poderia prevalecer o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, sobre o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), disposto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, para o fim de aplicação do princípio da insignificância.

Entretanto, não se trata de discutir a incidência da referida Portaria sob o ponto de vista da hierarquia das normas. O que se busca com a aplicação do valor estabelecido na Portaria é a adoção de um parâmetro para balizar o princípio da insignificância.

Por primeiro, anoto que o Superior Tribunal de Justiça seguiu orientação pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância é aquele previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais) (STJ, REsp nº 1112748/TO, Ministro Relator FELIX FISCHER).

Confira-se acórdão da Excelsa Corte da lavra da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia:

> *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PACIENTE PROCESSADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 334, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL (DESCAMINHO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.
> 1. O descaminho praticado pelo Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado.
> 2. *A análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento,*

sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei nº 10.522/02), que hoje equivale à quantia de R$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei nº 10.522/02), equivalente a R$ 100,00.
3. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Paciente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.
4. Ordem concedida. (grifo nosso)
(STF, HC nº 96309, Ministra Relatora, CÁRMEN LÚCIA, DJe 24.04.2009)

Por segundo, registro que a *quaestio* concerne ao fato de que não sendo a cobrança da dívida de interesse da Administração Fazendária, também não o será da seara penal. Não se tem em consideração o valor monetário, mas o desinteresse da Administração na arrecadação dos valores tributários.

Com efeito, trata-se de aferir a relevância da conduta atribuída ao acusado para o Direito Penal, considerado a *ultima ratio*.

Por terceiro, observo que o mesmo patamar adotado nos citados julgados para o delito descrito no artigo 334 do Código Penal tem aplicabilidade também nos crimes previstos nos artigos 168-A e 337-A do *Codex*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 168-A, § 3º, II, e 337-A, § 2º, II, AMBOS DO CP. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RESP REPETITIVO Nº 1.112.748/TO. DÉBITO NÃO SUPERIOR A R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. LEI 11.457/07. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
1. A Lei 11.457/07 considerou como dívida ativa da União também os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, dando-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários. Assim, *não há porque fazer distinção, na seara penal, entre os crimes de descaminho e de apropriação indébita previdenciária, razão pela qual deve se estender a aplicação do princípio da insignificância a este último delito, quando o valor do débito não for superior R$ 10.000,00 (dez mil reais)*.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso)
(STJ - AgRg no REsp - 1171559/RS - Ministra Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - DJe 28.09.2011)

Por quarto, verifico que, posteriormente, foi editada a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, em 22 de março de 2012, a qual determinou o "não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais)" e revogou expressamente a Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, que tratava da mesma matéria, elevando o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Assim, o novo montante a ser considerado para a aplicação do princípio da insignificância é aquele estabelecido pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, ainda que não tenha ocorrido a edição de nova Lei com a finalidade de revogar, expressamente, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

Por quinto, ressalto que não há óbice legal à adoção do valor de R$ 20.000,00 (vinte mil

reais), previsto na Portaria, pois os limites pertinentes à aplicação do princípio da bagatela são fruto de construção jurisprudencial e doutrinária.

Ademais, assinalo que não se trata da aplicação de norma sancionatória, de competência do Legislador ordinário, mas de integração da norma jurídica, em benefício do réu, por ato normativo inferior, que estabelece diretriz inserida na competência do poder regulamentar da Administração, cuja atuação, na maioria das vezes, revela-se mais célere e conforme a realidade social que a do Poder Legislativo.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

> PENAL. DESCAMINHO/CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. PORTARIA. HIERARQUIA DE LEIS.
> Aplica-se o *princípio da insignificância* ao crime de descaminho, quando o *valor do tributo não recolhido é igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), patamar esse instituído pelo art. 1º, II, da Portaria MF nº 75 de 22/03/2012.*
> *O princípio da reserva legal não foi desrespeitado, porque a ordem jurídica, como regra, impõe a elaboração de normas sancionatórias ao legislador ordinário, mas reconhece as excepcionalidades ditadas por circunstâncias várias e admite, a partir da descrição de alguns elementos essenciais pela lei ordinária, a integração da norma punitiva por diplomas de inferior graduação na hierarquia de positivação legal, como é o caso de resoluções e portarias.*
> O tipo é previsto em lei editada pelo parlamento, mas a casuística do cotidiano e da vida social faz com que o ordenamento reconheça as inúmeras situações excepcionais, a permitir o imediato acompanhamento dos fatos pela normatização especializada do Executivo, ao invés dos diversos procedimentos legislativos. (grifo nosso)
> (TRF4 - ACR - 00077012820084047002/PR - Juiz Federal Relator ARTUR CÉSAR DE SOUZA - DJe 25.07.2012)

> DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO E DESCAMINHO. ART. 334, § 1º, *b*, DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.
> 1. A jurisprudência vem reconhecendo a aplicação do *princípio da insignificância* no crime de descaminho quando o valor do tributo iludido é inferior ao estipulado como mínimo para o ajuizamento da execução fiscal, *valor esse que atualmente é de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), consoante o disposto na Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012.*
> 2. Ainda que as ações supostamente praticadas se amoldem ao tipo penal de contrabando, deve ser adotada a orientação dada ao delito de descaminho, para aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.
> 3. *O caráter fragmentário do Direito Penal legitima a sua atuação apenas naquelas hipóteses em que outros ramos do Direito sejam incapazes de combater, com eficiência, um determinado comportamento antijurídico. Não havendo lesão relevante ao bem juridicamente tutelado, não se justifica a aplicação da norma penal, que deve funcionar como a* ultima ratio *do ordenamento jurídico, cuidando apenas de condutas consideradas graves, potencialmente capazes de gerar um estado de crise social que não pode ser solucionado por normas jurídicas outras com poder sancionador mais brando.*
> 4. Apelação provida, para absolver o réu, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. (grifo nosso)
> (TRF3 - ACR - 00080636620064036181/SP - Desembargador Federal Relator COTRIM GUIMARÃES - DJe 31.10.2012)

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 337-A, I E III DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE SE APLICA DE OFÍCIO. MATÉRIA

PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.
1. Compete à Justiça Federal apreciar e julgar o feito, por se tratar de crime praticado em detrimento de bens, serviços e interesse de entidade autárquica, como dispõe o artigo 109, IV, da Constituição Federal. Matéria preliminar rejeitada.
2. O réu foi condenado como incurso no artigo 337-A, I e III do Código Penal, por ter contratado garçonete para prestar serviços contínuos e subordinados em seu estabelecimento comercial, de 20/01/2001 a 27/02/2003, sem registro em Carteira de Trabalho e sem o recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes, que perfazem o total de R$ 7.881,82 (sete mil, oitocentos e oitenta e um reais e oitenta e dois centavos).
3. O artigo 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.033/2004, autoriza o arquivamento dos autos da execução fiscal, sem baixa na distribuição, quando o valor devido for de até R$ 10.000,00 (dez mil reais).
4. *Hodiernamente, a Portaria nº 75 de 22 de março de 2012 do Ministério da Fazendo dispõe, em seu primeiro artigo, que a Dívida Ativa da Fazenda Nacional de valor consolidado de até R$ 20.000,00 (vinte mil reais), não será ajuizada.*
5. O valor do débito, tal como indicado na denúncia, é inferior ao patamar legal, sendo plenamente *aplicável o princípio da insignificância, como corolário do princípio da pequenez ofensiva inserto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, o qual estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado diminuto.*
7. Matéria preliminar rejeitada. Apelação a que se nega provimento, aplicando-se, de ofício, o princípio da insignificância para julgar extinta a punibilidade do apelado com fulcro no artigo 386, III do Código de Processo Penal. (grifo nosso)
(TRF3 - ACR - 00110744220034036106/SP - Desembargador Federal Relator JOSÉ LUNARDELLI - DJe 06.06.2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESCAMINHO. DOCUMENTOS IDEOLOGICAMENTE FALSOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PARAMETROS. PRETENDIDO EFEITO INFRINGENTE. PORTARIA Nº 49, de 1º de ABRIL de 2004. REVOGAÇÃO EXPRESSA PELA PORTARIA Nº 75/12 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. EFEITO INFRINGENTE. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS IMPROVIDOS.
1- Não há contradição, ou omissão, no v. acórdão, capaz de conferir aos embargos declaratórios o pretendido efeito infringente.
2- O recorrente se espelha na premissa de que, segundo a redação do art. 1º, da Portaria nº 75/12, o fisco não dispensa automaticamente a cobrança de dívidas inferiores a R$ 20.000,00.
3- *Discussão que gira em torno dos parâmetros para a incidência do princípio da insignificância, como já levada a efeito nos autos do citado Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.112.748-TO.*
4- Na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, em atenção à orientação pacificada no Supremo Tribunal Federal, que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância seria aquele previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02 (R$ 10.000,00), relativo ao não ajuizamento de ação de execução, ou arquivamento sem baixa na distribuição, excluindo, como vetor, o disposto no art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R$ 100,00 (cem reais).
5- Da leitura do voto, verifica-se que, justamente, a questão levantada era aquela concernente o desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária.
6- Ocorre que a Portaria nº 75/12 revogou expressamente os termos da Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, do Ministério da Fazenda, que tratava sobre o mesmo assunto, levando a crer que o mesmo raciocínio pode ser aplicado nestes autos, agora, em face da novo ato normativo, ainda que sem a expressa revogação do art. 20, da Lei nº 10.522/02.
7- Esta a fundamentação do v. acórdão embargado, de forma que não padece de vício de

omissão ou contradição, apenas acolhe conclusão diversa da pretendida pelo recorrente. Precedente da Corte no mesmo sentido.
8- Segundo ainda o v. acórdão, o feito principal deverá prosseguir em relação ao delito do art. 299, do Código Penal, uma vez que a ordem foi parcialmente concedida, apenas para determinar o trancamento do feito no que se refere ao delito de descaminho e em face do reconhecimento do princípio da insignificância.
9- Embargos de declaração a que se nega provimento. (grifo nosso)
(TRF3 - ACR - 00091263520124030000/SP - Desembargador Federal Relator LUIZ STEFANINI - DJe 18.12.2012)

O acórdão embargado examinou a matéria em sua integralidade, como segue:

Apreciada a matéria preliminar, cumpre verificar se o dano decorrente da conduta praticada pelo agente pode ser considerado penalmente irrisório, ou seja, se é possível a exclusão da tipicidade diante da irrelevância da violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal, aplicando-se o *princípio da insignificância*.
Em decisões anteriores, esta Relatora posicionou-se no sentido de que, o parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância em relação aos débitos previdenciários, *por se tratar de legislação especial*, era o disposto no artigo 1º da Lei 9.441/97, o qual consolidou *a extinção do crédito para valores iguais ou inferiores a R$ 1.000,00 (um mil reais)*.
Todavia, curvo-me ao entendimento já esposado por esta Primeira Turma e pelo C. Superior Tribunal de Justiça que considera aplicável o princípio da insignificância aos delitos previstos nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, nos moldes do preconizado pelo artigo 20 da Lei nº 10.522/02, porquanto os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias são considerados dívidas da União (Lei nº 11.457/07).
Confira-se:
(...)
Assim, tendo em vista tais precedentes, adoto a posição de ser cabível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita previdenciária, nos termos do artigo 20 da Lei 10.522/02, considerando o montante principal do débito.
No caso em apreço, excluídos juros e multa, o débito totaliza R$ 16.131,44, (dezesseis mil, cento e trinta e um reais e quarenta e quatro centavos) (fl. 275).
Portanto, o prejuízo suportado pela Fazenda Pública Federal não ultrapassa o valor mínimo executável, conforme recente Portaria do Ministério da Fazenda nº 75, a qual elevou o referido valor para R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, por conseguinte, não é objeto de execução fiscal.
Desta feita, diante da atipicidade material da conduta, de ofício, absolvo o acusado da prática do delito descrito no artigo 168-A c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal.

Ao contrário das alegações do embargante, o acórdão não incide em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 619 do Código de Processo Penal, uma vez que todas as questões postas a desate foram devidamente analisadas.

Destarte, não merecem acolhimento os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal.

Por esses fundamentos, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA
0031082-10.2012.4.03.0000
(2012.03.00.031082-7)

Impetrantes: ROBERTO SODRE VIANA EGREJA E OUTROS
Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW - QUINTA TURMA
Interessada: CIA. AÇUCAREIRA DE PENÁPOLIS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: MS 341232
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/11/2012

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra suposta omissão no julgamento de pedido incidental de substituição de 10 veículos automotores usados.

Os impetrantes noticiam que, no curso de operação policial, os bens foram afetados por seqüestro. Liberados anos depois, com a concordância do próprio Ministério Público Federal, a Fazenda Nacional foi admitida na ação cautelar e, então, nova constrição foi imposta.

Inconformados, interpuseram apelação, ora em tramitação neste Tribunal.

Com a intenção de preservar o patrimônio, os impetrantes pediram a substituição dos veículos, com a manutenção da garantia do juízo.

Passados mais de 7 meses, o pedido não foi apreciado, porque o digno Relator da apelação entendeu de reservar o exame da matéria incidental, para a oportunidade do julgamento do próprio mérito recursal.

Invoca-se, neste contexto, o princípio constitucional da duração razoável do processo.

É uma síntese do necessário.

A norma constitucional: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º inc. LXXVIII).

A Constituição não faz ressalva. O vocábulo "todos" abrange os Magistrados. Em relação a esta parcela da Sociedade, nem seria necessária tão densa explicitação.

O Poder Judiciário existe para a prestação jurisdicional. Como em tantas outras utilidades sociais - os serviços de saúde, de polícia e outros -, só haverá funcionalidade se a prestação puder ser entregue a tempo e modo.

Ocorre que a prestação do serviço depende não apenas das qualificações e das intenções do profissional, como também dos "meios" disponíveis.

A norma constitucional é clara. O princípio é o da duração razoável do processo e dos meios disponíveis.

No caso concreto, a petição inicial não está acompanhada de prova alguma a respeito dos meios disponíveis para o julgamento. A providência é indispensável.

A propósito, com lealdade processual, a petição inicial registra que os impetrantes "não

são insensíveis às mazelas do Poder Judiciário e ao excesso de trabalho deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Muito pelo contrário: Estes defensores têm amplo conhecimento da enorme quantidade de feitos que, dia a dia, é remetida para os gabinetes dos i. Desembargadores Federais, em especial da autoridade coatora, a quem, diga-se, nutrem profundo respeito pelo trabalho exercido na magistratura" (fls. 16).

As estatísticas do Tribunal são e sempre foram públicas, listadas mensalmente no diário oficial, com a especificação dos nomes dos Magistrados, cargos e quantidade circunstanciada de processos, por gabinete.

É certo que o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado a relevância do tempo, para a solução adequada das lides - como lembram os impetrantes, na petição inicial -, mas isto tem levado em conta a situação particular da liberdade de locomoção, no julgamento de ações penais com réus presos ou de "habeas corpus".

Aqui, em uma Turma com competência criminal, à qual se encontram vinculados dezenas ou centenas de réus presos, os impetrantes buscam precedência para o julgamento de questão envolvendo 10 veículos automotores usados.

Repita-se o ponto central: os impetrantes não produziram prova sobre o meios colocados à disposição do Magistrado. Ao contrário: com lealdade, reconheceram que Sua Excelência tem feito o possível.

Indefiro a petição inicial.

Publique-se.

Comunique-se.

Intimem-se

São Paulo, 30 de outubro de 2012.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

"HABEAS CORPUS"
0031197-31.2012.4.03.0000
(2012.03.00.031197-2)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: DANILO JOSÉ DA SILVA (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: HC 51659
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. APREENSÃO DA *RES*. EVIDÊNCIA DE MATERIALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE E CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PERICULOSIDADE. AUSÊNCIA DE ENDEREÇO CERTO E DE ATIVIDADE PROFISSIONAL LÍCITA. ORDEM DENEGADA.
1. A apreensão da coisa em poder do paciente, logo após o roubo, associada à confissão apresentada à autoridade policial, revela a materialidade e os indícios de autoria.
2. Perigoso não é somente aquele que, pessoal e diretamente, "enquadra" a vítima, dando-lhe voz de assalto e verbalizando a grave ameaça; também o é aquele outro que, mesmo limitando-se a dirigir o veículo roubado, aquiescera à conduta do primeiro, com este mantendo liame subjetivo configurador de coautoria.
3. Em tema de prisão cautelar, a ausência de endereço certo e a falta de atividade lícita revelam a fragilidade de vínculos do paciente, autorizando a afirmação de que é concreto o risco de, uma vez posto em liberdade, não mais ser encontrado.
4. A prisão preventiva decretada para acautelar a ordem pública não se abala pelo precipitado prognóstico de que o paciente, se condenado, será submetido a regime prisional semiaberto.
5. Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela *Defensoria Pública da União*, em favor de *Danilo José da Silva*,

contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo, SP.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, denunciado como incurso nas disposições do artigo 157, § 2º, incisos II e V, do Código Penal (roubo majorado por concurso de agentes e por restrição da liberdade da vítima).

Alega a impetrante que a prisão cautelar, *in casu*, é ilegal, uma vez que:

a) o paciente é primário, não possui maus antecedentes e não se revela perigoso;

b) o paciente não foi reconhecido pela vítima, a qual, ademais, teria sido abordada por terceira pessoa;

c) o desemprego e a ausência de residência fixa não justificam a prisão, configurando tais argumentos, aliás, uma forma de exclusão social;

d) não há testemunhas sendo ameaçadas e tampouco qualquer indício de que o paciente pretenda empreender fuga;

e) caso seja condenado, o paciente provavelmente será submetido a regime prisional semiaberto;

f) o paciente faz jus à liberdade provisória independentemente de fiança;

g) na pior das hipóteses, seria caso de substituir a prisão cautelar por outra das medidas previstas pela legislação processual penal.

O pedido de liminar foi indeferido.

Prestadas informações pela autoridade impetrada, a d. Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Elton Venturi, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Não há ilegalidade na prisão cautelar do paciente.

Com efeito, consta dos autos que o paciente foi abordado por policiais militares quando dirigia um veículo pertencente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e, uma vez questionado, revelou ter concorrido para a prática, pouco antes, de um delito de roubo.

Segundo o paciente, o crime foi perpetrado por ele e outro indivíduo; que sua tarefa era apenas a de dirigir o veículo, enquanto a seu comparsa coube “enquadrar” o funcionário dos Correios mediante simulação de uso de arma.

A apreensão do veículo revela a materialidade do delito, ao passo que a prisão em flagrante, somada à confissão à autoridade policial, configura indício suficiente de autoria.

É certo que, encerrada a colheita da prova, já não subsiste a conveniência da instrução como fundamento para a prisão cautelar.

Ocorre, todavia, que a custódia preventiva fundou-se, também, na periculosidade do agente.

Nesse passo, a impetrante afirma que o paciente não é perigoso, porquanto primário e possuidor de bons antecedentes; e que o fato de não possuir emprego e endereço certo não o prejudica.

Com a devida vênia, perigoso não é somente aquele que, pessoalmente, "enquadra" a vítima, dando-lhe voz de assalto e verbalizando a grave ameaça. Também o é o agente que, mesmo limitando-se a dirigir o veículo roubado, aquiesceu à conduta do primeiro, com este mantendo liame subjetivo configurador de coautoria.

Ademais, o próprio paciente afirma que, ainda na menoridade, teria subtraído uma bicicleta alheia. Essa circunstância, aliada à ausência de atividade profissional definida, indica para o risco à ordem pública, na medida em que conforta a probabilidade de que o paciente possui propensão à prática de ilícitos contra o patrimônio.

Nem se diga que não há registro de condenação definitiva. Ainda que não se possa exasperar a pena sem condenação criminal transitada em julgado, daí não resulta que não se possa inferir a periculosidade do agente com base em elementos outros, máxime quando se sabe que a prisão preventiva é modalidade de tutela cautelar, a qual é prestada mediante cognição sumária.

Lembre-se, ainda, de que a jurisprudência pátria é firme no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes não garantem, por si sós, a liberdade provisória.

A tudo isso se acresça que, em tema de prisão cautelar, a ausência de endereço certo e a falta de atividade lícita revelam a fragilidade de vínculos do paciente, autorizando a afirmação de que é concreto o risco de, uma vez posto em liberdade, não mais ser encontrado.

É imperioso destacar, também, que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública não se abala pelo precipitado prognóstico de que o paciente, se condenado, será submetido a regime prisional semiaberto.

Por fim, saliente-se que nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão é suficiente para assegurar a manutenção da ordem pública, daí porque não procede, igualmente, o pedido subsidiário formulado pela impetrante.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

Direito Trabalhista

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

RECURSO ORDINÁRIO
0017278-82.1987.4.03.6100
(2002.03.99.031874-1)

Recorrente: LAVINIA VIEIRA VENTO (= ou > de 60 anos)
Recorrida: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ROTRAB 885
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA PROPOSTA ANTES DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. COMPETÊNCIA RESIDUAL DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 27, § 10 DO ADCT/88. AUXILIAR ADMINISTRATIVO NO CONSULADO GERAL DO BRASIL EM PARIS/FRANÇA. REGIME CELETISTA. NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 5.809/72. ESTABILIDADE DECENAL. ART. 492 DA CLT. REITEGRAÇÃO AO TRABALHO INVIÁVEL. INDENIZAÇÃO. ARTS. 495, 496 e 497 DA CLT. CUMULAÇÃO NÃO PERMITIDA COM FGTS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OPÇÃO ÀQUELE REGIME. AVISO PRÉVIO. COMPROVAÇÃO DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA DENTRO DO PRAZO LEGAL. PEDIDO AFASTADO. GRATIFICAÇÃO NATALINA. DIREITO À PERCEPÇÃO, RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL. FÉRIAS. DOCUMENTOS QUE APONTAM AS DATAS DE FRUIÇÃO E PERCEPÇÃO DE ALGUNS PERÍODOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS. PIS. INADMISSIBILIDADE. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ARTIGO 818 DA CLT. NÃO RECONHECIMENTO. INDENIZAÇÃO JÁ RECEBIDA A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO DE SAÍDA. COMPENSAÇÃO DEVIDA. ANOTAÇÃO NA CTPS. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

I. Nos moldes dos precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça, cabe à Justiça Federal comum o julgamento das reclamatórias trabalhistas nela propostas antes do advento da Constituição Federal de 1988 (art.27, § 10 do ADCT).

II. A autora exerceu a função de auxiliar administrativo perante o Consulado Geral do Brasil na França, no período de 01/06/1975 a 03/11/1985, quando de sua dispensa. Não ocupava cargo público - vez que não exercia função comissionada e não foi aprovada em concurso público de provimento efetivo - razão pela qual não se pode atribuir a ela a condição de servidora pública. O trabalho por ela prestado ocorreu de forma permanente em órgão da União Federal no exterior, em regime de subordinação funcional e salário certo, preenchendo os requisitos para que seja caracterizada a condição de empregado público, motivo pelo qual se aplica o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

III. Não há que se falar na aplicação da Lei nº 5.809/72, vez que a autora não se encontrava em missão no exterior, afinal, nunca serviu no Brasil e nem foi designada ou transferida para prestar serviços na condição de missão fora do país. Encontrava-se,

portanto, na condição de pessoa contratada, o que se deu, desde o início, na cidade de Paris, sob o regime da CLT.
IV. Nos moldes do art. 492 da CLT, antes da instituição do FGTS, o empregado que contasse com mais de 10 anos de serviço na mesma empresa não poderia ser despedido, senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, sob pena de reintegração (art. 495 da CLT) ou de indenização dobrada (arts. 496 e 497 da CLT).
V. No caso em tela, restou comprovado que a autora trabalhou por mais de dez anos junto ao Consulado Geral do Brasil na França e que a sua dispensa não se por nenhum dos motivos elencados no referido artigo 492 da CLT. Ainda, não houve a juntada de qualquer documento que comprovasse que a mesma era optante do regime do FGTS, donde se conclui que a mesma preencheu os requisitos para o seu enquadramento na estabilidade decenal, tendo direito à indenização por rescisão, a ser paga em dobro (artigos 495, 496 e 497 da CLT), vez que a reintegração tornou-se inviável em virtude do decurso do tempo.
VI. Há de ser afastada a pretensão à percepção de indenização atinente ao FGTS, vez que a mesma é inacumulável com a indenização atinente à estabilidade decenal. Ademais, a reclamante não comprovou a sua opção ao FGTS, a qual, na época, ainda não era obrigatória.
VI. A dispensa da autora não se deu de maneira abrupta e repentina, tendo sido precedida de comunicação, a qual observou o prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 487 da CLT (aviso prévio). Ademais, a ré comprovou o pagamento de salário relativo exatamente ao mês atinente ao respectivo aviso prévio, não sendo possível, portanto, admitir-se a pretensão autoral acerca da percepção de tal verba, nos moldes do § 1º do artigo 487 da CLT.
VII. Houve comprovação documental acerca do gozo regular das férias da reclamante relativas aos anos de 1982, 1983 e 1984, o que afasta a aplicação do artigo 137 da CLT. Contudo, a reclamada não logrou êxito em comprovar o pagamento das férias proporcionais atinentes ao ano de 1985, motivo pelo qual merece ser condenada ao pagamento das mesmas, na proporção de 5/12 (cinco doze avos), nos moldes do artigo 146, parágrafo único da CLT.
VIII. No que se refere ao 13º salário, a própria União Federal reconheceu, expressamente, que não pagou a referida gratificação natalina à reclamante, fundamentando-se, para tanto, na Lei nº 5.809/72 e no Parecer da Consultoria Geral da República nº SR-018, de 20/12/1986. A reclamante, contudo, não se enquadra na classificação de "servidor com exercício no exterior" e, portanto, não se submete ao disposto na referida lei, fazendo jus a tal gratificação por ser trabalhadora regida pela CLT.
IX. Há de se reconhecer, portanto, em favor da reclamante, o direito de percepção ao 13º (décimo terceiro) salário dos anos por ela trabalhados, respeitando-se, contudo, a prescrição qüinqüenal, a contar retroativamente, da data do ajuizamento da ação, nos moldes do artigo7º, XXIX da CF, artigo 11 da CLT e Súmula 308 do TST.
X. O recolhimento do PIS não é devido pelo Consulado Geral do Brasil no exterior, vez que o mesmo não se enquadra no conceito de empresa, previsto no art. 1º, § 1º da Lei Complementar nº 7/70. Ademais, a própria Instrução Normativa SRF nº 387, de 20 de janeiro de 2004, desobriga os consulados gerais à entrega do Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais (Dacon), donde se ratifica a desobrigatoriedade do mesmo quanto a tal recolhimento.
XI. No tocante ao pedido de horas extras, horas extras noturnas, domingos e feriados

trabalhados, caberia à autora provar o fato constitutivo do seu direito, a teor do artigo 818 da CLT c.c. art. 333, inc. I do CPC. Isso, contudo, não ocorreu, vez que os depoimentos testemunhais colhidos nos autos nada comprovaram acerca da efetiva realização de hora extra em caráter habitual e permanente por parte da mesma.
XII. Em decorrência do acolhimento parcial do recurso ordinário interposto pela autora, os valores atinentes às verbas a ela conferidas devem ser apuradas em sede de liquidação de sentença. Sobre os mesmos devem incidir correção monetária e juros de mora no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação, nos moldes do Decreto-lei nº 2.322/87, o qual deve perdurar até a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, datada de 24 de agosto de 2001. A partir de então, os mesmos deverão incidir no percentual de 6% (seis por cento) ao ano até o advento da Lei nº 11.960/2009, ocasião na qual passarão a ser calculados nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 5º da referida lei.
XIII. Tais valores devem ser compensados com o quanto por ela já percebido em janeiro/1986 (US$ 7.738,10), a título de indenização de saída, cuja atualização deve incidir nos mesmos moldes do quanto fixado.
XIV. Há de se proceder a anotação da CTPS da reclamante do período em que a mesma trabalhou junto ao Consulado Geral do Brasil.
XV - Recurso ordinário parcialmente acolhido.

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 ordinário interposto pela reclamante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *recurso ordinário* no bojo de ação trabalhista interposta por LAVÍNIA VIEIRA VENTO em face da UNIÃO FEDERAL visando o pagamento de verbas oriundas de indenização trabalhista decorrente de estabilidade do vínculo empregatício, aviso prévio, férias, décimo terceiro salário, PIS/PASEP, FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - e horas extras diurnas e noturnas, inclusive as trabalhadas aos sábados e domingos. Alternativamente, requereu a reintegração ao cargo de auxiliar administrativo, exercido a partir de 01 de junho de 1975, no Consulado do Brasil em Paris, com o pagamento de todos os salários, corrigidos desde o afastamento, o qual ocorreu em 03 de novembro de 1985, nos termos do artigo 492 e seguintes da CLT (fls. 555/570).

A União Federal, por sua vez, alega que a reclamante percebeu a título de indenização o valor correspondente a U$ 7.738,10 (sete mil, setecentos e trinta e oito dólares e dez centavos), pagos pela Fundação Visconde de Cabo Frio ao Fundo de Assistência Social (FAS), instituições criadas no âmbito do Ministério das Relações Externas com a finalidade de prestar assistência

previdenciária aos servidores da União Federal por ocasião da rescisão de seu contrato de trabalho. Afirma, também, que, no tocante ao aviso prévio, a despedida foi precedida por comunicação, conforme ofício datado de 04 de setembro de 1985, juntado pela própria reclamante, o que afastaria o direito ao pagamento pleiteado, uma vez que seu efetivo afastamento ocorreu em 03 de novembro de 1985, portanto após 60 (sessenta) dias da comunicação. Aduz, ainda, que conforme a ficha de controle de férias do Consulado a recorrente gozou as férias relativas aos exercícios de 1983 a 1985; não havendo registro de qualquer convocação para serviços extraordinários, inclusive nos finais de semana. Por fim, assevera que a relação dos serviços prestados no exterior à União Federal é regida pela Lei nº 5.809/72, que exclui o recebimento de qualquer vantagem pecuniária não prevista na referida lei.

Em primeira instância houve audiência de conciliação, realizada em *30 de agosto de 1989*, ocasião em que a recorrida apresentou o rol de testemunhas a serem ouvidas por meio de carta rogatória.

O MM. Juízo de primeira instância prolatou sentença em *20 de outubro de 2000*, julgando improcedente o pedido, ao argumento de que a recorrente não faria jus às verbas pleiteadas na inicial, uma vez que estava subordinada aos preceitos normativos da Lei nº 5.809/72, tendo, inclusive, sido paga indenização e demais verbas pela Fundação Cabo Frio, de forma regular.

Subiram os autos a este E. Tribunal em *10 de setembro de 2002*.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, o parecer emitido foi no sentido de ser desprovido o recurso interposto, por entender a i. Procuradora Regional da República, que a CLT - Consolidação das Leis do trabalho - é inaplicável ao caso concreto, tendo em vista a edição da Lei nº 5.809/72, que regulamenta o serviço prestado à União no exterior, razão pela qual sustenta a improcedência do pedido inicial formulado pela recorrente.

Às fls. 398/405 foi proferido acórdão por esta E. Corte, o qual declarou a incompetência originária e absoluta da Justiça Federal para análise e julgamento do feito, anulando, por conseqüência, a r. sentença proferida pelo Juízo *a quo*, com a determinação para que os autos fossem remetidos a uma das Varas da Justiça Trabalhista do Estado de São Paulo, restando prejudicado o mérito do recurso ordinário interposto.

Os autos foram distribuídos à 27ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, tendo aquele Juízo, quando da prolação da r. sentença, suscitado o conflito negativo de competência, determinando o encaminhamento dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Às fls. 499/501, o colendo Superior Tribunal de Justiça conheceu do referido conflito negativo, declarando competente este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para julgar o recurso ordinário interposto pela reclamante. Tal decisão foi objeto de agravo regimental por parte da reclamante, ao qual foi negado provimento, por unanimidade, por aquele órgão julgador.

É o relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): A questão em deslinde no presente feito depende, eminentemente, de definição acerca do regime jurídico ao qual estava vinculada a recorrente quando exercia a função de auxiliar administrativo perante o Consulado Geral do Brasil em Paris, França, no período entre 1º de junho de 1975 e 03 de

novembro de 1985, quando foi demitida por sua chefia.

Primeiramente, destaco que a recorrente não ocupava cargo público, haja vista que não exercia função comissionada, nem foi aprovada em concurso público de provimento efetivo, razão pela qual não se pode atribuir a ela a condição de servidor público.

Por outro lado, verifico que o trabalho prestado ocorreu de forma permanente em órgão da União Federal no exterior, em regime de subordinação funcional e salário certo, preenchendo os requisitos para que seja caracterizada a condição de empregado público.

Assim, de acordo com as características do vínculo empregatício firmado entre a recorrente e a União Federal, tenho por aplicável o regime da Consolidação das Leis do Trabalho ao caso concreto.

Como esteio a este entendimento, trago à baila trechos de voto exarado pelo Exmo. Ministro Vicente Leal, do C. STJ, quando do julgamento de caso praticamente idêntico ao destes autos, encartada neste feito pela própria recorrente, conforme transcrevo:

> O tema central da presente demanda consiste na determinação do regime jurídico a que se encontrava subordinada a reclamante enquanto servidora da União Federal, com atividade no Consulado Brasileiro em Paris - França.
> (...).
> Temos assim que os servidores da Administração Direta ou são *funcionários públicos*, titulares de cargo público criado por lei - de *provimento efetivo ou em comissão* - ou são *empregados públicos, sujeitos ao regime da CLT*. (...).
> *Feitas essas premissas, indaga-se: qual o regime que estava sujeita a ora reclamante, admitida como Auxiliar Administrativo no Consulado Geral do Brasil em Paris - França, onde prestou serviços durante mais de vinte anos?*
> Assinale-se, de logo, que a mesma *não era titular de cargo público*, afastando-se, de conseqüência, a idéia de ser ela funcionaria pública. Jandira Telles *nunca exerceu qualquer cargo público, seja em comissão, seja em caráter efetivo*.
> Todavia, trabalhou permanentemente *em órgão da União Federal*, dedicando-se em caráter profissional, *ao serviço público* durante grande parte de sua vida útil e laborativa.
> *Depreende-se daí que a situação funcional de Jandira Telles há de ser, indubitavelmente, regida pela legislação trabalhista brasileira*. Trabalhava em atividade não eventual, em regime de subordinação funcional e mediante salário certo, enquadrando-se, com todas as letras, *na situação conceituada no art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho*. (grifei)

Destaco, ainda, que em outros trechos do v. julgado supra citado, o i. prolator reforça a idéia da aplicação da CLT ao caso análogo, pelo que reservo-me o direito de não transcrevê-los eis que o conteúdo integral da decisão encontra-se a fls. 141 e seguintes destes autos.

Por outro prisma, não se encontram presentes os requisitos necessários à aplicação da Lei nº 5.809/72 ao caso que ora se analisa.

Explico: segundo a rubrica da legislação especial supra citada, tal norma dispõe sobre a retribuição e direitos do pessoal civil e militar em serviço da União no exterior e dá outras providências a este respeito.

Da leitura do referido texto de lei depreende-se que o funcionário ou empregado público enquadrado naquela legislação estará equiparado ao servidor público para os efeitos daquela norma.

No entanto, verifico que a recorrente não se enquadra no contexto de funcionário ou empregado contrato pela União *em missão no exterior*, haja vista que nunca serviu no Brasil, nem mesmo nunca foi designada ou transferida para prestar serviços na condição de missão fora do país.

Assim, a recorrente é empregada pública, sujeita ao regime celetista, uma vez que não se encontrava, desde o início de suas atividades, em missão no exterior. Senão, vejamos.

O artigo 3º, da referida Lei nº 5.809/72 reza que:

> O servidor em *serviço no exterior* - assim considerado *aquele que se encontra em missão fora do País por ter sido nomeado ou designado para o desempenho* ou exercício de cargo, de função ou atividade no exterior - pode ser enquadrado em uma das seguintes missões ou atividades:
> I - quanto ao tipo:
> a) missão permanente;
> b) missão transitória; e
> c) missão eventual
> II - quanto à natureza;
> a) diplomática;
> b) militar; e
> c) administrativa.

De tal forma, verifica-se que a recorrente, por não ter sido nem nomeada, nem designada para servir no exterior, encontra-se na condição de pessoa contratada, o que se deu desde o início no exterior na cidade de Paris, onde vivia a recorrente (fls. 38), não sendo aplicável a ela a condição de servidor que se encontra em missão fora do país.

Verifico, destarte, que a relação jurídica mantida entre a recorrente e a União Federal é, indubitavelmente, como constante das palavras do citado e. Ministro Vicente Leal, regida pela CLT, razão pela qual passo a analisar os pedidos por ela formulados, à luz da referida legislação específica.

Aduz, a reclamante, que trabalhou na condição de auxiliar administrativo junto ao Consulado Geral do Brasil em Paris/França no período de *01/06/1975 a 03/11/1985*, ocasião na qual "(...) foi abruptamente despedida, sem receber os consectários legais a que faz jús (*sic*) por Lei." Alega, ainda, que auferia, a título de salário, a importância de US$ 1.550,00 (um mil, quinhentos e cinqüenta dólares) mensais, bem como que, nos últimos dois anos, ocupou expediente extraordinário, trabalhando das 10hs às 24hs, durante quatro vezes ao mês, além de três domingos normais por mês, o que perfaz um total de 74 (setenta e quatro) horas extras realizadas.

Diante disso, pleiteia:

a) Indenização prevista no artigo 492 da CLT, pelo seu tempo de serviço, qual seja: 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 02 (dois) dias;

b) Aviso Prévio, nos moldes do artigo 487 do CLT;

c) Férias, nos moldes dos artigos 129 e seguintes da CLT (01 simples e 02 em dobro);

d) 13º salário pelo período de dois anos, nos moldes do quanto disposto pela Lei nº 4.090/1962;

e) FGTS, nos moldes da Lei nº 5.107/66;

f) PIS/PASEP;

g) Horas extras; horas extras noturnas; e domingos e feriados trabalhados.

Ante a diversidade de pedidos, necessário se faz a análise pormenorizada de cada um deles, no intuito de se analisar as suas peculiaridades.

A) INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 492 DA CLT e FGTS, nos moldes da Lei nº 5.107/66.

O artigo 492 da CLT assim prevê:

> Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.
> Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Trata o artigo supra transcrito da estabilidade decenal - como é conhecida a indenização ora pretendida - sendo que texto legal mencionado garantia ao trabalhador, *antes da instituição do FGTS*, o direito de receber um salário por ano, após dez anos de serviço na mesma empresa, quando da demissão sem justa causa. Com a criação do FGTS (Lei nº 5.107/66), tal estabilidade passou a atingir apenas os não-optantes do FGTS. De se dizer, ainda, que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que o regime do FGTS tornou-se obrigatório, donde se extrai que só possuem estabilidade decenal aqueles que adquiriram 10 (dez) anos de serviço até 04.10.88, não sendo optantes do regime do FGTS.

De se ressaltar, contudo, que, de acordo com os entendimentos jurisprudenciais proferidos pelo c. Tribunal Superior do Trabalho, a opção pelo regime do FGTS, por si só, não elimina o direito à indenização relativa ao período contratual anterior a essa opção, o que se confere através do disposto no art. 16 da Lei nº 5.107/66 - vigente à data da opção pelo Fundo - no art. 497 da CLT e no art. 14 da Lei 8.036/90, vez que restou assegurado ao empregado optante pelo regime do FGTS e que já contasse, nesse momento, com mais de dez anos de serviço, o direito ao recebimento da indenização atinente ao período anterior a sua opção.

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. OPÇÃO PELO REGIME DO FGTS. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO PERÍODO ANTERIOR À OPÇÃO. Na época em que os Reclamantes optaram pelo regime do FGTS vigoravam os termos da Lei nº 5.107/66, a qual, em seu art. 16 dispunha, que -os empregados que, na forma do art. 1º optarem pelo regime desta Lei terão, na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo de serviço anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V do Título IV da CLT, calculada, porém, a indenização, para os que contem 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no art. 497 da mesma CLT. Pelo tempo de serviço posterior à opção, terão assegurados os direitos decorrentes desta Lei-. Conclui-se, portanto, que a opção pelo regime do FGTS exercida pelos Reclamantes e a consequente renúncia à estabilidade decenal do art. 492 da CLT, não afasta o direito à percepção de indenização correspondente ao período contratual anterior à opção pelo regime do FGTS, já que se trata de direito adquirido. Nesse passo, a continuidade do vínculo empregatício e a rescisão contratual por iniciativa da Reclamada exigem todas as reparações decorrentes da despedida injusta, incluindo as indenizações dos arts. 477, 478 e 497 da CLT quanto ao período anterior à opção pelo FGTS. Agravo de Instrumento desprovido.
> (TST - AIRR, Processo: 479-80.2011.5.03.0104, órgão Julgador: Quarta Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT DATA: 14/09/2012)

Após tais considerações, passo a analisar as peculiaridades do caso concreto, o que faço nos seguintes termos:

Não há, nos autos, qualquer elemento comprobatório capaz de demonstrar que a autora era optante do regime do FGTS (Termo de Opção assinado pela reclamante ou mesmo a sua CTPS). Por outro lado, restou devidamente comprovado que a mesma trabalhou perante o Consulado Geral do Brasil em Paris/França, exercendo a função de auxiliar administrativa,

por dez anos, cinco meses e dois dias (fls. 09), donde se depreende que preencheu os requisitos para o enquadramento na estabilidade decenal.

Assim, considerando que a sua demissão não se deu por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, mas sim sem justa causa, verifico que a mesma teria direito à reintegração ao serviço ou à conversão de tal reintegração em indenização por rescisão, a ser paga em dobro, nos moldes do quanto disposto nos artigos 495, 496 e 497 da CLT, *in verbis*:

> Art. 495 - Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.
>
> Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.
>
> Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

Tendo em vista que a reintegração da autora, a essa altura, se mostra totalmente inviável em virtude *(i)* do lapso de tempo entre a sua dispensa e o julgamento do presente feito, *(ii)* do fato do Consulado se encontrar instalado em outro país; e *(iii)* da autora residir na cidade de São Paulo desde 1986 (fls. 08), sem qualquer notícia, até a presente data, de eventual mudança em seu domicílio - entendo deva ser convertida a reintegração em indenização trabalhista, a qual deve lhe ser paga em dobro, nos termos dos artigos 478 e 487 da CLT.

Por fim, em decorrência do reconhecimento do direito da autora à indenização acima descrita (estabilidade decenal), entendo por bem afastar a pretensão atinente à percepção do FGTS, considerando não só serem as mesmas inacumuláveis, mas também o fato de que a sua dispensa se deu antes da promulgação da CF/88 (novembro/1985) e que a mesma não comprovou ter optado, à época, pelo regime do FGTS.

Desta forma, há de se condenar a ré ao pagamento da indenização atinente à estabilidade decenal, nos moldes dos artigos 478 e 487 da CLT, afastando, contudo, o pedido atinente à percepção do FGTS.

B) AVISO PRÉVIO (ART. 487 DA CLT).

No tocante ao aviso prévio, o artigo 487 da CLT assim dispõe:

> *Art. 487* - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:
> (...)
> *II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.*
> § 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.
> (...) (grifos nossos)

Compulsando os autos, verifico que tal regramento foi devidamente respeitado no caso em tela, vez que, ao contrário do quanto afirmado pela recorrente, a sua dispensa não se deu de maneira abrupta e repentina, tendo sido precedida de comunicação, a qual observou o prazo de 30 (trinta) dias, nos moldes do quanto legalmente previsto (fls. 10 e 66/67 - Anexos 20 e 21).

Ademais, o documento de fls. 65 (Anexo 19) demonstra, de maneira efetiva, o pagamento do salário relativo ao mês de outubro/1985 - exatamente o mês atinente ao respectivo aviso prévio - o que, por si só, corrobora o afastamento da pretensão da reclamante ao enquadramento da situação da reclamante, nos moldes do § 1º do artigo 487 da CLT, não havendo como reconhecer o direito acerca da percepção da verba atinente ao aviso prévio.

C) FÉRIAS (ART. 129 e seguintes da CLT)

No que se refere à pretensão acerca do recebimento de férias, nos moldes do quando previsto no artigo 129 e seguintes da CLT, há de se proceder uma análise a respeito da documentação encartada aos autos.

As provas produzidas pela União Federal demonstram que a recorrente gozou regularmente das suas férias nos seguintes períodos: *a) ano de 1982* - período de 18/04/1983 a 17/05/1983; *b) ano de 1983* - período de 15/10/1984 a 29/10/1984 e 26/11/1984 a 10/12/1984; e *c) ano de 1984* - período de 13/05/1985 a 11/06/1985) (fls. 68/69 - Anexos 22 e 23), o que, em momento algum foi impugnado pela reclamante.

Somente por isso, no que tange a tais períodos, não há que se aplicar o disposto no artigo 137 da CLT e, por conseqüência, que se falar em pagamento em dobro da respectiva remuneração, vez que o prazo legal foi devidamente observado pela reclamada quando da concessão das férias em favor da reclamante, motivo pelo qual mister se faz a negativa do pedido da autora nesse sentido.

Não obstante tais apontamentos, observo que a dispensa da reclamante se deu em *novembro/1985*, não havendo nos autos qualquer comprovação acerca de eventual pagamento das férias proporcionais atinentes ao ano de 1985. Assim, considerando que o período aquisitivo das férias relativas a 1985 se iniciou em julho/1985, há de ser reconhecido o direito da reclamante em receber proporcionalmente as férias referentes a tal período, o que deve ser feito na fração de *5/12 (cinco doze avos)*, nos moldes do artigo 146, parágrafo único da CLT.

D) DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO

No que se refere à gratificação natalina aos trabalhadores, a Lei nº 4.090/62, assim dispôs:

> *Art. 1º* - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.
> § 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.
> § 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.
> (...)
> *Art. 3º* - Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.

Não obstante tal dispositivo, a própria União Federal reconhece, expressamente, que não pagou tal gratificação à reclamante, fundamentando-se, para tanto, na Lei nº 5.809/72 e no

Parecer da Consultoria Geral da República nº SR-018, de 20/12/1986, os quais concluíram ser indevido o pagamento do décimo terceiro salário ao servidor com exercício no exterior, tendo em vista a retribuição especial em moeda estrangeira, a qual já supre qualquer remuneração a respeito.

Contudo, conforme já abordado anteriormente, a reclamante não se enquadra na classificação de "servidor com exercício no exterior", motivo pelo qual não se submete ao disposto na Lei nº 5.809/72, mas sim os direitos reconhecidos aos trabalhadores regidos pela CLT.

Assim, sendo, mister se faz reconhecer, em favor da reclamante, o direito de perceber o 13º (décimo terceiro) salário dos anos por ela trabalhados, *respeitando-se, contudo, a prescrição qüinqüenal*, a contar, retroativamente, da data do ajuizamento da ação, nos moldes do artigo 7º, XXIX da CF, artigo 11 da CLT e Súmula 308 do TST, ora transcrita:

> *Súmula nº 308 do TST*
> *PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005*
> I. Respeitado o biênio subseqüente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao qüinqüênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)
> II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992)

F) PIS

No tocante ao PIS, entendo que o mesmo não é devido pelo Consulado Geral do Brasil no exterior, vez que o mesmo não se enquadra no conceito de empresa, previsto no art. 1º, § 1º da Lei Complementar nº 7/70, a qual instituiu tal Programa de Integração Social.

Ademais, a própria Instrução Normativa SRF nº 387, de 20 de janeiro de 2004, que instituiu o Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais, previu que tais demonstrativos devem ser entregues pelas "(...) *pessoas jurídicas de direito privado em geral e as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, submetidas à apuração da Contribuição para PIS/Pasep* e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), *nos regimes cumulativo e não-cumulativo, inclusive aquelas que apuram a Contribuição para o PIS/PASEP com base na folha de salários*." (grifos nossos). Contudo, deixa clara a desobrigatoriedade da entrega de tal formulário pelos seguintes órgãos: "(...) embaixadas, missões, delegações permanentes, consulados-gerais, consulados, vice-consulados,", donde se depreende que tais órgãos não são obrigados a recolher o PIS.

Diante disso, considerando a desobrigatoriedade do consulado ao recolhimento do PIS, há de ser afastada qualquer pretensão autoral nesse sentido.

G) HORAS EXTRAS, HORAS EXTRAS NOTURNAS E DOMINGOS E FERIADOS TRABALHADOS

Na esteira do entendimento da jurisprudência pátria, cabe ao autor comprovar fato constitutivo de seu direito quanto ao labor extraordinário, nos moldes do artigo 818 da CLT c.c. artigo 333, inciso I do CPC.

Para corroborar tal posicionamento, trago à baila os seguintes arestos:

> Horas Extras. Ônus da prova. *Em se tratando de fato constitutivo de seu direito, era da reclamante o ônus de comprovar as horas extras realizadas, nos termos do art. 818, CLT c/c, art. 333, I, do CPC, ônus do qual não se desvencilhou*. Recurso Ordinário a que se nega provimento.
> (TRT 2ª Região, RECURSO ORDINÁRIO, Processo: 20120054940, Órgão Julgador: Terceira Turma, Rel. Ana Maria Contrucci, Revisor: Mercia Tomazinho, Data de publicação: 19/09/2012) (grifos nossos)

> HORAS EXTRAS - PROVA TESTEMUNHAL - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR - *Cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito quanto ao labor extraordinário, a teor do art. 818, da CLT., c/c art. 333, inc. I, do CPC*. Desincumbindo-se satisfatoriamente do ônus que lhe cabia, deve ser mantida a r. decisão que julgou procedentes as horas extras pleiteadas.
> (TRT 14ª R. - RO 0056/01 - (0036/02) - Rel. Juiz Pedro Pereira de Oliveira - DJRO 16.01.2002) (grifos nossos)

> HORAS EXTRAS - PROVA DOS AUTOS - INSUFICIÊNCIA - Converge para o autor o ônus de comprovar a existência do labor extraordinário alegado. Constatando-se a insuficiência do universo probante existente nos autos, mantém-se a sentença que indeferiu as horas extras pleiteadas.
> (TRT 20ª R. - RO 2372/01 - (644/02) - Rel. Juiz João Bosco Santana de Moraes - J. 09.04.2002)

Isso, contudo, não ocorreu no caso em tela, vez que a reclamante não logrou êxito em comprovar, de maneira contundente, o seu labor extraordinário, nos moldes do quanto afirmado em sua inicial.

Além de não haver qualquer documentação a respeito do quanto alegado a título de horas extras, é de se observar que os depoimentos testemunhais não se prestam para comprovar que, de fato, a mesma trabalhava das 10hs às 24hs, durante quatro vezes ao mês e a cada mês, durante três domingos normais, senão vejamos:

A primeira testemunha - *Sra. Amélia Massako Mihara* - apenas afirmou, em seu depoimento, que necessitou dos trabalhos da reclamante para liberação de bagagem, o que se deu, inclusive, aos sábados e domingos (fls. 95):

> (...) Que necessitou dos trabalhos da reclte. na França, especialmente para liberação de bagagem, e que a depoente estava vinculada à empresa Maurício de Souza Produções; que o horário de trabalho da reclamante era de 10:00 às 18:00 horas e que a depoente precisou de seus serviços inclusive aos sábados e domingos.

Tal depoimento, contudo, não apontou especificamente, quantos e/ou quais sábados e domingos foram trabalhados pela autora, o que, por si só, afasta a característica de habitualidade dos serviços exercidos nos finais de semana.

O mesmo se diz quanto à segunda testemunha - *Sra. Maria Lúcia Lisboa* - que assim declarou, às fls. 96:

> (...) conheceu a reclte. na França, quando a depoente recorreu ao Consulado para obter informações a cerca de cursos; que em duas oportunidades foi atendida pela reclte.; que na terceira vez que a procurou soube que ela houvera sido demitida do serviço; que o horário de prestação de serviços de reclte. era o horário normal, isto é, da 9:00 às 18:00 horas; *que soube pela própria reclte*. e por demais pessoas da embaixada que a reclte. quando necessário trabalhava aos sábados e domingos; (...) (grifos nossos)

Depreende-se, portanto, que a depoente não presenciou, em momento algum, o trabalho exercido pela reclamante aos sábados e domingos. Pelo contrário: apenas foi cientificada de que isso ocorria através de informações veiculadas pela própria interessada, o que, por si só, torna frágil a prova produzida.

Por fim, a testemunha Estella de Souza, ouvidas às fls. 302/303, assim declarou:

> (...) que conheceu a Sra. Lavínia , em 1979, no Consulado do Brasil em Paris. A depoente era secretária do Cônsul Geral e a Sra. Lavínia trabalhava no setor de passaportes. Na entrada o horário era o mesmo, mas na saída a depoente fica mais tempo acompanhando o Cônsul. Geralmente a depoente ficava mais tempo que os demais funcionários. (...) *A depoente ignora se a Sra. Lavínia realizava trabalhos extra em algum dia e em finais de semana*. O horário de trabalho era das 10hs às 18hs, e depois passou para as 17hs, e havia um horário de almoço que conforme o Chefe da Chancelaria era de uma hora ou uma hora e meia. (...) (grifos nossos)

Tal depoimento, da mesma forma que os demais colhidos e transcritos, nada comprova acerca da efetiva realização de hora extra em caráter habitual e permanente por parte da reclamante, motivo pelo qual a sua pretensão, nesse aspecto, merece ser totalmente afastada.

Diante disso e por tudo que dos autos consta, há de se concluir que a pretensão da autora merece acolhimento apenas no que tange ao reconhecimento do seu direito à percepção *(i)* da indenização prevista nos artigos 478 e 487 da CLT (estabilidade decenal); *(ii)* da verba referente ao 13º (décimo terceiro) salário relativo aos anos por ela trabalhados, ressalvando-se, contudo, a prescrição qüinqüenal, a contar, retroativamente, da data do ajuizamento da ação, nos moldes do artigo 7º, XXIX da CF, artigo 11 da CLT e Súmula 308 do TST; e *(iii)* das férias proporcionais atinentes ao ano de 1985, na fração de 5/12 (cinco doze avos), nos moldes do artigo 146, parágrafo único da CLT.

Ressalto, ainda, que sobre tais valores deverão ser acrescidos correção monetária e juros de mora no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação, nos moldes do Decreto-lei nº 2.322/87, o qual deve perdurar até a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, datada de 24 de agosto de 2001. A partir de então, os mesmos deverão incidir no percentual de 6% (seis por cento) ao ano até o advento da Lei nº 11.960/2009, ocasião na qual passarão a ser calculados nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 5º da referida lei.

De se dizer, também, que tais valores devem ser apurados, em sede de liquidação de sentença, e *devidamente compensados com o quanto por ela já percebido em janeiro/1986 (US$ 7.738,10), a título de indenização de saída* (doc. fls. 63/Anexo 17), cuja atualização deve incidir nos mesmos moldes do quanto acima fixados.

Por fim, condeno a reclamada a proceder a anotação da CTPS da reclamante do período em que a mesma trabalhou junto ao Consulado Geral do Brasil, nos moldes da fundamentação supra.

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento* ao recurso ordinário interposto pela reclamante.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Tributário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0003582-52.2009.4.03.6182
(2009.61.82.003582-1)

Agravante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 79/80
Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Sucedida: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HERBERT DE BRUYN
Classe do Processo: AC 1794054
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA - ARTIGO 557 DO CPC - NEGATIVA DE SEGUIMENTO À APELAÇÃO - IPTU - IMÓVEL DA EXTINTA RFFSA - SUCESSÃO TRIBUTÁRIA - IMUNIDADE.
1. A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, "a" da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas segundo o § 2º do mesmo dispositivo, define negativamente o campo subjetivo sobre o qual recai a competência impositiva das pessoas políticas, de modo que não alcancem umas às outras.
2. É a norma constitucional circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente a prestação de uma atividade estatal específica. Não assim quanto às taxas, atreladas que são ao fornecimento de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Utilizando-se do serviço público prestado por um Ente, o outro Ente, ou entidade sua, se sujeita à cobrança da taxa respectiva.
3. A imunidade tributária da União quanto ao IPTU decorre de norma constitucional expressa, não havendo dúvida quanto à ilegalidade de sua exigência. Remansosa a jurisprudência neste mesmo diapasão, inclusive na situação presente dos autos, na qual a União é sucessora da extinta RFFSA.
4. Os serviços explorados pela RFFSA constituem serviços públicos de competência da União, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea "d", da Constituição da República.
5. Manutenção da decisão impugnada, a qual se fundamentou em farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria trazida aos autos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pela municipalidade contra decisão monocrática do relator, proferida nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, consistente na negativa de seguimento à apelação interposta em face de sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal.

Sustentou, o agravante, a não imunidade tributária da União, vez que não há, no sistema normativo, a chamada "imunidade superveniente".

Apresento o feito em mesa para pronunciamento da Sexta Turma, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Ao apreciar referido recurso, assim decidiu o relator:

> DECISÃO
> Cuida-se de apelação interposta pela Prefeitura exequente contra sentença que extinguiu a execução fiscal, por reconhecer a imunidade tributária da União quanto ao IPTU. Decisão não submetida à remessa oficial.
> Pleiteia, a apelante, a reforma da sentença. Sustenta a exigibilidade do IPTU, porquanto a RFFSA (Rede Ferrroviária Federal S/A) era a proprietária do imóvel à época da incidência do fato gerador e, por sua natureza de sociedade de economia mista, não gozaria de imunidade tributária.
> Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.
> Em suma, é o relatório.
> DECIDO.
> A sistemática adotada pela Lei nº 9.756/98, ao alterar o art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de índole procrastinatória, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atende aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.
> Cinge-se a presente exação ao IPTU, consoante informado pela CDA de fls. 15/19.
> A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, "a" da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas segundo o § 2º do mesmo dispositivo, define negativamente o campo subjetivo sobre o qual recai a competência impositiva das pessoas políticas, de modo que não alcancem umas às outras.
> É a norma constitucional circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente a prestação de uma atividade estatal específica. Não assim quanto às taxas, atreladas que são ao fornecimento de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Utilizando-se do serviço público prestado por um Ente, o outro Ente, ou entidade sua, se sujeita à cobrança da taxa respectiva.
> A imunidade tributária da União quanto ao IPTU decorre de norma constitucional expressa, não havendo dúvida quanto à ilegalidade de sua exigência. Remansosa a jurisprudência neste mesmo diapasão, inclusive na situação presente dos autos, na qual a União é sucessora da

extinta RFFSA:
"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO. POSSE PRECÁRIA. PÓLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, 'A', DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO. (...) Impossibilidade de tributação, pela Municipalidade, dos terrenos de propriedade da União, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição. (...)
(STF, RE-AgR 599417, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 22/10/09)
(...) O imóvel, portanto, sobre o qual incidiu o IPTU é hoje de propriedade da União, que goza da imunidade constitucional, a teor do disposto no artigo 150, VI, 'a', da CF/88. (...) Conclui-se, então, que, com a sucessão da União na propriedade do imóvel, mesmo depois do lançamento, fica afastada a possibilidade de tributação em virtude da subsunção à hipótese de norma negativa de competência tributária, a teor do disposto no artigo 150, VI, 'a', da CF/88". (fls. 131) (...)
(STJ, AgRg no REsp 1172882/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 03/11/2010)
"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FEPASA - FERROVIA PAULISTA S/A (INCORPORADA PELA RFFSA - REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL). IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). IMUNIDADE A IMPOSTOS. 1. Os débitos inscritos na dívida ativa, relativos ao IPTU, estão sendo cobrados pela Prefeitura Municipal de São Vicente /SP em face da Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, incorporada pela RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A, que por sua vez foi extinta por força da Medida Provisória nº 353/07, convertida na Lei nº 11.483/07, e sucedida pela União em seus direitos, obrigações e ações judiciais. 2. Ao tempo do ajuizamento da execução já havia ocorrido a incorporação da FEPASA pela RFFSA, constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União (art. 21, XII, *d*, CF/88), podendo se valer dos benefícios da imunidade consagrada aos entes políticos no art. 150, VI, *a*, da Carta Magna, não se sujeitando à tributação por meio de impostos. 3. Apelação improvida".
(TRF3, AC1632405, rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJ 13/10/11)
"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT* E § 1º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. UNIÃO. IPTU. IMÓVEL DA EXTINTA RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE. ART. 150, VI, *a*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. (...) II - Transferida a propriedade do imóvel da extinta RFFSA para a União, mesmo depois do fato gerador ou lançamento, fica afastada a possibilidade de tributação pelo IPTU, em face da imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição da República. III - Agravo legal improvido".
(TRF3, AC 1586267, rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJ 0/08/11)
Diante da pacificação da matéria, nego seguimento à apelação, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ademais, cumpre observar que os serviços explorados pela RFFSA constituem serviços públicos de competência da União, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea "d", da Constituição da República.

Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão agravada, sendo de rigor sua manutenção.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0001006-07.2010.4.03.6003
(2010.60.03.001006-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: PAULO BENTIVOGLIO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ApelReex 1790548
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/01/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. ART. 25 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DECORRENTE DA LEI Nº 10.256/01. EXIGIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO OU COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CPC, ART. 543-B). APLICABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 9 de junho de 2005 (STF, RE nº 566621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.11).

2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu "receita" ao lado de "faturamento", venha instituir a exação (STF, RE nº 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10). No referido julgamento, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei nº 10.256/01, que modificou o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei. A esse respeito, precedentes deste Tribunal sugerem a exigibilidade da contribuição a partir da Lei nº 10.256/01, na medida em que editada posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98 (TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.014084-6, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 19.10.10; Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.000892-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 04.10.10; Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.016210-6, Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira, j. 04.10.10; Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.010001-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Lemos, j. 03.08.10).

3. A parte autora pleiteia assegurar o direito à repetição da contribuição prevista no art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com redação da Lei nº 8.540/92 e alterações

posteriores, desde julho de 2000 (fl. 29). A presente demanda foi proposta em 16.07.10 (fl. 2), logo, incide o prazo prescricional quinquenal, conforme o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, ocorreu a prescrição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 16.07.05, devendo ser reformada a sentença.
4. A sentença recorrida encontra-se em dissonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal no sentido da exigibilidade da contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização rural dos empregadores rurais pessoas físicas após o advento da Lei nº 10.256/01, razão pela qual merece reforma.
5. Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do Código de Processo Civil (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.06.12).
6. Reexame necessário e apelação da União providos, e recurso adesivo da parte autora não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de reexame necessário e de apelações interpostas pela União e, adesivamente, por Paulo Bentivoglio contra a sentença de fls. 261/266, que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência da relação jurídica tributária entre as partes, decorrente das normas constantes do art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.540/92 e legislações posteriores, nos termos da fundamentação, e condenou a parte ré a restituir os valores indevidamente recolhidos pela parte autora, não atingidos pela prescrição, a serem apurados quando da liquidação da sentença. Na hipótese de existirem notas fiscais juntadas aos autos que não discriminam os valores retidos a título de "Novo Funrural", determinou que deverá a parte autora comprovar a efetiva retenção. Os valores a serem restituídos deverão ser pagos em uma única parcela, e sobre eles deverá incidir a taxa SELIC, desde a data de cada retenção até 29.06.09, bem como índices oficiais de remuneração básica e de juros remuneratórios aplicados à caderneta de poupança a partir de 29.06.09. Condenou a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte autora, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado do valor a ser restituído, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. A parte ré deverá reembolsar à parte autora o valor das custas adiantadas nos autos.

A União alega, em síntese, o seguinte:

a) estão prescritas as parcelas recolhidas há mais de cinco anos da propositura desta demanda;

b) não há que se cogitar a inconstitucionalidade formal do art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91;

c) "a Lei 10.256/01 escoimou de quaisquer vícios, porventura existentes, o art. 12 da Lei nº 8.212/91" (fls. 276/293).

A parte autora, por sua vez, alega, em síntese, que "deveria ser aplicado os efeitos da revelia à União Federal, ao menos em relação à matéria de fato, pois esta deveria ter provado em sede de contestação a ausência de pagamento pelo Autor da contribuição para o FUNRURAL" (fls. 296/298).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 300/308 e 310/312).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Prescrição. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Prazo quinquenal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-B). Aplicabilidade.* O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 9 de junho de 2005:

> DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACACIO LEGIS* - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais

> e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.
> (STF, RE nº 566621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.11, para fins do art. 543-B do Código de Processo Civil)

Funrural. Empregador rural pessoa física. Art. 25 da Lei nº 8.212/91, com a redação decorrente da Lei nº 10.256/01. Exigibilidade. O STF declarou a inconstitucionalidade dos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu "receita" ao lado de "faturamento", venha instituir a exação (STF, RE nº 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10). No referido julgamento, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei nº 10.256/01, que modificou o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei. A esse respeito, precedentes deste Tribunal sugerem a exigibilidade da contribuição a partir da Lei nº 10.256/01, na medida em que editada posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, *CAPUT* E PARÁGRAFOS, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 8.540/92, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 12, V E VII, 25, I E II E 30, IV, DA LEI Nº 8.212/91. PRODUTOR RURAL EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 10.256/2001.
> 1. No dia 03 de fevereiro de 2010, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária prevista no art. 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que nova legislação venha a instituir a contribuição (STF, Pleno, RE-363852, Informativo STF nº 573)
> 2. Somente o produtor rural que exerce atividade em regime de economia familiar deve estar sujeito à contribuição prevista no art. 25 da Lei 8.212/91. Isto, todavia, apenas até a égide da Lei nº 10.256, de 2001, que novamente modificou a redação do artigo 25 da Lei nº 8.212/1991.
> 3. A nova redação impõe contribuição semelhante àquela tratada no julgamento do STF acima transcrito, todavia em substituição daquela que normalmente incidiria sobre a sua folha de pagamento, superando o fundamento pelo qual se controvertia acerca da constitucionalidade. Aliás, o julgado daquela colenda Corte máxima ressalvou expressamente a legislação posterior.
> 4. Ao que tudo indica, o agravado explora a atividade agropecuária e possui empregados.
> 5. Agravo a que se dá parcial provimento para suspender a exigibilidade da contribuição fundada no artigo 25 da Lei nº 8.212/1991 com a redação dada pela Lei nº 9.258/1997, tão-somente até a vigência da Lei nº 10.256, de 2001.

(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.014084-6, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 19.10.10)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. ART. 25 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DECORRENTE DA LEI Nº 10.256/01. EXIGIBILIDADE.
1. O STF declarou a inconstitucionalidade dos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu "receita" ao lado de "faturamento", venha instituir a exação (STF, RE nº 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10). No referido julgamento, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei nº 10.256/01, que modificou o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei. A esse respeito, precedentes deste Tribunal sugerem a exigibilidade da contribuição a partir da Lei nº 10.256/01, na medida em que editada posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98 (TRF da 3ª Região, AI nº 0017067-07.2010.4.03.0000, Des. Fed. em substituição regimental Ramza Tartuce, decisão, 12.07.10; AI nº 0008022-76.2010.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, decisão, 16.04.10).
2. Agravo legal provido.
(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.000892-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 04.10.10)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, "CAPUT", DO CPC - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.
1. Para a utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve-se enfrentar, especificamente, a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve-se demonstrar que aquele recurso não é manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência deste Tribunal ou das Cortes Superiores.
2. Decisão que, nos termos do art. 557, "caput", do CPC, negou seguimento ao recurso, em conformidade com o entendimento pacificado pelo Egrégio STF, que declarou inconstitucional a contribuição do empregador rural pessoa física, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, instituída pela Lei 8540/92, até que legislação nova, arrimada na EC 20/98, venha a instituir a contribuição (RE nº 363852/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 23/04/10).
3. Após a vigência da EC 20/98 - que inseriu ao lado do vocábulo "faturamento", no inc. I, "b", do art. 195 da CF/88, o vocábulo "receita" -, nova redação foi dada pela Lei 10256, de 09/07/2001, ao art. 25 da Lei 8212/91, instituindo novamente as contribuições do empregador rural pessoa física incidentes sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, mas sem afronta ao disposto no art. 195, § 4º, da CF/88, visto não se tratar, no caso, de nova fonte de custeio.
4. No caso concreto, tendo em conta que, após a vigência da Lei 10256/2001, tornou-se devida a exigência da contribuição do empregador rural pessoa física incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, não pode prevalecer a decisão de Primeiro Grau que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, como ficou consignado na decisão ora agravada.
5. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.
6. Recurso improvido.
(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.016210-6, Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira, j. 04.10.10)
TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODU-

ÇÃO RURAL. PRODUTOR (EMPREGADOR) RURAL PESSOA FÍSICA. LEI Nº 10.256/01. CONSTITUCIONALIDADE.
I - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 363.852-1, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, viesse a instituir a contribuição.
II - Os vícios de inconstitucionalidade declarados pela Suprema Corte foram corrigidos com a edição da Lei nº 10.256/01, que deu nova redação ao *caput* do artigo 25, de forma que a contribuição do empregador rural pessoa física substituiu a contribuição tratada nos incisos I e II da Lei nº 8.212, cuja base de cálculo era a folha de salários, passando a incidir apenas sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, disciplina compatível com as alterações constitucionais levadas a efeito pela Emenda Constitucional nº 20/98.
III - Após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e da Lei nº 10.256/01, não se pode mais falar em violação à isonomia ou de necessidade de lei complementar, posto que o empregador rural não contribui mais sobre a folha de salários, contribuição esta substituída pelo valor da receita proveniente da comercialização da sua produção, fonte de custeio trazida pela emenda constitucional anteriormente citada, o que afasta a aplicação do disposto no § 4º do artigo 195.
IV - Agravo de legal provido.
(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.010001-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Lemos, j. 03.08.10)

Do caso dos autos. A parte autora pleiteia assegurar o direito à repetição da contribuição prevista no art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com redação da Lei nº 8.540/92 e alterações posteriores, desde julho de 2000 (fl. 29). A presente demanda foi proposta em 16.07.10 (fl. 2), logo, incide o prazo prescricional quinquenal, conforme o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, ocorreu a prescrição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 16.07.05, devendo ser reformada a sentença.

A sentença recorrida encontra-se em dissonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal no sentido da exigibilidade da contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização rural dos empregadores rurais pessoas físicas após o advento da Lei nº 10.256/01, razão pela qual merece reforma.

Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do Código de Processo Civil (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.06.12).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao reexame necessário e à apelação da União para pronunciar a prescrição dos recolhimentos anteriores a 06.07.05 e julgar improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, I e IV, do Código de Processo Civil, e NEGO PROVIMENTO ao recurso adesivo da parte autora, condenando-a a pagar as custas e os honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

- Sobre a constitucionalidade do FUNRURAL, veja também o seguinte julgado: Ag AC 0005263-69.2010.4.03.6102/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicado na RTRF3R 114/428.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0016403-20.2011.4.03.6182
(2011.61.82.016403-2)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 69/70
Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: AC 1754306
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CAIXA ECONOMICA FEDERAL - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR) - IMUNIDADE NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.
1. O Programa de Arrendamento Residencial foi criado pela Lei nº 10.188/01 e tem por finalidade suprir a necessidade de moradia da população de baixa renda, valendo-se de arrendamento residencial com opção de compra (artigo 1º), ao qual é aplicável, no que for cabível, o regramento do arrendamento mercantil (artigo 10).
2. Cabe a Caixa Econômica Federal a operacionalização do programa, sendo que, para o desempenho de referida atribuição, foi-lhe autorizada a criação de fundo financeiro, com vistas à segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao PAR (artigo 2º), cujo patrimônio é constituído pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito de mencionado programa.
3. A Caixa Econômica Federal detém a propriedade dos imóveis ainda não alienados nos termos da Lei nº 10.188/01, com o que deve ser colocada na posição de contribuinte dos impostos incidentes sobre mencionado bem, nos termos do artigo 34 do CTN. Precedentes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: *Terceira Turma, AG 91918, processo 200805000850781, Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 07/10/2010, v.u, publicado no DJE em 14/10/2010, p. 677; Segunda Turma, AG 112279, processo 00183259520104050000, Des. Fed. Francisco Barros Dias, j. 15/02/2011, v.u., publicado no DJE em 24/02/2011, p. 590.*
4. Abrangendo apenas impostos, a imunidade tributária recíproca não se estende à CEF, por tratar-se de empresa pública instituída nos termos do artigo 173 da Constituição da República de 1.988, devendo submeter-se, portanto, ao § 2º de referida norma.
5. A destinação de eventual saldo do fundo em questão para o patrimônio da União não tem o condão de modificar o entendimento acima exposto. Numa situação hipotética de dissolução da executada, por exemplo, eventual saldo também seria destinado à União, por tratar-se de empresa pública com capital exclusivo desse ente da Federação (artigos 1º e 3º do Decreto-Lei nº 759/69), sem que isso determine o alcance da imunidade recíproca para abranger a CEF.
6. Inversão dos ônus sucumbenciais.
7. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2013.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Cuida-se de agravo interposto em face de decisão que, monocraticamente, rejeitou os embargos de declaração interpostos pela Caixa Econômica Federal, para manter a decisão que reconheceu a legitimidade da cobrança do IPTU. Houve condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do CPC, fixada em 1% sobre o valor atribuído à causa.

Em face desta decisão, a Caixa Econômica Federal interpôs o presente meio de impugnação (fls. 80/83), sustentando, em síntese, a imunidade tributária do imóvel pertencente ao PAR (Programa de Arrendamento Residencial), sob o fundamento de que o patrimônio é da União, eis que o PAR é programa habitacional do governo federal, com origem e contabilização totalmente segregados do patrimônio da Caixa. Aduz que a Caixa Econômica Federal é apenas operadora do fundo estatal, sem qualquer objetivo de lucro ou de promoção do mercado imobiliário nos locais em que são instaladas as unidades vinculadas ao programa. Alega, ainda, haver contradição na decisão vergastada, bem como aduz que o resultado da decisão diverge de julgados da 4ª Turma desta Corte, fato que compromete a segurança jurídica, devendo ser instaurado incidente de uniformização de jurisprudência (art. 103, a, RITRF). Junta comprovante do recolhimento do valor da multa a que foi condenada (fls. 85).

Não vislumbrando motivo para retratação, submeto o agravo legal à apreciação da E. 3ª Turma.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Não vejo razões, em sede de revisão do “decisum”, para modificar o entendimento inicialmente por mim manifestado. Apreciando monocraticamente a controvérsia, assim decidi (fls. 69/70):

A hipótese comporta julgamento nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.
A execução fiscal ora embargada objetiva a cobrança de IPTU referente ao exercício financeiro de 2007.
O Programa de Arrendamento Residencial foi criado pela Lei nº 10.188/01 e tem por finalidade suprir a necessidade de moradia da população de baixa renda, valendo-se de arrendamento residencial com opção de compra (artigo 1º), ao qual é aplicável, no que for cabível, o regramento do arrendamento mercantil (artigo 10).
Cabe a Caixa Econômica Federal, ora apelada, a operacionalização do programa, sendo que, para o desempenho de referida atribuição, foi-lhe autorizada a criação de fundo financeiro, com vistas à segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao PAR (artigo 2º), cujo patrimônio é constituído pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito de mencionado programa.
Muito embora haja regra no sentido de que os bens e direitos em evidência não se comunicam com o patrimônio da CEF, consta expressamente da lei que os bens imóveis são mantidos sob a propriedade fiduciária da ora agravante (artigo 2º, § 3º).
Por força do artigo 109 do CTN, deve-se buscar o conceito de propriedade fiduciária no direito privado, o qual preceitua que se trata de propriedade de caráter temporário, de titularidade do credor, com a finalidade de garantir uma dívida.
Dessa forma, conclui-se que a CEF detém a propriedade dos imóveis ainda não alienados nos termos da Lei nº 10.188/01, com o que deve ser colocada na posição de contribuinte dos impostos incidentes sobre mencionado bem, nos termos do artigo 34 do CTN.
Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, confira:
"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL DO MUNICÍPIO CONTRA A CEF. IPTU. CONTRATO DE ARRENDAMENTO . 1. A execução manejada pelo Município para a cobrança do IPTU fora corretamente aviada contra a CEF, porquanto é ela a proprietária do bem imóvel que ensejou o tributo em comento. 2. O contrato de arrendamento não tem o condão de alterar de imediato a titularidade do bem, posto que só ao final do prazo contratual o arrendatário terá a opção de compra do imóvel. 3. Ademais, ainda que exista cláusula no contrato de arrendamento cominando ao arrendatário a responsabilidade pela quitação do IPTU , cuida-se de convenção entre particulares que não é oponível à Fazenda Pública, consoante reza o art. 123 do Código Tributário Nacional. 4. Agravo de Instrumento improvido." - g.m.
(Terceira Turma, AG 91918, processo 200805000850781, Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 07/10/2010, v.u, publicado no DJE em 14/10/2010, p. 677)
"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU . IMÓVEL PERTENCENTE AO FAR. CEF. GESTORA. LEGITIMIDADE. NOTIFICAÇÃO. ENDEREÇO DO IMÓVEL. VALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A finalidade do Fundo de arrendamento Residencial - FAR é justamente segregar o patrimônio e contabilidade dos haveres destinados ao PAR, cabendo a gerência dos bens pertencentes, os quais são mantidos sob sua propriedade fiduciária. 2. Não cabe à Agravante furtar-se do dever de adimplir as obrigações tributárias decorrentes da propriedade. Isso porque, tal ônus não será necessariamente suportado pelo seu patrimônio particular, já que, na qualidade de gestora, a CEF poderá dispor dos recursos do FAR, a fim de saldar a dívida. 3. É cediço que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário (Súmula 397 do STJ). 4. No caso, a lei municipal criou presunção de que o endereço do contribuinte seria o imóvel a que se refere o IPTU . Assim, se CEF desejava ser notificada em endereço diverso do constanto no cadastro imobiliário, deveria ter cadastrado tal endereço no referido registro, o que não ocorreu na hipótese. 6. Agravo de Instrumento improvido." - g.m.
(Segunda Turma, AG 112279, processo 00183259520104050000, Des. Fed. Francisco Barros Dias, j. 15/02/2011, v.u., publicado no DJE em 24/02/2011, p. 590).
Resta saber, portanto, se a imunidade tributária recíproca alcança a executada embargante.

Como exceção constitucional ao poder de tributar, o instituto das imunidades tributárias deve ser interpretado restritivamente, não sendo cabível ao aplicador da norma fazê-la incidir sobre hipóteses não previstas pelo legislador.
Abrangendo apenas impostos, entendo que a imunidade tributária recíproca não se estende à CEF, por tratar-se de empresa pública instituída nos termos do artigo 173 da Constituição da República de 1.988, devendo submeter-se, portanto, ao § 2º de referida norma:
"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
[...]
§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado."
Saliento, por fim, que a destinação de eventual saldo do fundo em questão para o patrimônio da União não tem o condão de modificar o entendimento acima exposto. Numa situação hipotética de dissolução da executada, por exemplo, eventual saldo também seria destinado à União, por tratar-se de empresa pública com capital exclusivo desse ente da Federação (artigos 1º e 3º do Decreto-lei n. 759/69), sem que isso determine o alcance da imunidade recíproca para abranger a CEF.
Em razão do acolhimento da tese recursal, ficam invertidos os ônus sucumbenciais.
Ante o exposto, com fundamento no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao recurso do Município de São Paulo para reconhecer a legitimidade da cobrança do IPTU.
Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à Vara de origem.
Publique-se. Intimem-se.

Conforme se infere do acima exposto, a irresignação da parte agravante foi analisada naquele momento e nada foi acrescentado ao processo que tenha relevância para a modificação do entendimento esposado, razão pela qual se reitera para o julgamento do recurso ora interposto a aludida fundamentação.

Ante o exposto NEGO PROVIMENTO ao agravo legal.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

• Sobre a extensão da imunidade recíproca à Caixa Econômica Federal, no que tange a imóveis do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), veja também o seguinte julgado: AC 0048872-61.2007.4.03.6182/SP, Relator Juiz Federal Convocado David Diniz, publicada na RTRF3R 115/351.

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0035015-88.2012.4.03.0000
(2012.03.00.035015-1)

Agravante: GRANOL IND/ COM/ E EXP/ S/A
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 247/250
Agravante: GRANOL IND/ COM/ E EXP/ S/A
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Parte Ré: CERALIT S/A IND/ E COM/
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AI 493185
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE EMPRESA NO POLO PASSIVO. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- No que tange à existência de grupo econômico e a inclusão da empresa "GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A" no pólo passivo da execução fiscal, o Colendo STJ firmou entendimento no sentido do simples fato de duas empresas integrarem o mesmo grupo econômico não ser suficiente à caracterização da solidariedade passiva em execução fiscal (AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 26.10.2011 E AgRg no Ag 1.240.335/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 25.05.2011.)

- No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo e a confusão patrimonial das empresas integrantes, somados ao inadimplemento dos tributos devidos e à aparente dissolução irregular da empresa executada.

- Verifica-se, *in casu*, fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial aptos a permitir a inclusão da agravante no pólo passivo da execução fiscal.

- Com efeito, em havendo fortes indícios de sucessão empresarial de fato, posto que a agravante associou-se à executada e passou a interferir diretamente na administração desta, arcando com despesas, comungando de interesses econômicos e jurídicos para a consecução de lucro, ultrapassando os limites contratuais de simples arrendamento, conforme assinalado pela r. decisão, mostra-se possível a responsabilização da agravante em relação ao passivo tributário que integrava o patrimônio da empresa executada, com base no artigo 133 do CTN.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de agravo interposto por GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática proferida às fls. 247/250 que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em face da decisão que deferiu o pedido de inclusão da ora agravante no pólo passivo da relação jurídica processual, por entender que houve a formação de grupo econômico de fato e confusão patrimonial com a empresa executada.

Sustenta a agravante, em síntese, que houve omissão do juízo monocrático, em relação à aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN, que desautoriza a inclusão da agravante no pólo passivo de execução fiscal promovida contra terceiros. Alega a inaplicabilidade do artigo 557, *caput*, do CPC. Aduz, ainda, a inexistência de prova de formação de grupo econômico, de confusão patrimonial, ou de sucessão empresarial, bem como a inexistência de interesse comum na obrigação principal, o que não permite aplicação da responsabilidade solidária.

Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

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

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE EMPRESA NO POLO PASSIVO. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.
- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal e desta Corte.
- No que tange à existência de grupo econômico e a inclusão da empresa "GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A" no pólo passivo da execução fiscal, o Colendo STJ firmou entendimento no sentido do simples fato de duas empresas integrarem o mesmo grupo econômico não ser suficiente à caracterização da solidariedade passiva em execução fiscal (AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 26.10.2011 E AgRg no Ag

1.240.335/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 25.05.2011.)
- No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo e a confusão patrimonial das empresas integrantes, somados ao inadimplemento dos tributos devidos e à aparente dissolução irregular da empresa executada.
- Verifica-se, *in casu*, fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial aptos a permitir a inclusão da agravante no pólo passivo da execução fiscal.
- Com efeito, em havendo fortes indícios de sucessão empresarial de fato, posto que a agravante associou-se à executada e passou a interferir diretamente na administração desta, arcando com despesas, comungando de interesses econômicos e jurídicos para a consecução de lucro, ultrapassando os limites contratuais de simples arrendamento, conforme assinalado pela r. decisão, mostra-se possível a responsabilização da agravante em relação ao passivo tributário que integrava o patrimônio da empresa executada, com base no artigo 133 do CTN.
- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
- Agravo desprovido.

Não é de ser provido o agravo.

Com efeito, é firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal e dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A, em face de decisão que, em sede de execução fiscal, deferiu o pedido de inclusão da referida empresa no polo passivo da relação jurídica processual, por entender que houve a formação de grupo econômico de fato e confusão patrimonial com a empresa executada.
Sustenta a agravante, em síntese, que apenas arrendou parcialmente, em 2005, a planta industrial da empresa Ceralit, bem como restou absolutamente caracterizada as autonomias societária e patrimonial das partes contratantes, não sendo possível qualquer alegação de confusão de patrimônio ou formação de grupo econômico informal. Aduz, ainda, que os créditos tributários exigidos na execução fiscal referem-se aos períodos de 1993, 1997 e 1998, quando a agravante não tinha qualquer relação comercial com a empresa executada, razão pela qual inaplicável a responsabilidade solidária.
Decido.
O artigo 557, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas condições.
E essa é a hipótese ocorrente nestes autos, tendo em vista que a questão discutida neste processo está pacificada nos Tribunais Superiores.
A questão vertida nos presentes autos consiste na análise da possibilidade de inclusão da

empresa "GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A" no pólo passivo da execução fiscal, em razão da existência de formação de grupo econômico de fato e confusão patrimonial, bem como na responsabilidade solidária pelos créditos tributários da executada.
No que tange à existência de grupo econômico e a inclusão da empresa "GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A" no pólo passivo da execução fiscal, o Colendo STJ firmou entendimento no sentido do simples fato de duas empresas integrarem o mesmo grupo econômico não ser suficiente à caracterização da solidariedade passiva em execução fiscal (AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 26.10.2011 E AgRg no Ag 1.240.335/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 25.05.2011.)
No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo e a confusão patrimonial das empresas integrantes, somados ao inadimplemento dos tributos devidos e à aparente dissolução irregular da empresa executada.
Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial firmado por essa Egrégia Corte:
"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA NO PÓLO PASSIVO.
1. A jurisprudência do E. STJ é firme no sentido de que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal.
2. No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial das empresas integrantes, somada ao inadimplemento dos tributos devidos e aparente dissolução irregular da empresa executada.
3. Presença de indícios suficientes a permitir o redirecionamento da execução."
(AI 00333536020104030000, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, Quarta Turma, j. 14/04/2011, DJ 13/05/2011)
"AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRAZO DO ARTIGO 1.032, CC - INAPLICABILIDADE - GRUPO ECONÔMICO - CONFUSÃO PATRIMONIAL - TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.
1. Não é aplicável o prazo do artigo 1.032, CC, no que se refere à responsabilização dos sócios, uma vez que se objetiva a satisfação de créditos tributários, impondo-se, portanto, a aplicação das regras constantes do Código Tributário Nacional.
2. A formação de grupo econômico não se presume. Dessa feita, não logrando a exequente comprovar a existência de confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito ou má-fé com prejuízo a credores, fica afastada a responsabilidade solidária entre as empresas e/ou pessoas naturais.
3. Mesmo quando configurada a existência de grupo econômico, a exequente deve comprovar a existência de um dos requisitos supra para ensejar a responsabilidade solidária, visto que o simples fato da constituição de grupo econômico não é suficiente para dar ensejo à solidariedade no pagamento de tributo devido por apenas uma das empresas.
4. Existência de fortes indícios de formação de grupo econômico, com evidente confusão patrimonial e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Possibilidade de inclusão.
5. Agravo legal a que se nega provimento."
(AI 00329985020104030000, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, Terceira Turma, j. 21/07/2011, DJ 29/07/2011)
"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. INDÍCIOS CONCRETOS DE FRAUDE: ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL E SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE. PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941/09. RECURSO DESPROVIDO.
1. Caso em que dados e elementos concretos dos autos apontam a existência de indícios consistentes de que a agravante integra o mesmo grupo econômico da empresa originariamente executada, tendo sido constituída para continuar a exploração das atividades, em áreas afins, no interesse dos sócios da executada, mediante a transferência de bens, sede e capital, com

o objetivo evidente de frustrar o pagamento dos créditos tributários, não adimplidos pela devedora originária, tendo esta alterado o objeto social para atuar em atividade secundária e eventual, como forma de encobrir a fraude pela aparente inexistência de dissolução irregular.
2. Verificadas reiteradas sucessões com esvaziamento patrimonial de empresas do mesmo grupo econômico, como subterfúgio para o inadimplemento dos tributos devidos, é legítima a responsabilidade da agravante e sua inclusão no pólo passivo da execução fiscal.
3. Em que pese a agravante insista nas alegações de que a empresa originariamente executada permanece em atividade em novo endereço, em nenhum momento demonstrou tal fato, não servindo a este propósito a mera intenção de adesão a parcelamento, assim como não comprovou que aquela mantenha patrimônio passível de garantir os débitos fiscais.
4. O pedido de parcelamento, neste contexto factual específico, não se presta a comprovar a efetiva existência da devedora originária e tampouco sua capacidade econômica para suportar a execução e, por outro lado, quanto aos respectivos efeitos legais, cabe lembrar que a Lei nº 11.941/09 criou forma diferenciada de parcelamento, o qual somente suspende a exigibilidade fiscal depois do ato inicial de adesão, quando definido o alcance fiscal do acordo, assim porque, diferentemente do que ocorreria anteriormente, no regime atual o contribuinte pode escolher os tributos a serem parcelados.
5. Agravo inominado desprovido."
(AI 0042229-38.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, Terceira Turma, j. 22/04/2010, DJ 03/05/2010)
Verifica-se, *in casu*, fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial aptos a permitir a inclusão da agravante no pólo passivo da execução fiscal.
A r. decisão agravada, assim consignou:
"Os arestos acima conferem credibilidade, nesta fase processual, à alegação da existência de grupo econômico entre a executada e a empresa GRANOL, ao qual se permite acrescentar, neste juízo sumário, a holding CEB PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/C LTDA., diante dos seguintes fatos invocados pela exequente:
- 'O contrato estabelecia que a totalidade da produção da CERALIT seria de propriedade da GRANOL, o que afasta a configuração de simples compra e venda, eis que não era permitido à CERALIT ter outros compradores para a sua produção'
- 'De acordo com o contrato, a GRANOL pagaria à CERALIT o valor de R$ 150,00 (cento e cinqüenta reais) pela tonelada de biodiesel, enquanto que, entre os anos de 2005 e 2009, o valor da tonelada do combustível no mercado variou entre R$ 2.000,00 (dois mil reais) e R$ 3.000,00 (três mil reais), conforme notícia em anexo'.
- 'Transcorridos 09 (nove) meses da atuação conjunta entre GRANO e CERALIT, em agosto/2006 foi celebrado instrumento particular de confissão de dívida entre as empresas CERALIT, CEB e GRANOL, através do qual a CERALIT confessou dever à GRANOL o valor de R$ 3.410.333,61 (três milhões, quatrocentos e dez mil, trezentos e trinta e três reais e sessenta e um centavos).'
- 'Como forma de pagamento da dívida, confessada pela CERALIT, a CEB transferiu para a GRANOL, a título de dação em pagamento, a totalidade do imóvel de matrícula nº 97.089 e parte do imóvel de matrícula nº 115.684, ambos registrados junto ao 2º CRI de Campinas.'
- 'Através do encontro de contas que resultou na dívida acima, verifica-se que a GRANOL fez investimentos de melhorias físicas na planta empresarial da CERALIT, pagou a fola de salário dos empregados da CERALIT, bem como efetuou o pagamento de contas de energia elétrica atrasadas, junto à CPFL.'
- 'Conforme documentos em anexo, verificou-se que a matriz da GRANOL, em 2005 e 2006, contava com 05 (cinco) empregados, enquanto que a filial da GRANOL em Campinas, que funcionava no endereço da CERALIT, não possuía NENHUM empregado. Já a CERALIT, no ano de 2005, empregava 216 (duzentos e dezesseis) trabalhadores e, no ano de 2006, contava com 224 (duzentos e vinte e quatro) empregados.'

- 'Conforme notícia em anexo, no ano de 2007, a GRANOL obteve financiamento junto ao BNDES, no valor de R$ 35 milhões, para implantação de unidade produtora de biodiesel no município de Cachoeira do Sul/RS. A notícia também informa que a GRANOL investiu no projeto, por meio de recursos próprios, o valor de R$ 8,9 milhões, e que a empresa já operava uma unidade produtora em Campinas/SP. Ora, se para a instalação de unidade produtora própria no Rio Grande do Sul, a empresa investiu R$ 8,9 milhões, como explicar o investimento de aproximadamente R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) na unidade de Campinas, que funcionava no parque fabril da CERALIT? Não há outra explicação, senão a formação de grupo econômico entre as empresas GRANOL, CERALIT e CEB'.

Tais fatos revelam confusão patrimonial entre as empresas CERALIT, CEB e GRANOL que permite responsabilizar estas duas últimas pelos débitos fiscais da primeira, conforme iterativa jurisprudência".

De outra parte, no que tange à inaplicabilidade da responsabilidade solidária, em razão dos créditos tributários em questão terem sido constituídos em momento anterior à assinatura do primeiro contrato entre as partes, verifica-se que o Juízo *a quo*, assim decidiu:

"Também não pode prevalecer a limitação temporal da suposta vigência do contrato. O grupo inicia-se com a assinatura do primeiro contrato entre as partes - 10/11/2005 - e prorroga-se no tempo, afetando os contratos de trabalho de todos os empregados da primeira reclamada, não só porque a formação dos créditos trabalhistas ocorreu em parte nesse período, como também pelo fato da responsabilidade perseguir o patrimônio da excipiente, existente naquele momento".

Com efeito, em havendo fortes indícios de sucessão empresarial de fato, posto que a agravante associou-se à executada e passou a interferir diretamente na administração desta, arcando com despesas, comungando de interesses econômicos e jurídicos para a consecução de lucro, ultrapassando os limites contratuais de simples arrendamento, conforme assinalado pela r. decisão, mostra-se possível a responsabilização da agravante em relação ao passivo tributário que integrava o patrimônio da empresa executada, com base no artigo 133 do CTN.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial do C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. ART. 133 DO CTN. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A Corte de origem consignou que 'houve ampla análise do juízo singular nos autos do processo nº 2002.51.10.003742-8 (fls. 77/278), o qual está apensada à execução fiscal nº 99.0755067-1, onde se evidencia a nítida intenção dos executados em burlar o fisco quanto ao pagamento do tributo por meio de "irreal" contrato de arrendamento'.

2. Constata-se, dessarte, que, na hipótese, a verificação da ocorrência ou não da transferência do estabelecimento comercial, a ensejar a responsabilidade por sucessão prevista no art. 133 do CTN, demanda o revolvimento do suporte fático-probatório carreado aos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o óbice contido na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido".

(AgRg no AREsp 135361/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, un., j. 17/05/2012, DJe 23/05/2012)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DO RELATOR. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE DESÍDIA DO CREDOR. MOROSIDADE DA JUSTIÇA. SÚMULA 106/STJ. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. 283/STF. JULGAMENTO ANTECIPADO. PROVAS SUFICIENTES. SÚMULA 7/STJ. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ART. 133 DO CTN. EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ. RESPONSABILIDADE. PRINCIPAL E MULTA. SÚMULA 83/STJ.

(...)

7. Diante das premissas fáticas firmadas pela Corte de origem, de que ocorrera a sucessão

tributária, sua modificação demandaria o reexame de matéria fático-probatória, além da análise de cláusula contratual, vedado em sede de recurso especial, por força das Súmulas 7 e 5 do Superior Tribunal de Justiça.
8. 'A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.' (REsp 923.012/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 24.6.2010). Acórdão recorrido no mesmo sentido da jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula 83/STJ. Recurso especial não conhecido".
(REsp 1220651/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, un., j. 05/04/2011, DJe 29/04/2011)
Desse modo, considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, não é possível se aferir a ilegitimidade passiva da agravante, posto que a verificação da ocorrência ou não da existência de grupo empresarial, confusão patrimonial e sucessão empresarial, exige dilação probatória e ampla investigação.
Isso posto, nego seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC.
Oportunamente, observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem, apensando-se aos principais.
Dê-se baixa na distribuição.
Intimem-se.

No mesmo sentido da decisão ora impugnada, recentes julgados do C. STJ e desta E. Corte, *in verbis:*

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.
1. Não se conhece de recurso especial, por pretensa ofensa ao art. 535 do CPC, quando a alegação é genérica, incidindo, no particular, a Súmula 284/STF.
2. Quanto ao art. 2º da CLT, a insurgência esbarra no óbice contido na Súmula nº 07/STJ, porquanto, à luz dos documentos carreados aos autos, que apontaram as relações comerciais efetuadas pela executada e pela recorrente, o Tribunal *a quo* chegou à conclusão de que se tratava do mesmo grupo de empresas.
3. A indigitada ofensa ao art. 265 do Código Civil não pode ser conhecida, uma vez que tal dispositivo, a despeito de terem sido opostos embargos declaratórios, não foi objeto de prequestionamento nas instâncias de origem, circunstância que faz incidir a Súmula nº 211/STJ.
4. Quanto à tese de inexistência de abuso de personalidade e confusão patrimonial , a pretensão esbarra, uma vez mais, no enunciado sumular nº 07 desta Corte. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas na instância *a quo*, chegou o acórdão recorrido à conclusão de que houve confusão patrimonial.
5. Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.
6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC.
(STJ, REsp 1071643/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, un., j. 02/04/2009, DJe 13/04/2009)

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RESERVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de suposta afronta a dispositivo constitucional, por se tratar de matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

2. O afastamento, pelo Tribunal de origem, da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da parte recorrida, em face da revaloração das provas dos autos, não importa em cerceamento de defesa, mormente quando tal decisão não se baseou em ausência de prova, mas no entendimento de que os pressupostos autorizativos de tal medida não se encontrariam presentes.

3. A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.

4. Tendo o Tribunal *a quo*, com base no conjunto probatório dos autos, firmado a compreensão no sentido de que não estariam presentes os pressupostos para aplicação da *disregard doctrine*, rever tal entendimento demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedente do STJ.

5. Inexistência de dissídio jurisprudencial.

6. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, REsp 968564/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, un., j. 18/12/2008, DJe 02/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO *A QUO*. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o aresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão *a quo* que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto *a quo*.

3. "A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de

mesmo grupo econômico" (Acórdão *a quo*).
4. "Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros" (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).
5. Recurso não-provido.
(STJ, REsp 767021/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, un., j. 16/08/2005, DJ 12/09/2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA NO PÓLO PASSIVO.
1. A jurisprudência do E. STJ é firme no sentido de que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal.
2. No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial das empresas integrantes, somada ao inadimplemento dos tributos devidos e aparente dissolução irregular da empresa executada.
3. Presença de indícios suficientes a permitir o redirecionamento da execução.
(TRF3, AI 00333536020104030000, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, Quarta Turma, j. 14/04/2011, DJ 13/05/2011)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRAZO DO ARTIGO 1.032, CC - INAPLICABILIDADE - GRUPO ECONÔMICO - CONFUSÃO PATRIMONIAL - TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.
1. Não é aplicável o prazo do artigo 1.032, CC, no que se refere à responsabilização dos sócios, uma vez que se objetiva a satisfação de créditos tributários, impondo-se, portanto, a aplicação das regras constantes do Código Tributário Nacional.
2. A formação de grupo econômico não se presume. Dessa feita, não logrando a exequente comprovar a existência de confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito ou má-fé com prejuízo a credores, fica afastada a responsabilidade solidária entre as empresas e/ou pessoas naturais.
3. Mesmo quando configurada a existência de grupo econômico, a exequente deve comprovar a existência de um dos requisitos supra para ensejar a responsabilidade solidária, visto que o simples fato da constituição de grupo econômico não é suficiente para dar ensejo à solidariedade no pagamento de tributo devido por apenas uma das empresas.
4. Existência de fortes indícios de formação de grupo econômico, com evidente confusão patrimonial e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Possibilidade de inclusão.
5. Agravo legal a que se nega provimento.
(TRF3, AI 00329985020104030000, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, Terceira Turma, j. 21/07/2011, DJ 29/07/2011)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. INDÍCIOS CONCRETOS DE FRAUDE: ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL E SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE.

PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941/09. RECURSO DESPROVIDO.
1. Caso em que dados e elementos concretos dos autos apontam a existência de indícios consistentes de que a agravante integra o mesmo grupo econômico da empresa originariamente executada, tendo sido constituída para continuar a exploração das atividades, em áreas afins, no interesse dos sócios da executada, mediante a transferência de bens, sede e capital, com o objetivo evidente de frustrar o pagamento dos créditos tributários, não adimplidos pela devedora originária, tendo esta alterado o objeto social para atuar em atividade secundária e eventual, como forma de encobrir a fraude pela aparente inexistência de dissolução irregular.
2. Verificadas reiteradas sucessões com esvaziamento patrimonial de empresas do mesmo grupo econômico, como subterfúgio para o inadimplemento dos tributos devidos, é legítima a responsabilidade da agravante e sua inclusão no pólo passivo da execução fiscal.
3. Em que pese a agravante insista nas alegações de que a empresa originariamente executada permanece em atividade em novo endereço, em nenhum momento demonstrou tal fato, não servindo a este propósito a mera intenção de adesão a parcelamento, assim como não comprovou que aquela mantenha patrimônio passível de garantir os débitos fiscais.
4. O pedido de parcelamento, neste contexto factual específico, não se presta a comprovar a efetiva existência da devedora originária e tampouco sua capacidade econômica para suportar a execução e, por outro lado, quanto aos respectivos efeitos legais, cabe lembrar que a Lei nº 11.941/09 criou forma diferenciada de parcelamento, o qual somente suspende a exigibilidade fiscal depois do ato inicial de adesão, quando definido o alcance fiscal do acordo, assim porque, diferentemente do que ocorreria anteriormente, no regime atual o contribuinte pode escolher os tributos a serem parcelados.
5. Agravo inominado desprovido.
(TRF3, AI 0042229-38.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, Terceira Turma, j. 22/04/2010, DJ 03/05/2010)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

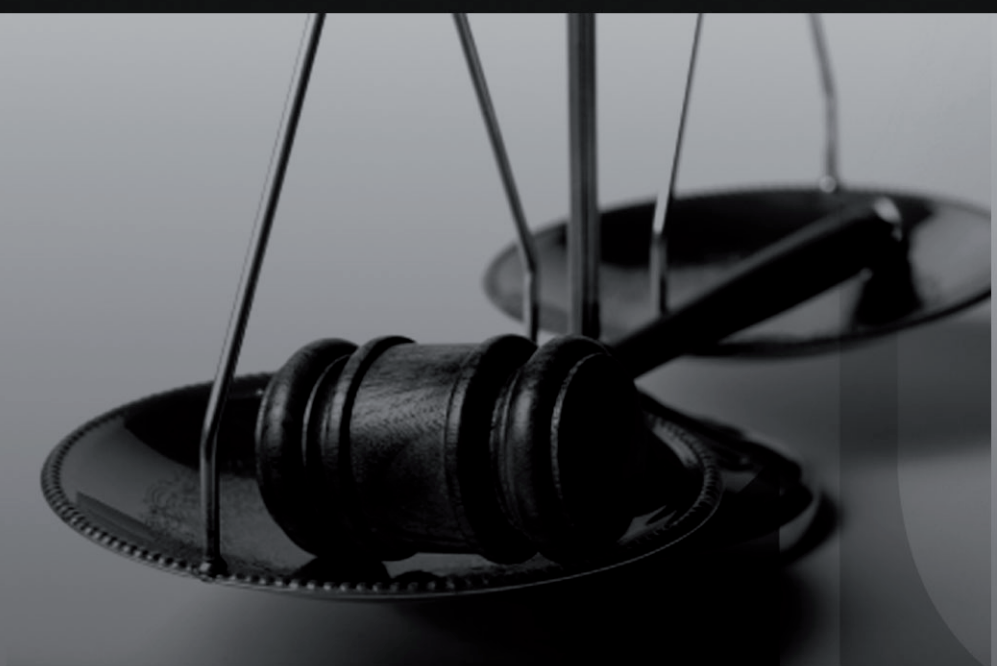
Pelo exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

• Sobre a execução fiscal em face de grupo econômico, veja também o seguinte julgado: Ag AI 0032998-50.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicado na RTRF3R 108/450.

Sentenças



AÇÃO ORDINÁRIA
0022121-02.2001.4.03.6100

Autores: FRANCISCO FERNANDES E OUTROS
Réus: BANCO MARKA S/A; MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT E BANCO CENTRAL DO BRASIL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

Vistos em sentença.

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por FRANCISO FERNANDES, CLÁUDIO FERNANDES e EXPRESSO KIMAR LTDA. em face, inicialmente, de BANCO MARKA S/A, NIKKO SECURITIES CO INTERNATIONAL INC; MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT e BANCO CENTRAL DO BRASIL visando a condenação dos réus ao ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da gestão temerária dos fundos de investimento por eles administrados, acrescidos de juros, correção monetária e lucros cessantes.

Aduzem os autores, em síntese, que eram titulares de fundos de aplicação financeira geridos pelo corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT.

Informam que, antes do vencimento das mencionadas aplicações, sem qualquer ordem, foram resgatados valores dos fundos LIVRE 60, LIVRE 30, DERIVATIVO, DERIVATIVO PLUS e CAMBIAL.

Esclarecem, ainda, que na mesma oportunidade em que procederam ao resgate das aplicações, os réus fizeram publicar na imprensa e remeteram correspondência informando sobre as perdas de patrimônio em razão da concentração dos recursos em dólares no mercado futuro, sendo que, em razão da cotação do dólar, os recursos disponíveis foram utilizados para honrar a "posição vendida" do fundo pelo valor de R$ 1,56 por dólar.

Por outro lado, na mesma época foi publicada na mídia a concessão aos réus, pelo Banco Central do Brasil, de subsídios mediante a venda àquela instituição de moeda estrangeira pela cotação de R$ 1,27 por dólar, isto para evitar a bancarrota da instituição, fazendo com que pudesse liquidar as posições "vendidas" com essa quotação. Embora tenham recebido tal subsídio do BACEN, os réus não o repassaram aos aplicadores.

Asseveram que não lhes foi fornecido qualquer documento sobre o funcionamento dos fundos ou das aplicações que seriam geridas pelos corréus. Todas as informações relacionadas às aplicações eram sempre providas pelo gerente responsável pela conta, que indicava quais as de melhor rentabilidade para o período, conduzindo as decisões sobre o direcionamento dos recursos e formação da carteira.

Sustentam que os rendimentos apresentados mostravam-se vantajosos em relação a outras modalidades de aplicações, mas não em cifras ou percentuais astronômicos de modo a denotar tratar-se de uma aplicação de grande risco de perda.

Aduzem que a responsabilidade dos administradores das instituições envolvidas pelo ressarcimento de todos os danos causados àqueles que com elas contrataram encontra amparo no art. 39 da Lei nº 6.024/74.

Lado outro, defendem que a responsabilidade do BACEN decorre da circunstância de lhe ser atribuído por lei o *munus* de fiscalizador da atividade de todas as instituições operantes no mercado financeiro para garantir a solidez, confiança e segurança das operações bancárias, especialmente em defesa do próprio sistema financeiro e dos direitos daqueles que com as instituições financeiras contratam.

Pleiteiam, assim, o ressarcimento pelos prejuízos suportados.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/71.

À fl. 74 determinou-se à parte autora a adequação do valor atribuído à causa ao benefício econômico almejado, bem como a regularização da representação processual.

Em petição de fl. 76 o valor da causa foi retificado para R$ 183.497,29 (cento e oitenta e três mil, quatrocentos e noventa e sete reais e vinte e nove centavos). Procuração e contrato social da sociedade empresária EXPRESSO KIMAR LTDA. foram acostados às fls. 82/87.

Redistribuição dos autos a este Juízo da 25ª Vara Cível (fl. 105).

Citado, o Banco Central do Brasil - BACEN ofertou contestação às fls. 113/118. Sustentou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, uma vez que os contratos referentes às aplicações financeiras em questão foram celebrados entre os autores e a instituição financeira, o Banco Marka. No mérito, asseverou que os autores sofreram prejuízos no jogo da especulação financeira, assumindo os riscos inerentes ao mercado e, consequentemente, devem assumir o ônus da própria imprudência.

Instada, a parte autora apresentou réplica às fls. 245/257.

Citado, o corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. apresentou sua peça de defesa às fls. 330/371. Preliminarmente, sustentou a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, pois detinha, tão somente, a qualidade de gestor dos fundos de investimento, sendo que a administração cabia ao Banco Marka. No mérito pugnou pela improcedência do pedido, uma vez que os riscos inerentes ao mercado isentam os réus da responsabilidade de indenizar os autores, sendo que estavam plenamente cientes dos riscos e perfil de seus investimentos, não havendo que se falar em gestão temerária dos fundos. Acostou, ainda, os documentos de fls. 374/635.

À fl. 636 certificou-se o decurso de prazo para os corréus BANCO MARKA e NIKKO SECURITIES CO. INTERNACIONAL INC. apresentarem contestação.

Nova réplica apresentada às fls. 646/661.

Por meio da petição de fl. 663 o BACEN requereu a devolução do prazo para especificar provas.

O despacho de fl. 665 constatou que Salvatore Alberto Cacciola havia sido citado na qualidade de representante legal dos réus BANCO MARKA S.A., NIKKO SECURITIES CO. INTERNACIONAL e MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT, todavia, não fora possível aferir se o mesmo representava os interesses da segunda ré acima mencionada, pelo que determinou-se à parte autora a comprovação da referida relação.

O corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. especificou as provas que pretende produzir às fls. 668/670.

Em manifestação de fls. 674/675 a parte autora requereu a desistência da ação em face de NIKKO SECURITIES CO. INTERNATIONAL INC., por não possuir condições de comprovar que Salvatore Alberto Cacciola detém a qualidade de representante legal.

O despacho de fl. 676 deferiu o pedido de devolução de prazo pleiteado pelo BACEN.

Em sede de especificação de provas o BACEN requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 682/692).

À fl. 711 determinou-se aos autores a regularização da representação processual das pessoas físicas que integram o polo ativo da ação, providência que restou cumprida às fls. 719/721.

Foi proferida decisão acolhendo o pedido de desistência da ação formulado em face de NIKKO SECURITIES CO. INTERNACIONAL INC. (fl. 722).

Opostos Embargos de Declaração (fl. 724), os mesmos foram rejeitados (fls. 726/727).

À fl. 732 foi proferida decisão saneadora, a qual indeferiu o pedido de produção de provas requerido pelo corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT.

Interposto agravo de instrumento em face da decisão saneadora (fls. 734/752), o mesmo teve o seu seguimento negado pelo E. TRF da 3ª Região (fls. 755/761).

Petição do correquerido MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. (fls. 762/836).

Às fls. 838/849 o requerido MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. comprovou a interposição de agravo regimental em face da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto.

O despacho de fl. 850 determinou o sobrestamento do feito até decisão final a ser proferida pelo E. TRF da 3ª Região, sendo posteriormente reconsiderada (fl. 863) em virtude de manifestação da parte autora (fl. 856).

O despacho de fl. 863 foi reconsiderado à fl. 864, uma vez que pendente de julgamento o agravo regimental interposto.

Em petição de fls. 865/866 os autores pugnaram pelo regular prosseguimento do feito, tendo em vista que não foi atribuído efeito suspensivo ao agravo de instrumento pelo relator.

O julgamento do feito foi convertido em diligência para que a parte demandante apresentasse manifestação quanto à regularidade do ato citatório, o que restou cumprido às fls. 877/883 e 943/946, oportunidade em que pugnou pelo prosseguimento do feito.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e DECIDO.

Considerando que a pendência de julgamento do agravo regimental interposto em face de decisão proferida em sede de agravo de instrumento, ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, não obsta o prosseguimento do feito, passo a sentenciá-lo.

PRELIMINARES

No que concerne ao ato citatório, os documentos de fls.903/939 comprovam que o requerido BANCO MARKA S/A encontra-se ativo (fls. 904/907), tendo ocorrido, tão somente, a mudança de nome para MARKA S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES.

Ademais, nos termos do art. 45 do Código Civil, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado tem início com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Já o correquerido MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA., devidamente citado, ofertou a sua contestação, oportunidade em que comprovou sua capacidade postulatória por meio de seus atos constitutivos (fls. 375/383) e outorga de procuração *ad judicia*.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva sustentada pelo BACEN.

Embora a questão da responsabilidade pelos danos causados a particular por instituição financeira, também particular, em razão de fiscalização deficiente por parte dos órgãos públicos competentes diga respeito ao mérito, não há como afastá-la aprioristicamente, eis que, embora dependente de demonstração no caso concreto, ela (responsabilidade) pode, em tese, ocorrer.

De igual modo, rejeito a preliminar aduzida pelo corréu MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. de ilegitimidade para figurar no polo passivo.

Conquanto realmente não se confundam as figuras de administrador e gestor dos fundos de investimento financeiro, certo é que ao corréu MARKA NIKKO foram atribuídos poderes de administração da carteira dos respectivos fundos, podendo exercer todos os direitos inerentes aos ativos financeiros (fl. 16). Ainda que assim não fosse, ao demandado MARKA NIKKO, na qualidade de gestor, competia realizar investimentos com os recursos financeiros que compunham os fundos, o que o torna legítimo para figurar na ação visando à reparação de danos.

Lado outro, observo que, citado, o correquerido BANCO MARKA S/A deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contestação. Como o réu não apresentou qualquer resposta, impor-se-ia ao caso a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil.

No entanto, estabelece o art. 320, I, do Código de Processo Civil que a revelia não induz o efeito mencionado se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação.

Antes de adentrar o mérito, observo que não há se cogitar da aplicação, na espécie, do Código de Defesa do Consumidor.

É que, promovida a ação em face do Banco Central do Brasil - BACEN, forçoso convir que entre a autarquia demandada e o autor *inexiste* qualquer relação de consumo a justificar a incidência das normas de direito consumerista. Tanto é assim que o fundamento invocado para a responsabilização do réu é a *suposta ausência de fiscalização*, ou *fiscalização deficiente* desse órgão sobre instituição financeira, cuja atividade fiscalizatória, por óbvio, não se qualifica como relação de consumo.

Assim, afasto a pretensão do postulante de aplicação do CDC.

Passo ao exame do *mérito*.

Com o ajuizamento da presente ação objetiva a parte autora a condenação dos réus ao ressarcimento de todos os prejuízos suportados em razão da prestação de serviços de gestão temerária dos fundos de investimento por eles administrados.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO - BANCO MARKA S/A e MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT

Alegam os requerentes que aplicaram recursos financeiros em fundos de investimentos denominados LIVRE 60, LIVRE 30, DERIVATIVO, DERIVATIVO PLUS e CAMBIAL, administrados pelos requeridos BANCO MARKA S/A e MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA., sendo que sofreram grandes prejuízos em razão de uma equivocada administração, que

teria apostado na manutenção da política cambial, apesar da expectativa em sentido contrário do mercado financeiro.

O fundo de investimento, como se sabe, é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de *condomínio*, destinado à captação de recursos para a aplicação em carteiras diversificadas de artigos financeiros e demais modalidades operacionais disponíveis no âmbito do mercado financeiro, conforme estabelecido no artigo 2 da Instrução CVM nº 409/04. Ou seja, o fundo de investimento é um condomínio que reúne recursos provenientes de pessoas físicas, jurídicas, fundos de pensão, sendo esses recursos aplicados em carteira diversificada de artigos financeiros, visando a *valorização do patrimônio* dos investidores.

Por óbvio, a *composição da carteira* do fundo e a boa ou má *administração* conduzirão a um maior ou menor *resultado* para o patrimônio do fundo e, logicamente, para as cotas representativas de seu patrimônio, estas pertencentes aos diversos condôminos.

Os fundos de investimentos, a depender da respectiva carteira de aplicações, podem assumir um perfil *conservador* (aplicação em renda fixa, CDB, poupança, títulos públicos, etc); *moderado* (aplicação de um percentual em renda variável ou fundos multimercado com esse perfil) ou *agressivo* (aplicação de considerável parte do capital em ações, fundos de ações, multimercados e derivativos).

A escolha por um determinado perfil pressupõe uma análise entre os riscos X expectativas de lucros: regra geral, quanto maiores os riscos, maiores as possibilidades ganhos.

O *risco* deve ser entendido como a possibilidade de não se atingir o retorno esperado do investimento. E diversos fatores podem concorrer para isso, incluindo mudanças na política, na economia, nas regras de tributação, etc.[1]

E, sob esse aspecto, no que pertine aos autos, tenho que o deslinde do feito pressupõe uma pequena digressão sobre os fatos que gravitam a demanda.

Os documentos e reportagens que instruem a exordial, assim como textos consultados pela rede mundial de computadores, dão conta de que o início do ano de 1999 foi extremamente *turbulento* para a economia brasileira:

> O ano, que começara com especulações sobre revisão do acordo com o FMI, por conta de substancial queda nas reservas cambiais nos meses precedentes, recebeu o reforço da declaração formal de moratória, por noventa dias, do governo do Estado de Minas Gerais, o que passou a pautar as matérias do jornalismo econômico e o humor de outros formadores de opinião e dos agentes do mercado. Na seqüência, vieram especulações sobre mudanças no Banco Central e no Ministério da Fazenda; quedas históricas do índice BOVESPA, com influência nas principais bolsas latino-americanas e mesmo européias; demanda por maior remuneração em leilões de títulos do Tesouro Nacional; queda de preço dos títulos soberanos do Brasil e outros países emergentes; e redução drástica da credibilidade do País.[2]

Em virtude da situação crítica, o BACEN, em 15 de janeiro de 1999 e após a troca de seu então presidente, o economista Gustavo Franco pelo economista Francisco Lopes, decidiu abandonar o sistema de *bandas cambiais*, anteriormente adotado, passando a operar sob regime de *livre flutuação* da taxa de câmbio. Por meio do Comunicado nº 6.565, de 18.01.1999,

1 http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Investidor/Ondeinvestir/Tipodeinvestimentos/tabid/86/Defaultaspx?controleConteudo=viewRespConteudo&ItemID=150

2 http://www.bcb.gov.br/rex/MerCambio/Port/cambio991/1999-1Pol%C3%ADticaCambial.asp

o BACEN informou que deixaria ao mercado a definição da taxa de câmbio, vindo a intervir, ocasionalmente, com o objetivo de conter eventuais movimentos desordenados.

Houve, com isso, uma forte *desvalorização* do real frente ao dólar.

Não é necessário deter profundo conhecimento em economia para concluir que mudanças desse jaez causam grande *impacto* no mercado financeiro.

No caso dos autos, verificou-se que os fundos de investimentos administrados pelo BANCO MARKA e MARKA NIKKO, principalmente aqueles de perfil mais agressivo, sofreram consideráveis perdas. Os requeridos haviam assumido dívidas em dólar no mercado futuro, não conseguindo honrar com seus compromissos diários na então BM&F por causa da forte elevação da taxa de câmbio.

É o que relata Salvatore Alberto Cacciola, um dos administradores das sociedades empresárias requeridas:

> Naquele mês de janeiro, o Banco Marka - usando uma expressão do mercado - estava "vendido" em dólares, ou seja, tinha vendido uma grande quantidade de dólar no mercado futuro confiando exclusivamente numa única informação, oficial e pública: o Memorando Técnico de Entendimento assinado entre o governo brasileiro e o FMI, e que reafirmava a manutenção da política cambial que existia desde a implantação do plano Real.[3]

Segundo os autores, a *gestão temerária* dos fundos de investimento pelos réus, somado ao fato de que não foram previamente *informados* dos riscos inerentes ao tipo de investimento realizado, contribuíram para as perdas sofridas e, por isso, conduzem à conclusão de que devem ser ressarcidos pelos prejuízos advindos.

Sem razão, contudo.

No que concerne à alegação de gestão temerária, tal como tipificado na Lei nº 7.492/1986, por tratar-se de *crime* contra o sistema financeiro nacional, falece competência a este Juízo para apreciá-la.

> Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:
> Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
> Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
> Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Ademais, é *sujeito ativo* do delito em questão o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes. Entretanto, tais figuras *não* integram o polo passivo da ação, o qual é composto somente por pessoas jurídicas.

Em suma, a ocorrência ou não de gestão temerária na administração dos fundos geridos pelos requeridos *não* constitui objeto da presente demanda.

Analisada a questão sob a ótica do direito civil, evidencia-se, no caso concreto, a ausência de responsabilidade dos requeridos em indenizar os investidores, ora autores, pelas perdas sofridas.

Explico.

---

3 Eu Alberto Cacciola confesso: O escândalo do Banco Marka; Editora Record; 2001; pág. 36.

A Circular BACEN nº 2.616, de 18 de setembro de 1995, que à época dos fatos disciplinava a constituição e o funcionamento dos fundos de investimento financeiro e dos fundos de aplicação em quotas de fundos de investimento, estabelecia que:

> Art. 4º O regulamento do fundo deve conter, no mínimo, as seguintes informações:
> (...)
> Parágrafo único. Na definição da política de investimento, devem ser prestadas informações acerca:
> I - das características gerais da atuação do fundo, entre as quais os critérios de composição e de diversificação da carteira e os riscos operacionais envolvidos;
> *II - da possibilidade de realização de aplicações que coloquem em risco o patrimônio do fundo.*

Ao apresentar sua peça de resistência, o requerido MARKA NIKKO acostou aos autos o regulamento dos fundos LIVRE 60, LIVRE 30, DERIVATIVO, DERIVATIVO PLUS e CAMBIAL (fls. 433/484), donde é possível constatar que, ao discorrer sobre a política de investimentos, constava, de *forma padronizada*, a seguinte informação:

> As aplicações realizadas pelos Condôminos no MARKA NIKKO LIVRE 30 não contam com a garantia do ADMINISTRADOR, do GESTOR ou do Fundo Garantidor de Crédito - FGC, podendo ocorrer perda do capital investido, em decorrência da possibilidade de adoção de política de investimentos agressiva pelo ADMINISTRATOR e/ou GESTOR.

Havia, tão somente, a modificação da nomenclatura do fundo de investimento a se adequar a opção do investidor, mantendo-se incólume a previsão da possibilidade da ocorrência de perdas patrimoniais.

Por sua própria natureza, dessume-se que a existência do *risco* (em maior ou menor grau) é característica intrínseca dos fundos de investimento e aplicações de modo geral. Até mesmo a caderneta de poupança, reconhecida como um investimento mais conservador, teve suas regras recentemente alteradas pelo Poder Público no que concerne à forma de remuneração.

Como já dito, a composição da carteira do fundo e a boa ou má administração conduzirão a um maior ou menor resultado para o patrimônio do fundo e, logicamente, para as cotas representativas de seu patrimônio, estas pertencentes aos diversos condôminos.

Uma mudança *substancial* "nas regras do jogo" (alteração da política cambial) poderia influenciar de maneira significativa o desempenho dos fundos de investimento, tal como ocorreu.

Pelos documentos juntados aos autos, extrai-se que os requeridos apostaram na *manutenção da política cambial* ao aplicar os recursos que compunham o patrimônio do fundo, e, como visto, tal aposta não se concretizou, resultando nas perdas verificadas.

A ocorrência de perdas e ganhos pelos mais variados fatores (composição da carteira, opções do administrador/gestor, mudanças na política, na economia, nas regras de tributação, etc) faz parte da regra do jogo ao qual os demandantes anuíram ao optarem por aplicar os respectivos capitais em fundos de investimento.

O extrato de fl. 47, acostado pelos autores, demonstra tal afirmação com clareza. Ao discriminar a variação das quotas para o mês de janeiro de 1999 foi apresentado o seguinte quadro:

MARKA NIKKO DERIVATIVOS PLUS	- 95,2%
MARKA NIKKO DEIRVATIVOS	- 45,4%
MARKA NIKKO LIVRE 30	- 30,8%
MARKA NIKKO LIVRE 60	- 11,5%
MARKA NIKKO DI 60	+ 0,8%
MARKA NIKKO CAMBIAL	+ 31,9%

Enquanto a modificação da política cambial levada a efeito no mês de janeiro de 1999 foi danosa para a maioria dos fundos administrados pelos requeridos BANCO MARKA e MARKA NIKKO, percebe-se que o fundo denominado MARKA NIKKO CAMBIAL teve, naquele mês, uma variação positiva de aproximadamente 31,9%, o que pode ser comprovado, também, pelos documentos de fls. 39/40.

Assim, determinado tipo de aplicação, pelo próprio perfil adotado (moderado, conservador, agressivo, etc), esteve suscetível, de forma *positiva* ou *negativa*, à modificação do câmbio.

O extrato de fl. 39 comprova, por exemplo, que o demandante CLÁUDIO FERNANDES, no mês de janeiro de 1999, em razão do perfil de sua carteira de investimentos, teve rentabilidade positiva da ordem de 37,98% ...

Ajuizar a presente ação somente em relação às aplicações que sofreram desvalorização, desconsiderando aquelas que oscilaram positivamente, revela um comportamento um tanto quanto contraditório, e mais, confirma que os lucros e prejuízos fazem parte desse jogo.

Questões como uma eventual aplicação dos recursos em desconformidade com o previsto em regulamento; alavancagem do fundo além do permitido ou outras condutas dos administradores que colidissem com nas normas regulamentares poderiam ter sido alegadas pelos autores na exordial (causa de pedir) e comprovadas quando da instrução probatória, o que, em tese, poderia conduzir a uma procedência da ação. Contudo, repito, tais questões não constituem objeto da presente demanda, que se limitou a uma alegação genérica de gestão temerária.

Noutro giro, não me parece crível a alegação dos requerentes no sentido de que não foram previamente informados dos riscos inerentes ao tipo de investimento realizado.

Ora, o BANCO MARKA S/A, como lembrado pelo requerido MARKA NIKKO em sua contestação, era um banco de investimento, "uma instituição financeira muito diferente de um banco de varejo. O Banco Marka não oferecia a seus clientes agências espalhadas pela cidade, nem talões de cheque, nem cartões de débito ou outras facilidades que os bancos de varejo oferecem. Isso porque o principal produto oferecido pelo Banco Marka aos seus clientes era a oportunidade de investir de variados fundos de investimentos. O cliente que procura um banco de investimentos chega ao banco atraído pela possibilidade de obter grande lucros com seus investimentos." (fl. 336)

Com efeito, ao procurarem a instituição susomencionada os demandantes tinham, ao meu sentir, a plena consciência das possibilidades de ganhos, assim como de perdas. Como já dito, é característica intrínseca à aplicação, cuja ignorância não pode ser alegada porque implicaria contra-senso.

Nesse sentir, a jurisprudência, *mutatis mutandis*:

> DIREITO CIVIL. DIREITO ECONÔMICO. *FUNDOS DE INVESTIMENTO. DESVALORIZAÇÃO DE QUOTAS. RISCO DO NEGÓCIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSA-*

BILIDADE DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONTRATO FINANCEIRO TÍPICO. 1. As aplicações em fundos de investimentos, se, de um lado, podem propiciar maiores ganhos, de outro, implica riscos de perdas, pois, não contam com a garantia nem do administrador e nem do Fundo Garantidor de Crédito - FGC. Portanto, quem investe em um fundo de investimento visa a obter o melhor resultado para a sua aplicação, contudo, deve ter consciência da possibilidade de perda, que é inerente ao risco do negócio. 2. Aliás, quando ingressam em tais fundos, os investidores se declaram cientes que poderão, inclusive, responder, em alguma medida, se ocorrer patrimônio líquido negativo, sendo comum, para prevenir responsabilidade, que as instituições financeiras ofereçam ao aplicador, quando do ingresso, os regulamentos de tais fundos, que são documentos registrados em cartório e gozam de ampla publicidade. 3. No caso dos autos, releva anotar que nenhum prejuízo material foi apontado. Houve sim alegação de prejuízo, porém, demonstração objetiva das perdas materiais, isso não ocorreu, e, de fato, ou o investidor não resgatou as quotas, e aí não há falar em prejuízo, ou resgatou-as em momento inadequado, de iniciativa própria, em face de interesse particular de qualquer natureza, e, no caso, não pode pretender transferir para terceira pessoa perda decorrente de livre disposição de seu patrimônio. 4. Da mesma forma, quanto aos danos morais, não há nos autos, nenhuma indicação de sua ocorrência, não servindo para tal a alegada angústia, em razão da perda de valor das quotas do fundo, pois, em se tratando de investimento de risco, o investidor deve se precaver, para experimentar, eventualmente, tal sentimento, e, ademais, a sua ocorrência depende da presença do pressuposto da culpabilidade, o que não se verifica no caso concreto. 5. Não se aplica ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois, trata-se de contrato financeiro típico, próprio de investidor e não de consumidor de serviços financeiros. *6. Em suma, as aplicações em fundos de investimentos caracterizam-se como contrato onde se faz implícita a idéia de bons resultados, porém, da mesma forma, a possibilidade de perda, em face de injunções do mercado e variáveis que se enquadram no contexto de risco do negócio, não nascendo para a instituição financeira o dever de indenizar perdas eventuais decorrentes da desvalorização de suas quotas,* impondo-se, pois, a confirmação da sentença fustigada. 7. Apelação a que se nega provimento. (AC 200561120021261, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO, DJU DATA: 17/04/2008 PÁGINA: 613)

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEF. FUNDO DE INVESTIMENTO. ALEGADO PREJUÍZO. EFEITOS. 1. *O investidor individual possui, tão-somente, as cotas do fundo e não o seu valor. O valor líquido é um número naturalmente fluido, por tratar-se de uma estimativa do patrimônio do fundo. Aliás, é com exatamente essa fluidez que conta o investidor para obtenção de seus ganhos. Contudo, também as perdas fazem parte dessa variabilidade e devem ser suportadas por quem almeja participar de eventuais ganhos. É neste sentido aponta a melhor doutrina pátria: (...) podemos dizer que a quota é um título representativo de uma fração ideal do patrimônio de um fundo de investimento, que é ofertada ao público e que confere ao seu titular, isto é, aquele que adquirir tal quota, o direito de participação nesse fundo, o direito de auferir os rendimentos que advierem da valorização dos ativos integrantes da Carteira do fundo e/ou da política de investimento adotada pelo administrador, o direito de efetuar resgates, novas aplicações, eventuais transferências das quotas nos termos regulamentares, e igualmente o ônus de arcar com eventuais prejuízos que, a contrário sensu, forem apurados pelo fundo. (grifei). (PERRICONE, Sheila. Fundos de investimento: a política de investimento e a responsabilidade dos administradores. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado do Capitais e da Arbitragem. nº 11. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 86). - Por isso, um fundo de investimento deve ser compreendido como algo bastante diferente de uma conta corrente. Nesta, sim, pode-se dizer que o correntista é proprietário da importância depositada. Nos fundos, o correntista detém somente uma parte (cota) de um condomínio. - Isso introduz*

outra questão crucial para averiguação de eventual responsabilidade da CEF: a previsão de riscos. Os fundos em que o autor efetuou sua aplicação prevêem expressamente que "os investimentos dos condôminos, por sua própria natureza, estarão sempre sujeitos a perdas de patrimônio em função de flutuações do mercado, risco de crédito ou na possibilidade de adoção de política de investimento agressiva", conforme se constata da leitura do art. 4 de ambos os regulamentos. - Destarte, constata-se que o demandante não logrou demonstrar qualquer violação dos deveres oriundos da boa-fé objetiva por parte da CEF no presente caso. O regulamento dos fundos, juntados pela demandada, é bastante claro no que tange à existência de riscos para o aplicador, cumprindo os deveres de informação e de transparência que devem nortear os contratos bancários e financeiros. - Assim, a CEF não pode ser responsabilizada por eventual depreciação dos ativos da carteira. E nem poderia ser diferente, tendo em vista que sua atuação restringe-se à administração dos recursos do fundo. Não pode a demandada responder corno se garantidora fosse, até por que tal hipótese está claramente excluída pelo disposto no art. 30 dos regulamentos. - Não há que se cogitar, por outro lado, da responsabilização da CEF pela aplicação das regras baixadas pelo BACEN ou pela CVM, já que se tratam de normas de observância obrigatória. Também não conseguiu o autor demonstrar a ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência na administração dos fundos pela ré. Embora o terna da responsabilidade dos administradores dos fundos de investimento não esteja completamente pacificada em meio à doutrina, é expressiva a observação abaixo transcrita: Das regulamentações baixadas pela CVM e pelo Bacen não há qualquer menção à responsabilidade objetiva dos administradores dos fundos de investimento. Antes, pelo contrário, verifica-se que tais normas tendem a indicar como parâmetro de responsabilidade, o elemento culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo. (...: Não estabelecendo a lei, nem as normas do Bacen ou da CVM expressamente a responsabilidade objetiva dos administradores dos fundos de investimento, antes, pelo contrário, dando claros parâmetros de indicação do elemento culpa, conforme acima exposto, entendemos que a mesma é subjetiva, incidindo somente mediante prova de culpa ou dolo do administrador, da existência de dano e do nexo de causalidade. (...: À evidência, não há que se falar em culpa no caso de depreciação dos ativos da Carteira de um fundo de investimento que resultar, eventualmente, em patrimônio líquido negativo, fato este decorrente das oscilações destes ativos no mercado financeiro e de capitais. Trata-se do risco de mercado que os investidores em fundos de investimento se declaram cientes ao ingressar em tais fundos, inclusive que poderão ser chamados a aportar recursos adicionais em ocorrendo patrimônio líquido negativo, aliás, conforme determinam as já mencionadas normas dos órgãos reguladores. (PERRICONE, Sheila. Fundos de investimento: a política de investimento e a responsabilidade dos administradores. *In*: Revista de Direito Bancário, do Mercado do Capitais e da Arbitragem. nº 11. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. pp. 91-96). - Ressalte-se, por oportuno, que não se pode falar, na espécie, de verdadeira depreciação dos ativos da Carteira, mas da aplicação de urna metodologia que estimou o patrimônio do fundo de urna outra maneira, diferente da que vinha sendo levada a efeito pela administradora. 2. Improvimento da apelação. (AC 200271000361708, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 07/12/2005 PÁGINA: 810)

Quem investe em um fundo de investimento visa obter o melhor resultado para a sua aplicação, porém, deve ter consciência da possibilidade de perda, que é inerente ao risco do negócio, não comportando amparo o pleito indenizatório formulado em face do requeridos BANCO MARKA e MARKA NIKKO.

Passo, portanto, ao exame da pretensão formulada em face do BANCEN.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO OU FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE

Sustentam os autores que a responsabilidade do BACEN decorre da circunstância de lhe ser atribuído por lei o *munus* de fiscalizador da atividade de todas as instituições operantes no mercado financeiro para garantir a solidez, confiança e segurança das operações bancárias, especialmente em defesa do próprio sistema financeiro e dos direitos daqueles que com as instituições financeiras contratam.

A possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas de direito público pelos danos por elas causados a particulares vem de há muito contemplada pela Constituição da República. A Carta de 1.988 assim dispõe, no 6º do seu art. 37:

> 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Vale dizer, a Carta Magna contempla a responsabilidade *objetiva* do Estado, quando "seus agentes, nessa qualidade", causarem danos a alguém.

Trata-se, portanto, de responsabilidade por ato *comissivo* de agente público, hipótese em que, pela *teoria do risco administrativo* adotada por nosso ordenamento constitucional (pela qual o Estado só se exime ou abranda sua responsabilidade se demonstrar a culpa do lesado), para que se dê a indenização, basta a *(a)* comprovação do dano, *(b)* a demonstração da ação estatal e *(c)* o nexo causal entre o dano e a ação do agente público.

Todavia, essa *não* é a hipótese dos autos.

Aqui se busca a responsabilização do Estado por alegada *omissão*. Teria o Estado, representado pelo BACEN, *deixado de agir de acordo com as atribuições legais que lhe foram conferidas*, e essa falta de ação, ou deficiência dessa ação, teria acarretado o dano aos investidores dos fundos de investimento.

Portanto, na hipótese, não há que se pretender a aplicação da teoria do risco administrativo, que - em caso de conduta comissiva do agente estatal - *inexige* a demonstração de culpa do Estado. No caso em exame, porém, não basta apenas a demonstração dos elementos acima enunciados (ação do Estado, dano e nexo causal). É necessária, também, a demonstração da *culpa* do Estado.

Nesse sentido é a tranqüila orientação do E. STF, estampada na decisão assim ementada:

> Tratando-se de *ato omissivo* do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é *subjetiva*, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses. (STF, 2ª Turma, RE 179.147-1, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.97, DJU 27.02.1998, p. 18)

A doutrina não discrepa desse entendimento quanto à extensão da responsabilidade do Estado, destacando, contudo, ser necessária, nos casos de omissão estatal, a demonstração da *culpa da Administração*. Hely Lopes Meirelles (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Malheiros, 31.ª edição, p. 651) doutrina que, em caso de omissão estatal, a indenização depende da demonstração *(a)* do nexo causal entre o dano e a omissão do Estado e *(b)* da culpa da Administração, por imprudência, negligência ou imperícia de seus agentes.

> O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que

> o art. 37, 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano - culpa, essa, que pode ser genérica. Daí porque a jusrisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, 6º da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos.
> Impende notar que nesses casos a falta do nexo de causalidade também acaba por excluir a responsabilidade. A *faute du service* não dispensa a prova desse requisito, e na sua aferição a teoria adotada pela ordem jurídica é a do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção do nexo causal, que só o admite quando o dano é o efeito necessário da causa (ação ou omissão). Assim, como ensina Agostinho Alvim, os danos, "em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser o efeito necessário pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.

Semelhante é a lição sempre autorizada de Celso Antonio Bandeira de Mello:

> É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. (*Curso de Direito Administrativo,* Malheiros Editores, 19ª edição, p. 933)

Em primeiro lugar, não se produziu prova de que os danos eventualmente suportados pelos aplicadores em fundos de investimentos administrados pelos demandados BANCO MARKA e MARKA NIKKO deveu-se à omissão do BACEN por deficiência da fiscalização por este exercida.

O BACEN, com propriedade, defende que a atividade fiscalizadora por ele exercida não tem por objetivo eliminar por completo o risco do mercado financeiro, retirando dos cidadãos a possibilidade de livre escolha/arbítrio. Dessarte, a fiscalização está atrelada à higidez/saúde do sistema como um todo, revelando-se desproporcional a hipótese de responsabilização da autarquia por todos os danos individuais auferidos com as aplicações mal sucedidas.

No caso em apreço, considerando os documentos acostados aos autos, não vislumbro a ocorrência de omissão do BACEN por falta de fiscalização. Em outros termos, não é possível afirmar que eventual liquidação extrajudicial dos requeridos evitaria os prejuízos vivenciados pelos postulantes.

Como se sabe, o mercado financeiro é, por sua natureza especulativa, informado pelo risco. Por isso é que sempre a expectativa de lucros expressivos - nunca compartilhados socialmente pelo aplicador quando os alcança - vem acompanhada de perto pela tormenta do risco do prejuízo avassalador.

E quando isso ocorre, calha recordar da lição do eminente Ministro Milton Luiz Pereira no julgamento do RESP 175644/RS, DJ 06.05.2002:

> Não se deve flagelar a Administração Pública com reclamados danos patrimoniais sofridos por investidores atraídos ao mercado financeiro por altas taxas dos juros e expectativa de avultados lucros sobre o capital investido, por si, sinalização dos vigorosos riscos que rodeiam essas operações. Se reconhecido o direito à socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar lucros ao capital, eliminando-se o risco nas aplicações especulativas.

Em suma, para que o Estado, representado por uma de suas autarquias (BACEN) pudesse ser responsabilizado, seria necessária a demonstração de que deixou de prestar um eficiente serviço de fiscalização e que essa omissão, esse serviço tido como deficiente, *teria sido a causa* do resultado danoso.

Mas essa prova não foi feita.

Em segundo lugar, e ainda que se admitisse - hipoteticamente - a omissão causadora do dano, necessária seria, também, a demonstração de *culpa* de agentes públicos.

Nem de longe se produziu qualquer prova nesse sentido, não cabendo fazer-se qualquer tipo de suposição de ocorrência de dolo ou culpa, vez que, como é cediço, dolo ou culpa exigem demonstração cabal, não se compatibilizando com presunções.

Pensar de modo diverso é atribuir ao BACEN a condição de *garantidor* das aplicações realizadas pelos investidores, o que não se coaduna com as prescrições que disciplinam a matéria.

Por tudo que se disse, a conclusão inarredável é que, no caso dos autos, a autarquia demandada *não* têm o dever de indenizar.

Por esses fundamentos, a ação não merece prosperar.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, *pro rata*, em favor de cada réu contestante, nos termos do art. 20, 4º do Código de Processo Civil, a ser atualizado em conformidade com o com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal, ou outra que vier a substituí-la.

Comunique-se o teor da presente sentença ao MM. Desembargador Federal relator do agravo de instrumento.

P.R.I.

São Paulo, 30 de novembro de 2012.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

AÇÃO PENAL
0000248-52.2005.4.03.6181
(2005.61.81.000248-5)

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: J.B.B.L.F.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: TORU YAMAMOTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/11/2012

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denunciou J.B.B.L.F., qualificado nos autos, como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, em razão dos seguintes fatos apurados em inquérito policial:

> Fiscalização realizada pela Delegacia da Receita Federal constatou que, no ano base 1999 - exercício de 2000, o denunciado - pessoa física - omitiu fraudulentamente rendimentos, com o objetivo de recolher, como de fato recolheu, menos tributos que os devidos.
> Da análise da documentação acostada, corroborada pelo termo de verificação fiscal de fls. 169/171 e do exame dos extratos de contribuinte - fls. 54/89 e demonstrativo de variação patrimonial - fls. 157/168 atestando movimentação bancária e de CPMF, em confronto com dados de declarações de imposto de renda, constatou-se que os valores dos depósitos e créditos bancários superam, em muito, a renda declarada, configurando acréscimo patrimonial a descoberto, denotando-se a deliberada intenção do agente em se locupletar, fraudando o fisco.
> Regularmente intimado, o denunciado não compareceu, não logrando comprovar a origem da totalidade dos recursos recebidos, configurando-se omissão dos rendimentos, no valor abaixo de R$ 107.685,92.
> Em consequência, foi lavrado auto de infração referente à sonegação de imposto de renda - pessoa física, apurando-se crédito tributário no valor total de R$ 76.453,50, incluídos juros de mora e multa proporcional (fls. 155).
> Ressalte-se haver nos autos notícia de não ter sido quitado o débito - fls. 230.
> Assim agindo, consciente e voluntariamente, o denunciado omitiu informação e prestou declaração falsa às autoridades fazendárias, para suprimir pagamento de tributo, estando, portanto, incurso nas sanções previstas no artigo 1º, inciso l, da Lei 8.137/90.

Representação da Ouvidoria Geral da Prefeitura do Município de São Paulo formulada contra J.B.B.L.F., datada de 26/06/2002, para apuração de enriquecimento ilícito (fls. 10/51).

Dossiê da Receita Federal acerca de J.B.B.L.F., com extrato de contribuinte (fls. 60/93).

Procedimento fiscal nº 008.1.90.00-2004-01194-4 instaurado em face do contribuinte J.B.B.L.F., contendo demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo, no valor apurado de R$ 76.453,50 (setenta e seis mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e cinquenta centavos), demonstrativo de apuração e termo de verificação fiscal, referente ao ano de 1999 (fls. 114/117, 149/174).

Decretado o sigilo dos autos (fls. 177).

Termo de declarações de J.B.B.L.F. (fls. 180/181).

Termo de encerramento de fiscalização informando que o ano-calendário de 1999 foi encerrado em 10/03/2005, conforme processo nº 19515.000410/2005-00, com um crédito tributário de R$ 76.453,50 (setenta e seis mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e cinquenta centavos) (fls. 182, 220).

Impugnação de J.B.B.L.F. (fls. 183/187).

Relatório fiscal (fls. 195/208, 218/220, 224/226).

Informação da Receita Federal dando conta de que não houve pagamento do débito (fls. 233).

A Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região - Divisão da Dívida Ativa - informou que o débito foi inscrito em dívida ativa em 18/05/2009, no valor consolidado de R$ 128.634,49 (cento e vinte e oito mil, seiscentos e trinta e quatro reais e quarenta e nove centavos) (fls. 253/255).

A denúncia foi recebida em 06/11/2009 (fls. 262/263).

O réu foi citado pessoalmente (fl. 277).

Apresentou resposta à acusação, na qual alegou ser o caso de desclassificação para o delito previsto no artigo 2º, I da Lei nº 8.137/90 e que, assim, já decorreu o prazo prescricional, requerendo a extinção da punibilidade; a prescrição e decadência do procedimento fiscal e a extinção do processo pela prescrição intercorrente; e, subsidiariamente, o sobrestamento do feito, até término do proc. nº 2009.65.00.000884-0 em curso na 5ª Vara das Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Arrolou a testemunha Mauricio Soares Pinto e juntou documentos (fls. 278/288, 289/305).

Manifestou-se o MPF contrariamente às teses defensivas, pois, o réu está incurso nas penas do artigo 1º da Lei 8.137/90, já que houve efetivamente a supressão ou diminuição de tributos, e não no artigo 2º da mesma lei, que somente ocorreria se tal supressão ou diminuição não tivesse ocorrido. Quanto à alegada prescrição e decadência do procedimento fiscal, a matéria deveria ter sido arguida naquela instância ou, em última análise, em processo cível (fls. 308/309).

Ausentes causas elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal, foi determinado o prosseguimento do feito, sendo designada audiência de instrução e julgamento para o dia 28/03/2011 (fls. 311/312).

Interrogado (fls. 332/vº), J.B.B.L.F. alegou, em síntese, o seguinte, em livre transcrição:

> Eu sou médico. Infelizmente ... (TRECHO ININTELIGÍVEL) Tudo que me é solicitado, eu cumpro. Eu nunca tive medo de fazer nada. Sempre confiei, e continuo confiando nesse escritório de contabilidade que já me atende há quase vinte anos. Nunca tive nenhum problema com ele. Tudo que foi solicitado foi enviado, e dada entrada na auditoria da Receita. Não tenho o que declarar. Sinceramente, todo ano, nós sentamos, fazemos o imposto de renda. A única coisa que acontece é perguntarmos se podemos pagar em duas, seis vezes, o que prefere. Em outros anos foi feito isso, de pagar em seis vezes. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Não sei como isso aconteceu, não sei. Eu confio nesse escritório de contabilidade há vinte anos. Eu não me preocupo, ele sempre fez tudo direito. Eu guardava meu dinheiro em casa. Hoje eu não tenho mais dinheiro. Na época eu tinha um (TRECHO ININTELIGÍVEL) Deixei o dinheiro em casa por uma questão de hábito. Eu fiz isso durante quase cinco anos. Não guardo mais dinheiro em casa. Nessa época eu era casado. Guardava o dinheiro dentro de um cofre. Tinha cofre em casa. Desde que me divorciei, não tenho mais o cofre, ficou no apartamento. Sou médico,

> exerço a função. Tenho consultório. Meu pai era médico, e deixou o escritório pra mim. Não tenho sócio. Tenho empresa e o consultório. A empresa é de prestação de serviços de assistência médica. O consultório é meu, atendo os meus clientes. A clínica tem quase 90 anos. Meu pai se formou em 1928. A empresa tem CNPJ, empregados. Tudo, incluindo o consultório, está em nome da pessoa jurídica. Faço sociedade com outro médico. Quem passa recibo é a pessoa jurídica. No recibo consta CNPJ e não CPF. É a Alpha Care, no mercado desde 1991. Tenho apenas um sócio, que é médico. Tenho uma secretária. Já houve um processo administrativo, (TRECHO ININTELIGÍVEL) eu trabalhava para a prefeitura, através de uma cooperativa. Era secretário adjunto da prefeitura, responsável por um PAS. Respondia por ser responsável sanitário. E essas cooperativas deveriam trabalhar exclusivamente para a prefeitura. Eu repassava valores para as cooperativas. Eram cerca de 15 cooperativas. Eu fazia parte de uma delas. Repassávamos dinheiro. Tínhamos que determinar uma coisa. Ou você fazia compra de remédios e pagava funcionários ou pagava terceiros. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Não tenho nada contra a testemunha de acusação. Eu acho que houve recurso administrativo contra a autuação da Receita Federal. Houve defesa. Acho que eu tinha advogado sim. Se não me engano, assinei uma procuração. Tomei medidas para que a autuação não fosse adiante. Eu não entendo termos corretos (TRECHO ININTELIGÍVEL). Não tenho filhos dependentes. São todos maiores. Eu tinha o dinheiro em casa, era de reserva. Comecei a guardar dinheiro em 92, 93, se não me engano ... Declarei esses valores. Não só declarei como paguei os impostos. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Me separei da minha esposa. Ela está morando naquele apartamento em que eu morava antes. Fica na Afonso Braz, número 100. É no décimo quarto andar. Minha ex-esposa se chama Marlene (...).

Durante a instrução, foram ouvidas uma testemunha de acusação e uma de defesa; bem como realizado o interrogatório do réu (fls. 331/332v).

Encerrada a instrução, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal nada requereu (fl. 333, item 6). A defesa deixou transcorrer o prazo estipulado para a juntada dos documentos (fl. 333, item 7).

O Ministério Público Federal, em alegações finais, entendendo comprovadas materialidade e autoria, requereu a condenação do réu nos exatos termos da denúncia (fls. 349/351).

A defesa, alegando, em seus memoriais, que não houve dolo nem omissão por parte do réu, bem como a ausência de provas, requereu a absolvição (fls. 353/355).

O réu registra uma condenação pelo art. 168-A, I, c/c art. 71, do Código Penal, ora em grau recursal (fls. 08, 12, 13, 14, 16/17 e 26/27, do apenso).

É o relatório.

DECIDO

PRELIMINARMENTE

Rejeito o pedido de desclassificação do crime capitulado na denúncia para o art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, formulado na resposta à acusação, e, por conseguinte, deixo de reconhecer a alegada prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nesse passo, assiste razão ao Ministério Público Federal, quando assim aduz:

> A doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que a grande diferença entre os delitos previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 é a constatação ou não da supressão ou

> redução do tributo. Assim, caso o acusado omitisse ou prestasse declaração falsa perante as autoridades fazendárias sem obter sucesso na supressão ou redução do tributo estaria cometendo apenas o delito previsto no art. 2º, uma vez que trata-se de crime formal, ou seja, não há necessidade de supressão ou redução, basta ter uma dessas finalidades. No entanto, com a redução ou supressão do tributo, como ocorreu no caso dos autos, houve a consumação do delito previsto no artigo 1º.
> Não sendo o caso de desclassificação, não houve a requerida prescrição, a qual só teria ocorrido se o delito cometido fosse capitulado no artigo 2º, da Lei 8.137-90. (fls. 308)

Com efeito, como se verá adiante, na análise da materialidade, houve, em tese, a supressão ou redução do tributo devido no ano-calendário de 1999, exercício de 2000. Logo, por se tratar de crime material e não formal, não é caso de se desclassificar o crime capitulado na denúncia para o do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90.

Em conseqüência disso, não se consumou, ainda, a pretendida prescrição da pretensão punitiva estatal, haja vista a não fluência de 12 (doze) anos entre nenhum dos marcos temporais interruptivos da prescrição, previstos no art. 117 do Código Penal.

Daí a rejeição dessa preliminar.

No que tange ao pedido de extinção da punibilidade com supedâneo na suposta decadência de a Receita Federal constituir o crédito tributário, é de se observar que tal alegação não foi acolhida pelo Fisco, em que pese o contribuinte tê-la alegado em sua impugnação à autuação (fls. 183/187), haja vista a inscrição do débito em dívida ativa (fls. 253/255).

Aliás, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, "contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado", ou seja, contados do dia 01/01/2001, já que o lançamento poderia ter sido efetuado no decorrer do exercício de 2000.

Por conseguinte, considerando que o Termo de Início de Fiscalização e o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 08.1.90.00-2004-01194-4 foram recebidos pelo contribuinte em 05/08/2004 (fls. 118), não há que se falar na decadência de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao tributo não recolhido no exercício de 2000.

Superadas as preliminares, examino o mérito.

MATERIALIDADE

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada.

O procedimento fiscal nº 008.1.90.00-2004-01194-4 instaurado em face do contribuinte J.B.B.L.F. (fls. 151/174) documenta, em tese, a existência de omissão de tributo federal, o IRPF, por parte do referido contribuinte, no ano-base de 1999, exercício de 2000, no valor de R$ 29.613,63, conforme Auto de Infração – Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 156/157).

A propósito, registro que o valor total do crédito tributário apurado no AI *não* deve ser considerado automaticamente como sendo o valor do tributo sonegado. É que tal valor inclui, além do principal, os acréscimos legais como as multas, juros e correção monetária, os quais não foram *sonegados*, mas *acrescidos* ao valor do tributo sonegado, para fins de inscrição em dívida ativa e cobrança judicial. Mas, para fins penais, só reputo relevante o "quantum" do tributo efetivamente sonegado, isto é, *reduzido* ou *suprimido*.

Sob tal ângulo, o réu deixou de recolher, a título de IRPF, um total de R$ 29.613,63, ao não comprovar, perante a Receita Federal, o acréscimo patrimonial a descoberto no valor de R$ 107.685,92, verificado em dezembro de 1999 (fls. 160/161).

Demonstrada está, portanto, a existência do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, porque certa, ao menos em tese, a ocorrência de redução e/ou supressão do IRPF devido pelo réu, no ano calendário de 1999, totalizando o valor retro mencionado.

Consigno que eventual nulidade do procedimento fiscal encontra-se superada pela constituição definitiva do crédito tributário.

Por fim, sobre a condenação penal baseada na presunção de omissão de renda que decorre da constituição definitiva do crédito tributário, a questão será melhor examinada à luz da autoria e culpabilidade a seguir.

AUTORIA E CULPABILIDADE

A propósito da configuração subjetiva do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, consigno, de início, que a responsabilidade criminal não se confunde com a responsabilidade tributária. A responsabilidade criminal é sempre pessoal e punida, sempre, a título de dolo. Nesse passo, o art. 137, inciso I, do Código Tributário Nacional, que possibilita a responsabilização criminal daqueles que, no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, cometem infrações tributárias, não foi, nessa parte, recepcionado pela atual Constituição da República (art. 5º, XLV). Não há, pois, responsabilidade penal objetiva, mesmo em casos de crimes tributários.

No crime do inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, assim como nas demais condutas delitivas constantes do mesmo artigo, o tipo subjetivo requisita o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de praticar as condutas aí previstas.

A primeira conduta delitiva do inciso I é *omitir informações*. Portanto, é elementar que o agente disponha das informações exigidas pelo Fisco, sem o que não há falar na conduta omissiva de que trata esse inciso. A segunda conduta delitiva, *prestar declarações falsas*, exige que o agente *tenha conhecimento* de que as declarações prestadas são falsas, pois sem a consciência, por parte do agente, da *falsidade* dessas declarações, não há que se falar em dolo.

A denúncia atribui a J.B.B.L.F. o crime de supressão e redução do IRPF por ter omitido as informações relativas ao referido acréscimo patrimonial verificado em dezembro de 1999.

A defesa argumentou que houve falha no recebimento de declaração retificadora referente ao ano de 1998 no tocante à declaração de bens. Não comprovou, no entanto, a existência dessa retificadora. Em audiência, alegaram o réu e a testemunha arrolada pela defesa que a retificadora teria apenas a finalidade de se modificar a forma de pagamento, de parcela única para seis parcelas.

Ademais, explicou a defesa que a divergência entre a declaração de bens de fls. 298 (exercício 2000) e a de fls. 304 (exercício 1999) deveu-se a erro da Receita Federal. Tal alegação não encontra amparo nas provas apresentadas pela própria defesa, que poderia, se fosse o caso, apresentar cópias das vias impressas por ocasião da remessa da declaração fotocopiada às fls. 304, o que não fez.

Ademais, verifico que no Termo de Verificação Fiscal (fls. 200) consta a seguinte observação “Salientamos que o valor de R$ 207.850,00 (...) lançado pelo contribuinte como disponível

em poder do declarante em 31/12/1998 na DIRPF ano-calendário 1999 não foi considerado, uma vez que na DIRPF ano-calendário de 1998 este valor não constava na coluna de 31/12/1998 (folhas nº 121 deste processo)", o que evidencia que o réu não retificou a sua DIRPF relativa ao exercício de 1999, ano calendário de 1998.

Contudo, entendo que as declarações de bens relativas ao exercício de 1999, ano calendário de 1998, contêm, a olhos vistos, *erros grosseiros*, porquanto, conforme extrato de contribuinte (fls. 61), em 31/12/1997, o réu declarou possuir R$ 108.802,58; em 31/12/1998, R$ 232.956,03 (e não R$ 20.688,06); em 31/12/1999, R$ 401.388,56 (e não R$ 36.472,66), conforme DIRPF do exercício de 2000, ano-calendário de 1999.

Portanto, as declarações de bens do exercício de 1999, ano-calendário de 1998, muito embora o réu não tenha apresentado prova documental que comprovasse ter efetuado a retificação da declaração original, parecem conter, de fato, erro material que não deva ser sumariamente ignorado, mesmo porque, conforme o relato da testemunha Mauricio Soares Pinto, abaixo transcrito, era o contador do réu, portanto, um profissional, que fazia as declarações de imposto de renda do réu, com dados por este fornecidos. Entendo que um contador profissional ou não cometeria o erro grosseiro de não transportar para a declaração do exercício de 2000, ano-calendário de 1999, o *mesmo* valor dos bens possuídos pelo réu em 31/12/1998 e declarados no exercício de 1999, ano-calendário de 1998, ou, se houve erro no processamento da Receita Federal após a transmissão ou não se percebeu tal erro a tempo, efetivamente teria feito a retificadora no prazo legal.

Antes de prosseguir, porém, transcrevo, livremente, os depoimentos testemunhais colhidos em Juízo para melhor subsidiar a análise subseqüente.

Fabio Ribeiro de Carvalho (fls. 331):

> Sou fiscal da Receita Federal. Não me lembro muito bem de ter feito essa fiscalização. Nos termos de autuação, infração e verificação fiscal, de fls. 151/174, a assinatura é minha. Pelo que vi, foi uma fiscalização de rotina, tendo CPMF como parâmetro. O procedimento é esse, ser intimado. Pelo que está falando aí ele lançou o valor de um ano que não tinha sido lançado no ano anterior. Não me lembro se à época dessa fiscalização havia retificação da declaração de imposto de renda. (TRECHO ININTELIGÍVEL). O ano fiscalizado deve ser 99. Não me lembro ...

Mauricio Soares Pinto (fls. 331/vº):

> Sou contador do Sr. J.B.B.L.F. há uns 15 anos ... Sobre esse auto de infração, fui procurador dele, entreguei essa documentação referente ao procedimento fiscal. Foram fiscalizados 2000 e 1999. Todos os documentos que solicitaram, eu providenciei. Inclusive me coloquei à disposição para a entrega de documentos. Falaram que não havia mais nada. Depois me chamaram pra assinar o auto de infração de 99. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Talvez o gasto maior que a receita, pelo fato de o dinheiro disponível que ele tinha na declaração do ano anterior, 98, que não era objeto da fiscalização, houve um problema na Receita Federal (TRECHO ININTELIGÍVEL) A declaração de bens de 98 estava vazia. Na declaração de 99, ano anterior e ano-base, tinha os 15 itens da declaração de bens dele. O fiscal não me solicitou a declaração do ano-base 98, porque não era objeto de fiscalização. Ele argumentou apenas que em 98 não tinha declaração de bens, então ele não poderia considerar um saldo de cento e poucos mil reais que era o dinheiro disponível em poder do declarante, que era o que justificava todo o gasto dele em 99. Visto que ele tinha na época uma obra, e precisava pagar pedreiro, eletricista, encanador ... Esse pessoal do interior queria receber em moeda. Então ele realmente

> tinha esse dinheiro com ele. Que vinha de declarações anteriores, 97, 96, 95 ... dinheiro que ele ganhou trabalhando, pagou imposto. Não sei por que o fiscal não aceitou o item 15 da declaração de bens. Ele não aceitou o item 15 e aceitou os outros 14 ... era o que interessava pra comprovar que as contas não batiam em 99. Tinha uma diferença de R$ 75.000,00. Ele passou R$ 75.000,00 a mais do que ganhou em 99. O que justifica essa diferença é o saldo que ele tinha no ano anterior de disponível em poder do declarante, e que a Receita desconsiderou, por um problema de transmissão. Naquela época, não tinha banda larga, a gente tinha a Internet por telefone. A gente ficava de noite, uma hora da manhã, tentando transmitir a declaração. A gente via na tela "declaração transmitida com sucesso". Se não chegava, não tinha como saber. Só que hoje posso retificar uma declaração de 2006, estamos em 2011. Só que não posso retificar declaração de 2005. Se ele tivesse pedido a declaração de 98, eu veria o problema de processamento da receita, então estaria dentro do prazo pra retificar. Não é má-fé. É um problema de processamento. Se a gente abrir o disquete, a gente vê os 15 itens lá. Eu fazia as declarações desde 97 ... Houve duas declarações retificadoras referentes ao ano de 98. Eu tenho (TRECHO ININTELIGÍVEL) porque eu pus para ele pagar em seis parcelas e ele disse que queria pagar em uma. Eu fiz uma retificação para ele pagar em uma que não tinha juros. Essa declaração retificadora foi feita muito antes da fiscalização, em 99. A fiscalização foi feita em 2005. Eu tenho disquete original. Esses valores, que tem declaração de bens, não aparecem na tela que é o recibo da entrega da declaração. O que está no miolo da declaração, não conseguimos enxergar o que a Receita processou. O que sei é que, em 99, ano que fiscalizou, na coluna ano anterior, os 15 bens estão lá. E na coluna ano base, que ficou em 31 de dezembro de 99. Então em 1 de janeiro de 99, e ele tinha X, e 31 de dezembro de 99, tinha Y. Ele foi buscar uma declaração de 98, que não era objeto de fiscalização. Agora, se tivesse problema na declaração de 98, a partir da data em que ele me intimou, eu traria lá, e mostraria que os bens estavam lá. Aqui no sistema da Receita não consta nada. Entregaria uma retificação. Se não é objeto de fiscalização, e tem um erro de processamento, não há má-fé, o contribuinte tem o direito de retificar a declaração. Não ia alterar o valor. A declaração do ano 98 foi retificada, 2 vezes, mas em 99. Não depois de ser notificado. A retificação foi pra diminuir o número de parcelas, havia colocado pra pagar em seis parcelas, diminuí pra uma. Não mexi na declaração de bens. Os bens são os mesmos, na original e nas retificadoras. O auditor fiscal não falou pra mim que havia problema de processamento. Quando se iniciou a fiscalização, ainda havia prazo pra retificar de novo a declaração e colocar os bens lá. Ele omitiu este dado. Terminou o ano de 2000, demorou, demorou, demorou. Quando foi julho de 2005, eu não podia mais entrar no site da Receita, não podia mais retificar. É como hoje, eu posso retificar 2006, mas não posso ver mais 2005. Eu fiz a declaração de imposto de renda de pessoa física de J.B.B.L.F. em 99, 98 e 97. O Dr. J. deve ter essas declarações. Talvez eu tenha um disquete, e talvez consiga reconstituir, pra aparecer no sistema lá. Hoje infelizmente, não tenho aqui. Tenho cópia da declaração de imposto de renda ano base 98, exercício 99. Pra mim consta, não sei pra Receita.

O depoimento de Mauricio Soares Pinto esclarece que os dados constantes da DIRPF do exercício de 1999, ano-calendário de 1998, relativamente à declaração de bens, foram, ao que tudo indica, fruto de erro no processamento dessa declaração pela Receita Federal, já que um profissional de contabilidade que fazia a declaração de imposto de renda do réu desde 1997 dificilmente deixaria de fazer constar da declaração do ano subseqüente o valor dos bens e direitos *muito diferente* do que constou da declaração anterior, pois é uma questão de *importação* de dados já declarados no ano anterior e não propriamente de informar dados *novos* na declaração a ser apresentada.

Nesse passo, é de notar que na DIRPF do exercício de 1998, o réu declarou possuir R$ *232.956,03* em 31/12/1997 (fls. 61) e não R$ *20.688,06*, como constou da DIRPF do exercício

de 1999 (fls. 304).

Analisando, agora, os dados de movimentação bancária constantes do dossiê (fls. 82/89), verifico que, em 1997, o réu movimentou um total de R$ 359.855,13 e recolheu CPMF no valor de R$ 717,95; em 1998, movimentou R$ 590.198,22 e recolheu R$ 1.272,85; em 1999, movimentou R$ 173.190,31 e recolheu R$ 647,77; em 2000, movimentou R$ 380.404,60 e recolheu R$ 1.229,64; e em 2001, movimentou R$ 461.010,88 e recolheu R$ 1.587,08.

Relativamente aos anos-calendário de 2000 e 2001, o mesmo fiscal que examinou o ano-calendário de 1999 informou que "Examinada a documentação apresentada pelo contribuinte e analisada a declaração do IRPF do período considerado, não foram encontrados quaisquer fatos que ensejassem a formalização de crédito tributário" (fls. 220), ou seja, a Receita Federal não entendeu haver indício de sonegação fiscal no ano-calendário de 2000, exercício de 2001, quando o réu movimentou R$ 380.404,60, pagando CPMF de R$ 1.229,64, valores esses bem superiores ao do ano-calendário de 1999, exercício de 2000: R$ 173.190,31 e R$ 647,77, respectivamente. Ademais, no ano-calendário de 1998, exercício de 1999, o réu movimentou um valor quase três vezes superior ao que movimentou no ano-calendário de 1999, exercício de 2000: R$ 590.198,22 ante R$ 173.190,31.

Tais dados, se não provam estreme de dúvidas a não ocorrência de sonegação fiscal, ao menos põem em dúvida que o suposto acréscimo patrimonial a descoberto verificado em dezembro de 1999, no valor de R$ 107.685,92 (fls. 161), tem justificativa razoável no erro material constante da DIRPF do ano-calendário de 1998, exercício de 1999, como alegado pela defesa, relativamente às declarações de bens e direitos, em especial, quanto ao valor do dinheiro em espécie em poder do contribuinte, que teria constado no seu item 15, não considerado pelo fiscal que conduziu o procedimento.

Nesse passo, é de notar que a movimentação bancária do réu em 1999 é menos que 30% da de 1998; 45,5% da de 2000 e 37,5% da de 2001, o que sugere, efetivamente, que no ano-calendário de 1999, o réu pagou suas contas com dinheiro em espécie e não por meio de movimentação bancária, como alegou no interrogatório.

Tal alegação também constou da manifestação do seu contador, como visto acima.

Consigno que, neste feito, não se apura a origem dos recursos declarados, se decorrentes de atos de improbidade administrativa, mas sim, tão-somente, se houve ou não supressão ou redução dolosa do imposto de renda no exercício de 2000, ano-calendário de 1999.

Diante dessas considerações, opto em absolver o réu, com fulcro no princípio *in dubio pro reo*.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia e ABSOLVO J.B.B.L.F., RG nº x.xxx.xxx/SSP/SP e CPF nº xxx.xxx.xxx-xx, dela constante, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Remetam-se os autos ao SEDI para a mudança da situação processual do réu.

Arquivem-se os autos oportunamente.

P.R.I.C.

São Paulo, 27 de setembro de 2012.

Juiz Federal TORU YAMAMOTO

• Sobre o delito do artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90, veja também os seguintes julgados: ACr 2000.61.81.002908-0/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicada na RTRF3R 92/330 e HC 0003038-49.2010.4.03.0000/SP, Relator Juiz Federal Convocado Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 103/685.

AÇÃO PENAL
0013163-36.2006.4.03.6105
(2006.61.05.013163-4)

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS – SP
Juíza Federal: MÁRCIA SOUZA E SILVA DE OLIVEIRA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2013

Vistos, etc.

HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, EBERT DE SANTI, MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES, RONALDO LOMÔNACO JÚNIOR, SÉRGIO LÚCIO DE ANDRADE COUTO, CAIO MURILO CRUZ, ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, MARGARETE CALSOLARI ZANIRATO, PAULO ROBERTO STOCCO PORTES E ARLINDO FERREIRA DE MATOS, já qualificados, foram denunciados pelo Ministério Público Federal como incursos nas sanções a seguir descritas:

José Carlos MARINHO e PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS incorreram no art. 299 do CP: PATRÍCIA por haver declarado durante o processo de importação ser sócia, sendo funcionária e José Carlos por omitir ser o proprietário da TRADING, omissão relevante por ser despachante aduaneiro. Praticaram tais condutas em três oportunidades.
José Carlos MARINHO, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, Joseph HANNA DOUMITH, ANDRÉ LUIZ MARTINS DI RISSIO BARBOSA e Fabio BASTOS e HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES, os três primeiros, por falsidade ideológica e os dois últimos por falsidade ideológica, como partícipes (sabem da interposição fraudulenta, auxiliam nas importações e auferem lucros diretos com elas), em função da omissão em declarar o real proprietário das mercadorias: em três oportunidades.
José Carlos MARINHO, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, Joseph HANNA, Fabio BASTOS, ANDRÉ DI RISSIO e HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES incorreram no uso de documentos falsos perante a Receita Federal, em três oportunidades (faturas falsas).
José Carlos MARINHO, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, Joseph HANNA, Fabio BASTOS, ANDRÉ DI RISSIO, HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES e Wilson ORDONES: três tentativas de descaminho, com a agravante do parágrafo terceiro, por se tratar de transporte aéreo. Wilson ORDONES na qualidade de partícipe.
Joseph HANNA, Fabio BASTOS, Wilson ORDONES, ANDRÉ DI RISSIO e EDUARDO DINIZ prometeram vantagem indevida a EBERT DE SANTI, para que este omitisse a prática de ato de ofício. EDUARDO DINIZ concorreu para o crime na qualidade de partícipe, art. 333, *caput*, do CP.
EBERT DE SANTI, aceitando a promessa de vantagem para desembaraçar declaração de importação subfaturada, praticou, em concurso material, os crimes dos arts. 317, *caput*, e do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90.
Joseph HANNA, Fabio BASTOS, José Carlos MARINHO, HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES prometeram vantagem indevida a CAIO MURILO CRUZ, para que este omitisse a prática de ato de ofício, art. 333, *caput*, do CP.
CAIO MURILO CRUZ, aceitando a promessa de vantagem para desembaraçar declaração de importação subfaturada, praticou, em concurso material, os crimes dos arts. 317, *caput*, e do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90.

EDUARDO DINIZ, a pedido de Wilson ORDONES e valendo-se da proximidade e acesso liberado que cargo de Técnico da Receita permite, intercedeu perante MARIA DO Socorro para que a mesma, após assumir a função de Supervisora do SAPEA, liberasse carga de Joseph. Assim, incorreu no art. 3º, III, da Lei nº 8.137/90. Wilson responde como partícipe (Conversas do dia 04/07/2005 19:17:33 07/07/2005.

MARIA DO Socorro insistiu, intermediou contatos e defendeu a liberação das cargas da TRADE WORKS e os interesses de José Carlos perante ELIZABETE FERRO e MARGARETE CALSOLARI, incorrendo, pois, nos art. 3º, III, da Lei nº 8.137/90.

MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES por se omitir na adoção de providências disciplinares em face da atuação de MARIA DO Socorro, incorreu em condescendência criminosa (art. 320 do CP).

Joseph HANNA, Fabio BASTOS e Wilson ORDONES prometeram vantagem indevida às auditoras MARIA DO Socorro NEVES CANUTO, ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, responsáveis pela conferência física da carga da DI registrada, para que estas omitissem a prática de ato de ofício (art. 333, *caput*, do CP).

MARIA DO Socorro NEVES CANUTO e ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, aceitando a promessa de vantagem para desembaraçar declaração de importação subfaturada, praticaram, em concurso material, os crimes dos arts. 317, *caput*, e do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90.

Wilson ORDONES, ANDRÉ DI RISSIO, Fabio BASTOS, José Carlos MARINHO e HENRIQUE DE OLIVEIRA ofereceram vantagem indevida à fiscal MARIA DO Socorro para que não fizesse questionamentos referentes ao preço da mercadoria no bojo dos quesitos do laudo técnico realizado, para que esta omitisse a prática de ato de ofício (art. 333, *caput*, do CP).

MARIA DO SOCORRO NEVES CANUTO, aceitando a promessa de vantagem para não direcionar o laudo a questões sobre preço do produto, tentou facilitar a liberação da mercadoria, incorrendo, em concurso material, nos crimes dos arts. 317, *caput*, e 318, *caput*, do CP.

José Carlos MARINHO, ao oferecer vantagem indevida ao fiscal ARLINDO FERREIRA DE MATOS, em duas oportunidades, para que realizasse a habilitação e revisão de estimativa da TRADEWORKS, em desacordo com os regulamentos da Receita Federal, incorreu, em concurso material, no crime do art. 333, parágrafo único, do CP.

ARLINDO FERREIRA DE MATOS, ao aceitar promessa de vantagem de José Carlos MARINHO, praticando atos de ofício infringindo seus deveres funcionais, incorreu nas penas do art. 317, § º, do CP, em duas ocasiões, em concurso material.

MARIA ELIZABETE ANTONIETA ALVES FERRO (sic), ao avocar os processos de pedido de devolução de mercadorias para seu gabinete, mantendo-os lá, por receio de adotar as medidas legais em face de cargas de interesse de ANDRÉ DI RISSIO e determinando verbalmente ao substituto em suas férias que não desse andamento aos autos e aguardasse seu retorno, retardou a prática de ato de ofício para satisfação de sentimento pessoal, incorrendo na prática do crime do art. 319 do CP.

MARGARETE CALSOLARI tinha ciência de que a propriedade das cargas não era de PATRÍCIA REGINA, ainda assim, cumprindo determinação de RONALDO LOMÔNACO para que não prejudicasse Joseph HANNA DOUMITH a pedido de ANDRÉ DI RISSIO, e com a anuência de ELIZABETE FERRO, SÉRGIO LÚCIO, CAIO MURILO CRUZ, PAULO ROBERTO STOCCO, lavrou-se notificação fiscal para fins penais apenas em face de PATRÍCIA, incorrendo, pois, todos eles nos crimes do art. 348, *caput*, e 317, § 2º, do CP. (denúncia do Ministério Público Federal (fls. 253 e seguintes).

Os acusados André, Joseph, José Carlos Fabio, Wilson e Socorro já foram julgados pelos mesmos fatos nos autos nº 2006.61.05.012056-9. Esses e outros réus acusados neste processo já foram julgados nos processos de nºs 2006.61.05.009502-2 e 2006.61.05.009625-7, por outros fatos ocorridos no mesmo período mas referentes a outras cargas. (Joseph Hanna Doumith, André Luiz Martins di Rissio Barbosa, Wilson Roberto Ordones, Fabio Bastos, José Carlos

Marinho, Henrique de Oliveira Gomes, Patrícia Regina Pereira dos Santos, Antônio Eduardo Vieira Diniz e Aracy Serra).

Em síntese apertada, os fatos são os seguintes:

Segundo a denúncia, no dia 16 de junho de 2005, Joseph adquiriu mercadorias diretamente da BELL MICROPRODUCTS LATIN AMERICA, localizada em Miami, através de sua empresa a VICO-TECH COMPUTADORES LTDA (JJ INTERNATIONAL). Registrou a invoice nº 263917. No mesmo dia realizou outra operação comercial com a mesma empresa consolidada na invoice nº 263918. No dia 21 de junho, Joseph realizou outra operação através da JJ COMPUTADORES INTERNACIONAL junto à BELL MICROPRODUCTS, consolidada na invoice nº 264179. No mesmo dia realizou uma quarta aquisição que recebeu a invoice nº 264180.

José Carlos Marinho e PATRÍCIA, despachante aduaneiro e sócia da TRADE WORKS, respectivamente confeccionaram invoices falsas, distribuindo-as em três partes, consolidadas nas faturas de nºs 100245, 100246 e 100247, declarando as mercadorias a preços muito inferiores aos reais, com a finalidade de iludir os impostos referentes à importação. As cópias das faturas falsas foram encontradas na empresa de Joseph, o sócio da VICO-TECH COMPUTADORES LTDA - EPP.

As falsas invoices foram encaminhadas à empresa WK Cargo Transportadora, tendo sido emitidos três conhecimentos de transportes (AWB) pela ARROW AIR INC. Como as empresas de Joseph, o real importador, não estavam habilitadas a importar mercadorias, nas faturas falsas a TRADE WORK figurou como real adquirente.

As mercadorias chegaram em 27 de junho de 2005 no aeroporto de Viracopos. PATRÍCIA, sócia de direito da TRADE WORKS, ficaria a cargo do registro das Declarações de Importação com os valores subfaturados.

Em razão de mudanças administrativas na Inspetoria da Receita Federal em Viracopos, Joseph, Jose Carlos e Fábio, decidem registrar apenas uma importação. Jose Carlos, PATRICIA e HENRIQUE, despachante aduaneiro, sócia da TRADE WORKS e ajudante de despachante aduaneiro respectivamente, realizam o registro da DI nº 05/0680825-9 relativa à fatura 100245 - AWM 404.1782-0084 em 30 de junho de 2005. Dessa fatura consta a mercadoria como "conjunto cabeça-disco de unid. de disco rígido montados", quando na realidade a mercadoria era composta de discos rígidos. Aquela mercadoria possui alíquota "0" de IPI.

A DI foi selecionada para conferência pelo ARFR EBERT DE SANTI. Por conta das referidas mudanças administrativas, parte das atribuições do SAPEA foi transferida para o Grupo de Recepção de Entrega de Documentos, da Equipe de Despacho Aduaneiro e Importação, para onde foi designada Maria do Socorro ARFR. EBERT não tinha mais poderes para vistoriar a mercadoria.

Wilson, Delegado de Polícia Civil que se envolve nas operações de comércio exterior e mantém contatos com vários empresários do setor (recebendo dinheiro para facilitar ou agilizar o desembaraço das mercadorias), toma ciência de tais fatos por EBERT (auditor fiscal) e avisa que vai conversar com a fiscal para liberar a carga que não estaria mais a cargo de EBERT.

Com as mudanças de atribuição de vários setores, a fiscalização das cargas que era de competência do SAPEA, cujo supervisor era EBERT, passa para o EQUIDEI. Em retaliação a essa medida EBERT despacha a mercadoria para o EQUIDEI.

Ainda, segundo a denúncia, Fabio Bastos combina com Wilson para levar o pagamento

de EBERT que havia acordado com ele a liberação da mercadoria. Joseph, o importador, ainda cobra de Fabio (intermediário sem funções definidas, uma espécie de "faz tudo" e amigo do Delegado de Polícia Civil André Di Rissio) o desembaraço, uma vez que a propina havia sido paga.

Wilson procura SERGIO LUCIO e o põe a par de toda a situação, solicitando que o mesmo interfira junto à inspetora ELIZABETE. A carga em questão foi entregue para conferência às fiscais Socorro e ÂNGELA. Wilson avisa Fabio que Socorro e ÂNGELA concordaram, mediante promessa de vantagem pecuniária, em liberar a carga.

Socorro faz a conferência física das mercadorias e constata a ausência de relação entre a descrição da mercadoria e a mesma, bem como seu o subfaturamento, informações que causam sobressalto em Fabio.

Fartas conversas são entabuladas entre Fabio, Jose Carlos, Wilson e HENRIQUE, na tentativa de resolver o problema da carga de Joseph. HENRIQUE é ajudante de despachante aduaneiro que trabalha com Jose Carlos Marinho, despachante Aduaneiro. Henrique mantém contatos freqüentes com o Delegado de Polícia Civil Wilson Ordones e com os fiscais da Aduana de Viracopos.

A mercadoria é mandada para a perícia. Após a elaboração do laudo, ANGELA e Socorro peticionam à chefia da EQUIDEI, observando que a sócia da TRADE WORKS, Fernanda, estava irregular em relação à entrega de declaração do IRPF, enquanto que a renda da sócia PATRÍCIA não era condizente com o capital da empresa. Acrescentam que a mercadoria estava classificada erroneamente, apresentando indícios de beneficiamento de alíquota de imposto de importação mais favorecida e que o preço das mercadorias está muito inferior em comparação aos produtos. Sugerem também enquadrar TRADE WORKS em procedimentos especiais.

Nesse interregno, uma reunião é realizada com a presença de Wilson sobre os negócios da TRADE WORKS, com a presença de EBERT, não sendo tocado no assunto principal que seria o do assalto a um fiscal de nome José Carlos.

Como a TRADE WORKS estava com problemas na sua estrutura societária, Jose Carlos ("sócio" e orientador dos negócios de PATRÍCIA na TRADE WORKS) e PATRÍCIA tentam regularizá-la para não perder outros negócios. O processo das mercadorias de Joseph, segundo a denúncia vai para a decisão de ELIZABETE (Inspetora da Receita Federal).

André, que estava acompanhando toda a operação e orientando os demais envolvidos, travando vários diálogos com Fabio, Joseph e Jose Carlos, resolve que é hora de se envolver diretamente e se encontra com RONALDO LOMONACO, Inspetor Aduaneiro Adjunto. Esse fala por telefone com ELIZABETE, na frente de André, para tratar do assunto da TRADE WORKS e da mercadoria. Posteriormente, LOMONACO liga para ELIZABETE, já sem a presença de André, dizendo ter exagerado nos pedidos. Diz também que a TRADE WORKS é uma empresa de fachada e que Wilson está insistindo por que André tem ascendência sobre ele.

André pergunta a Joseph qual o valor "de nossa carga". Joseph, então, discrimina o valor real: cento e dois mil dólares. Observe-se que a soma do valor das quatro invoices originais, cujas mercadorias foram distribuídas entre as três faturas falsas, dá exatamente cento e dois mil dólares. De fato, somando-se os valores das invoices nº 263917 (U$ 2,400.00), nº 263918 (U$ 77,815.00), nº 264179 (U$ 2,545.00) e nº 264180 (U$ 19,470.00), tem-se o valor preciso de U$ 102.230,00 (cento e dois mil, duzentos e trinta dólares). Assim, tanto Joseph quanto André sabiam os valores originais e subfaturados.

SEGIO LUCIO e ELIZABETE falam com Jose Carlos para retificar as declarações de renda das sócias da TRADE WORKS. LOMONACO diz que a TRADE WORKS não é a empresa do primo de André, Joseph, e, portanto, o que tiver de ser feito com a TRADE WORKS poderá ser feito sem problemas. Há dificuldades em resolver o problema da empresa de André, a real adquirente, pois ela não aparece no sistema.

Jose Carlos fala com André que teve uma reunião com SÉRGIO LÚCIO, CAIO e MARGARETE e vai apresentar os documentos da TRADE WORKS para que eles vejam o que pode ser feito com a carga. MARGARETE avisa sobre o perdimento da carga e Jose Carlos informa a André que solicitou a Socorro que intercedesse junto a MARGARETE para evitar o perdimento. José Carlos atende André da sala de Wilson Ordones, que quer saber mais informações a respeito de EBERT estar "magoado" com eles. Pergunta se "não cumpriram alguma coisa que prometeram", e afirma que "tudo o que EBERT pediu eles atenderam". André também afirma que SÉRGIO LÚCIO é muito amigo de EBERT.

Todos os processos, neste ponto, encontram-se em mãos da fiscal MARGARETE. Concomitantemente, José Carlos fala para Patrícia que teria sido aconselhado pela fiscal MARGARETE a impetrar mandado de segurança para liberação da carga.

José Carlos passa para Joseph os valores cobrados pela advogada. Joseph afirma que cobrará parte deste valor de André Di Rissio e de Fabio Bastos. José Carlos fala também com Fabio que foi idéia de MARGARETE impetrar mandado de segurança e se o juiz pedisse informações, ela teria dito que "... daria um OK para liberar". MARGARETE, segundo Jose Carlos, prometeu prestar informações no mandado de segurança para facilitar a liberação das mercadorias.

Durante esse período, o AFRF Levi Meira de Souza requisitava informações à BELL MICROPRODUCTS DO BRASIL sobre as faturas apresentadas, recebendo como resposta da referida empresa, a informação de que pode "... de plano afirmar sem qualquer dúvida que tais documentos são totalmente fora dos padrões praticados por essa empresa". Também obteve da empresa a lista de preços praticados, demonstrando o subfaturamento das declarações de importação. Os preços foram considerados "absurdos e incorretos".

Vários dias depois, José Carlos é informado por HENRIQUE que, contrariamente ao que MARGARETE informou, em janeiro seria realizado auto de infração das mercadorias pelo fiscal Abraão. José Carlos fica indignado, pois, conforme sugestão de MARGARETE, impetrara mandado de segurança. José Carlos diz que "nesse país ninguém vai em cana, só trouxa".

Fabio, e Jose Carlos, demonstrando preocupação com a possibilidade de que alguma advertência seja inserida no sistema, mobilizam HENRIQUE para falar com WILSON e este com Socorro, Supervisora do Gripo de Fiscalização de Importação (GFI). Nesse ponto, Fabio comenta que foi com não ter registrado as duas AWBs pois agora poderão tratar diretamente com Socorro sem intermediários. Esse fato é confirmado no SISCOMEX que mostra SOCORRO como a responsável pela conferência das mercadorias de 07.07/2005.

Narra, ainda, a inicial que ANGELA teria assegurado a José Carlos que, caso quisesse importar algo de forma irregular, poderia falar com ela.

MARGARETE e o AFRF José Marcos Francisco Abrahão lavram auto de infração referente à DI 05/0680825-9, pretendendo o perdimento de todas as mercadorias importadas pela TRADEWORKS.

A notificação fiscal para fins penais remetida ignora o real adquirente da mercadoria, na tentativa de minimizar os inconvenientes à empresa de Joseph, ainda que tenha sido apresentada pela própria TRADEWORKS declaração da BELL de que os produtos em questão foram vendidos à empresa J.J. COMPUTADORES, de Joseph.

Para incluir no Mandado de Segurança a ser impetrado, é falsificada uma carta que teria vindo dos EUA, da BELL. A redação é feita pela advogada, em conjunto com Jose Carlos. A carta é traduzida, consularizada e entregue a Joseph, contendo a declaração da BELL MICROPRODUCTS de que a carga foi vendida para a J.J. COMPUTADORES INTERNACIONAL, transportada pela WK CARGO INC e remetida ao BRASIL através da TRADEWORKS, mencionando os números de conhecimento aéreo.

A mercadoria, ao final, foi mandada para perdimento.

A denúncia foi recebida em 18 de outubro de 2006, conforme decisão de fls. 655/682, Defesas preliminares de EBERT, CAIO, RONALDO, SÉRGIO LÚCIO, ÂNGELA, MARGARETE, ARLINDO, MARIA ELIZABETE e HENRIQUE às fls. 729/791, 794/814, 815/962, 967/1052, 1054/1082, 1083/1141, 1145/1195, 1199/12837 e 1857, respectivamente. Os interrogatórios de HENRIQUE, PATRÍCIA, MARGARETE, RONALDO, MARIA ELIZABETE, ÂNGELA, CAIO, ARLINDO, EBERT e SERGIO LÚCIO constam das fls. 1867/1875, 1876/1878, 1881/1893, 1985/1909, 1912/1922, 1923/1934, 2186/2196, 2197/2205, 2226/2235, 2236/2250, respectivamente. Apresentaram defesas prévias PATRÍCIA, MARGARETE, RONALDO, MARIA ELIZABETE ÂNGELA, HENRIQUE, ARLINDO, CAIO, EBERT e SERGIO LÚCIO às fls. 1942/1943, 1944/2013, 2015/2029, 2036/2049, 2050/2063, 2080/2081, 2213/2214, 2215/2225, 2256/2257, 2262/2281, respectivamente.

Este Juízo determinou a juntada das declarações de Fábio Bastos feitas ao Ministério Público Federal, na qualidade de réu colaborador no compromisso de delação premiada já homologado por este Juízo em 14.12.2006 e constante dos autos nº 2006.61.05.15049-5 (fls. 2087/2104), e procedeu ao interrogatório do réu colaborador Fábio (fls.2111/2137).

A testemunha arrolada pela acusação foi ouvida às fls. 2327/1337 (Pedro Rui Júnior). As testemunhas arroladas pela Defesa Rodnei Loureito dos Santos, Paulo marcelo Pizorusso dos Santos, Marcos Rodrigues de mello, Ronaldo Lázarp Medina, José Ivan Guimarães Lobato, Maria Cirstina Martins, Marco Anotnio Abdo, Vera Fonsecca Schneck, Joelson Aparecido Cano, Rossano Wagner Torres de Andrade, Claudio Mitsuo Horikawa, Israel Geraldi, Levi Meira de Souza, Agnaldo Clozer Pinheiro, Marcia do Amaral Germano, Edmilson Roberto Gazzola, Eli Gomes Ferreira, Maria Goretti de Araújo, Antonio Andrade Leal, Paulo Francisco Guarnieri, Mauro Roberto Palermo, Flavio Roberto Elois, João Hiroshi Atoji, Ricardo Samuel Eid, Ivo Costa, Rosana Martins de Oliveira, Jose Eduardo de Souza, João de Figueiredo Cruz, Edmundo Rondinelli Spolizino, Sandra Ivete Rali Vitali, Vanderlei Lourenço, respectivamente às fls. 2403/2405, 2492/2497, 2509/2513, 2699 (mídia digital), 2599/2604, 2605/2606, 2607/2608, 2609/2610, 2611/2613, 2617/2618, 2641/2624, 2625/2626, 2627/2629, 2630/2631, 2635/2637, 2642/2648, 2649/2650, 2651/2652, 2653/2654, 2781/2783, 2784/2785, 2808/2809, 2810, 2811, 2811/2814, 2815/2817, 2828 (mídia digital), 2923 (mídia digital).

Tendo em vista a nova sistemática processual, este Juízo intimou as defesas acerca do interesse em novo interrogatório. Não houve interesse dos réus à exceção de PATRÌCIA que foneceu endereço nos Estados Unidos da América. Decisão de fls 2960 indeferiu o pedido tendo em vista a revelia da ré determinada às fls. 2338.

Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal a defesa de EBERT requereu a realização de diligências e juntou laudo pericial fls. 2977/2984. As diligências deferidas e cumpridas.

Memoriais do Ministério Público Federal às fls. 3213/3289 e os das defesas às fls. 3295/3307 (ELIZABETE), 3309/3357 (PAULO STOCCO), 3366/3384 (SÉRGIO LUCIO), 3405/3410 (PATRÍCIA), 3429/3447 (CAIO), 3449/3458 (MARGARETE). 3460/3472 (ANGELA), 3484/3902 (EBERT), 3903/3990 (ARLINDO), 3990/4000 (HEMRIQUE), 4003/4390 (PATRÍCIA).

É o relatório.

Fundamento e decido.

De início acolho o requerimento das partes para DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO NO TOCANTE AOS CRIMES IMPUTADOS A MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES, RONALDO LOMÔNACO JUNIOR, SÉRGIO LÚCIO DE ANDRADE COUTO, MARGARETE CALSOLARI ZANIRATO e PAULO ROBERTO STOCCO PORTES, tendo em vista a prescrição dos fatos, nos termos do artigo 107, IV do Código Penal.

Também acolho o pedido das partes para ABSOLVER ANGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, com fulcro no artigo 386, IV do Código de Processo Penal. De fato, não há provas de que a acusada tenha recebido qualquer pagamento ilícito nos desembaraços tratados nestes autos.

Em relação aos acusados HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES, PATRÍCIA REGINA PEREIRRA DOS SANTOS, EBERT DE SANTI, CAIO MURILO CRUZ E ARLINDO FERREIRA DE MATOS, passo a analisar as preliminares apresentadas por suas defesas, algumas delas comuns aos réus, outras especificamente alegadas.

- ILICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS QUE DERAM LUGAR À DENÚNCIA; FALTA DE FUNDAMENTO DA DECISÃO QUE AUTORIZOU AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS (INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PRIMEIRA MEDIDA INVESTIGATIVA); VÍCIOS DAS PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS; INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS; INDEFERIMENTO DA ESPECTROGRAFIA DE VOZ DE ÁUDIOS ESPECIFICADOS PELA DEFESA DE ANDRÉ DI RISSIO; NULIDADE DA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E AS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES AO LONGO DE MAIS DE UM ANO SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

Rejeito as preliminares argüidas pelas defesas acerca do cerceamento de defesa pelo indeferimento do requerimento de transcrição integral das interceptações telefônicas. Como já decidido anteriormente, tal requerimento não encontra suporte legal. A integralidade dos diálogos foi entregue a todos os defensores em mídia digital (CDs). Todos os réus, tal como este Juízo, puderam ouvir detalhadamente todas as conversas travadas durante a escuta telefônica, mesmo as impertinentes ao presente processo.

Importante ressaltar que o sistema grava todos os diálogos, os sinais de ligação e as ligações são completadas sem qualquer censura. Por conveniência da autoridade policial, seus peritos resumem os diálogos, que segundo o entendimento dos mesmos, podem interessar às partes. Entretanto, a acusação, a defesa e muito menos este Juízo ficam adstritos a esses resumos. Devem, ao contrário, ouvir todos os diálogos para entender o contexto em que se travaram.

A degravação integral poderia ser feita pela própria defesa, utilizando-se de seus recursos. O avanço da tecnologia é um serviço destinado a melhorar a capacidade de apreensão e a velocidade da informação, permitindo que as escutas sejam acessíveis a todos os interessados por meio de simples leitura, pelo computador, dos signos que compõem as vozes.

No que tange ao 1º da Lei nº 9.296/96, este determina a transcrição das gravações, mas não exige a integral degravação das mesmas. Além disso, como qualquer prova, deve ser avaliada como tal, pelo julgador. Reitere-se que eventuais comentários dos peritos não possuem qualquer peso no julgamento, v.g. quando o perito judicial afirma que a cédula falsa pode enganar o homem médio.

Afirmar que sem a transcrição a prova não seria isenta equivale a duvidar da capacidade do Juiz de avaliar, por completo, todas as provas carreadas aos autos, ou seja, imaginar que este Juízo se limitou a ler apenas os resumos das interceptações, subestimando sua capacidade intelectual, inclusive em relação ao exame dos inúmeros documentos acostados ao processo. Estranha a este Juízo que se faça tamanha distinção entre dois sentidos importantes, inerentes à grande parte dos seres humanos, quais sejam, a visão e a audição, não se vislumbrando a importância de um em detrimento ao outro.

Bastava, tão-somente, a confecção pelas partes de cópias das mídias, que se encontram devidamente encartadas aos autos, para que ficasse assegurada a possibilidade de elucidação dos fatos, o que efetivamente foi requerido e prontamente deferido por este Juízo. Desnecessária, portanto, a produção da prova pretendida, pois os registros telefônicos em CD's são cópias fiéis dos diálogos, não havendo sentido em se acatar o pedido. Vale, nesta ordem de idéias, transcrever o seguinte precedente jurisprudencial do Colendo Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA:
> *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.
> 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da L. 9.296/96.
> 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados.
> *3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96).*
> 4. Na linha do art. 6º, *caput*, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas.
> 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as

informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. *Habeas corpus* indeferido.
(*HC* nº 83.515/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.2004. DJ de 04-03-2005, p. 11). (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RESP 1134455/RS – MINISTRO GILSON DIPP – QUINTA TURMA - DJ 22.02.2011 - DJE 09.03.2001
EMENTA
RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INTERNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS CONVERSAS. PERÍCIA PARA IDENTIFICAÇÃO DE VOZ POR PERITOS OFICIAIS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.
...
II – O ENTEMDIMENTO FIRMADO NESSA CORTE É NO SENTIDO DA DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS INTELOCUTORES ATRAVÉS DE PERÍCIA TÉCNICA OU DE DEGRAVAÇÃO DOS DIÁLOGOS EM SUA INTEGRALIDADE POR PERITOS OFICIAIS.

Em acréscimo, trago à colação jurisprudência do TRF da 3ª Região.

Acordão Origem: TRF TERCEIRA REGIÃO - HC - 27069 Processo: 200703000155875 UF: MS : SEGUNDA TURMA: Data da decisão: 10/06/2008 DJF3 DATA:03/07/2008 Relator JUIZ COTRIM GUIMARÃES Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por votação unânime, em denegar a ordem, tornando sem efeito a liminar que sobrestou o curso do processo originário, prejudicados os agravos regimentais, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator, acompanhado pelo voto da Senhora Desembargadora Federal Cecília Mello, que ressalvou entendimento pessoal, e pelo voto do Senhor Desembargador Federal HENRIQUE Herkenhoff.
Ementa PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSTULAÇÃO DA DEFESA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÔES TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): INOCORRÊNCIA.
I - A questão central do presente *writ* prende-se ao fato de o Impetrante postular a transcrição integral das interceptações telefônicas levadas a cabo pela Polícia Federal, correspondente ao período contínuo de 10 meses de gravações, feitas por 08 agentes federais, o que gerou 89 CD's gravados pelo sistema MP3 e 16 DVD's.
II - Houve degravação parcial das escutas, a qual se encontra ao longo do relatório do Inquérito Policial, nesse relatório, há uma síntese dos diálogos que o Delegado julgou pertinente à causa e um resumo das operações realizadas, nos termos da Lei 9.296/96.
III - Verifico que, no caso em estudo, ainda que se possa deduzir o preceito constitucional posto a favor do réu, consubstanciado no direito ao devido processo legal, não se visualiza, *in*

casu, cerceamento deste em relação aos autos do Inquérito Policial, tampouco às diligências nele contidas. Se não houve degravação integral das escutas telefônicas por todo o período de interceptação efetivado é porque ou este ato se tornou dispensável no seu todo ou porque se tornou inviável do ponto de vista prático.

IV - Muito embora o texto da lei fale na transcrição das comunicações telefônicas interceptadas, é de deduzir-se que ela mesma não se refere ao seu integral teor.

V - Tenho para mim que o procedimento mais prudente do Magistrado é determinar a transcrição integral de toda a escuta telefônica efetivada, após a realização das diligências parciais, possibilitando o amplo conhecimento e o direito certo ao contraditório. Contudo, não há na Constituição Federal ou na Lei 9.296/96 qualquer comando exigindo tal providência, sob pena de nulidade. Ao contrário. A lei admite a interceptação sem degravação integral, mencionando que deverá haver um resumo das operações realizadas, conforme prescreve o § 2º, do artigo 6º, da lei em discussão.

VI - Com efeito, no presente caso, houve transcrição parcial das partes consideradas relevantes à ação penal, e colocadas à disposição do Impetrante. Ou seja, foram acostadas ao processo as transcrições que serviram de base à denúncia. Desta feita, assegurou-se ao paciente o conhecimento de todas as provas e imputações contra ele lançadas.

VII - Quanto às demais escutas realizadas e não-transcritas, o Magistrado *a quo* mencionou que "a Secretaria da Vara montou uma estrutura nas sala de audiência, capaz de possibilitar, com facilidade, acesso auditivo e visual a qualquer parte do teor de tudo o que foi gravado, pelo sistema de busca. Isto permaneceu, diariamente, à disposição do juiz e das partes, e ainda permanece".

VIII - Não se pode olvidar o fato de que o material coletado é tão volumoso que, pelos cálculos do Delegado, com a atual estrutura da Polícia Federal, levaria-se, aproximadamente, 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses para degravar todos os áudios interceptados no caso "Bola de Fogo". Isto caso os analistas não realizassem outros trabalhos.

IX - E, assim, embora considere as preocupações apresentadas pela defesa, não posso me furtar à concluir que ordenar a realização da degravação integral, *in casu*, resultaria em procrastinar indefinidamente o andamento da ação penal, dando azo à ocorrência da prescrição.

X - Parece-me, destarte, que, embora o caso esteja permeado de uma real complexidade quanto à degravação, ao menos na sua inteireza, o direito da parte ao conteúdo integral das escutas telefônicas realizadas existe, como um fato concreto, ainda que sua viabilidade se torne dificultosa, como é crível.

XI - Considerando-se que o juiz disponibilizou parte da sua sala de audiências, preparada com infra-estrutura de informática suficiente para realização de áudio e vídeo concernentes às provas colhidas pela investigação policial, posto à disposição dos Advogados dos réus por tempo indeterminado, é possível concluir que não houve ofensa legal a ponto de comprometer os atos já realizados neste Processo.

XII - Se parte das degravações foram transcritas, tem-se um acervo considerável de provas já escritas à disposição tanto da defesa quanto da acusação. O conteúdo restante, não-transcrito, poderá vir a ser considerado como prova ou não, mas o fato é que este conteúdo restante encontra-se à disposição das partes, ainda que para simples audição. Este conteúdo dito "residual", poderá ser tido como inútil, ou não, à conclusão da ação penal.

XIII - Embora não tenha havido transcrição "in totum" das interceptações realizadas, vejo que este procedimento acabou se tornando, na verdade, inviável, talvez pelo tempo excessivo de gravações levadas a efeito ou mesmo, quiçá, por falta de estrutura policial para tanto. Ainda assim, não visualizo prejuízo às partes, pelas razões acima expendidas.

XIV - Assim sendo, parece-me que, ao menos no momento em que o Processo se defronta, não se deduz efetivo prejuízo ao Paciente (art. 563). A questão da validade das provas poderá ser discutida no decorrer da instrução criminal, sobretudo por ocasião do artigo 499, do CPP e mesmo das alegações finais, oportunidade em que, nos termos do art. 571, II, do mesmo

Codex, poderão ser argüidas eventuais nulidades, restando, a ampla defesa, salvaguardada. XV - Ordem denegada. Data Publicação 03/07/2008

Acordão: TRIBUNAL QUARTA REGIÃO: HC - Processo: 200704000056619 UF: RS: SÉTIMA TURMA: 20/03/2007 D.E. 28/03/2007 Relator(a) MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE Decisão A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DENEGAR A ORDEM. Ementa OPERAÇÃO PONTASUL. *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. PROVAS. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. A análise de alegação concernente à decisão indeferitória de pedido de degravação integral das conversas interceptadas não é compatível com a estreita via do *habeas corpus*, pois eventuais vícios desta ordem não acarretam qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente. Da mesma forma, as assertivas referentes ao teor da prova e ao impedimento ou suspeição do juiz também são matérias incompatíveis com o célere rito do *writ*.

Não há qualquer nulidade por não ter sido feita a completa degravação das conversas telefônicas interceptadas. É importante esclarecer que não se faz necessário tal procedimento, uma vez que a transcrição total das conversas, em muitos casos, acabaria por tornar inviável a investigação, bem como poderia prejudicar a sua celeridade. Desnecessária que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação. Ordem denegada. (grifo nosso)

No começo das investigações, mais precisamente em 14 de junho de 2005, André Di Rissio é flagrado num estranho diálogo telefônico com o delegado Wilson Ordones, tratando de assuntos sobre "turquinho". Como se trata de conversa suspeita no contexto das ligações de Wilson, a autoridade policial representa pela quebra do sigilo telefônico da pessoa intitulada Dr. André.

É se de repetir à saciedade que o mecanismo de interceptação telefônica é exatamente isso: apenas um mecanismo, mais um meio de prova, que isoladamente não pode se prestar à condenação do réu. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à confissão, ao inquérito policial e às demais provas produzidas.

Na mesma esteira, não acolho a arguição de nulidade em razão do excesso de prazo das interceptações. As investigações, no caso concreto, abrangeram mais de quinze pessoas, que se comunicaram por telefone ou outro meio de comunicação rastreável por escuta, num *continuum* que perdurou por mais de um ano. Desde a chegada das mercadorias, objeto deste processo, até o desenlace, ou seja, a conclusão das investigações, mais de um ano decorreu.

A necessidade das prorrogações é inegável, não havendo como dar continuidade às investigações sem as autorizações judiciais para isso. Nesse ponto é importante registrar que todas as prorrogações foram feitas por expressa ordem judicial, no prazo razoável e necessário.

Acerca dos temas acima colaciono a jurisprudência a seguir:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada

e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, *da L. 9.296/96.* 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. *3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96).* 4. Na linha do art. 6º, *caput*, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. *Habeas corpus* indeferido. (HC nº 83.515/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.2004. DJ de 04-03-2005, p. 11). (grifo nosso)

HC 200802308598 *HABEAS CORPUS* – 118803 *Relator(a)* JORGE MUSSI - STJ - QUINTA TURMA *Fonte* DJE DATA: 13/12/2010 *Decisão* Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem e indeferir o pedido de extensão. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.
Ementa
...
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. DILIGÊNCIAS QUE ULTRAPASSAM O LIMITE DE 30 (TRINTA) DIAS PREVISTO NO ARTIGO 5º DA LEI 9.296/1996. POSSIBILIDADE DE VÁRIAS RENOVAÇÕES. EXISTÊNCIA DE DECISÕES FUNDAMENTADAS. ILICITUDE NÃO CARACTERIZADA. *1. Apesar de no artigo 5º da Lei 9.296/1996 se prever o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes. DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS. ALEGADA EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR PELA AUTORIDADE POLICIAL. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 6º, § 1º, DA LEI 9.296/1996. EIVA NÃO EVIDENCIADA. 1. Como a interceptação, para valer como prova, deve estar gravada, e como a gravação deve ser disponibilizada às partes, tem-se entendido, tanto em sede doutrinária quanto nos Tribunais Superiores, que não é necessária a degravação integral das conversas captadas, pois tal trabalho, além de muitas vezes ser de impossível realização, por outras pode se mostrar totalmente infrutífero. 2. Pelo relatório de interceptação, único documento referente à quebra de sigilo das comunicações telefônicas do paciente constante dos autos, depreende-se que não houve a degravação integral dos diálogos que foram interceptados, tendo-se selecionado alguns trechos para a transcrição, sendo que, no que se refere a determinados telefonemas, há somente um resumo do objeto da conversa travada. 3. No entanto, tal procedimento não configura, por si só, qualquer*

> *ilegalidade, uma vez que a supressão de alguns trechos de conversas, transcrevendo-se outros, que interessam às investigações, não significa a emissão de juízo de valor por parte da autoridade policial, a ponto de contaminar a prova colhida. 4. Da mesma forma, as notas explicativas elaboradas pelos agentes policiais não caracterizam parcialidade, pois representam somente comentários que teriam por objetivo facilitar a compreensão do teor dos diálogos, não alterando o conteúdo das conversas interceptadas.* ... 2. Ordem denegada. Pedido de extensão indeferido.

Ainda nesse sentido, veja-se também o julgamento no Supremo Tribunal Federal, no RHC 88371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proferido em 14.11.2006.

Também não acolho o argumento expendido no tocante à ilicitude das interceptações telefônicas. A denúncia não foi calcada unicamente nas interceptações telefônicas, mas em farto conjunto probatório, que revelou a materialidade e indícios veementes de autoria, nos termos do artigo 41 e 239 do Código de Processo Penal, vigente à época do recebimento da denúncia, o qual foi considerado no juízo de admissibilidade, próprio daquela fase processual, como apto à deflagração da ação penal.

A acusação, com suporte no contexto fático da fase pré-processual, atribuiu aos então acusados as condutas que entendeu relacionadas aos fatos típicos, consoante minuciosamente narrados na denúncia.

A Primeira Turma do Colendo Supremo Tribunal, ao decidir tema atinente à inépcia da denúncia, em recente decisão, assim se pronunciou:

> ... EMENTA: *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, DE INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA E DE ILICITUDE DAS PROVAS PRODUZIDAS. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. Não se admite, na via acanhada do *habeas corpus*, a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência do Paciente. Não é inepta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa do Paciente. A denúncia é uma proposta da demonstração de prática de um fato típico e antijurídico imputado a determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita, e apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação. Precedentes. *É lícita a escuta telefônica autorizada pelo Juiz responsável pelo início das investigações, que, posteriormente, ensejaram a quebra do sigilo telefônico do Paciente pela autoridade ora Impetrada. Estando a decisão que recebeu a denúncia devidamente fundamentada, nos termos legalmente previstos e em consonância com o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a matéria, deve a ação penal ter seu curso normal. Habeas Corpus* denegado. (*Habeas Corpus* nº 90201/RO – Rondônia. Relatora Ministra Carmen Lúcia, v.u., julgado em 26.06.2007, DJ de 31-08-2007, p. 36)

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, o sigilo das comunicações telefônicas e o direito à intimidade. Referidos direitos não são absolutos, podendo ser quebrados quando

necessários à solução de crimes. Não por isso o legislador constitucional restringiu as interceptações telefônicas às investigações criminais.

A lei nº 9.196/96 veio regular a exceção acima citada para exigir, nos termos do art. 2º, indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal e a impossibilidade de colher a prova por outros meios. Nos autos do procedimento de interceptação telefônica – nº 2005.61.05.003964-6 – consta o pedido de interceptação telefônica do Ministério Público Federal, fundado nos seguintes termos: havia sólidos indícios da existência de uma quadrilha destinada a pratica de delitos de corrupção e extorsão mediante seqüestro. Os nomes que então apareciam eram o de Eduardo Caobianco e de Antonio Diniz.

A medida foi deferida, em decisão fundamentada, pelo prazo de 15 dias, às fls. 115. Novo pedido de prorrogação e de adição de novos telefones, formulado às fls. 155, restou deferido por se constatar que os investigados mantinham ligações suspeitas, com indícios de práticas de crimes. Às fls. 230 há nova decisão acerca da interceptação. Nessa fase das investigações já haviam indícios da participação de Antonio Costa Covizzi em atividades ilícitas. Tais fatos geraram denúncia contra aquele investigado, Antonio Vieira Diniz e Auditores Fiscais da Receita Federal. Referido processo encontra-se sentenciado.

Em continuação às investigações sobre a corrupção dos auditores fiscais e técnicos, chegou-se à figura de Wilson Ordones, como sendo comparsa de Antonio Diniz.

Wilson, Delegado de Polícia lotado no Aeroporto de Viracopos, acompanhava processos de despacho aduaneiro por intermédio de Diniz. Graças às escutas telefônicas foi possível descortinar um cenário geral das irregularidades que vinham ocorrendo no aeroporto de Viracopos, ou seja, delegado de polícia comunicando-se com funcionários da Aduana e pedindo favores para a liberação de cargas. Os diálogos até aquele momento apontavam claramente esses movimentos.

Observe-se que os agentes policiais encarregados do caso tomavam o cuidado necessário para não expandir as investigações além do determinado pela decisão judicial: "Considerando que o fato acima exposto foge da linha de investigação principal, autorizada pelo MM Juiz Federal de Campinas/SP, sugiro, s.m.j., que essas informações sejam repassadas ao setor de inteligência federal ..." (fls. 270). Registre-se, ainda, que possuíam autorização para acompanhar as interceptações apenas os agentes que subscreveram os relatórios, autorizados pelo Delegado de Polícia Federal Pedro Rui.

Cabe também ressaltar que a autorização judicial limitou-se a determinados terminais e seus respectivos EMEIS e aos agentes nomeados pelo Dr. Pedro Rui. Não há, pois, que se falar em exacerbação nas atividades policiais ou das determinações judiciais.

Às fls. 282 é concedido novo prazo para interceptação, à vista de relatório circunstanciado da autoridade policial. Já se sabia que Wilson ORDONES era o Delegado de Polícia Civil, lotado em Viracopos, que mantinha estreito contato com Diniz para liberação de cargas e acompanhamento aduaneiro, sendo, por esta razão, prorrogada a interceptação do investigado, chegando-se aos telefones de Paulo Leonor, réu em outro processo, além de Ebert, Fabio e André. Pela quebra do sigilo telefônico verifica-se que se trata de Ebert De Santi, Fabio Bastos e André Di Rissio.

Ressalte-se que a continuidade das investigações teve por objetivo desvendar os códigos utilizados nas conversas entre os investigados e chegar a outros envolvidos nas operações ilícitas. Com essa finalidade chegou-se à pessoa do réu André e aos demais diálogos que com-

prometem esse acusado.

É por esse motivo que a investigação acerca das atividades de todos os acusados se iniciou com a interceptação telefônica. Não há que se falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato criminoso, estranho ao objeto das investigações, uma vez que elas se destinavam à apuração dos crimes de corrupção praticados por Auditores Fiscais e seus corruptores. Nesse ponto, o crime de corrupção tem por finalidade imediata o recebimento de vantagem indevida para praticar ato funcional, no caso, aqueles atinentes ao desembaraço aduaneiro.

Quanto aos corruptores, qualquer pessoa poderia figurar no pólo ativo do delito, motivo pelo qual se fazia necessário apurar quem estava corrompendo os funcionários públicos, no caso, Diniz, Wilson e Eduardo Caobianco. Não havia outro meio lícito de se investigar a conduta dos acusados senão o da interceptação.

Neste sentido, trago jurisprudência a respeito do tema e de outros já tratados:

> Inq2424 Inq – INQUÉRITO *Relator* CEZAR PELUSO – STF EMENTAS: 1. COMPETÊNCIA. Criminal. Originária. Inquérito pendente no STF. Desmembramento. Não ocorrência. Mera remessa de cópia, a requerimento do MP, a juízo competente para apuração de fatos diversos, respeitantes a pessoas sem prerrogativa de foro especial. Inexistência de ações penais em curso e de conseqüente conexão. Questão de ordem resolvida nesse sentido. Preliminar repelida. Agravo regimental improvido. Voto vencido. Não se caracteriza desmembramento ilegal de ação penal, a mera remessa de cópia de inquérito, a requerimento do representante do Ministério Público, a outro juízo, competente para apurar fatos diversos, respeitantes a pessoas sujeitas a seu foro. 2. COMPETÊNCIA. Criminal. Ação penal. Magistrado de Tribunal Federal Regional. Condição de co-réu. Conexão da acusação com fatos imputados a Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pretensão de ser julgado perante este. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Irrenunciabilidade. Ofensa às garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Inexistência. Feito da competência do Supremo. Precedentes. Preliminar rejeitada. Aplicação da súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, a qual é irrenunciável. 3. COMPETÊNCIA. Criminal. Inquéritos. Reunião perante o Supremo Tribunal Federal. Avocação. Inadmissibilidade. Conexão inexistente. Medida, ademais, facultativa. Número excessivo de acusados. Ausência de prejuízo à defesa. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência dos arts. 69, 76, 77 e 80 do CPP. Não quadra avocar inquérito policial, quando não haja conexão entre os fatos, nem conveniência de reunião de procedimentos ante o número excessivo de suspeitos ou investigados. 4. PROVA. Criminal. *Interceptação telefônica. Necessidade demonstrada nas sucessivas decisões. Fundamentação bastante. Situação fática excepcional, insuscetível de apuração plena por outros meios. Subsidiariedade caracterizada. Preliminares rejeitadas. Aplicação dos arts. 5º, XII, e 93, IX, da CF, e arts. 2º, 4º, § 2º, e 5º, da Lei nº 9.296/96. Voto vencido. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. 5. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibilidade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5º,* caput, *da Lei nº 9.296/96. Não ocorrência. Preliminar rejeitada.* Voto vencido. *É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. 6. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas pelo Ministro Relator, também durante o recesso forense. Admissibilidade. Competência subsistente do Relator. Preliminar repelida. Voto vencido. O Ministro Relator*

de inquérito policial, objeto de supervisão do Supremo Tribunal Federal, tem competência para determinar, durante as férias e recesso forenses, realização de diligências e provas que dependam de decisão judicial, inclusive interceptação de conversação telefônica. 7. PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. *9. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo. Cerceamento de defesa não ocorrente. Preliminar repelida. Interpretação do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes. Votos vencidos. O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa* sub judice. ...

HC 200802013987 - *HABEAS CORPUS* – 115401 *Relator(a)* LAURITA VAZ STJ QUINTA TURMA DJE DATA: 01/02/2011 *Decisão* Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp. *Ementa HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL DESTINADA A AVERIGUAR SUPOSTAS ATIVIDADES ILEGAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELACIONADAS A MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS E BINGOS. LITISPENDÊNCIA: NÃO CONFIGURAÇÃO. CONEXÃO. REUNIÃO DOS PROCESSOS. ART. 80 DO CÓDIGO DE *PROCESSO PENAL*. FACULDADE DO JUÍZO. *INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS*: AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE SOLTURA: AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA. 1. Litispendência significa identidade da lide, ou seja, igualdade de partes, de pedido e de causa de pedir, o que não ocorre na hipótese. No processo-crime nº 2007.51.01802985-5, averigua-se prática do delito de contrabando por importação de máquinas de caça-níqueis, apreendidas na cidade de Niterói/RJ. Já na ação penal nº 2007.51.01812262-4, os delitos estariam relacionados aos mais de cinco mil aparelhos de máquina caça-níqueis apreendidos em anterior

operação da Polícia Federal. Portanto, os fatos que ensejaram a ulterior deflagração de nova ação penal não são comuns - muito embora haja a participação do Paciente em ambos os fatos, e revelados no âmbito da mesma investigação - pois não há identidade na causa de pedir e de pedidos. 2. A conexão ocorre quando em dois ou mais delitos houver relação fático-subjetiva nos moldes dos incisos I, II e III, do art. 76, do Código de *Processo Penal*. O instituto visa a propiciar ao julgador perfeita visão do quadro probatório, permitindo-lhe entregar a melhor prestação jurisdicional. É de praxe a reunião dos processos configurada a conexão ou a continência. 3. Entretanto, constitui faculdade do magistrado a separação dos processos, cabendo a ele avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que cabível a regra do art. 80 do Código de *Processo Penal* ("Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não Ihes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação"). *4. A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. 5. "Ao se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores. [...] A autorização de interceptação, portanto [...], abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência." (GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996 - São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 20/21).* 6. É entendimento pacífico dos Tribunais Pátrios o de que se admite a impetração de *habeas corpus* com a finalidade de se analisar se ocorre, ou não, a justa causa para a persecução penal. Não se descura, entretanto, que o "reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de 'habeas corpus', reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal" (STF - HC 94.592/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009). 7. A persecução criminal carece de legitimidade, também, quando, ao cotejar-se o tipo ou os tipos penais incriminadores indicados na denúncia com a conduta ou condutas supostamente atribuíveis ao Paciente, a acusação não atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de *Processo Penal*, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa. 8. Na hipótese dos autos, porém, inexiste o alegado defeito da peça acusatória, na medida em que, conforme escorreita observação do acórdão impugnado, a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência, em tese, da autoria e materialidade dos delitos, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, possibilitando à acusada defender-se plenamente. Precedentes. 9. A concessão definitiva da ordem em *habeas corpus* impetrado originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, em que se questiona a validade da mesma segregação cautelar impugnada perante esta Corte, enseja o reconhecimento da ausência superveniente de interesse processual com relação ao pedido de soltura. 10. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

Processo HC 200902259100 - *HABEAS CORPUS* – 153994 *Relator(a)* NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO STJ QUINTA TURMA DJE DATA: 13/12/2010 *Decisão* Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Ementa HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. *INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS* E PRORROGAÇÕES AUTORIZADAS POR DECISÕES FUNDAMENTADAS. INDISPENSABILIDADE PARA

AS INVESTIGAÇÕES. QUADRILHA ESTÁVEL E ARTICULADA VOLTADA PARA A FRAUDE NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA ÀS TESTEMUNHAS. INTEGRIDADE DA PROVA. NECESSIDADE DE DESMANTELAMENTO DO GRUPO, QUE, MESMO APÓS A PRISÃO DE ALGUNS INVESTIGADOS, CONTINUAVA A DELINQUIR. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. *1. Ausente,* in casu, *irregularidade no deferimento das interceptações telefônicas pelo Juízo Federal, que justificou suficientemente a imprescindibilidade da medida para o sucesso das investigações, que cuidava de apurar a atuação de quadrilha estável e estruturada especializada em fraudes na obtenção/concessão de benefícios previdenciários. As decisões de prorrogações, de igual, encontram-se suficientemente fundamentadas, e objetivaram, principalmente, identificar todos os envolvidos na prática dos referidos delitos e revelar por inteiro o* iter *criminoso.* 2. Reveste-se de razoabilidade o tempo de duração das interceptações (aproximadamente 1 ano), pois intrincadas as relações estabelecidas, além de expressivo o número de pessoas envolvidas. *3. A legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal.* Precedentes. 4. A constrição cautelar dos pacientes encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, tendo em vista a necessidade do desmantelamento de complexa organização criminosa instalada por vários anos na Agência do INSS, de modo a cessar a prática de tais delitos, que continuaram a ser praticados mesmo após a prisão de alguns dos investigados, a demonstrar a propensão delitiva. Apurados, ainda, fatos concretos de ameaças as testemunhas, destacando-se a possibilidade de sumiço ou alteração da prova, dado o poder de influência de diversos investigados, alguns membros da elite política local, o que torna imperiosa a segregação preventiva também por conveniência da instrução criminal. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada.

Por todo o exposto, rejeito as alegações de ilicitude da prova consubstanciada nas interceptações telefônicas, posto que as mesmas observaram e respeitaram os princípios constitucionais e a lei ordinária vigente. A medida teve objetivo claro, destinando-se à investigação em processo penal, requerida formalmente pela autoridade policial e deferida com a devida fundamentação em relação ao acusado, antes da produção de qualquer outra prova por ser o único meio de chegar a bom termo das investigações. Também não ultrapassou o termo razoável de tempo, obtendo-se a identificação dos envolvidos no esquema criminoso, tendo servido como meio de prova para o oferecimento da denúncia, além de outras que compuseram o conjunto probatório.

- INDEFERIMENTO DO TRASLADO DO ACORDO DE "DELAÇÃO PREMIADA" CELEBRADO ENTRE O ÓRGÃO MINISTERIAL E O ACUSADO Fabio BASTOS E NULIDADE PATENTE DE TAL ACORDO.

Novamente não acolho as argumentações da nobre defesa acerca do pedido indeferido de traslado do acordo de delação premiada com o réu Fabio. O acordo firmado entre o Ministério Público Federal e o réu Fabio teve por fundamento a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas. A Lei nº 9.807/99, em seus artigos 13, 14 e 15, assim dispõe:

DA PROTEÇÃO AOS RÉUS COLABORADORES
Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.
Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.
Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

Como afirma Damásio de Jesus (*Artigo publicado no site www.mundojuridico.adv.br, em 31.10.2005*), embora a nomeação seja imprópria, o legislador conferiu às partes a faculdade de agirem em benefício do réu colaborador, ou seja, "de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial". Os requisitos estão bem claros no artigo 13 da referida lei. A proteção ao réu colaborador se encontra no artigo 8º. No que concerne à efetiva colaboração de Fabio, esta será apreciada nesta sentença, nunca antes disso.

Para a segurança do réu colaborador, mas sem descuidar da aplicação dos princípios constitucionais atinentes à defesa, o acordo foi disponibilizado para leitura de todos os envolvidos, com a anuência da defesa de Fabio, inclusive.

Quanto ao texto do acordo firmado entre a acusação e o réu colaborador, trata-se de "standard", utilizado pelos promotores e procuradores. A ausência de cópia do "acordo padrão", como pode facilmente perceber a ilustre defesa, porque o analisou quando disponibilizado, nenhum prejuízo traz ao princípio da ampla defesa.

O mais relevante é que o interrogatório do réu colaborador foi submetido ao contraditório, facultadas às defesas formularem reperguntas. Como nenhum Princípio Constitucional foi maculado, improcedente a alegação expendida. A jurisprudência é no sentido de que o cabimento ou não do perdão judicial ou da redução da pena ocorre na condenação do acusado (RVC200303000751120-TRF3- REL. DES. CECÍLIA MELLO DJF3 25/08/2009, ACR 29950-REL DES CECÍLIA MELLO DJF3 27/11/2008, PAG. 219- HC 62618-STJ REL. MINISTRO GILSON DIPP – 5ª TURMA – DJ 13/11.2006PAG 283)

- EXISTÊNCIA DE DUAS DENÚNCIAS PARA APURAR MESMO FATO; OFENSA AO PRINCÍPIO DO *BIS IN IDEM*.

Acolho o argumento da i. defesa de PATRÍCIA e HENRIQUE. De fato, nas ações de nºs 2006.61.05.009502-2 e 2006.61.05.009625-7 há a condenação dos acusados pelos mesmos fatos:

CONDENAR ..., HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES E PATRICIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, NAS PENAS DO ARTIGO 334, § 3º DO CÓDIGO PENAL. (FLS. 165 e 166).

Considerando-se que os delitos de falso são absorvidos pelo de descaminho, os réus já foram julgados e condenados, não podendo se falar em novo julgamento pelos mesmos fatos. Ante o exposto, reconhecendo presentes os elementos que caracterizam a LISTISPENDÊNCIA, JULGO EXTINTA a presente ação penal movida contra PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS E HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES sem *julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, V, do Código de Processo Civil, por analogia*.

Restam prejudicadas as demais preliminares alegadas pelas defesas de PATRÌCIA e HENRIQUE.

Resta analisar a materialidade e a autoria delitivas em relação aos corréus CAIO, EBERT E ARLINDO.

Inicialmente há alguns pontos a se considerar sobre os fatos constantes deste processo. As investigações no aeroporto de Viracopos se iniciaram muito antes dos acontecimentos narrados nessa denúncia. Uma operação denominada "Muralha" foi abruptamente encerrada por falta de condições técnicas da Delegacia da Policia Federal em Campinas. Reiniciadas as investigações, e após a coleta de documentos, diálogos entre fiscais, despachantes, importadores, técnicos do tesouro, funcionários do SERPRO, e outros intermediários sem qualificação específica, a operação denominada pela Polícia Federal de "operação 14 BIS" foi deflagrada, culminando nas várias denúncias contra os supostos envolvidos.

No momento das investigações, percebe-se pelo conteúdo das interceptações telefônicas que várias "transações" relativas à liberação de mercadorias ilícitas já haviam sido complementadas, com o suposto pagamento de vantagens indevidas.

Consta dos autos a documentação referente às importações relativas às AWB's 404.1782-0084, 404.1782-0095 e 404.1782-0106 e invoices 263917, 263918, 264179, 264180, lavradas em 16 e 21 de junho de 2005 (fls. 42,43, 44 e do Apenso XII dos Autos do IPL 2005.61.05.004710-2), realizadas pelas empresas VICO-TECH COMPUTADORES – EPP (JJ INTERNACIONAL). As faturas 263917, 263918 e 264179 foram substituídas por outras faturas, nºs 100245,100246 e 100247 distribuindo-se a carga em três partes, consoante se verifica nas respectivas invoices constantes das fls. 55/56, 75/76 e 94 do Vol. II do Apenso a estes autos.

Desses documentos, verifica-se facilmente as diferenças entre as faturas: logomarca da Bell Microproducts, o comprador, data de emissão, número da fatura, quantidades, preços individuais, preço total, dentre outros.

Às fls. 172/174 do apenso consta quadro comparativo entre as faturas verdadeiras e as falsas.

Consta da representação fiscal para fins penais que a BELL Microproducts teria atestado que as faturas utilizadas para o registro das DI "são definitivamente falsas, uma vez que vão além de não apresentarem o mesmo padrão e formato de faturas emitidas pela Bell Microproducts – Miami, apresentam preços absurdos e incorretos." (fls. 05 vol. 2 apenso ao autos e correspondência integral às fls. 208/209 do apenso XXI do Inquérito Policial).

Outra correspondência da exportadora afirma que a Trade Works (constante como compradora na fatura falsa) nunca foi autorizada a efetuar qualquer tipo de transação em nome

da exportadora, tratando-se de simulação de importação de produtos, com emissão falsa de documentos.

No Termo de Inquirição de Testemunha (fls. 160 do apenso), o Sr. Louis Leonardo, Presidente da Bell Microproducts Latin América, respondeu que o comprador das mercadorias era o proprietário da JJ Computadores, "Mr. Joseph", bem como o real adquirente. Disse que o pagamento foi feito por transferência bancária e, em complemento, informou que no verso das faturas havia carimbada a Expressão "Bell não é o exportador das mercadorias". Alegou desconhecer a Trade Works ou seus sócios.

Em face disso, a Trade Works solicitou, por intermédio de procedimento administrativo, devolução das mercadorias, duas cargas ao exportador. O mesmo processo aconteceu em relação às cargas amparadas pelo AWB 404.1782.0095.

Consigne-se outra irregularidade na importação: a empresa Trade Works estava suspensa no RADAR e, portanto, não poderia registrar as mercadorias.

As cópias de todas as faturas falsas foram encontradas no escritório do acusado Joseph, denominado VIP INFO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. Como a empresa de Joseph não possuía autorização para importar mercadorias, as faturas falsas foram emitidas em nome da Trade Works.

As mercadorias chegaram ao Brasil, no Aeroporto Internacional de Viracopos, em 27 de junho de 2005. Observa-se do registro no Siscomex, a seguir reproduzido, que há problemas com a carga, seguindo a mercadoria para conferência física, tendo sido selecionada para laudo técnico.

Nesse mesmo dia, Fabio fala com Joseph e ANDRÉ sobre a carga. Em 29 de junho, Jose Carlos, em conversa com Fabio, confirma a falsificação das faturas, cujos preços das mercadorias equivalem de10% a 20% de seu valor real. De fato, como consta às fls. 37 do apenso II, o valor real de um Hard Drive, conforme a lista de preços encaminhada pela Bell, é de US$ 45,80, enquanto a DI registrou o preço da mercadoria em US$ 8,90, aproximadamente 20% do valor real. Esse fato foi confirmado pelo laudo técnico citado acima, no documento do SISCOMEX.

Conclui-se, pelos diálogos travados naquela ocasião que Joseph, Jose Carlos, Fabio e Patrícia tinham ciência da falsificação das faturas, no tocante aos preços das mercadorias e à declaração falsa do produto importado.

Nesse período houve uma mudança significativa na administração da aduana em Viracopos, assumindo a Inspetoria Elizabete Ferro. Por lógico, os réus ficaram apreensivos com a continuidade de seus esquemas fraudulentos de importação. Essa informação é objeto de conversa entre Fabio e André, quando este diz que não dá para pedir favor pequeno, devendo guardar a informação de que ELIZABETE seria amiga de um certo "Reinaldo", o que seria uma boa notícia. Mesmo assim, por cautela, a fatura falsa 100245, relativa ao conhecimento de transporte 404.1782-084, é registrada. O Registro da DI é 05/0680825-9. Referida fatura engloba 700 peças de Hard Disk WD 40 GB 7200 RPM, ao preço unitário de US$ 8,90, consignado à empresa TRADE WORKS, cuja sócia gerente é Patrícia.

Entrementes, com a mudança na Superintendência, há modificações no processamento da liberação das mercadorias. Conforme se verifica na conversa telefônica mantida entre Wilson e Henrique, respectivamente, delegado da polícia civil e ajudante aduaneiro, em 01.07.2005, a atribuição do "canal verde" foi mudada.

No mesmo dia Jose Carlos liga para Fabio e este liga para Wilson. Todos os diálogos giram em torno de liberação de mercadorias e pagamento de propinas a fiscais. O nome do AFTN EBERT DE SANTI é mencionado por todos como facilitador nas liberações das mercadorias. Entretanto, após a modificação administrativa, a DI 05/0680825-9, da Trade Works, já não estava mais nas mãos de Ebert.

Eduardo Diniz, Técnico do Tesouro Nacional, atende ordens do Delegado Wilson para localizar fiscais, no caso presente Ebert e posteriormente Maria do Socorro. Wilson descobre que a DI acima citada não está mais nas mãos de Ebert, pelo próprio fiscal.

Segundo diálogo travado entre Fabio e Joseph, os intermediários para liberação da mercadoria são o Delegado Wilson, o auxiliar aduaneiro HENRIQUE, Fabio e o despachante aduaneiro Jose Carlos. Em relação a pagamentos há a informação que Wilson já recebeu pelo "serviço". Infere-se dos diálogos constantes das interceptações telefônicas que Joseph entregou dinheiro para o pagamento de propinas, R$ 6.000,00. Segundo documento encontrado na casa de HENRIQUE, o AFTN Caio Murilo Cruz teria pedido R$ 3.000,00 para solucionar alguma pendência dentro da Aduana, não se sabe ao certo se é a referente à DI da Trade Works. HENRIQUE anotou o seguinte "Caio pediu R$ 3.000,00. Pedi p/ Jose Carlos R$ 6.000,00".

A AFTN Socorro requereu a elaboração de laudo técnico. Depois de esgotadas as tentativas de se cancelar o requerimento do laudo, Wilson liga para Fabio e diz que foi importado "disco rígido" e declararam só "cabeça". Sobre a conclusão do Laudo, Wilson diz que o dinheiro está guardado e que marcou com Socorro para conversar fora do aeroporto. Posteriormente, Fabio diz para Joseph que não há pagamento de propina para Socorro, no que se refere ao laudo.

Em diálogo mantido entre Joseph e Wilson a respeito da carga, há uma série de comentários sobre o que poderia ter acontecido para não se liberar a carga, tendo sido concluído por Wilson que os fiscais estariam querendo "moralizar a coisa". Infere-se ainda desse diálogo que o dinheiro que Joseph havia mandado para pagamento de propinas encontrava-se ainda com Wilson, que queria devolver.

O laudo técnico de 12.07.2005 consta das fls. 79/88 do apenso XXI ao IPL. Em 13.07.2005 as fiscais Socorro e Margareth encaminharam ao chefe do EQDEI correspondência protocolada em 22.07.2005 para a seguinte análise: 1) Patrícia, sócia da Trade Works, estaria irregular perante a Receita Federal porque não entregou as Declarações do IRPF, referentes aos exercícios de 2002,2003 e 2004; 2) a renda por ela declarada seria incompatível com o capital da empresa e com as operações realizadas no comercio exterior; 3) a mercadoria estaria classificada erroneamente, apresentando indícios de beneficiamento de alíquota de Imposto de Importação; 4) o preço praticado estaria muito inferior aos preços de mercadorias idênticas, conforme pesquisas nos sites de empresas fabricantes.

Em função dessas discrepâncias, as fiscais propuseram o encaminhamento da DI para o SAPEA, a fim de aplicar os procedimentos previstos nos artigos 65 e 69, da IN/SRF 206/04, e inclusão da empresa em procedimentos especiais, nos termos da IN/SRF 228/2002.

Wilson é chamado para conversar com Sérgio Lucio. Essa reunião chega ao conhecimento de Ebert, que pede a Margareth para verificar o que foi tratado. O teor da reunião restou conhecido num diálogo travado entre Wilson e DINIZ e posteriormente em conversa pessoal entre Wilson e EBERT narrado por este a Margareth. Wilson diz que estavam presentes Sérgio Lúcio, Elizabete, Paulo e Caio, falando a todos que como sempre os atendeu, não sabia que iriam fazer uma devassa na firma do chefe lá em cima. Referida reunião é confirmada no

interrogatório de Jose Carlos, às fls. 789:

> ... e esclarece que a reunião foi para tratar dos assuntos da Trade Works que o interrogado representava, distinguindo-a da Matriex, que era representada pelo Dr. Wilson ...

Mesmo com todas as intercessões de Henrique, Wilson, Fabio e Jose Carlos, a fiscal Socorro avisa que vai mandar a carga para "228", com encaminhamento ao SAPEA e aval da Inspetora Elizabete. Como se trata de superiora dos fiscais envolvidos, André se compromete a falar com ela e resolver o problema. Não surtindo o efeito desejado, André se encontra com Ronaldo Lomônaco, da Superintendência da Receita Federal em São Paulo. Após essa conversa, André imagina ter resolvido os problemas da carga, entretanto, nada acontece.

Jose Carlos vai falar com Margareth e recebe a informação de que a carga vai para perdimento. Jose Carlos, então, diz quem é o verdadeiro dono da mercadoria (não mencionado) e Margarete diz que vai conversar com Caio para falar com Elizabete.

Em face da ameaça de que a carga de Joseph poderia ir para perdimento, André diz que vai falar com o "Cara da Receita". Antes, pergunta a Jose Carlos o porquê de todos esses problemas, sendo informado de que a culpa de tudo seria de EBERT, que ficou "queimado" com a carga de 2.000kg e pediu para Sergio Lucio, seu amigo, interferir com a carga deles. André pede para que o pessoal de Viracopos seja informado que Joseph é primo dele e que ele é um delegado influente em São Paulo. Além disso, eles não brigaram com EBERT.

Na segunda reunião mantida entre André e LOMONACO, este liga na frente de André para Elizabete, dizendo, em resumo, o seguinte: que a situação é menor do que estavam pensando, pois a empresa do primo de André não é a Trade Works, que apenas foi contratada para trazer umas mercadorias, dentre elas a que constam da DI parada; as outras duas cargas estão sem DI e paradas, mas não são do primo de André. Lomonaco diz a Elizabete que deve ser explicado ao Dr, Wilson o que está acontecendo; fala da possibilidade de desembaraçar com garantia prestada pela Trade Works e devolver as outras duas cargas; que o certo seria cadastrar a real adquirente no SISCOMEX e declarar o contrato com a TRADE WORKS, corrigindo os valores subfaturados.

Depois que André sai do Gabinete de LOMONACO, este liga novamente para Elizabete dizendo, em suma, que havia exagerado porque André estava na sua sala; que não vão fazer nada de errado; que a TRADE WORKS é uma empresa de fachada; que Wilson está insistindo porque André tem ascendência sobre ele. Elizabete fala que o primo de André usou a TRADE WORKS porque sabia que ela era do ramo e que já usou outras vezes aquela empresa e que é contra a devolução.

Posteriormente, Sergio Lúcio fala com Lomonaco e diz que Jose Carlos explicou a situação da TRADE WORKS, a retificação do imposto de renda das sócias, a apresentação de novos documentos para dar suporte ao capital da empresa. LomonacO, então, repete a Sérgio Lucio que a empresa do primo do André não é a TRADE WORKS e que podem agir como quiserem sobre essa empresa, mas que fica difícil resolver a situação porque a empresa do primo de André não aparece.

André pergunta a Jose Carlos qual o valor da carga que foi declarado e Jose Carlos diz que gira em torno de 20% a 30%. Também explica que as memórias e os microprocessadores não têm imposto de importação. André sugere que se pague o imposto para liberar a carga.

Jose Carlos diz que em outra oportunidade o valor da mercadoria teria sido declarado a maior, quase o dobro do valor verdadeiro, tal como sugerido por Ebert.

Jose Carlos, então, tenta regularizar a situação da empresa Trade Works com o fiscal ARLINDO.

Nesse momento, o grupo cogita de ingressar com um Mandado de Segurança para liberar a carga. Contatam a advogada Maria de Lourdes Pereira Jorge, que dizem ser amiga de Elizabete Ferro. Joseph diz que cobrará parte do valor dos honorários de André e de Fabio.

Enquanto não há deslinde para o problema da DI em apreço, Jose Carlos trata da regularização da TRADE WORKS, acreditando que esse seria o único empecilho para a liberação da carga.

Jose Carlos, com a finalidade de regularizar a TRADE WORKS, em 12.08.2005, altera a denominação da empresa para SKYLINE TRADE DO BRASIL, com capital integralizado em nome de Patrícia, no valor de R$ 160.000,00. O requerimento foi feito em 15.08.2005, com a apresentação de formulário para revisão de estimativas, descrevendo falsos clientes em potencial, como BELL MICROPRODUCTS, que possui como contato Joseph. Observe-se que o representante da BELL no Brasil é outra pessoa, o Sr. José Ignácio Checchia (fls. 84 apenso). O pedido de revisão foi distribuído ao fiscal ARLINDO, o mesmo que aceitou a primeira alteração contratual da TRADE WORKS, em 2004.

O requerimento foi objeto de análise pela Corregedoria da Receita Federal, que apurou que o processo se encontrava fora das normas do Procedimento Administrativo Fiscal, inexistindo consulta sobre a empresa e os sócios, aumento dos recursos sem demonstração de origem, ausência de comprovação do local da sede da empresa e tampouco verificação de capacidade operacional. O inteiro teor da análise do processo encontra-se às fls 418/419 e a sua conclusão é a seguinte:

> Entendemos que o principal objetivo da análise fiscal de requerimento de habilitação não foi alcançado, uma vez que a origem dos recursos para aumento de capital da empresa não foi corretamente investigada. Apesar das inconsistências de dados apresentados no requerimento, em relação aos dados constantes dos sistemas da SRF, não há registro de consultas aos mesmos. As inúmeras irregularidades processuais e incompatibilidades de datas indicam grande desorganização dos serviços e falta de supervisão das atividades. A chefia, representada pelo AFR Ireno de Carvalho Teixeira Filho, Chefe do SOPEL, determina o arquivamento de um processo, despachando na mesma folha onde há rasuras e datas incompatíveis.

Jose Carlos relata, em interrogatório judicial nos autos do processo 2006.61.05.009502-2, ter amizade com ARLINDO e que sua especialidade seria conseguir a resolução dos processos em prazo mais rápido. Em 23.08.2005, Jose Carlos se gaba para André de que o fiscal resolveu em duas horas um problema que levaria 60 dias, e que como Joseph já pagou tudo, Jose Carlos tiraria de seu bolso o pagamento da documentação.

Quanto ao Mandado de Segurança, este é impetrado porque foram lavrados autos de infração para as duas cargas registradas em segundo lugar. Joseph deposita R$ 6 mil na conta da TRADE WORKS, para que em eventual fiscalização não se vincule a carga à Joseph. Quanto à proposta de se falsificar uma carta emitida pela BELL americana, posto que a BELL no Brasil se recusa a participar de injunções criminosas, a advogada Malu diz que quem fizer essa carta estaria sujeito à legislação penal americana. Mesmo assim, José Carlos diz à outra

advogada, de nome Rita, que ela deve preparar a carta em português, ficando Joseph e Patrícia encarregados de fazer a tradução no idioma e linguajar pertinentes. Nessa carta, Rita dá orientações sobre o seu teor: que a BELL deve informar que os preços constantes das faturas estão corretos e se devem ao fato de a TRADE WORKS ser a melhor cliente deles. A carta deve ser levada para Miami para ser consularizada.

O rascunho da referida carta consta das fls. 727 do Apenso XVIII, vol 3. do IPL e o original das fls 726. No rascunho da falsa declaração, constam orientações sobre como o signatário deve se portar perante o judiciário e a adida, bem como que deverão ser consideradas as implicações legais nos EUA, sobre os termos da declaração. Em seguida, há uma anotação "Rita" e um e-mail. O modelo final consta das fls. 733, do mesmo apenso. Referida carta foi confeccionada diferente do que foi escrita. O pedido de efeito suspensivo ao agravo foi concedido para que as mercadorias não fossem para perdimento, mas não autorizou sua devolução.

Jose Carlos tenta fazer a habilitação da empresa de Joseph no SISCOMEX para conseguir a liberação das mercadorias, que até o momento da denúncia não haviam sido desembaraçadas. Em 10.09.2007, o Mandado de Segurança nº 2005.61.05.014804-6 foi extinto sem julgamento do mérito. A representação fiscal para fins penais foi lavrada em face de Patrícia.

A longa descrição dos fatos se faz necessária em razão das inúmeras atuações, diálogos, incidentes e ligações entre os acusados e outros. Segundo Jose Carlos este foi até Viracopos para resolver o problema das cargas por 23 vezes.

Do interrogatório de Jose Carlos (fls. 788/810) extrai-se o seguinte: Elizabete Ferro segurou os processos da TRADE WOKRS, de propósito. Quando se refere a Wilson e Ebert, fala dos "caras aprontando por trás", enquanto ele tratava de coisas sérias. Que antes de 28/06 desconhecia os problemas com os fiscais EBERT e Sérgio Lucio.

No que concerne ao eventual pagamento de propina ao fiscal ARLINDO, nega qualquer envolvimento, tendo afirmado que o processo demorou 41 dias para registro da Trade Works no RADAR.

Adiante diz que todos os problemas com as cargas de Joseph são retaliação do AFTN EBERT, mas não diz porque, e afirma que Joseph não fez o RADAR com ele porque não quis pagar.

O réu colaborador, Fabio BASTOS, às fls. 1645/1669, relatou em seu interrogatório que a mercadoria importada por Joseph já era comprada com desconto no exterior, por se tratar de mercadoria proibida para a exportação; mesmo assim, a mercadoria era exportada para o Brasil e ainda subfaturada. Disse que Joseph utilizava-se da empresa de Patrícia para fechar o câmbio; o dinheiro era encaminhado à empresa de Joseph, nos EUA, enviado na modalidade de pagamento antecipado de importação. Dessa forma, foram feitas sete importações por intermédio de Campinas. Uma importação teria sido feita como teste, da qual tinham conhecimento André, Joseph, Jose Carlos e Patrícia; nenhum dos fiscais sabia dessa importação; os outros envolvidos são Wilson, Mário e Henrique. O fiscal EBERT queria fiscalizar a carga e a empresa de importação, suspeitando do preço das mercadorias; nessa ocasião, o acusado falou com EBERT, tendo sido a única vez que falou com um fiscal da receita. Todos os envolvidos, que não são fiscais, ficaram sabendo do problema. Essa mercadoria foi liberada, mas não sabe dizer por qual fiscal. Quando Wilson soube do problema, disse que iria liberar a mercadoria por intermédio de seus contatos no aeroporto. Nesse período, Ebert saiu de férias. Wilson disse que a mercadoria tinha sido liberada por sua intervenção, pedindo quatro mil dólares que, segundo ele, seria para entregar às pessoas que fizeram a liberação. Não sabe se

Wilson entregou essa quantia a alguém. O dinheiro era de Joseph, que disse ao acusado que iria descontar na próxima importação. Joseph sabia qual era o destino do dinheiro. EBERT teria dito que uma importação de mil de duzentos quilos, de uma única vez, era um "elefante rosa" dentro do armazém. Por essa razão, a terceira carga, de duas toneladas, foi fracionada em cinco conhecimentos. Era sempre a mesma carga e o mesmo tipo de sub faturamento.

Os fatos incontroversos constantes destes autos são os seguintes: houve subfaturamento nsa mercadorias pertencentes a Joseph. Os importadores, despachantes e assistentes na liberação das três cargas, incluídos os dois delegados da Polícia Civil tentaram por todas as formas liberar a mercadoria. Além do subfaturamento havia um problema no cadastro da TRADE WORKS no SISCOMEX e que teria que ser resolvido, tanto para a liberação daquela mercadoria como para a efetivação de negócios futuros. As cargas não foram liberadas e foram levadas a perdimento.

Observado novamente o fato de que estes autos são o desmembramento dos autos 2006.61.05.009502-2 e 2006.61.05.009625-7, já julgados. Cabe apenas analisar se houve conduta criminosa por parte de CAIO, EBERT e ARLINDO.

No que concerne a CAIO, seu nome somente é mencionado como participante de uma reunião na qual se tratou do problema da carga de Joseph, quando Wilson anunciou que a importação pertenceria a André, um Delegado influente. Nenhuma participação teve o acusado. CAIO é mencionado algumas vezes mas a menção não está relacionada à mercadoria tratada nos autos ou ao recebimento de quantia indevida. Está patente que, ao menos nestes autos, CAIO nunca atuou ou se omitiu ou praticou qualquer ato referente à liberação das cargas retromencionadas. Impõe-se pois, a sua absolvição pois o mesmo não concorreu para a prática de ato ou omissão ilícita.

O mesmo se diga de EBERT. O que consta dos autos é que durante as importações objeto desta ação, EBERT não tinha mais poderes para atuar da liberação das cargas, e, no momento das interceptações o mesmo estava em férias. O fato de Jose Carlos Marinho e outros envolvidos entenderem que as cargas foram retidas por causa de atos de EBERT não encontra suporte fático, ao menos no que se refere a estes autos. Segundo se infere das interceptações telefônicas, EBERT teria se envolvido anteriormente em alguma negociação com os sócios da TRADE WORKS e com Wilson Ordones no desembaraço de cargas anteriores, mas não se sabe quais, em que época ou como. Em acréscimo, encontro somente provas de que o acusado aconselhou Jose Carlos Marinho a não trazer cargas com mais de uma tonelada pois apareceria na Alfândega como um "elefante rosa". No que concerne aos fatos narrados na acusação não vejo envolvimento do réu. Impõe-se, em face do Princípio Constitucional do Estado de Inocência, a sua absolvição. Em conclusão, as preliminares suscitadas por esse acusado restam prejudicadas.

No tocante ao réu ARLINDO, consta que o mesmo teria recebido vantagem ilícita por parte de Jose Carlos Marinho para "consertar" o RADAR da TRADE WORKS, que estava defasado, em relação ao patrimônio das sócias e da empresa. ARLINDO teria feito os acertos no radar sem a devida análise dos documentos e em prazo muito inferior ao normalmente constatado no setor.

No que se refere às alterações no RADAR da empresa TRADE WORKS, posterior SKYLLINE, conforme se verifica do primeiro cadastramento no RADAR, o objeto social da empresa não contemplava importação de produtos de informática, referindo-se genericamente a eletrônicos. Junto à Secretaria da Fazenda do Estado, a descrição no CNAE é a de comércio atacadista de artigos de vestuário e complementos, inclusive profissionais e de segurança, objeto

que consta no CNPJ (Fls. 302) e no SISCOMEX. Como possíveis clientes indicados à Receita Federal, verifica-se a BELL MICROPRODUCTS, cujo nome de contato é Joseph DOMUTH, enquanto que a DJJ COMPUTADORES tem como contato Joseph HANNA. Veja-se que todos os dados são falsos, inclusive o capital social, constatando-se dos autos que Joseph não emprestou qualquer dinheiro à Patrícia, enquanto que o capital da empresa, segundo Fabio, teria sido contabilmente fabricado através do dinheiro entregue por Joseph para o fechamento de contratos de câmbio.

José Carlos Marinho foi condenado por falsidade ideológica nos processos anteriormente julgados por ter falseado as faturas e os documentos da TRADE WORKS. Os documentos alterados, além das faturas das mercadorias, são os referentes às alterações cadastrais da TRADE WORKS que serviram para aprovação no SISCOMEX.

Segundo consta dos memoriais, ARLINDO é o AFTN lotado na Superintendência da Receita Federal em São Paulo e responsável pela habilitação de empresas no SISCOMEX e revisão das estimativas de importação. "Sem intervenção deste acusado, nenhum dos crimes teria ocorrido, pois foi o responsável pela habilitação fraudulenta ..., infringindo deveres funcionais, mediante o pagamento de vantagem pecuniária recebida de JOSE CARLOS MARINHO em duas oportunidades, realizou a habilitação da TRADE WORKS no SISCOMEX e deferiu a revisão das estimativas de importação". (fls. 3283)

Fábio Bastos, corréu em outros autos envolvendo a TRADE WORKS afirmou em seu termo de delação premiada, juntada neste processo, que José Carlos Marinho tinha negócios com ARLINDO e pediu R$ 4.000,00 para que o acusado agilizasse a retificação da estimativa do RADAR da TRADE WORKS, ato imprescindível para liberar as importações. Fabio deu o dinheiro a Jose Carlos Marinho mediante transferência bancária em favor de Jose Carlos. Jose Carlos fala em uma interceptação telefônica que ARLINDO fez em poucos dias o que normalmente levaria dois meses. (fls. 3284)

José Carlos afirmou em seu interrogatório nos autos da ação nº 2006.61.05.009502-2 que tinha uma relação de amizade com ARLINDO e que a o trâmite relativo ao SISCOMEX era sua especialidade.

O processo de cadastro e revisão de estimativa de importação da TRADE WORKS estava repleto de irregularidades com atesta a Corregedoria da Receita Federal, 8ª Região Fiscal; havia erros administrativos sérios além dos burocráticos(falta de carimbo padrão para numeração, juntada de documentos sem registro), para a habilitação da empresa não foi consultado nenhum sistema da SRF acerca da empresa e de seus sócios, enquanto as sócias não possuíam capacidade econômica para suportar o negócios. Em outra oportunidade novos registros de valores operacionais foram feitos sem qualquer referência à origem dos recursos para operações e para aumento de capital.

A Corregedoria entendeu que o objetivo da análise fiscal não foi alcançado. No requerimento de revisão de estimativas de importação a mesma Corregedoria anotou outras irregularidades cometidas pelo acusado, a saber,

> Requerimento de revisão de estimativa do volume operacional. Às fls. 53 encontra-se nova versão do Anexo I-C da IN 455/2004, deferente a apresentada às fls. 07, com data de autenticação de assinatura posterior ao registro do processo, aparentemente apresentada voluntariamente pelo contribuinte. Ninguém registrou a juntada ao processo. Distribuído ao APFR acima em 16.08.2005, através de despacho (fls. 54) e determinação de emissão de MPF, que

> não consta do processo, (fls. 20. Não há registro de MPF no processo, embora um número de MPF esteja citado na versão 01 da Ficha de Habilitação, não há registro de MPF nas versões 03 e 04, registradas pelo AFRF.
> ...
> Na mesma data em que o processo foi distribuído. O AFRF fez a consulta descrita acima, aplicou sobre os dados apresentados pelo Contribuinte os procedimentos determinados na NE COANA 001/2005 e registrou a versão 03 da Ficha de Habilitação, alterando os limites operacionais para os valores resultantes da análise eletrônica dos dados. Não consta que o processo tenha sido devolvido à chefia.

Além dessas irregularidades a Corregedorias encontrou uma intimação ao Contribuinte exigindo a comprovação da regularização dos dados cadastrais do Contribuinte no CNPJ e a comprovação do aumento de capital dois meses depois do deferimento do pedido, em folha encartada entre as fls. 64 e 65, sem numeração sem registro de ciência do Contribuinte. A fl. 75 do processo de habilitação encontrava-se com numeração grosseiramente rasurada com indicação clara de que seria a fl. 65 e que houve uma inserção daquela intimação no que seria a fl. 65. A corregedoria concluiu que havia falta de organização e supervisão do chefe do setor Ireno Carvalho Teixeira Filho.

Entretanto, observado o contexto em que as falhas no processo administrativo da TRADE WORKS junto ao SISCOMEX ocorreram, verifica-se que as irregularidades foram cometidas dolosamente pelo fiscal ARLINDO, a pedido de José Carlos Marinho com quem mantinha amizade. José Carlos admite que mantem estreito relacionamento com ARLINDO, pediu dinheiro a FABIO para modificar o cadastro da TRADE WORKS cujas sócias eram Patrícia e Fernanda. Antes disso ARLINDO já tinha aprovado o SISCOMEX daquela empresa sem sequer verificar que Fernanda não declarava Imposto de Renda e que Patrícia não tinha capacidade financeira para aportar o capital necessário para o credenciamento. O registro foi feito por ARLINDO em 2004. A revisão foi feita em 2005 por ARLINDO. Ambas contém vícios graves que impediriam a sociedade de se cadastrar no SISCOMEX. Além disso há uma clara tentativa de fraude no segundo processo quando se encartou uma folha de intimação em local onde havia outra.

Os fatos apontam claramente que ARLINDO recebeu vantagem pecuniária indevida para se desviar de suas funções ao menos no que diz respeito à segunda alteração no cadastro, na revisão de estimativas de importação. Sabe-se que o acusado recebeu R$ 4.000,00 pagos por Fábio Bastos por Intermédio de Jose Carlos Marinho.

Não se trata do cometimento de meras irregularidades administrativas, como alegado pela defesa. São erros graves que comprometem a qualidade das informações sobre a capacidade econômico-financeira dos importadores, com reflexos na balança comercial, inclusive. Por óbvio, Jose Carlos Marinho negou ter pago algum valor a ARLINDO, pois estaria se auto acusando de corrupção ativa.

Também não altera a situação fática, a desorganização do setor onde ARLINDO trabalhava, pois restou demonstrado que o acusado não era parte dos fiscais que ignoravam as regras aduaneiras. A conclusão da Corregedoria juntada pela defesa às fls. 3913 aponta diversas irregularidades no setor como o desconhecimento ou *voluntária ignorância* por parte dos servidores que atuaram na analise dos requerimentos, das supervisões, das chefias imediatas e da chefia da Unidade e a inexistência em qualquer processo da busca da *comprovação completa da origem lícita*, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos, "mesmo sendo este o objetivo maior dos procedimentos de habilitação de responsável legal do Siscomex".

Esses argumentos não convencem este Juízo de que o acusado ARLINDO se aproveitou da situação caótica acima citada para receber os R$ 4.000,00 de Jose Carlos, tendo em vista que houve tentativa de esconder a total ausência de informações sobre a origem lícita dos recursos, tal como narrado acima, bem assim a declaração de Fabio Bastos e a afirmação de Jose Carlos acerca de seu relacionamento com ARLINDO.

Isso posto julgo parcialmente procedente a presente ação para EXTINGUIR A PRESENTE AÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITOP, NOS TERMOS DO ARTIGO 267 V DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, POR ANALOGIA, EM RELAÇÃO A HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES E PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, EXTINGUIR A PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AOS ACUSADOS MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES, RONALDO LOMÔNACO JÚNIOR, SÉRGIO LÚCIO DE ANDRADE COUTO, MARGARETE CALSOLARI ZANIRATO E PAULO ROBERTO STOCCO PORTES, ABSOLVER EBERT DE SANTI, CAIO MURILO CRUZ E ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA COM FULCRO NO ARTIGO 386, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E CONDENAR ARLINDO FERREIRA DE MATOS NAS PENAS DO ARTIGO 317 § 1º DO CÓDIGO PENAL.

Passo à dosimetria das penas para ARLINDO FERREIRA DE MATOS:

Nos termos do artigo 59 do Código penal, verifico que o grau de culpabilidade foi normal para a espécie. O acusado não possui antecedentes criminais, o que indica que os episódios tratados nestes autos foram isolados, tendo-se aproveitado da oportunidade. Todos esses motivos fazem com que as penas sejam fixadas no mínimo legal, da seguinte forma:

Pelo crime descrito no artigo 317, § 1º do Código Penal fixo a pena em 2 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, arbitrado a o valor do dia multa em 1/3 (um terço) do valor do salário mínimo. O valor do dia multa foi arbitrado em função das condições financeira da acusada que é Auditora Fiscal do Tesouro Nacional e recebe vencimentos compatíveis com o valor estipulado.

Substituo a pena de reclusão por duas restritivas de direito, a saber o pagamento de multa pecuniária no valor de dez salários mínimos em favor da União Federal e a prestação de serviços à comunidade.

Não entendo necessário aplicar como efeito da condenação a perda do cargo, pois se verificou o cometimento de um crime de oportunidade, um fato isolado na carreira do servidor.

Em observância ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deixo de arbitrar valor mínimo de reparação em favor da União, ante a ausência de elementos concretos para tanto.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome da ré no rol dos culpados, comunicando-se oportunamente o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Custas *ex lege*.

P.R.I.C.

Campinas, 10 de janeiro de 2013.

Juíza Federal MÁRCIA SOUZA E SILVA DE OLIVEIRA

AÇÃO PENAL PÚBLICA
0011628-33.2009.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: SAMUEL SEMTOB SEQUERRA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: MARCELO COSTENARO CAVALI
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

RELATÓRIO

1. Trata-se de *ação penal pública* incondicionada, instaurada a partir de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal – originariamente através da Procuradoria da República no Paraná –, por meio da qual é imputada:

a) a SAMUEL SEMTOB SEQUERRA, vulgo "SAMI" (doravante denominado apenas "SAMUEL"), brasileiro, separado, administrador de empresas, nascido em São Paulo/SP, na data de 07.09.1962, filho de Salomão de Jong Sequerra e Claudine de Jong Sequerra, portador do RG nº 9.908.339-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 066.427.668-73, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso VI, e § 4º, da Lei nº 9.613/1998, em concurso material com o artigo 22, parágrafo único, segunda hipótese, da Lei nº 7.492/1986;

b) a JAN SIDNEY MURACHOVSKI (doravante denominado apenas "JAN"), brasileiro, casado, comerciante, nascido em São Paulo/SP na data de 20.05.1967, filho de Natan Murachoski e de Cecília Rosa Murachovski, portador do RG nº 16.178.389-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 101.576.008-23, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso VI, e § 4º, da Lei nº 9.613/1998;

c) a FERNANDO SALVADOR ALBERTI SEQUERRA AMRAM (doravante denominado apenas "FERNANDO"), brasileiro, nascido na data de 03.08.1968, filho de Isabel Alonso de Sequerra, inscrito no CPF sob o nº 885.172.847-04, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso II, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998;

e, finalmente,

d) a LEA DWORA KREMER (doravante denominada apenas "LEA"), brasileira naturalizada, nascida na data de 12.07.1948, filha de Leibel Kleinman e de Zilda Kleinman, portadora do RG nº 3.3549.192-SSP/SP e inscrita no CPF sob o CPF nº 666.647.998-04, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso II, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998.

2. De acordo com a *denúncia* (*fls. 03/27/AP*)[1], as infrações penais antecedentes da suposta lavagem de ativos pratica pelos acusados consistiriam em crimes financeiros praticados por SAMUEL e JAN. Fundamentalmente, SAMUEL e JAN teriam praticado os delitos de gestão fraudulenta (artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/1986), operação de instituição financeira sem autorização (artigo 16 da Lei nº 7.492/1986) e evasão de divisas (artigo 22 da Lei nº 7.492/1986),

1 O feito foi remetido para este Juízo pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR e a numeração adotada naquela Subseção Judiciária foi mantida. Por essa razão, os quatro primeiros volumes do processo são constituídos pela íntegra do inquérito policial e possuem paginação própria. A ação penal, desencadeada pela *denúncia*, começa no *quinto volume*, iniciando-se, então, nova numeração de folhas. Por essa razão, as referências feitas às folhas do *inquérito policial* serão identificadas pela sigla *IP*, ao passo que as referências feitas às folhas da *ação penal* serão identificadas pela sigla *AP*.

por meio de contas mantidas em instituições financeiras nos EUA. Tais fatos foram apurados e denunciados na ação penal nº 2004.70.00.021778-1, à época em trâmite perante a Justiça Federal do Paraná.

Teriam sido utilizadas três contas bancárias por SAMUEL e JAN em suas atividades ilícitas:

a) conta nº 715-9, mantida na agência do BANESTADO em Nova Iorque, aberta em nome de SAMUEL, que teria movimentado, entre 1996 e 1997, aproximadamente US$ 78 milhões;

b) subconta nº 3-11045, de titularidade de LAUREL FINANCE LTD. – *offshore* sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, representada por SAMUEL e JAN –, integrante de "conta ônibus" da BEACON HILL SERVICE CORPORATION, mantida no JP MORGAN CHASE em Nova Iorque, que teria movimentado, entre 1997 e 2002, US$ 128.956.520,57 a crédito e US$ 137.510.556,23 a débito;

c) subconta nº 3-11197, de titularidade de SINKEL FINANCIAL LTD. – *offshore* sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, representada por SAMUEL e JAN –, integrante de "conta ônibus" da BEACON HILL SERVICE CORPORATION, mantida no JP MORGAN CHASE em Nova Iorque, que teria movimentado, entre 1999 e 2002, US$ 157.753.605,70 a crédito e US$ 171.281.458,51 a débito;

Em conformidade com a inicial acusatória, além da propositura da referida ação penal, relacionada às infrações penais antecedentes, também foram requeridas medidas assecuratórias em face de SAMUEL e JAN. A ação cautelar foi autuada, na ocasião, sob o nº 2004.00.00.034812-7. A partir daí, nova investigação foi instaurada, em que teriam surgido provas de que o produto pecuniário dos delitos teria sido submetido a processo de ocultação e dissimulação, com utilização de uma *offshore* e a conversão dos ativos em imóveis, já em território brasileiro. Para isso, SAMUEL e JAN teriam contado com o auxílio de FERNANDO e LEA.

SAMUEL e JAN seriam, portanto, "doleiros", realizando operações internacionais clandestinas de câmbio, sem autorização ou conhecimento do Banco Central. Esse seria seu meio de vida, não demonstrando os réus a realização de qualquer atividade lícita no Brasil. Os lucros obtidos por meio da atividade criminosa teriam sido repatriados, através da prática de lavagem de dinheiro.

A ocultação da propriedade e dissimulação da origem do dinheiro teria ocorrido de várias maneiras.

3. Na *primeira das operações de lavagem* narrada pela acusação, SAMUEL e JAN, entre novembro de 2000 e dezembro de 2002, teriam, inicialmente, transferido valores de sua titularidade, mantidos na subconta SINKEL, no importe total de US$ 233.407,90, em valores históricos, para a conta 69883876, mantida por FERNANDO no CITIBANK, San Antonio Branch, Texas/EUA.

Para disponibilizar esses valores, no Brasil, para SAMUEL, FERNANDO realizou transferência de R$ 500.000,00, em novembro de 2002, a partir da conta nº 00240-0002598870, de sua titularidade, mantida do HSBC, para a conta nº 04713850-5, de titularidade de SAMUEL, mantida no CITIBANK. Os valores, então, foram sacados diretamente na boca do caixa, através do desconto de dois cheques no valor de R$ 200.000,00 e outro no valor de R$ 100.000,00.

Para justificar a transferência, teria sido simulado um *empréstimo entre SAMUEL e FERNANDO*, conforme informações constantes das respectivas declarações de ajuste anual de imposto de renda.

FERNANDO, por sua vez, teria procurado conferir aparência lícita à origem do dinheiro transferido, verificando-se, em sua declaração de ajuste anual de imposto de renda referente aos anos-calendário de 2001 e 2002, uma evolução patrimonial de R$ 188.000,00 para R$ 1.357.500,00.

A renda tributável declarada de FERNANDO no ano-calendário de 2002 foi de apenas R$ 12.000,00, além do recebimento de lucros no valor de R$ 2.004.242,78. Também declarou ser titular de 500 cotas da empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES LTDA., no valor de R$ 500,00. Nesse mesmo ano, declarou o empréstimo a SAMUEL, no montante de R$ 500.000,00.

Em razão de tais incongruências, expõe o Ministério Público Federal, foi instaurado o processo administrativo fiscal nº 18471.001012/2006-74, tendo sido lavrado auto de infração de imposto de renda pessoa física, referente aos anos-calendário 2001 a 2003, no valor de R$ 508.617,41, sob o fundamento de acréscimo patrimonial a descoberto, não respaldado por documentação comprobatória sobre rendimentos declarados como isentos ou não-tributáveis.

Conclui o Ministério Público Federal, forte nessas evidências, que o empréstimo concedido é falso, assim como falsa é a origem declarada do dinheiro utilizado para sua concessão, restando caracterizada a prática de lavagem de dinheiro por parte de SAMUEL, JAN e FERNANDO.

4. Na *segunda operação de lavagem* narrada, os valores teriam sido enviados do *exterior*, de forma dissimulada, através de sucessivas *transferências financeiras*, diretamente para contas bancárias mantidas nos bancos SAFRA e ITAÚ, no Brasil.

Para isso, teriam sido formalizadas, entre novembro e dezembro de 2002, transferências internacionais de recursos, registradas no BANCO CENTRAL, originárias do BANK OF AMERICA – NEW YORK, ordenadas pela casa de câmbios uruguaia LESPAN.

A remetente formal dos valores foi a empresa estrangeira KAYTON INVESTMENTS SERVICES INC. ("KAYTON"), *offshore* sediada no Panamá, ao passo que a destinatária registrada dos recursos era a empresa SNOW ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. ("SNOW"), que seria utilizada como "fachada" por SAMUEL e JAN para a efetivação de suas atividades de câmbio clandestino no Brasil.

Assim, segundo a acusação, a SNOW, além de ter sido utilizada para a prática de crimes financeiros, também teria sido veículo para o recebimento e ocultação dos produtos desses crimes, remetidos do exterior.

Até 08 de maio de 2003, SAMUEL e JAN seriam os dirigentes e únicos sócios da SNOW. Nessa data, mediante aumento de capital, a *offshore* KAYTON ingressou na sociedade, representada, no ato, pela acusada LEA, assumindo, supostamente, 98% das cotas sociais de SNOW.

Assim, conforme se verifica dos registros do BANCO CENTRAL, os valores que haviam ingressado a título de empréstimo internacional, foram convertidos em investimento internacional, mediante suposto aporte de capital pela KAYTON na SNOW.

Em suma, a operação teria ocorrido da seguinte forma. Inicialmente, a KAYTON teria realizado duas remessas do exterior para o Brasil (tipo 3 – livre), destinadas à SNOW, mediante contratos de câmbio celebrados junto aos Bancos SAFRA e ITAÚ, a título de empréstimos diretos a residente no Brasil. As operações tiveram o valor de US$ 200.000,00 cada uma, sendo contratadas em 28.11.2002 – valor da conversão de R$ 717.200,00 – e em 13.12.2002 – valor da conversão de R$ 750.800,00.

O contrato de câmbio junto ao Banco SAFRA foi firmado por JAN, na condição de dirigente da SNOW, sendo a transferência de recursos intermediada pela LESPAN e identificada pela expressão "SAMUEL261102". O contrato formalizado junto ao Banco ITAÚ também teve a intermediação da LESPAN e foi identificado pela expressão "LAUREL121202".

Conclui o Ministério Público Federal que as expressões "SAMUEL261102" e "LAUREL121202" somente poderiam ser entendidas como relacionadas às pessoas que efetivamente solicitaram o serviço à LESPAN, no caso o acusado SAMUEL e a *offshore* por ele administrada, LAUREL FINANCE LTDA., bem como as datas das respectivas solicitações.

Posteriormente, em 28.04.2003, como uma nova etapa do ciclo de lavagem, os empréstimos teriam sido convertidos em investimento, através da realização de quatro contratos de câmbio. Assim, teriam sido formalizados, para fins meramente escriturais, contratos de câmbio para o suposto pagamento dos empréstimos e outros para o retorno dos valores, desta feita a título de investimento.

Para procurar conferir aparência de legitimidade ao suposto investimento realizado, a acusada LEA teria ingressado na SNOW, na condição de procuradora da empresa estrangeira, e teria participado de diversos atos forjados. Contudo, tratar-se-ia, na verdade, de pessoa interposta, que jamais realizou atos de administração à frente da SNOW.

Finalmente, em leilão público para investidores, realizado em 06 de novembro de 2002 pelo Banco ITAÚ, SAMUEL e JAN adquiriram dois imóveis em nome da SNOW. Trata-se de dois prédios comerciais, situados nos Bairros da Lapa e Vila Alpina, em São Paulo/SP, onde se encontram instaladas duas agências do Banco ITAÚ. Os imóveis foram objeto de contratos de locação, por vinte anos, renováveis por igual período, sendo os aluguéis pagos mensalmente pelo banco em favor da SNOW.

Um dos imóveis foi arrematado por R$ 1.525.000,00 (matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP) e o outro por R$ 2.810.000,00 (matrícula 75.314, do 10º Registro de Imóveis de São Paulo/SP). Os pagamentos dos sinais, fixados em 30%, foram realizados através de dois cheques, emitidos em 06.11.2002, por SAMUEL, nos valores de R$ 457.500,00 e R$ 843.500,00, sacados contra o Banco CITIBANK, agência 0001, conta 04713850-5. Os saldos remanescentes foram objeto de parcelamento, em 36 prestações mensais e sucessivas.

5. Em seguida, na *terceira forma de lavagem narrada*, a denúncia trata de supostas operações de "dólar-cabo". Após tecer explicações sobre esse tipo de operações – baseadas na confiança, sem registro formal, em que há troca de posições financeiras em moedas distintas e países diferentes –, afirma o Ministério Público Federal que, conforme demonstrado em laudos elaborados pelo Instituto Nacional de Criminalística, os acusados SAMUEL e JAN, na administração das contas LAUREL e SINKEL, teriam participado de complexa rede de "doleiros", mantendo relações com diversos outros operadores clandestinos de câmbio.

Através desse sistema, seriam realizadas compensações recíprocas entre os "doleiros", de forma que cada um administrava sua conta para a conclusão de negociações realizadas em favor dos clientes.

Além disso, SAMUEL e JAN teriam prestado serviços de remessas de recursos, através de operações de "dólar cabo", para outros "doleiros" brasileiros, dentre os quais SÉRGIO ADLER, que também atuaria no mercado informal. Operações no valor total de US$ 1.629.278,81 teriam sido realizadas por SAMUEL e JAN, através das contas LAUREL e SINKEL, em favor de Sérgio Adler entre 1998 e 2002.

SÉRGIO ADLER realizaria suas operações de câmbio por intermédio de pessoas jurídicas interpostas, quais sejam, COLORPLUS LTDA. (CNPJ nº 01.839.900/0001-90, doravante apenas "COLORPLUS") e NAKAGAWA DISTRIBUIDORA COMERCIAL LTDA. (CNPJ nº 03.280.698/0001-34, doravante apenas "NAKAGAWA").

Os sócios da COLORPLUS seriam um "laranja" e uma empresa offshore, denominada DUNCAN RESOURCES INC. Da mesma forma, a NAKAGAWA tinha como sócia, além de um "laranja", a empresa offshore ODESSA BUSINESS INC. De fato, porém, ambas seriam controladas por Sérgio Adler.

SERGIO ADLER teria providenciado quatro depósitos em favor da conta de SAMUEL no Banco CITIBANK, através de cheques da empresa COLORPLUS. Essa empresa constaria como ordenante de dezenas de remessas internacionais de valores providenciadas por SAMUEL e JAN, através das contas LAUREL e SINKEL.

Ademais, valores devidos à empresa NAKAGAWA teriam sido transferidos pela empresa de fomento mercantil GARANTIA (CNPJ nº 01.347.791/0001-93) e pela empresa de fomento mercantil PIRATININGA (CNPJ nº 04.581.814/0001-16) para a conta de SAMUEL no CITIBANK.

Tais valores teriam sido direcionados à cobertura dos cheques emitidos para o pagamento dos sinais de negócio das aquisições dos imóveis junto ao Banco ITAÚ.

Além disso, SAMUEL e JAN, através da conta SINKEL, teriam providenciado, entre outubro de 1999 e dezembro de 2002, 87 (oitenta e sete) transferências internacionais de recursos em favor da empresa NAKAGAWA, no valor total de US$ 1.141.735,87, incluindo-se 5 (cinco) transações entre novembro e dezembro de 2002, período em que ocorreram os depósitos das empresas GARANTIA e PIRATININGA na conta de SAMUEL.

Em conclusão, para a acusação, a utilização pelos denunciados SAMUEL e JAN das subcontas por eles abertas, em nome das *offshores* LAUREL e SINKEL, teria facilitado a ocultação dos valores nelas movimentados, que consubstanciaram produtos de delitos antecedentes cometidos contra o sistema financeiro nacional.

6. A denúncia expõe, ainda, que, em 19 de abril de 1999, SAMUEL teria aberto a *conta 07-576048 junto ao BANK LEUMI TRUST COMPANY OF NEW YORK*, mantendo-a desde então. Tal conta teria registrado um saldo de US$ 121.034,21, entre valores disponíveis e aplicações, em 21 de outubro de 2003, sendo US$ 120.000,00 o total de aplicações, cujo resgate era previsto para *31 de dezembro de 2003*.

Assim, considerando que o Banco Central informou que o denunciado não apresentou declaração de manutenção de valores no exterior, nem tampouco houve declaração à Receita Federal acerca dessa conta, conclui o Ministério Público Federal pela prática do delito tipificado no artigo 22, p. ún., parte final, da Lei nº 7.492/1986.

7. Foram arroladas 5 (cinco) testemunhas de acusação.

O *inquérito policial* que confere subsídios à denúncia compõe os *quatro primeiros volumes* do presente processo e, conforme exposto, *possui numeração própria* (fls. 02/1110/IP).

8. A *denúncia foi recebida*, pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, em *18 de setembro de 2008* (fls. 28/35/AP). Na mesma decisão, foram deferidas diversas providências instrutórias requeridas pelo Ministério Público Federal.

Documentos expedidos pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR se encontram acostados às fls. 36/87/AP. Às fls. 89/90/AP, o Ministério Público Federal prestou esclarecimentos e reiterou pedido de quebra de sigilo bancário ainda então não apreciado – o que foi deferido por meio da decisão de fl. 99/AP.

Os acusados SAMUEL e JAN foram *citados* e intimados a responder à acusação (*fls. 256/AP* e *259/AP*, respectivamente). LEA e FERNANDO, inicialmente, não foram encontrados nos endereços indicados na denúncia (fls. 257/AP e 308/AP, respectivamente).

9. SAMUEL e JAN apresentaram sua *resposta escrita à acusação* em petição acostada às fls. 276/304/AP. Sustentou a Defesa, preliminarmente, a incompetência do Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR. Defendeu a conexão entre o feito e a ação penal nº 2004.70.00.021778-1, à época também em trâmite naquela Subseção Judiciária.

Quanto ao mérito da pretensão punitiva, a Defesa afirmou que o empréstimo realizado entre SAMUEL e FERNANDO foi real, bem como que sua realização foi espontaneamente declarada à Receita Federal brasileira. Além disso, FERNANDO possuía lastro para a realização do negócio jurídico, tanto assim que os valores foram efetivamente transferidos à conta mantida por SAMUEL no CITIBANK em 27 de novembro de 2002.

Ademais, argumentou a Defesa, o valor do empréstimo não é equivalente àqueles supostamente recebidos por FERNANDO em conta no exterior: enquanto o empréstimo foi concedido no valor de R$ 500.000,00, o valor da transferência no exterior montaria, em novembro de 2002, a R$ 614.123,61. Aduziu que o Ministério Público Federal deixou de considerar as supostas 87 movimentações realizadas por ordem de FERNANDO para terceiro, valendo-se das contas LAUREL e SINKEL, que somam, segundo o laudo econômico-financeiro que acompanha a denúncia, US$ 492.864,98.

Refutou, ainda, a existência de nexo causal entre as operações, em virtude do tempo decorrido entre elas, já que as transferências para a conta de FERNANDO no exterior teriam ocorrido num período de 3 (três) anos.

No que diz respeito às operações realizadas entre a SNOW e a KAYTON, argumentou que são verdadeiras e lícitas. Afirma que a acusada LEA é uma senhora com passado absolutamente irretocável. Expôs que todas as remessas foram precedidas de contratos de câmbio formalmente registrados no BANCO CENTRAL. Alegou que nada há de incomum no interesse manifestado por investidores estrangeiros em negócios que se mostraram altamente rentáveis.

Sustentou que a SNOW tinha atividades empresariais reais, conforme demonstraria a farta documentação juntada aos autos. Aduziu que os pagamentos do sinal para a aquisição dos imóveis foram realizados a partir da conta de SAMUEL porque, estando ele presente no dia do leilão, esqueceu o talão de cheques da SNOW. Por essa razão é que o dinheiro do empréstimo feito à SNOW teria sido depositado na conta de SAMUEL.

Expôs, ainda, que o talão de cheques sem uso, com assinaturas de LEA, apreendidos em poder de JAN, deve-se ao fato de que ela pouco permanecia na sede da empresa. Rebateu, porém, a conclusão de que isso se devia ao fato de ser ela uma mera pessoa interposta, mas atribuiu esse fato à circunstância de que isso facilitava a administração da empresa.

No que tange à suposta lavagem de dinheiro por meio de operações de "dólar cabo", argumentou a Defesa que a denúncia fez referência a um único suposto "doleiro", chamado Sérgio Adler, que sequer denunciado por essa prática fora. Não haveria, assim, elementos mínimos que demonstrassem a existência de qualquer crime antecedente vinculado às mencionadas operações.

Quanto ao crime previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, sustentou a ausência de materialidade, dada a ausência de informação sobre o saldo existente no último dia de cada exercício financeiro.

Foram arroladas 10 (dez) testemunhas.

10. Em virtude de o Supremo Tribunal Federal ter decidido, no *Habeas Corpus* nº 85.796, ser da competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP o processamento e julgamento da ação penal nº 2004.70.00.021778-1, à época também em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, o Ministério Público Federal requereu que também o presente feito – bem como as medidas assecuratórias lá autuadas sob os nºs 2008.70.00.015095-3 e 2008.70.00.034812-7 – fosse igualmente encaminhado para São Paulo/SP, dada a conexão entre os feitos.

O Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, então, proferiu, às fls. 406/408/AP, decisão de *declínio* de sua *competência*, determinando a remessa para uma das varas especializadas de São Paulo/SP, da presente ação penal, bem como da ação penal nº 2004.70.00.021778-1 e das medidas assecuratórias lá autuadas sob os nºs 2008.70.00.015095-3 e 2008.70.00.034812-7.

11. Distribuído o feito a este Juízo, o órgão do Ministério Público Federal aqui oficiante reconheceu a conexão com a ação penal nº 2004.70.00.021778-1 – autuada neste Juízo sob o nº 2009.61.81.011621-6 e, na nova numeração do CNJ, 0011621-41.2009.4.03.6181– e ratificou a denúncia oferecida (fl. 422/AP).

Proferi, então, a decisão de fls. 423/426/AP, em que, inicialmente, ressaltei que, além da ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, também foram recebidos por este Juízo as medidas assecuratórias, aqui autuadas sob os nºs 2009.61.81.011623-0 (0011623-11.2009.4.03.6181) e 2009.61.81.011627-7 (0011627-48.2009.4.03.6181).

Ademais, ratifiquei a decisão de recebimento da denúncia e determinei o prosseguimento da ação penal.

O Ministério Público Federal requereu a expedição de ofícios para companhias telefônicas, no intuito de localizar a acusada LEA (fl. 434/AP).

A acusada LEA, mais uma vez, não foi localizada nos endereços diligenciados (fl. 599/AP).

Localizado, o acusado FERNANDO foi *citado* e intimado a responder à acusação (*fls. 600/629/AP*).

12. FERNANDO apresentou *resposta escrita à acusação*, em petição acostada às fls. 581/588/AP. A Defesa iniciou por fazer considerações sobre a ação penal em que se apura a ocorrência dos crimes antecedentes (autos nº 0011621-41.2009.4.03.6181).

Em seguida, narrou a forma como se iniciaram as investigações relacionadas a FERNANDO, a partir de ofícios encaminhados pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, que vislumbrou indícios de simulação no empréstimo formalizado entre FERNANDO e SAMUEL. Expôs que, em virtude do ofício oriundo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, a Receita Federal lavrou auto de infração em face de FERNANDO, no qual, sustentou a Defesa, está demonstrada a origem do numerário utilizado no empréstimo.

A Defesa refutou a participação de FERNANDO em qualquer esquema de lavagem de ativos e afirmou que está clara a veracidade do empréstimo bem como a origem lícita dos valores emprestados.

Em seguida, teceu a Defesa considerações acerca da incompetência da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Passou, então, a discorrer sobre o mérito da pretensão punitiva, reforçando a argumentação de Defesa de SAMUEL e JAN, no sentido de não haver nexo causal entre as operações realizadas nos EUA e no Brasil. Além disso, sustentou que FERNANDO não tinha conhecimento das atividades de SAMUEL e JAN.

Aduziu que FERNANDO demonstrou cabalmente que os valores recebidos tinham origem na distribuição de dividendos decorrentes de sua participação na empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. Também ressaltou que esses valores sempre foram regularmente declarados à Receita Federal. Informou que apresentou impugnação administrativa contra o auto de infração lavrado contra si, que ainda aguarda julgamento.

Foram arroladas 2 (duas) testemunhas.

13. Após mais tentativas infrutíferas de localização da acusada LEA, foi a acusada *citada por edital* (*fl. 650-AP*).

Em seguida, foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional em relação a ela, nos termos da decisão de fl. 651/AP. Tal decisão acabou por ser revogada à fl. 653/AP, por inaplicabilidade do artigo 366 do Código de Processo Penal, nos termos do artigo 2º, § 2º da Lei nº 9.613/1998, sendo o feito remetido à Defensoria Pública da União, para apresentação de resposta escrita à acusação.

A *Defensoria Pública da União* apresentou a *resposta escrita à acusação* em nome da acusada LEA (fls. 655/664/AP). A Defensoria Pública da União, após fazer um resumo dos fatos, sustentou a aplicabilidade do artigo 366 mesmo nos casos de lavagem de dinheiro, sustentando a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 2º da Lei nº 9.613/1998.

Quanto ao mérito, sustentou que não existem elementos a demonstrar o conhecimento por parte de LEA a respeito das atividades desenvolvidas por SAMUEL e JAN.

Indicou as mesmas testemunhas arroladas na denúncia.

14. Às fls. 668/674/AP, foi proferida decisão na qual foi indeferido o pedido de reunião da presente ação penal e aquela de nº 0011621-41.2009.4.03.6181. Foram afastadas as alegações preliminares e mantido o processo em relação à ré LEA. Não se reconheceram causas de absolvição sumária e foram, ainda, deferidas diligências requeridas pela Defesa de SAMUEL e JAN.

Iniciada a *instrução*, foram ouvidas as testemunhas de acusação e defesa Jaime Julio Kalansky Snakas (termo às fls. 739/740/AP, mídia à fl. 745/AP), Cleber Pereira Batista (termo às fls. 741/742/AP, mídia à fl. 745/AP) e Mauro Esteves (termo às fls. 743/744/AP, mídia à fl. 745/AP).

Foi homologada a desistência da oitiva das testemunhas de acusação e defesa Marcelo José Araújo Schneider e Paulo Roberto Godoy Schumacher (fls. 746/AP e 874/AP, respectivamente). Também foi homologada a desistência da oitiva das testemunhas de defesa Luciany L. P. Santos e Leo Isler (fl. 888/AP).

Foram ouvidas as testemunhas de defesa Jayme Hurivitz (termo às fls. 860/861/AP, mídia à fl. 873/AP), José Roberto Iampolsky (termo à fls. 862/863/AP, mídia à fl. 873/AP), Arnaldo Copeliovitch (termo às fls. 864/865/AP, mídia à fl. 873/AP), José Skorkowski (termo às fls. 866/867/AP, mídia à fl. 873/AP), Cristiana Rabaça Reshef (termo às fls. 868/869/AP, mídia à fl. 873/AP), Henrique Marcio Smitas (termo às fls. 871/872/AP, mídia à fl. 873/AP), Antonio

Miguel Salerno (termo às fls. 877/878/AP, mídia à fl. 887/AP) e Salvador Issa Gonzalez (termo às fls. 871/872/AP, mídia à fl. 887/AP).

Finalmente, realizou-se o interrogatório dos réus SAMUEL (termo às fls. 881/882/AP, mídia à fl. 887/AP), JAN (termo às fls. 883/884/AP, mídia à fl. 887/AP) e FERNANDO (termo às fls. 885/886/AP, mídia à fl. 887/AP).

Na fase de diligências posteriores à instrução, prevista no artigo 402 do Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal e a Defesa de SAMUEL e JAN nada requereram (fl. 888/AP).

A Defesa de FERNANDO requereu prazo de 5 (cinco) dias para a juntada de documentos, o que foi deferido (fl. 888/AP). Os documentos foram juntados às fls. 890/894/AP.

15. O *Ministério Público Federal* apresentou suas *alegações finais* escritas às fls. 896/904/AP. Na peça, sustentou o *Parquet* que as acusações formuladas na denúncia restaram comprovadas. Procurou desqualificar a tese defensiva de FERNANDO de que o empréstimo teria sido concedido a pedido de seu pai, que seria também o responsável pela movimentação dos valores no exterior. Argumentou que a instrução comprovou que a SNOW era uma empresa de "fachada". Defendeu que os empréstimos e investimentos realizados pela KAYTON se mostraram fictícios. Por fim, aduziu que restou demonstrada a manutenção de valores não declarados no exterior por parte de SAMUEL.

A Defesa de FERNANDO juntou suas *alegações finais* às fls. 924/983/AP. Inicialmente, teceu considerações a respeito da reputação ilibada do acusado, de sua vida profissional e pessoal. Em seguida, expôs a origem da presente ação penal, explicando sua conexão com a ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181.

Preliminarmente, sustentou a ilegalidade da quebra de sigilo fiscal determinada pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida. Também defendeu que o magistrado daquele Juízo substituiu-se à acusação, arvorando-se em investigador, ao determinar a quebra de sigilo fiscal e a realização de procedimento fiscal, em relação a FERNANDO, de ofício.

No mérito, argumentou pela atipicidade da conduta, dado que teria teriam restado comprovadas a existência e a veracidade do empréstimo realizado entre FERNANDO e SAMUEL. Defendeu que não há provas de que FERNANDO tenha recebido valores no exterior, dado que os únicos elementos constantes dos autos foram elaborados unilateralmente pela acusação, não havendo prova elaborada por peritos oficiais.

Aduziu que não foi demonstrado nexo de causalidade entre o empréstimo e as supostas transações no exterior. Também argumentou que não houve acréscimo patrimonial a descoberto e que o dinheiro emprestado possui origem lícita, conforme teria restado comprovado.

A Defensoria Pública da União apresentou *alegações finais* em favor de LEA às fls. 994/1008/AP. Após breve resumo, sustentou a aplicabilidade do artigo 366 mesmo nos casos de lavagem de dinheiro, sustentando a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 2º da Lei nº 9.613/1998 e, por conseguinte, a nulidade absoluta do feito.

Quanto ao mérito, sustentou que a ausência de dolo por parte de LEA, já que não existem elementos a demonstrar o seu conhecimento a respeito das atividades desenvolvidas por SAMUEL e JAN. Sucessivamente, requereu a aplicação da pena privativa de liberdade no mínimo legal e a fixação do regime inicial aberto.

Por fim, a Defesa de SAMUEL e JAN juntou suas *alegações finais* às fls. 1012/1046/AP. Após breve retrospectiva fática e processual, narrou, inicialmente, que na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, os réus foram condenados apenas pela prática dos delitos tipificados nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986, tendo sido absolvidos da imputação de gestão fraudulenta. Ademais, expôs que, na sentença, houve reconhecimento da atenuante da confissão por parte dos réus.

Preliminarmente, sustentou a Defesa a inépcia da denúncia, por falta de indicação do nexo de causalidade entre o empréstimo concedido por FERNANDO a SAMUEL e as transferências de valores no exterior. Argumentou que não existe no mercado de câmbio paralelo contrato a prazo, em que as remessas acontecem num momento tão distante do pagamento em moeda nacional como aquele suposto na denúncia. Também defendeu a necessidade de conversão do feito em diligência, a fim de que o Ministério Público Federal indique como teria se dado a causa de aumento do § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, imputado na denúncia.

No mérito, alegou a Defesa que JAN sequer sabia do empréstimo realizado entre SAMUEL e FERNANDO. Ademais, teria restado comprovada a existência efetiva do empréstimo. Sustentou que LEA efetivamente atuava na empresa SNOW e que os negócios jurídicos entre a SNOW e a *offshore* KAYTON foram reais. Refutou também que as operações supostamente realizadas pelo "doleiro" Sergio Alder pudessem ser consideradas antecedentes de lavagem de dinheiro por meio de "dólar cabo". Por fim, argumentou que, quanto ao delito do artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, já foi examinado na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, de modo que seu processamento no presente feito configura *bis in idem*. Além disso, defendeu que não houve comprovação do crime, por falta de juntada do extrato bancário da conta no exterior.

Na sequência, os autos vieram conclusos para sentença.

É o que importa relatar. DECIDO.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARMENTE

Alegação de inépcia da denúncia quanto ao ato de lavagem por meio de empréstimo

16. Sustentou a Defesa de SAMUEL e JAN que a denúncia seria inepta no que tange à imputação relacionada ao empréstimo celebrado entre FERNANDO e SAMUEL. Afirmou que a tese exposta na denúncia seria incoerente e imprecisa, pois parte da suposição de que FERNANDO teria recebido valores no exterior e, somente após dois anos, teria devolvido o equivalente em reais no Brasil.

Defendeu que essa incoerência seria evidenciada por três argumentos: a) as características pessoais dos envolvidos; b) as regras usuais do mercado; e c) as taxas de câmbio.

Expôs que JAN e SAMUEL, "doleiros" confessos na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, não necessitariam de interposta pessoa para remeter valores de sua propriedade, tendo em consideração que poderiam facilmente abrir contas em nome próprio ou de *offshore* para remeter os valores ao Brasil.

Além disso, alegou que não existe operação a prazo no mercado de câmbio paralelo, de modo que jamais poderia haver liquidação da operação em período de 2 (dois) anos.

Por fim, aduziu que o montante dos valores recebidos nos EUA por FERNANDO não correspondem, em reais, aos R$ 500.000,00 repassados a título de empréstimo, no Brasil, a SAMUEL.

17. O teor da argumentação da Defesa acerca da suposta inépcia parcial da denúncia desvela, claramente, discussão sobre o mérito da pretensão punitiva.

Com efeito, o que a Defesa pretende demonstrar é que a tese acusatória, no ponto específico impugnado, não se sustenta, por supostamente não estar embasada em provas confirmatórias e por não ser verossímil, consideradas as circunstâncias fáticas que cercam as condutas.

Mas, evidentemente, não se trata de ilogicidade ou incompreensibilidade da peça inicial acusatória. A exordial é bastante precisa na descrição dos fatos, especialmente na menção aos repasses de valores em dólares a FERNANDO em conta mantida nos EUA e na alegada utilização do empréstimo com a finalidade de conferir aparência de licitude aos valores recebidos por SAMUEL.

Restou, pois, cumprida a determinação do artigo 41 do Código de Processo Penal, segundo o qual "[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".

Tanto assim que tal descrição permitiu o amplo e adequado exercício do direito de defesa por parte dos acusados.

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ressalto que "[n]ão é inepta a denúncia que preenche todos os requisitos essenciais relacionados no art. 41 do Código de Processo Penal, eis que, sucintamente como se requer, contém a exposição circunstanciada dos fatos e a identificação e qualificação da denunciada, permitindo-lhe o exercício da mais ampla defesa" (AI 820480 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julg. 03.04.2012, DJe 23.04.2012).

Pelo exposto, quanto ao ponto questionado, tenho a denúncia por hígida e rejeito a preliminar.

Requerimento de conversão do processo em diligência

18. Sustentou a Defesa de SAMUEL e JAN a necessidade de conversão do feito em diligência, dada a omissão por parte do Ministério Público Federal em especificar a causa de aumento prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/1998.

Aduziu que é direito dos acusados, como corolário do princípio da ampla defesa, que a acusação seja certa e precisa e que, no caso concreto, não houve descrição mínima de circunstâncias fáticas que pudessem conduzir à aplicação da referida causa de aumento.

19. O § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, em sua redação originária e vigente à época dos fatos – antes do advento da Lei nº 12.683/2012 –, assim dispunha:

> *§ 4º* A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de *forma habitual* ou por *intermédio de organização criminosa*.

Como visto, o artigo 41 do Código de Processo Penal prescreve que a *denúncia* deve conter, entre outros pontos, não apenas a exposição do fato criminoso, mas *todas as suas circunstâncias*.

Na formulação clássica de João Mendes de Almeida Júnior, a denúncia "deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*)" (*O Processo Criminal Brasileiro*. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 183).

Assim sendo, a denúncia não deve descrever tão somente o fato típico, mas, também, as eventuais agravantes, causas de aumento e qualificadoras. É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz pode reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Nesse sentido, decidiu-se que "As agravantes, ao contrário das qualificadoras, sequer precisam constar da denúncia para serem reconhecidas pelo Juiz. É suficiente, para que incidam no cálculo da pena, a existência nos autos de elementos que as identifiquem" (HC 93211, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julg. 12.02.2008, DJe 25.04.2008)

Entretanto, a exceção trazida pelo artigo 385 – que já é bastante discutível –, deve ser interpretada restritivamente. Assim, somente as agravantes independem de descrição na denúncia para serem aplicadas pelo juiz, mas o mesmo não se aplica às qualificadoras e às causas de aumento de pena, como aquela prevista no § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

20. Analisando a denúncia, verifico que, de fato, não há qualquer descrição, por mínima que seja, no sentido de enquadramento das condutas dos acusados na referida causa de aumento, i. e., de que os crimes tenham sido cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

A falta de descrição da causa de aumento de pena, portanto, torna a denúncia imprestável nesse ponto. Evidentemente, a consequência do vício é a falta de imputação a respeito e, em decorrência, a impossibilidade de condenação. Jamais, como requer a Defesa dos acusados SAMUEL e JAN, a conversão do feito em diligência para se controverter a respeito de imputação que, friso novamente, sequer foi descrita.

Reconheço, pois, a *inépcia parcial da denúncia*, apenas quanto à causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

Evidentemente, o reconhecimento da inépcia quanto à causa de aumento não impede a incidência das regras do concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, dado que a aplicação destas é inerente à prolação da sentença, desde que os fatos estejam corretamente descritos na denúncia.

Suspensão do Processo em relação à ré LEA

21. A Defensoria Pública da União sustentou a nulidade absoluta do processo em relação à ré LEA, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Isso porque o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998, segundo o qual "[n]o processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal", seria inconstitucional.

Não desconheço os argumentos que apontam a inconstitucionalidade do dispositivo, mas o fato é que os princípios do contraditório e da ampla defesa sempre estiveram previstos na

presente Constituição e nas anteriores e somente em 1996 passou a vigorar a previsão de que "[s]e o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional" (CPP, artigo 366, com a redação dada pela Lei nº 9.271/1996).

Antes disso, desde 1941, previa o artigo 366 do CPP que "[o] processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado".

Esse dispositivo, que vigeu durante mais de 50 anos, nunca foi tido como inconstitucional.

Ressalto, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal já tratou, de forma incidental, por diversas vezes, da norma do artigo 366 e de sua vigência temporal, sem nunca ter cogitado da inconstitucionalidade da redação antiga do dispositivo. Com efeito, o STF decidiu que a norma da nova redação do artigo 366 do CPP "só pode ser aplicada aos processos pendentes, antes da prolação da sentença, porque trouxe disposições incindíveis de direito material (prescrição) e de direito processual (suspensão do processo), devendo prevalecer a norma de direito material para o fim de se determinar que não pode retroagir, porque a suspensão da prescrição não beneficia o réu" (HC 75679, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 03/03/1998, DJ 20-04-2001).

Ora, *contrario sensu*, o STF entendeu perfeitamente viável a continuidade da aplicação da norma antiga do 366 aos processos já sentenciados, com o que, evidentemente, reconheceu sua constitucionalidade.

Entendo, pois, que a opção do legislador de não aplicação do artigo 366 do CPP aos processos de lavagem de dinheiro é uma opção do legislador, que deve ser respeitada, inclusive em observância à presunção de constitucionalidade das leis.

Falta de fundamentação para a quebra do sigilo fiscal de FERNANDO

22. A Defesa de FERNANDO sustentou a nulidade das provas obtidas com a quebra de sigilo fiscal, por falta de fundamentação da decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR.

Defende que tal medida invasiva da privacidade do réu dependeria de realização anterior de outras providências, demonstração da sua imprescindibilidade e fundamentação baseada em elementos concretos.

23. Analisando a decisão proferida pelo magistrado federal à época responsável pelo feito, não vislumbro qualquer mácula de legalidade. Está assim fundamentada a quebra do sigilo fiscal de FERNANDO (fl. 75, Apenso X, Volume 1):

> Examinando os autos, causa alguma surpresa a elevação do patrimônio do acusado SAMUEL no decorrer do ano de 2002, passando este de R$ 536.898,00 para R$ 1.069.009,40 (fls. 108-110 do pcd anexo). Como os rendimentos tributáveis declarados são apenas de R$ 2.400,00 no referido ano, a justificativa para o acréscimo patrimonial parece ser apenas o empréstimo declarado e que teria sido recebido de Fernando Salvador Alberti Sequerra Amram, CPF 885.172.847-04, no valor de R$ 500.000,00 no mesmo ano. Empréstimo neste montante e especialmente na época dos fatos delitivos causa alguma suspeita quanto a sua real existência ou licitude. Assim, em vista dos indícios de crime narrados na inicial, bem como no exposto nesta decisão, e para melhor apurar os fatos e com base no artigo 234 do CPP, oficie-se à De-

legacia da Receita Federal do domicílio fiscal de Fernando Salvador Alberti Sequerra Amram, CPF 885.172.847-04, solicitando o envio a este Juízo, em 30 dias, de cópia de suas declarações de rendimentos apresentadas para os períodos base de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003.

A fundamentação é sucinta, mas suficiente. Conforme rotineiramente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, "[a] falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta" (HC 105349 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julg. 23.11.2010, DJe 17.02.2011) e "o fato de a fundamentação ser sucinta não acarreta a nulidade da decisão por falta de fundamentação" (HC 75133, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julg. 03.06.1997, DJ 12.09.1997).

O magistrado especificou devidamente que a quebra de sigilo fiscal era necessária, a fim de dirimir suspeita sobre o empréstimo alegadamente obtido por SAMUEL. A suspeita adveio da circunstância de que SAMUEL declarou rendimentos tributáveis de apenas R$ 2.400,00 em 2002, ano em que obteve o empréstimo mais de vinte vezes superior. Era perfeitamente justificável, pois, a quebra de sigilo fiscal. E, evidentemente, o prosseguimento das investigações dependia da verificação se tal empréstimo também fora declarado por FERNANDO, bem como se FERNANDO tinha origem lícita que desse suporte a esse empréstimo. Nenhum outro documento que não as declarações de rendimentos apresentadas por FERNANDO poderiam fornecer esses dados.

Atuação de ofício do Magistrado na instrução do feito

24. A Defesa de FERNANDO sustentou a nulidade das provas obtidas com a quebra de sigilo fiscal, a realização de investigação fiscal sobre seu patrimônio e a instauração de inquérito policial.

Sustenta que, na ação em que apurados os delitos antecedentes, o Juiz da 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR determinou, de ofício, a quebra do sigilo fiscal de FERNANDO, em razão de ter considerado suspeito o empréstimo realizado entre ele e SAMUEL. Com o recebimento dos dados fiscais, novamente de ofício, o magistrado determinou à Receita Federal do Brasil que realizasse investigação fiscal relacionada a FERNANDO. Também determinou a instauração de inquérito policial para analisar a eventual prática do delito de lavagem de capitais, que acabou resultando na presente ação penal.

25. As medidas tomadas pelo juiz da 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR, porém, encontram-se expressamente respaldadas pela legislação.

Quanto à instauração de inquérito policial, o artigo 5º do Código de Processo Penal estabelece expressamente a atribuição dos juízes de requisição de adoção dessa medida. É dizer que é dever do juiz que toma conhecimento de indícios de um ilícito penal requisitar a instauração de inquérito policial. Conforme GUILHERME NUCCI, "... se trata de um desdobramento natural do controle e da fiscalização da polícia judiciária no que toca à obrigatoriedade de apuração de um delito de ação penal pública incondicionada" (*Código de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 86).

No que diz respeito à determinação de diligências, o artigo 13, inciso II, do CPP prevê que incumbirá à autoridade policial "realizar as diligências requisitadas pelo juiz". Especificamente a quebra de sigilo fiscal está prevista no artigo 198, §, I, que prevê a divulgação dos dados pela Fazenda Pública requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça.

O artigo 156, inciso II, do CPP permite ao juiz de ofício determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Assim sendo, a jurisprudência admite que o juiz determine a produção de provas, seja em benefício da acusação ou da defesa. Cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.
> *1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.*
> *2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."*
> (...)
> *Writ* parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem.
> (HC 192410/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012, destaquei)

> *HABEAS CORPUS*. POSSIBILIDADE. JUIZ. DETERMINAÇÃO. DILIGÊNCIAS. PROCESSO PENAL. ART. 156-CPP. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. (...) ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NA EXTENSÃO, DENEGADA.
> *1. Pode o magistrado ordenar, de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, diligências necessárias afim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes em relação ao deslinde da causa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da verdade real.*
> (...)
> 5. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.
> (HC 95.553/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 06/02/2012, destaquei)

> *HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO PASSIVA. (...) PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS NÃO INDICADAS PELAS PARTES. ART. 212 DO CPP. (...)
> (...)
> 4. Improcede a sustentação de violação ao princípio acusatório, pois *o ordenamento faculta ao juiz, de ofício, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, bem assim, ouvir testemunhas que não tenham sido indicadas pelas partes, desde que contribuam para o deslinde dos fatos.*
> (...)
> 7. Ordem denegada.
> (HC 147.634/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 04/05/2011, destaquei)

> *HABEAS CORPUS*. CRIMINAL. ESTUPRO. PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. PERÍCIA. ASSISTENTE TÉCNICO PARA ACOMPANHAMENTO DE PERÍCIA. MODALIDADE NÃO PREVISTA NO PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. (...) ORDEM DENEGADA.

O Código de Processo Penal faculta ao Magistrado a produção de provas de ofício.
Se as partes tiveram acesso a documentos juntados aos autos, antes das alegações finais, afasta-se o cerceamento de defesa.
(...)
Ordem denegada.
(HC 100.321/MT, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 22/04/2008, destaquei)

26. De todo modo, é importante considerar, no caso concreto, que o juiz que participou da colheita das provas, atuando de ofício, não foi o mesmo que realizou a instrução processual, já que o processo foi remetido a esta Seção Judiciária de São Paulo/SP.

Ou seja, ainda que se entenda que o juiz da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR agiu com parcialidade, deixou de ser ele a autoridade responsável pela condução do processo penal, restando afastado qualquer eventual vício de origem.

É de se ressaltar, ademais, que as provas inquinadas de ilícitas, produzidas através de quebra de sigilo fiscal e realização de investigação fiscal, seriam obtidas naturalmente no curso da investigação criminal, já que são providências típicas da fase apuratória.

Rejeito, com base nesses argumentos, a preliminar.

MÉRITO

Crimes Antecedentes

27. Na Ação Penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, que tramitou perante este Juízo, os acusados SAMUEL e JAN foram condenados pela prática dos delitos tipificados nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986. Na respectiva sentença condenatória, juntada às fls. 1048/1071/AP, foi reconhecido que os réus atuavam profissionalmente como "doleiros", através da realização de múltiplas operações de "dólar-cabo" em valores muito elevados.

Ressalto que, na referida ação penal, os réus confessaram sua atuação como "doleiros". Tais confissões a respeito da atividade ilícita foram repetidas nesta ação penal nos interrogatórios de SAMUEL (cf. mídia à fl. 887, minuto 03:22 e seguintes) e JAN (cf. mídia à fl. 887, minuto 02:25 e seguintes).

Não bastasse a sentença e as confissões, ressalto que as provas da prática desse delito são abundantes. Cito, especialmente, os documentos juntados no Apenso X, especialmente Volumes 4 e 5, onde se encontram fichas de aberturas de contas, movimentações financeiras, comunicações trocadas entre os acusados e as instituições financeiras, laudos de exame econômico-financeiro, entre outros.

Além disso, os livros contábeis e as notas fiscais apreendidas também são provas de que a empresa possuía apenas uma aparência de funcionamento efetivo (Apenso V, Volumes 1, 2 e 3). Os serviços discriminados nas notas fiscais, como regra, consistem em "assessoria em vendas" (*v.g.*, fls. 29/39, 40/45, 47, 49/51, 53/56, 59/71, 73/85, 90/104, Apenso V, Volume 1) ou "assessoria" (fls. 195/232, Apenso V, Volume 1). Também há menções a "assessoria financeira" (*v.g.*, fls. 39, 46, 48, 52, 57/58, Apenso V, Volume 1Volume 6) e até mesmo a "estudo de viabilização de projeto de construção nova sede" (fl. 72, Apenso V, Volume 1).

Interessante ressaltar, ademais, que uma das supostas clientes da SNOW, a empresa 5284 Investimentos, que transferiu o valor de R$ 772.732,45 para a conta corrente de SAMUEL,

era uma empresa de fachada para a prática de ilícitos fiscais e financeiros, conforme concluiu a Receita Federal do Brasil em fiscalização lá realizada (cf. Apenso VII).

Diversos dos supostos clientes da SNOW, para as quais era prestada "assessoria" tiveram seus nomes identificados como relacionados a operações de evasão de divisas.

Ainda, segundo a versão dos acusados, SAMUEL era responsável pela assessoria financeira e JAN pela assessoria em vendas. Contudo, a descrição dos serviços supostamente prestados por JAN é absolutamente inverossímil.

Em interrogatório perante a 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR, JAN assim descreveu seus serviços: "Então, eu cuido muito da parte de treinamento de vendas desse pessoal do Grupo Gelri. Como eu trabalho externo, eu vou lá no setor deles, eles têm, no Centro de São Paulo, perto do Mappin, se eu não me engano, na Rua 24 de maio, eu vou lá, dou exposições de como atender clientes, algumas coisas dessa maneira ..." (fl. 63, autos apensos nº 2007.70.00.026687-2, Volume 2).

Confiram-se as suas palavras em Juízo (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 12:58 e seguintes, destaquei)

> JAN: A SNOW sempre foi de consultoria e tudo mais ...
> JUÍZA: Financeira?
> JAN: Financeira e tudo ..., não só financeira, porque eu nunca trabalhei na área financeira. Pra você ter uma ideia, a minha parte de RH, quando eu ia fazer alguma coisa nas firmas, pra senhora ter uma ideia, o que que era o meu negócio, eu ficava sentado ... Imagina qualquer fábrica, qualquer coisa, eu ficava sentado no estacionamento, depois eu ficava sentado na recepção, eu ficava indo na administração e eu depois tentava montar o que seria o *modus operandi*. O que que seria o *modus operandi*? Ah, o cliente chegou, como que o recepcionista do estacionamento tem que atender ...

A atividade é inacreditável. É muito difícil acreditar que alguém pagaria por esse tipo de "consultoria", ainda mais prestado por JAN, pessoa sem qualificação para essa atividade e que não mostrou, em seu interrogatório, nenhum domínio convincente desse assunto.

28. Não resta dúvida, pois, da atuação de SAMUEL e JAN como "doleiros". Também há robustos indícios de que os acusados não detinham efetivamente alguma fonte de renda lícita, tudo indicando que se dedicavam exclusivamente à atividade clandestina de câmbio.

Para a sua atuação como "doleiros", os acusados SAMUEL e JAN se valiam de duas *offshores* constituídas nas Ilhas Virgens Britânicas, denominadas LAUREL (fls. 425/432, Apenso X, Volume 2) e SINKEL (fls. 691/725, Apenso X, Volume 4); no período compreendido entre 04.11.1997 e 26.12.2002, a LAUREL movimentou US$ 128.956.520,57 a crédito e US$ 137.510.556,23 a débito, ao passo que, entre 17.08.1999 e 30.12.2002, a SINKEL movimentou US$ 157.753.605,70 a crédito e US$ 171.281.458,51 a débito (cf. Laudo de Exame Econômico-Financeiro nº 1258/04-INC/DPF – fl. 866, Apenso X, Volume 4).

Pelas gigantescas quantias envolvidas em referidas remessas, tem-se por evidente que tais crimes geraram *elevados produtos* para os acusados. A movimentação total chega a quase US$ 600 milhões. Caso os acusados cobrassem uma comissão de meros 0,5% a cada transação, o produto do crime já montaria a aproximadamente US$ 3 milhões. SAMUEL, ao preencher a ficha de cadastro referente à subconta LAUREL, além de informar sua atividade de câmbio, aludiu a uma renda anual de US$ 450.000,00 (quatrocentos e cinqüenta mil dólares dos EUA) – cf. fl. 931 do Apenso X, Volume 5.

Não é demais ressaltar que, já antes da abertura dessas *offshores*, SAMUEL atuava como doleiro por meio de uma conta de sua titularidade, n 715-9, mantida no BANESTADO de Nova Iorque (cf. Apenso X, Volume 7). A movimentação total dessa conta foi de US$ 76.512.582,76 (cf. Laudo de Exame Econômico-Financeiro nº 675/02/04-INC/DPF – fl. 1483, Apenso X, Volume 7).

Diante da movimentação de recursos sem origem demonstrada, SAMUEL foi autuado pela Receita Federal do Brasil, restando constituído crédito tributário no valor de R$ 128.907.386.07 (cento e vinte e oito milhões, novecentos e sete mil, trezentos e oitenta e seis reais e sete centavos), incluindo-se o principal, multa e juros, calculados até 30.11.2007 (fl. 498, Apenso I, Volume 3)

Especificamente no que diz respeito à transferência realizada em favor de FERNANDO no exterior, ademais, SAMUEL reconheceu que os valores eram decorrentes de sua atividade ilícita de câmbio (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 13:15 e seguintes).

29. De qualquer forma, ainda que hipoteticamente se reconhecesse que os acusados tivessem algum rendimento lícito, não seria suficiente para a aquisição dos imóveis mencionados na denúncia. Assim, restaria caracterizada a *mistura de bens lícitos e ilícitos*, o que também configura uma atividade típica de ocultação da origem dos bens.

É o que a doutrina estadunidense denomina de *commingling*. Conforme explica MARCELO B. MENDRONI, "qualquer forma que o agente utilize, não necessariamente através de uma empresa, que embora seja a mais comum não é a única, *misturando recursos obtidos licitamente com outros obtidos ilicitamente*, pela prática de alguns dos crimes antecedentes, nos termos da lei, *configura a prática de crime de lavagem de dinheiro na medida em que ele* '*dissimula*' *a origem daqueles ganhos ilegais. Essa* '*mistura*' *pode ocorrer*, em uma mesma conta corrente ou aplicação financeira, *em forma de somatória para a compra de* ações ou qualquer outro ativo, bens, como *imóveis*, automóveis, barcos, aviões etc., o que já se afigura, numa primeira etapa, a modalidade de movimentação para, em seguida, a prática da 'conversão' em bens" (*Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 63).

Tanto assim que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional ("Convenção de Palermo"), aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo no 231, de 29 de maio de 2003, e incorporada ao direito brasileiro pelo , estabelece, em seu artigo 12, 4, que "[s]e o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados".

Assim sendo, resta devidamente provado que: a) foram praticados pelos réus SAMUEL e JAN os *crimes contra o sistema financeiro nacional* tipificados nos artigos 16 (operação de instituição financeira não autorizada) e 22 (evasão de divisas) da Lei nº 7.492/1986; b) tais crimes geraram *produto financeiro* de elevada monta: c) não há provas convincentes de rendimentos lícitos recebidos pelos acusados, indicando as provas, pelo contrário, que toda *sua renda era oriunda dos crimes* contra o sistema financeiro nacional; d) ainda que assim não fosse, a *mistura de bens lícitos e ilícitos não desnatura o delito de lavagem de capitais*, antes o torna mais complexo e de difícil detecção.

Resta verificar, pois, se as condutas narradas na denúncia como posteriores à prática dos crimes financeiros preenchem os requisitos do delito de lavagem de capitais.

Da Lavagem de Ativos através de Empréstimo Simulado entre SAMUEL e FERNANDO

30. Como exposto no tópico referente aos delitos antecedentes cometidos por SAMUEL e JAN, estes operavam as subcontas SINKEL e LAUREL, abertas junto à instituição financeira BEACON HILL SERVICE CORPORATION, que, por sua vez, mantinha uma "conta ônibus" no JP MORGAN CHASE em Nova Iorque/EUA.

Por meio dessas subcontas, foram realizadas diversas transferências em que FERNANDO consta como ordenante (fls. 56/111/IP). Também se verificou que valores foram transferidos diretamente para a conta nº 69883876, de titularidade do próprio FERNANDO, mantida no Banco CITIBANK no Texas (fls. 106/107/IP, 109/110/IP).

O laudo de exame econômico-financeiro nº 750/06, elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística a partir da base dados colhidos no "Caso Banestado", que compreende as movimentações financeiras das contas relacionadas à rede de "doleiros" identificada, verificou-se que o nome de FERNANDO aparece relacionado a movimentações no valor de US$ 402.344,90 (fl. 781/IP).

Quanto a este ponto, destaco que a Defesa contesta os valores recebidos na conta de FERNANDO, negando que a conta tenha efetivamente sido beneficiárias de tais créditos. Afirma que a acusação se basearia em laudo que "não consignou as datas valores, destinatários, ordenantes das contas em que teriam ocorrido as referidas operações, *limitando-se a apresentar tabela com valores* '*totais*' *que são, aliás, notadamente diversos aos apresentados pelo Ministério Público*, sendo expressamente destacada a possibilidade de ocorrência de homônimos" (fl. 962/AP, os destaques são da Defesa).

31. Não obstante, há *provas* suficientes nos autos de que as *transferências para a conta de FERNANDO efetivamente ocorreram*.

Inicialmente, ressalto que, ao contrário do afirmado pela Defesa, o *laudo de exame econômico-financeiro elaborado pelo INC* consignou, sim, as datas, valores, destinatários, ordenantes e contas em que teriam ocorrido as referidas operações. Tais informações constam de CD acostado à contracapa do volume 3 do Inquérito Policial, mencionados no laudo de exame econômico-financeiro nº 750/06/INC (fls. 778/784/IP). Especificamente no que tange às transferências relacionadas ao nome de FERNANDO estão impressas, por determinação minha, às fls. 1075/1081/AP.

Ressalto que o laudo do Instituto Nacional de Criminalística foi elaborado por dois peritos criminais, conforme então exigido pelo artigo 159 do Código de Processo Penal. A elaboração de laudos pelo Instituto Nacional de Criminalística é invariavelmente reconhecida pela jurisprudência como válida. Nesse sentido, a título exemplificativo, menciono julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, segundo o qual "As perícias financeiras realizadas com o propósito de esclarecer a eventual ocorrência de delitos financeiros deve transcender a um mero exame contábil, a exemplo daqueles que são realizados corriqueiramente na área cível, devendo, pois, investigar, cientificamente, a ocorrência, ou não, dos mais diversos expedientes ardilosos usualmente utilizados à frente das gestões das instituições financeiras. Sendo assim, *as varas criminais especializadas nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Dinheiro devem confiar a realização de perícias ao Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal* ao invés de nomear peritos *ad hoc*, porquanto tal instituição possui preparo técnico para analisar a macrocriminalidade econômica" (TRF4, Oitava Turma, ACR 00010082120054047200, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 05.10.2010, grifei).

Mas, além da presunção de veracidade da análise técnica realizada pelo INC, destaco que as suas *conclusões* são *corroboradas pelo extrato bancário da conta de FERNANDO*, juntado às fls. 32/73, Apenso VIII, Volume 1. Friso que, conforme adiante será exposto, no curso de procedimento administrativo fiscal instaurado pela Receita Federal, FERNANDO omitiu propositalmente a existência da conta mantida no CITIBANK do Texas.

Com efeito, referido extrato contém a movimentação de FERNANDO no período compreendido entre 10.06.2002 e 17.02.2005. Nesse período, foi identificada apenas uma transferência oriunda da BEACON HILL SERVICES CORPORATION, no valor de US$ 4.910,00, recebida em 19.12.2002 (fl. 1078/AP) – as demais são todas anteriores ao período (cf. fls. 1075/1081/AP). O recebimento de tal transferência está comprovado pelo extrato bancário de FERNANDO, onde se verifica o crédito desse valor, na mesma data, proveniente da mesma instituição identificada pelo laudo de exame econômico-financeiro (cf. fl. 42verso, Apenso VIII, Volume 1). Tal identidade de dados comprova as conclusões do laudo.

Considerada a correção das informações do laudo, tem-se que a conta mantida por FERNANDO no CITIBANK foi beneficiária, entre 2000 e 2002, do valor total de, ao menos, US$ 242.113,90 (fls. 1075/1081/AP) – pouco mais, portanto, do que os supostos US$ 233.407,90 mencionados pelo Ministério Público Federal na denúncia (fl. 08/AP).

32. Por outro lado, FERNANDO apresentou à Receita Federal do Brasil, em sua Declaração Anual de Ajuste de Imposto de Renda – Pessoa Física, no exercício 2003, a informação de ter concedido um empréstimo de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ao réu SAMUEL (fl. 27/IP).

Verificando-se a evolução patrimonial declarada de FERNANDO, nota-se que: a) ao fim do ano 2000, ele declarou não ter patrimônio algum (fl. 31/IP; b) ao fim de 2001, declarou patrimônio de R$ 188.000,00 (fl. 31/IP); c) ao fim de 2002, seu patrimônio deu um salto para R$ 1.357.500,00 (fl. 27/IP).

Todavia, a composição do seu patrimônio é algo que salta aos olhos: desse total de R$ 1.357.000,00, R$ 900.000,00 consistem em supostos empréstimos concedidos a pessoas físicas, dentre as quais SAMUEL, e outros R$ 400.000,00 se referem a dinheiro em espécie (fl. 31/IP).

Segundo FERNANDO, o empréstimo teria sido concedido a pedido de seu pai, Alberto. A versão é pouco verossímil. É no mínimo curioso que alguém experimente, de um ano para outro, um aumento patrimonial de mais de 1000% e empreste mais de 66% desse patrimônio para terceiros.

Mais curioso ainda é o fato de que FERNANDO formalizou contratos de mútuo celebrados com outras pessoas envolvendo valores menores (R$ 200.000,00 – cf. fls. 591/602, Apenso I, Volume 4), mas não o fez apenas em relação a SAMUEL, em negócio jurídico de maior vulto (R$ 500.000,00).

O fato de o empréstimo ter sido declarado tanto por SAMUEL quanto por FERNANDO à Receita Federal do Brasil, longe de afastar a ilicitude da conduta, como pretende a Defesa, deixa mais evidente o intuito de conferir uma origem aparentemente lícita aos valores utilizados por SAMUEL, justamente o que caracteriza a lavagem de capitais.

Conforme expõe SÉRGIO F. MORO, "[n]essa tipologia, o produto do crime não é ocultado em nome de pessoas interpostas ou identidades falsas. *O criminoso não oculta a titularidade dos bens*, direitos e valores provenientes do crime, *mas dissimula a origem criminosa destes mediante a falsificação de fontes de rendimentos lícitas, como* heranças, ganhos em jogos,

doações, financiamentos, *empréstimos* etc." (*Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49, grifei).

Por outro lado, realmente, como aponta a Defesa, não há correspondência exata entre os valores recebidos por FERNANDO em sua conta nos EUA e o valor do empréstimo por ele formalmente concedido a SAMUEL no Brasil. Conforme exposto anteriormente, a conta mantida por FERNANDO no CITIBANK foi beneficiária, entre 2000 e 2002, do valor total de, ao menos, US$ 242.113,90. Feita a conversão em reais à época o valor é consideravelmente superior ao "emprestado" a SAMUEL.

SAMUEL disse em seu interrogatório querer ser tratado como cambista e que não existiria, no mercado ilegal de câmbio, a atividade de pagamento "parcelado" ou "a prestações" dos valores transferidos no exterior.

Entretanto, a falta de total correspondência entre os valores recebidos por FERNANDO em sua conta nos EUA e o valor repassado a SAMUEL no Brasil não afasta a conclusão de que se pretendeu, com esse empréstimo simulado, dissimular a natureza e a origem de dinheiro proveniente de infração penal.

Isso porque não se está a imputar a FERNANDO e SAMUEL a mera realização de uma operação de câmbio "a prazo" ou "parcelada". É evidente que disso não se trata. O que a denúncia imputa a FERNANDO é a realização de uma operação simulada, com vistas a conferir uma origem aparentemente legítima ao dinheiro utilizado por SAMUEL em território nacional.

Mesmo que FERNANDO nada tivesse recebido no exterior, ainda assim persistiria firme a convicção de sua participação na operação de lavagem de dinheiro, pois não se conseguiu demonstrar minimamente que tenha efetivamente recebido quaisquer dividendos da empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. Aliás, não se consegui demonstrar sequer que essa empresa efetivamente possuísse alguma receita verdadeira, conforme passo a fundamentar.

33. Com efeito, a Receita Federal do Brasil realizou fiscalização tributária objetivando descobrir a origem do patrimônio declarado por FERNANDO. Foram concedidas diversas oportunidades para que FERNANDO juntasse provas suficientes da origem dos valores por ele titulados.

FERNANDO juntou cópias de balanços patrimoniais da empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. (fls. 603/606, Apenso I, Volume 4), sustentando, em sua manifestação escrita, que os empréstimos recebidos dessa empresa (depois pagos com o recebimento de dividendos) constituíram sua principal fonte de renda no período (fl. 590, Apenso I, Volume 4).

Tais documentos são bastante singelos, mas seus dados induzem, no mínimo, necessidade de verificação. Nota-se que, em 2001, a empresa teve receita líquida de vendas de R$ 295.570,62 (fl. 604, Apenso I, Volume 4). Em 2002, a receita de vendas subiu para R$ 4.493.919,32 (fl. 606, Apenso I, Volume 4. FERNANDO, por sua vez, teria recebido dividendos de R$ 130.500,00 em 2001 e R$ 1.502.232,98 em 2002.

Ressalto que se trata de pessoa jurídica que tinha como sócios apenas FERNANDO e sua esposa, com objeto social genérico, consistente em "prestação de serviços de consultoria comercial, marketing, agenciamento, intermediação de negócios, exceto na área imobiliária e representação comercial por conta de terceiros" (fl. 715, Apenso I, Volume 4).

Nada mais razoável, pois, que FERNANDO demonstrasse efetivamente, não apenas com meros documentos contábeis, mas com prova da movimentação do dinheiro, que a empresa efetivamente auferiu toda essa receita e que os dividendos foram realmente recebidos.

Por isso, a Receita Federal insistiu para que FERNANDO apresentasse, entre outros elementos de prova, "documentação bancária comprobatória relativamente a (...) lucros recebidos de SANDRI REPRESENTAÇÕES, no valor de R$ 130.500,00 em 2001 e R$ 1.502.232,98 em 2002" (fl. 607, Apenso I, Volume 4).

FERNANDO apenas afirmou, em 23 de maio de 2005, acreditar que a empresa tivesse tais informações registradas, mas que elas não se encontravam à sua disposição, bem como que as requisitou ao contador, mas não obteve resposta (fl. 614, Apenso I, Volume 4).

Ocorre que o representante da empresa era o próprio FERNANDO, conforme se verifica de sua comunicação de 15 de maio de 2006, juntada à fl. 202, Apenso VIII, Volume 1. Na referida comunicação, ocorrida um ano após sua manifestação anterior, FERNANDO alegou que os documentos contábeis e fiscais da empresa se encontravam "arquivados em depósitos de terceiros, o que dificulta sua localização e pronta disponibilização".

FERNANDO, portanto, não demonstrou a efetiva existência de lucros auferidos pela pessoa jurídica SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. e, muito menos, o seu efetivo recebimento, razão pela qual teve lavrado contra si auto de infração no valor de R$ 508.617,41, somando-se principal, multa e juros (fls. 624/625 e 649, Apenso I, Volume 4).

A Receita Federal também solicitou a FERNANDO que relacionasse, no que tange ao período compreendido entre 2000 e 2003, "todas as c/c de sua titularidade mantidas em instituições financeiras, no Brasil e no exterior" (fl. 548, Apenso I, Volume 4). FERNANDO relacionou apenas duas contas correntes, ambas mantidas no Banco HSBC no Brasil (fl. 619, Apenso I, Volume 4). *Omitiu*, pois, *propositalmente*, a existência da *conta* mantida no *CITIBANK do Texas* – cuja existência está demonstrada pelos extratos encaminhados pelas autoridades estadunidenses em atendimento a pedido de cooperação judiciária (fls. 32/73, Apenso VIII, Volume 1).

34. SAMUEL afirmou que não existe relação entre o valor enviado para a conta de FERNANDO no exterior e o empréstimo recebido no Brasil – a conta mantida por SAMUEL no CITIBANK recebeu uma transferência de R$ 500.000,00 em 27.11.2002 (fl. 256/IP). Asseverou que os valores recebidos de FERNANDO lhe foram repassados com a finalidade de investir em imóveis (cf. mídia à fl. 887, minuto 13:50 e seguintes)

A aplicação em imóveis por meio de terceiro, porém, é uma operação bastante heterodoxa. Qual teria sido o ganho de FERNANDO com o empréstimo feito para SAMUEL? Segundo SAMUEL, ele e o pai de FERNANDO tinham um "acordo de cavalheiros" por meio do qual todo o lucro apurado seria dividido com FERNANDO (cf. mídia à fl. 887, minuto 50:22 e seguintes). Mas não foi feita nenhuma prova de que esses valores tenham efetivamente sido devolvidos a FERNANDO, muito menos o pagamento do referido lucro. FERNANDO, por sinal, em seu interrogatório, afirmou que jamais recebeu os valores (cf. mídia à fl. 887, minuto 08:11 e seguintes).

A versão é, portanto, inverossímil.

35. Quanto ao *dolo* de FERNANDO, não há dúvida de que tivesse conhecimento da origem ilícita do dinheiro. Ora, FERNANDO sabia que SAMUEL era "doleiro", já que, entre 1999 e 2002, ordenou e recebeu diversas transferências de valores nos EUA.

O acusado FERNANDO, em seu interrogatório, confirmou ter conta nos EUA por ter morado lá, mas disse que jamais utilizou essa conta (cf. mídia à fl. 887, minuto 04:28 e seguintes). Afirmou que seu pai é que teria utilizado a conta, embora ela fosse somente de sua titularidade (cf. mídia à fl. 887, minuto 04:35 e seguintes).

Confira-se o trecho pertinente de seu interrogatório (cf. mídia à fl. 887, minuto 04:25 e seguintes, destaquei):

JUÍZA: *O senhor tem conta no exterior*?
FERNANDO: Não.
JUÍZA: Nunca teve?
FERNANDO: *Tive*, porque eu morei nos Estados Unidos, morei três anos lá.
JUÍZA: Aqui consta da denúncia que o senhor teria recebido uma remessa de cerca de duzentos e trinta mil dólares entre novembro de 2000 a dezembro de 2002, foram várias remessas que totalizaram aproximadamente duzentos e trinta mil dólares, vindas de uma conta do SAMUEL e do JAN. O que o senhor tem a dizer a esse respeito?
FERNANDO: Olha, *eu movimentei a conta nos Estados Unidos quando eu morava lá*.
JUÍZA: O senhor morou lá em que época?
FERNANDO: *Eu morei lá até 94*. Depois ...
JUÍZA: *O senhor encerrou essa conta quando o senhor saiu de lá*?
FERNANDO: *Não encerrei, mas eu não, não movimentei mais*.
JUÍZA: Mas ela tinha saldo?
FERNANDO: Tinha nada, que eu era estudante, tinha saldo normal pra estudante, não tinha nada de mais.
JUÍZA: Mas o senhor recebeu essas remessas aqui, nesse ínterim, entre novembro de 2000 e dezembro de 2002?
FERNANDO: *Olha, eu não recebi porque eu não, não usei a conta*.
JUÍZA: O senhor nega então? Esse dinheiro foi parar na sua conta sem o seu conhecimento? Ou ele não foi parar na sua conta? Essa conta ta fechada hoje?
FERNANDO: Olha, eu não tenho mais conhecimento de que fim, de que fim levou a conta.
JUÍZA: O senhor deixou a conta lá paralisada, não sabe se tem saldo se não tem? Não encerrou?
FERNANDO: *Eu não usei a conta. Eu não sei se, por acaso, se meu pai usou pra viajar, alguma coisa assim, se pra pagar alguma coisa lá fora, mas eu, eu não usei a conta*.
JUÍZA: Essa conta é de titularidade só do senhor ou do senhor e do seu pai?
FERNANDO: *É só minha*.
JUÍZA: Só sua, então seu pai não poderia utilizar.
FERNANDO: *Acho que hoje, com senha, internet e tudo, acho que qualquer um pode entrar na conta e usar*.
JUÍZA: Mas o seu pai tinha a senha do senhor?
FERNANDO: *Eu acho que tinha*.
JUÍZA: Acha ou tem certeza?
FERNANDO: *Tinha*.
JUÍZA: Seu pai é vivo?
FERNANDO: *Não*.
JUÍZA: Ele faleceu quando?
FERNANDO: *2006*.
JUÍZA: Ta, o senhor não sabe então da movimentação, da existência de remessas no valor de duzentos e trinta mil dólares pra conta do senhor?
FERNANDO: Eu sei que existe uma movimentação, mas eu não sei precisar valor e não sei...
JUÍZA: O senhor na época tomou conhecimento, na época, dessas remessas pra lá, pra sua conta?
FERNANDO: Como eu disse, eu sabia que tinha alguma movimentação, exatamente o que era feito eu não podia lhe dizer.
JUÍZA: Mas o senhor sabia que existia e não sabia a que título? Quer dizer, chega dinheiro na sua conta e o senhor não sabe a origem? Não se preocupa em saber de onde veio? Com que finalidade?

FERNANDO: *Como eu disse, quem movimentava era o meu pai. Quem só fazia isso era o meu pai.*
JUÍZA: Não era uma conta conjunta mas era o seu pai que movimentava?
FERNANDO: *Era o meu pai que movimentava.*
JUÍZA: *Por que meio? Por meio de internet*?
FERNANDO: Acredito que por meio de Internet.
JUÍZA: A conta era do senhor, o senhor o nomeou procurador?
FERNANDO: *Não, por meio de internet.*
JUÍZA: *Por meio de internet, então. O senhor não nomeou seu pai procurador*?
FERNANDO: Não.

Em primeiro lugar, ressalto que FERNANDO começa a responder as perguntas "achando" que seu pai movimentava sua conta; depois passa a ter certeza. Em seguida, diz "achar" que seu pai movimentava sua conta por meio eletrônico; depois afirma ter certeza.

Em segundo lugar, noto que FERNANDO afirma que movimentou a conta somente até 1994. Contudo, há nos autos cópias de cheques por ele assinados emitidos no ano de 2002 (fls. 77/82, Apenso VIII, Volume 1). Nem se diga que a assinatura não seria dele, já que, além de o padrão ser muito semelhante ao de sua assinatura na ata do interrogatório judicial (fl. 889/AP), ele próprio reconheceu que não outorgou procuração a seu pai, de modo que somente ele poderia assinar cheques relacionados à conta de sua titularidade. Ademais, em nenhum momento foi questionada a autenticidade das assinaturas.

Em terceiro lugar, friso que, ainda que fosse verdadeira a afirmação de que a movimentação da conta era feita pelo seu pai, isso não afastaria a responsabilidade de FERNANDO, ao permitir a movimentação de valores cuja origem desconhecia por terceiros.

36. Todos os elementos de prova considerados, a conclusão aponta para a falsidade do empréstimo formalizado entre SAMUEL e FERNANDO, realizado dolosamente por esses acusados no intuito de conferir aparência de licitude aos valores possuídos por SAMUEL.

As razões que me levam à conclusão de que FERNANDO atuou de forma a conferir aparência de legitimidade, mediante simulação de empréstimo, em favor de SAMUEL são as seguintes:

a) FERNANDO recebeu por longo período dinheiro transferido por SAMUEL em conta de sua titularidade mantida nos EUA;

b) FERNANDO mentiu sobre sua atuação na movimentação da conta mantida nos EUA;

c) FERNANDO omitiu propositalmente a existência de tal conta à Receita Federal do Brasil quando expressamente questionado a respeito;

d) cópia do extrato encaminhado pelo CITIBANK nos EUA demonstrou que FERNANDO efetivamente recebeu valores oriundos da BEACON HILL SERVICE CORPORATION, exatamente conforme informando no laudo de exame econômico financeiro elaborado pelo INC;

e) houve um súbito e assombroso crescimento do patrimônio de FERNANDO do ano de 2001 para o ano de 2002;

f) malgrado tenha tido longo tempo para providenciar a respectiva documentação, FERNANDO não demonstrou minimamente no processo administrativo – nem neste processo criminal – que a empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. tenha prestado algum serviço e tenha recebido efetivamente algum valor que pudesse justificar os supostos dividendos a ele distribuídos;

g) FERNANDO tampouco comprovou como se deu o suposto recebimento de tais dividendos;

h) FERNANDO não se preocupou em formalizar o empréstimo concedido a SAMUEL, não obstante o valor do negócio jurídico equivalesse a mais de 30% de seu patrimônio; e

i) o empréstimo jamais foi pago e isso não preocupou FERNANDO, embora, como dito, o valor do negócio jurídico equivalesse a mais de 30% de seu patrimônio.

37. Quanto ao réu JAN, não vislumbro provas suficientes de sua participação nestes atos de lavagem. Com efeito, não participou da celebração do negócio jurídico simulado, que envolveu apenas SAMUEL e FERNANDO. FERNANDO e JAN, aparentemente, sequer se conheciam.

A propósito, JAN afirmou, em seu interrogatório, que não tinha conhecimento do empréstimo celebrado entre FERNANDO e SAMUEL (cf. mídia à fl. 887, minuto 05:30 e seguintes).

O fato de JAN ter participado das remessas de valores ao exterior não é suficiente, por si só, para permitir inferir que ele tenha participado, também, da ocultação do patrimônio em nome de SAMUEL.

Da Lavagem de Ativos através de Transferências oriundas da offshore KAYTON

38. Conforme exposto na denúncia, a *segunda forma de operações de lavagem* de capitais consistiu na realização de *transferências financeiras* oriundas do exterior para contas bancárias mantidas pela SNOW, empresa de propriedade dos réus SAMUEL e JAN utilizada para a atividade clandestina de câmbio, nos bancos SAFRA e ITAÚ.

O BACEN identificou seis operações entre a SNOW e a *offshore* KAYTON, no período compreendido entre 2000 e 2004, assim expostas (fl. 1003 do Apenso X, Volume 5):

> – uma operação de câmbio relativa a transferência do exterior (operação tipo 3 – livre), de número 02/026145, contratada junto ao Banco Safra – São Paulo, em 28/11/2002, no valor de USD 200.000,00, a título de empréstimo direto a residente no Brasil, tendo como contraparte no exterior a Kayton;
> – uma operação de câmbio relativa a transferência do exterior (operação tipo 3 – livre), de número 02/100544, contratada junto ao Banco Safra – São Paulo, em 13/12/2002, no valor de USD 200.000,00, a título de empréstimo direto a residente no Brasil, tendo como contraparte no exterior a Kayton;
> – 2 (duas) operações de câmbio relativas a transferências do exterior (operação tipo 3 – livre), de números 03/36460 e 03/36461, contratadas junto ao Banco Itaú – São Paulo, em 28/04/2003, ambas no valor de USD 200.000,00, a título de investimento direto no país junto à Snow Assessoria, por parte da KAYTON. Tais operações foram realizadas com a forma da entrega da moeda estrangeira simbólica (unicamente escritural sem movimentação de valores) e vinculadas às duas operações listadas a seguir, de modo a se registrar a conversão da dívida dos empréstimos (operações de câmbio de número 02/026145, contratada junto ao Banco Safra e de número 02/100544, contratada junto ao Banco Itaú, citadas acima) em investimento da Kayton junto à Snow;
> – 2 (duas) operações de câmbio relativas a transferências para o exterior (operações tipo 4 – livre), de números 03/48589 e 03/48590, contratadas com o Banco Itaú – São Paulo, em 28/04/2003, ambas no valor de USD 200.000,00, a título de pagamento de empréstimo direto a residente no Brasil, com forma da entrega da moeda estrangeira simbólica e vinculadas às duas operações citadas anteriormente, de visando à conversão do empréstimo do exterior (operações de câmbio de número 02/026145, contratada junto ao Banco Safra e de número 02/100544, contratada junto ao Banco Itaú, citadas acima) em investimento.

Está demonstrado, portanto, que a *SNOW recebeu* – por meio de duas transferências, cada qual no valor de US$ 200.000,00, sendo uma realizada em 28.11.2002 e a outra em 13.12.2002 – o total de *US$ 400.000,00* (quatrocentos mil dólares dos EUA), enviados pela *offshore* panamenha KAYTON. Convertidos os valores em reais, foram recebidos, na primeira operação, R$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais) e, na segunda, R$ 750.800,00 (setecentos e cinqüenta mil e oitocentos reais), totalizando, pois, *R$ 1.468.000,00* (um milhão, quatrocentos e sessenta e oito mil reais) – cf. fls. 1006/1007 do Apenso X, Volume 5.

Originalmente, os valores foram encaminhados a título de empréstimo, conforme se verifica do contrato firmado com a *offshore* panamenha (fl. 1035, do Apenso X, Volume) e da informação do BACEN (fl. 1003, do Apenso X, Volume).

Posteriormente, os valores recebidos a título de "empréstimo" foram convertidos em "investimento", de modo que os acusados não mais precisariam justificar a falta de pagamento do capital e juros simuladamente pactuados com a *offshore* panamenha.

Através desse "investimento", em 08 de maio de 2003, deu-se o ingresso da KAYTON no quadro societário da SNOW, por meio de alteração do contrato social desta. Desse modo, o capital social da SNOW passou de R$ 20.000,00 para R$ 1.222.000,00 (cf. contrato social e respectiva alteração juntados às fls. 198/204/IP e 205/211/IP). A KAYTON passou a ter mais de 98% das quotas da SNOW, sendo representada no ato pela acusada LEA, na qualidade de procuradora da *offshore* (cf. procuração original e respectiva tradução juntadas às fls. 216/222/IP).

Finalmente, em leilão público para investidores, realizado em 06 de novembro de 2002 pelo Banco ITAÚ, SAMUEL e JAN adquiriram dois imóveis em nome da SNOW. Trata-se de dois prédios comerciais, situados nos Bairros da Lapa e Vila Alpina, em São Paulo/SP, onde se encontram instaladas duas agências do Banco ITAÚ. Os imóveis foram objeto de contratos de locação, por vinte anos, renováveis por igual período, sendo os aluguéis pagos mensalmente pelo banco em favor da SNOW.

Um dos imóveis foi arrematado pela SNOW por R$ 1.525.000,00 (matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP), sendo pago um sinal de R$ 457.500,00 (quatrocentos e cinqüenta e sete mil e quinhentos reais), em 06.11.2002 e acordado que o restante seria pago em 36 parcelas (fls. 167/168, Apenso X, Volume 1). O contrato foi assinado pelos réus SAMUEL e JAN (fls. 172/173, Apenso X, Volume 1).

O outro imóvel foi arrematado pela SNOW por R$ 2.810.000,00 (matrícula 75.314, do 10º Registro de Imóveis de São Paulo/SP), sendo pago um sinal de R$ 843.000,00 (oitocentos e quarenta e três mil reais), em 06.11.2002 e acordado que o restante seria pago em 48 parcelas (fls. 175/176, Apenso X, Volume 1). O contrato foi assinado pelos réus SAMUEL e JAN (fls. 180/181, Apenso X, Volume 1).

Na mesma data da celebração dos contratos, 27.12.2012, foram celebrados contratos de locação dos referidos imóveis entre a SNOW, representada pelos réus SAMUEL e JAN, e o ITAÚ (fls. 182/194).

Para o pagamento do sinal, em ambos os casos, foram emitidos cheques de conta de titularidade de SAMUEL, nº 04713850-5 mantida no CITIBANK, Agência Avenida Paulista, conforme informações prestadas pelo ITAÚ (fl. 492).

39. Embora os acusados SAMUEL e JAN tenham procurado defender a existência da KAYTON como empresa não vinculada a eles, idônea e efetivamente interessada em investimentos produtivos no Brasil, não é definitivamente o que se conclui dos autos.

Com efeito, o simples fato de se tratar de *empresa* offshore *constituída em paraíso fiscal* já constitui indício de seu caráter fantasioso.

Ressalto que, da mesma forma que a formalização de empréstimos simulados, a utilização de empresas *offshore* localizadas em paraísos fiscais também é reconhecida como uma tipologia tradicional de lavagem de dinheiro (nesse sentido, cf. MORO, Sérgio F. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50; MENDRONI, Marcelo B. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 70-74; RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime and money laundering. A handbook for Law enforcement officers, auditors and financial investigatores*. Boca Raton: CRC Press, 1999, p. 56).

A somar-se a isso, note-se que a *ordem de transferência de valores partiu da casa de câmbio LESPAN*, uma das mais notórias atuantes nas atividades de evasão de divisas a partir do Brasil (fl. 1036, Apenso X, Volume 5).

Por outro lado, vale ressaltar que o acusado JAN afirmou que a KAYTON era uma empresa muito grande no Panamá, atuando, inclusive, em Miami e outros locais dos Estados Unidos (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 16:05 e seguintes)

Ocorre, contudo, que, conforme consulta realizada no sítio do Registro Público do Panamá, a *offshore KAYTON foi registrada* somente em 26.10.2002 (fls. 1072/AP e fl. 1077 do Apenso X, Volume 5) – apenas *dez dias antes do leilão* para a aquisição dos imóveis que teria interesse em adquirir e somente *dois meses antes da primeira remessa* realizada para o Brasil. Às fls. 703/712 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181 se encontram ato constitutivo e respectiva tradução juramentada da empresa. Ali se verifica que os representantes legais da empresa são seu presidente e seu vice-presidente, respectivamente Carlos Barrios e Antonio Samudio. Tais pessoas jamais foram mencionadas, muito menos arroladas como testemunhas para demonstrar a real atividade de empresa.

Não se compreende como essa empresa pudesse ter a larga atuação afirmada pelos réus, nem sequer como as tratativas para a realização de investimento pudessem ter sido longas, se a empresa acabara de ser constituída. É evidente, pois, que se trata de empresa de fachada, "empresa-caixa postal" (*PO Box company*) ou "empresa-concha" (*shell company*), sem qualquer atividade efetiva, servindo apenas como canal de transferência de valores com o objetivo de ocultar os verdadeiros proprietários do dinheiro.

40. Ademais, as *versões dos acusados SAMUEL e JAN* a respeito de como foram travadas negociações com a KAYTON são contraditórias.

A respeito da KAYTON, *SAMUEL* afirmou que conheceu os seus representantes por intermédio de pessoas ligadas ao BEACON HILL e que com eles manteve longa tratativa a respeito de supostos *investimentos imobiliários* no Brasil, não tendo mencionado qualquer outro interesse de referida empresa no país (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 18:00 e seguintes, especialmente 18:30). SAMUEL não indicou quem seriam os supostos representantes da KAYTON, nem, tampouco os arrolou como testemunhas para demonstrar a veracidade de suas atividades.

Já *JAN* afirmou que a KAYTON pretendia inicialmente atuar na área de *importação e exportação de frutas* (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 11:55 e seguintes).

Confira-se, a propósito, as pouco convincentes explicações dadas por JAN a respeito da KAYTON (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 13:45 e seguintes, destaquei)

JUÍZA: *O grosso da atividade da SNOW, o que que era*? Consultoria na área financeira?
JAN: *Consultoria na área financeira*, por causa do SAMUEL, exatamente. E eu, a gente tentava dá esse outro tipo de suporte, que aí era o meu trabalho.
JUÍZA: Certo, *então qual era o objetivo de uma empresa como a KAYTON passar a ter 98% das cotas da SNOW, se a atividade era absolutamente diferente*?
JAN: *Então, é que na verdade por quê que entrou com 98%, porque não era pra isso, ela ..., a gente entrou pra fazer um, um ..., negócio de serviço como te falei de pesquisa de mercado pra eles*. Quando tava lá nessa época, surgiu o negócio dos leilões das agências, que aí foi onde teve esse ...
JUÍZA: Vamos por partes. Primeiro: por quê que a KAYTON entrou na sociedade?
JAN: Ela não entrou, ela entrou porque ela fez o aporte de capital, mas antes ela não ...
JUÍZA: Esse capital vinha de onde? De onde que era o dinheiro da KAYTON?
JAN: De onde era o dinheiro da KAYTON?
JUÍZA: É, da KAYTON, qual é a origem dos recursos da KAYTON?
JAN: *Da KAYTON eu não faço a menor ideia. Da KAYTON eu não sei. A KAYTON trouxe, eles vieram pra investir, eles são muito grandes lá no Panamá, o Sami inclusive viajou pra lá*.
JUÍZA: O senhor não foi pra lá?
JAN: Não.
JUÍZA: Ta, mas os senhores aceitaram 98%, veja bem, passaram a ser praticamente donos da SNOW.
JAN: Sim.
JUÍZA: Quase a totalidade das cotas e o senhor não sabe a origem dos recursos?
JAN: Não, aí que ta, veja bem, doutora. Desculpe, eu to um pouco nervoso, mas eu quero tentar te explicar ...
JUÍZA: É só falar mais devagar, não tem pressa.
JAN: Tentar te explicar, ta, eles vieram ..., *a intenção deles não eram nada com as agências, ta, as agências vieram a partir daquilo que tava sendo, algumas conversas* ...
JUÍZA: Eu não estou falando das agências ainda, minha pergunta foi simples para o senhor. Deixa eu perguntar primeiro, depois o senhor responde.
JAN: Ah, desculpa, perdão, senhora, perdão.
JUÍZA: O senhor tinha uma empresa há anos com o seu sócio, não é, com o SAMUEL, de repente vem uma empresa, de um paraíso fiscal, do Panamá, passa a ter 98% das cotas da empresa do senhor – que era do senhor, depois deixou de ser... Essa empresa veio da onde? Com que recursos? Qual é a origem dos recursos dela? A minha pergunta é só essa para o senhor?
JAN: Os recursos ..., o dinheiro da KAYTON, os recursos da KAYTON, eu não faço a menor ideia.
JUÍZA: Não se preocuparam em saber qual era a origem dos recursos da KAYTON?
JAN: Não.
JUÍZA: Não?
JAN: Não.
JUÍZA: Não era importante isso?
JAN: Olha ...
JUÍZA: O senhor recebe recursos dentro da sua empresa e o senhor não sabe a origem? Se era lícita, se não era ... Que atividade a KAYTON exercia lá fora.
JAN: Olha, eles, eu não cheguei a conhecer eles, vi umas pessoas que veio pra cá, um senhor muito bem apresentado, ternos bacanas e tudo mais, mas eu não cheguei a ir no escritório deles, não vi nada, não sei, mas eu sei que no Panamá eles são super grandes, inclusive eles atuam em Miami, atuam nos Estados Unidos e em outras ...
JUÍZA: Essa não é a minha pergunta, o senhor não sabe a origem dos recursos.
JAN: Não sei.
JUÍZA: Aqui é mencionado na denúncia duas remessas que foram feitas, cada uma delas no valor de US$ 200.000, no dias 28 de novembro de 2002 e 13 de dezembro de 2002.
JAN: Perfeito.

41. Outro indício da "confusão patrimonial" entre a KAYTON e os réus SAMUEL e JAN reside no fato de que o pagamento do sinal dos imóveis adquiridos no leilão foi realizado por meio de dois cheques emitidos, em 06.11.2002, por SAMUEL, nos valores de R$ 457.500,00 (fl. 159/IP) e R$ 843.500,00 (fl. 161/IP), sacados contra o Banco CITIBANK, agência 0001, conta 04713850-5.

SAMUEL afirmou, em seu interrogatório (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 27:10 e seguintes), que, quando do leilão, as tratativas com a KAYTON já se encontravam em ritmo adiantado, mas as formalidades legais ainda não estavam completas. Assim, a KAYTON teria assinado um documento se comprometendo a participar do negócio. Tal documento – que, por si só, não seria suficiente para demonstrar a efetividade da empresa – nunca foi juntado nos autos.

De onde veio, então, o dinheiro utilizado para o pagamento do sinal?

Num primeiro momento, em seu interrogatório, SAMUEL afirmou que foi "captar no mercado" os recursos, "de pessoas conhecidas e de empresas", "com amigos, com outras empresas e tudo mais" (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 27:24 e seguintes).

Ocorre que o valor a ser emprestado montava a mais de R$ 1,3 milhão.

Curioso notar que, conforme reconhecido por SAMUEL (cf. mídia à fl. 887, minuto 27:45 e seguintes), tais empréstimos não foram formalizados nem comprovados – diferentemente do suposto empréstimo realizado com FERNANDO.

Por que razão SAMUEL teve a preocupação de declarar à Receita Federal do Brasil o empréstimo com FERNANDO no valor de R$ 500.000,00 e não se preocupou em fazer o mesmo em relação a empréstimos envolvendo valor três vezes maior?

Faço notar, também, que FERNANDO formalizou contratos de mútuo celebrados com outras pessoas, mas não o fez apenas em relação a SAMUEL (cf. fls. 591/602, Apenso I, Volume 4).

42. Nesse contexto, ademais, foram igualmente contraditórias as versões a respeito do dinheiro utilizado no pagamento do sinal do pagamento referente à aquisição dos imóveis.

SAMUEL reconheceu que realizou o pagamento do sinal do leilão (cf. mídia à fl. 887, minuto 26:30 e seguintes). JAN, por sua vez, afirmou que os 30% do sinal pago no leilão dos imóveis foram pagos com recursos oriundos da KAYTON (cf. mídia à fl. 887, minuto 20:20 e seguintes).

Ora, se a KAYTON tivesse sido procurada, como afirmam os réus, justamente com a finalidade de realização de investimento em imóveis no Brasil, é crível que JAN sequer soubesse que foi SAMUEL quem realizou o pagamento do sinal?

43. Também *a respeito da ré LEA, as versões de SAMUEL e JAN* são completamente destoantes. SAMUEL afirmou que conheceu LEA a partir de representantes da KAYTON (cf. mídia à fl. 887, minuto 19:30 e seguintes). Depois afirmou que, *diariamente*, quando tivesse movimentação, LEA tinha que estar presente na empresa (cf. mídia à fl. 887, minuto 44:45 e seguintes).

Já JAN disse que a viu umas "duas vezes na vida" (cf. mídia à fl. 887, minuto 22:27)

Na casa do corréu JAN (fls. 04/27, Apenso V, Volume 1), foram *apreendidas vinte (20) folhas de cheques de conta corrente de titularidade da SNOW, sem preenchimento, assinadas pela corré LEA* (fls. 32/51, Apenso I, Volume 1). Trata-se de indício fortíssimo de que LEA não

atuava efetivamente na SNOW, servindo apenas como "testa-de-ferro", "laranja" ou "mulher-de-palha".

É muito estranho, ademais, o fato de que a *ré LEA jamais tenha sido encontrada*. Ora, se a KAYTON era uma empresa com funcionamento efetivo, com atividades relevantes no exterior, por qual razão a sua procuradora no Brasil se encontraria desaparecida?

Mais curioso é notar que, após os imóveis terem sido sequestrados por determinação do Juiz da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, quem representou a SNOW na negociação junto ao Banco ITAÚ, em reunião ocorrida em 27.10.2005, foram os réus SAMUEL e JAN, além de Maurício Ozi, não estando presente a ré LEA (fl. 674 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Como explicar que a representante da *offshore* proprietária de 98% da SNOW não comparecesse em reunião para decidir o destino de seu único patrimônio?!

44. SAMUEL argumentou, ainda, que se pretendesse fazer a integração dos valores no Brasil de forma ilícita, teria feito isso por meio de uma empresa *offshore* com a utilização de laranjas e que nunca isso teria sido descoberto (cf. mídia à fl. 887, minuto 21:20 e seguintes).

Essa especulação, porém, não afasta as provas existentes no processo. Certamente o acusado SAMUEL imaginava que jamais se descobriria que os valores enviados pela KAYTON eram, em verdade, de sua propriedade. Se não houvesse efetivamente intenção de dissimular a origem e a propriedade dos valores enviados do exterior, as transferências não teriam por remetente uma *offshore*. Se houvesse efetiva atividade da KAYTON, os réus teriam conseguido demonstrar alguma atividade concreta dessa empresa. Se houvesse efetiva atividade da KAYTON, a ré LEA teria conseguido demonstrá-la com facilidade.

45. Por outro lado, também a alegação de que os valores vindos do exterior somente seriam suficientes para adquirir 20 ou 30% do total do imóvel é irrelevante. SAMUEL afirmou que o restante dos recursos seria proveniente do "serviço de assessoria da SNOW" (cf. mídia à fl. 887, minuto 26:00 e seguintes). Todavia, o fato é que sendo a atividade dos acusados integralmente ilícita, também o restante do valor utilizado certamente tinha origem nas suas atividades clandestinas de câmbio e evasão de divisas.

De qualquer modo, como exposto anteriormente nesta sentença, a mistura de bens lícitos e ilícitos não desnatura o delito de lavagem de capitais, antes o torna mais complexo e de difícil detecção.

46. Nesse caso, não se pode afastar a participação de JAN, até porque o contrato de câmbio celebrado junto ao SAFRA foi firmado por JAN, na qualidade de dirigente da SNOW (fl. 1035, do Apenso X, Volume).

Aliás, a propósito, ressalto que JAN quase chega a confessar o delito, ao afirmar que "... a gente não tava muito, não era uma coisa que queria para o resto da vida, então, já se, *aos poucos, estava-se tentando, a gente tinha esses outros negócios, e estávamos formalizando*, porque, assim, o SAMUEL sempre trabalhou no mercado financeiro e trabalhava no mercado futuro ..." (minuto 19:27 e seguintes. grifei).

Da mesma forma, em ato falho cometido em seu interrogatório, SAMUEL afirmou (cf. mídia à fl. 887, minuto 18:06 e seguintes, grifei): "Da mesma forma que com o FERNANDO, eu vislumbrei possibilidade de investir no mercado imobiliário; eu vislumbrei que o Brasil poderia ser um captador de recursos externos; *eu vislumbrei que poderia sair dessa área de câmbio, montando um fundo de investimentos internacional*, e eu me aproveitei que eu tinha

contas em instituições como o BEACON HILL para pedir indicação de pessoas que pudessem vir a investir no Brasil".

SAMUEL, pois, chega a afirmar ter vislumbrado que poderia sair da área de câmbio, montando um fundo de investimentos internacionais.

É exatamente o que se verifica: os réus realizaram as remessas a partir do exterior com o intuito de "formalizar" os seus negócios, de "sair dessa área de câmbio" – expressões que não passam de eufemismos para a atividade de lavar o dinheiro oriundo de seus delitos.

É indiscutível, também, a participação de LEA nesse esquema, já que sem sua participação, na qualidade de representante da KAYTON, inclusive com a assinatura de cheques em branco em favor de SAMUEL e JAN, o crime não teria sido possível. Não se pode negar, pois, que participou de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária era dirigida à prática de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998, artigo 1º, §º, II).

47. A respeito de LEA, ressalto que o fato de não ser a principal gerenciadora da atividade de lavagem de dinheiro, não exclui sua responsabilidade criminal.

Com efeito, LEA se prestou à condição de procuradora da *offshore* KAYTON, tornando possível a ocultação dos verdadeiros proprietários dos valores. Se SAMUEL ou JAN constassem como procuradores, o disfarce seria muito menos efetivo.

Mas não apenas constou como procuradora da KAYTON, LEA também assinou ao menos 20 (vinte) cheques em branco da consta da conta de titularidade da SNOW (fls. 32/51, Apenso I, Volume 1). Essa conduta deixa evidente que LEA não representava efetivamente a KAYTON, servindo apenas como pessoa interposta em atendimento aos interesses de SAMUEL e JAN.

Ainda, LEA assinou procuração para que advogado pleiteasse o levantamento de medidas constritivas determinadas em juízo, insistindo na tentativa de ocultar os verdadeiros proprietários do dinheiro enviado pela KAYTON (fl. 449 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Ao assim agir, LEA associou-se aos propósitos ilícitos de SAMUEL e JAN na ocultação dos verdadeiros proprietários do dinheiro. Não somente participou de grupo, tendo conhecimento de que sua atividade principal era dirigida à prática de lavagem de dinheiro (artigo 1º, § 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998), como também participou efetivamente na ocultação da origem e propriedade do dinheiro oriundo de crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 1º, *caput* e inciso VI, da Lei nº 9.613/1998).

Da Lavagem de Ativos através de Remessas realizadas de SERGIO ADLER

48. A denúncia narrou uma *terceira forma de lavagem narrada*, referente à ocultação de valores por meio de operações de "dólar cabo". Conforme demonstrado em laudos elaborados pelo Instituto Nacional de Criminalística, os acusados SAMUEL e JAN, na administração das contas LAUREL e SINKEL, teriam participado de complexa rede de "doleiros", mantendo relações com diversos outros operadores clandestinos de câmbio.

Através desse sistema, seriam realizadas compensações recíprocas entre os "doleiros", de forma que cada um administrava sua conta para a conclusão de negociações realizadas em favor dos clientes.

Nesse âmbito, SAMUEL e JAN teriam prestado serviços de remessas de recursos, através

de operações de "dólar-cabo", para outros "doleiros" brasileiros, dentre os quais Sérgio Adler, que também atuaria no mercado informal. Operações no valor total de US$ 1.629.278,81 teriam sido realizadas por SAMUEL e JAN, através das contas LAUREL e SINKEL, em favor de Sérgio Adler entre 1998 e 2002.

Para a acusação, a utilização pelos denunciados SAMUEL e JAN das subcontas por eles abertas, em nome das *offshores* LAUREL e SINKEL, teria facilitado a ocultação dos valores nelas movimentados, que consubstanciaram produtos de delitos antecedentes cometidos contra o sistema financeiro nacional.

49. De fato, há indícios nos autos de que também SÉRGIO ADLER atuava como "doleiro", integrando a rede de profissionais do câmbio negro cujas contas se encontravam interligadas pela atividade ilícita, em uma atividade de compensação recíproca baseada na confiança.

O demonstrativo de transferências eletrônicas acostado às fls. 758/765/IP aponta para várias operações envolvendo Sérgio Adler e as contas movimentadas por JAN e SAMUEL.

SÉRGIO ADLER se valia de duas empresas interpostas para essa atividade: *a)* a NAKAGAWA tinha como sócios HAMILTON DE SOUZA SANTOS e a *offshore* ODESSA BUSINESS INC. (contrato social às fls. 409/413/IP); *b)* a COLORPLUS tinha como sócios PEDRO JEFFERSON MINUTTI e *offshore* DUNCAN RESOURCES INC. (contrato social às fls. 430/436/IP).

Ouvido pela autoridade policial, HAMILTON DE SOUZA SANTOS, pessoa semi-analfabeta, afirmou que recebia mensalmente valores pagos por SÉRGIO apenas para constar como sócio da empresa e assinar documentos (fls. 668/669/IP).

O mesmo procedimento foi adotado com PEDRO JEFFERSON MINUTTI, que também funcionou como "laranja" para SÉRGIO ADLER. Consoante narrou em depoimento prestado à autoridade policial, PEDRO JEFFERSON MINUTTI era empregado subordinado a WOLFGANG WERNER ADLER, pai de SÉRGIO, e teria concordado em figurar como sócio da COLORPLUS em troca de uma remuneração mensal (fls. 635/636/IP). SÉRGIO era procurador da COLORPLUS, conforme se verifica do instrumento juntado às fls. 440/443/IP.

A empresa COLORPLUS realizou pagamentos em favor de SAMUEL, em sua conta mantida no CITIBANK (fl. 248/IP). Também há provas de que valores destinados à NAKAGAWA foram depositados na conta de SAMUEL, tendo como remetentes as empresas de fomento mercantil GARANTIA (cf. fls. 246, 394/423/IP) e PIRATININGA (cf. fls. 589/590, 594/601 e 604/605/IP).

Tais valores, por sua vez, foram utilizados para a cobertura dos cheques emitidos para o pagamento dos sinais de negócio das aquisições de imóveis junto ao Banco ITAÚ, conforme examinado no item anterior desta sentença.

Por outro lado, JAN e SAMUEL teriam promovido, entre outubro de 1999 e dezembro de 2002, 87 (oitenta e sete) transferências internacionais de recursos em nome da empresa NAKAGAWA, no total de US$ 1.141.735,87, incluindo-se cinco transações entre novembro e dezembro de 2002, período em que ocorreram os depósitos na conta de SAMUEL (fls. 1048/1050/IP).

Em conclusão, existem diversos e robustos *elementos que demonstram* que SÉRGIO ADLER *atuava conjuntamente com JAN e SAMUEL* na compensação privada ilegal de créditos decorrentes de operações internacionais clandestinas de câmbio ("*dólar-cabo*").

50. Não obstante, não foi demonstrada, a meu ver, nenhuma operação que efetivamente possa ser caracterizada como lavagem de dinheiro, ocorrida de forma autônoma *após a prática do delito de evasão de divisas*.

Veja-se que o tipo penal exige que os valores objeto da lavagem sejam "bens, direitos ou valores provenientes" do crime antecedente. A palavra "proveniente" se refere àquilo "que provém; oriundo, procedente" (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1.649). A referência àquilo que provém só pode indicar, no âmbito do direito penal, os produtos ou os proventos do crime, ou seja, o lucro auferido com a prática do crime, seja direta ou indiretamente.

A doutrina especializada, invariavelmente, interpreta tal expressão como alusiva a produto (em sentido amplo) do crime (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38; CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. pp. 169-170; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais da Lei nº 9.613/98. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 116). RODOLFO TIGRE MAIA menciona que "O tipo refere objetos 'provenientes' (resultantes, decorrentes, originários, produzidos) dos crimes que menciona, qual seja, quaisquer bens gerados como desdobramento direto ou indireto de um crime" (*Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Malheiros, 2007.* p. 63).

Assim sendo, a meu ver, para que seja possível a caracterização do delito de lavagem de dinheiro tendo como antecedente a evasão de divisas, é necessário que fique demonstrado que os valores "lavados" consistem em dinheiro de propriedade do doleiro, obtido com a prática da evasão (após a sua consumação, portanto).

Nesse sentido, sustenta JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR: "Assim, por exemplo, quando, *após a evasão*, os valores são reintroduzidos no país mediante práticas de ocultação ou dissimulação, como o uso de pessoas interpostas, empresas de fachada, fracionamento, etc." (*Crimes Federais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 595, grifei).

Nos casos em que a alegada ocultação dos valores se dá por meio da própria evasão de divisas, não há lavagem porque não existe, ainda, crime antecedente. Para que se possa ter por configurada lavagem de dinheiro, seria preciso que fosse reconhecida a prática de alguma das ações-tipo do delito prescrito no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 *após a consumação* do antecedente.

É dizer que seria exigido um nexo de origem entre o crime anterior – no caso, a evasão de divisas – e o agir ocultando ou dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação de (no caso) dinheiro, proveniente do crime contra o Sistema Financeiro Nacional. A lavagem somente ocorreria se o dinheiro objeto do delito de evasão de divisas fosse, então, objeto das ações-tipo do delito de lavagem.

Em sentido próximo, cito os seguintes precedentes dos TRFs da 1ª e da 3ª Regiões (grifei):

> PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS, LEI 7.492/86. LAVAGEM DE DINHEIRO, LEI 9.613/98. CARTA ROGATÓRIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA.
> 1. A prolação de sentença antes do cumprimento da rogatória não caracteriza cerceamento de defesa, ante o que dispõe o § 2º do art. 222 do CPP, ("findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos".) Preliminar rejeitada.
> 2. Promover, sem autorização legal, ou seja, por via ilegal, a saída de divisas (no caso, dinheiro) para o exterior e aí mantê-lo em depósito, não o declarando à repartição federal competente, constitui crime contra o sistema financeiro nacional, tipificado no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

3. *Para a configuração dos crimes de lavagem de dinheiro* (money laundering) *ou lavagem de instrumentos monetários* (laundering of monetrary instruments), *exige-se um nexo de origem entre o crime anterior – no caso, a remessa ilegal de dinheiro para o exterior – e o agir ocultando ou dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação de (no caso) dinheiro, proveniente de determinados crimes (na hipótese, crime contra o sistema financeiro nacional). Um só modo de agir não pode servir de base para a prática de dois crimes, ou seja, a remessa e a manutenção em depósito no exterior constitui crime contra o sistema financeiro nacional, mas não há lavagem de dinheiro nesse só ato. Esta ocorreria se o dinheiro sujo fosse convertido em lícito, legal, ou seja, se o acusado adquirisse propriedades e bens, pagasse dívidas, constituísse empresas.*
4. Apelação do réu parcialmente provida. Apelação do Ministério Público Federal não provida.
(ACR 200336000154271, Terceira Turma, Des. Fed. Tourinho Neto, julg. 12.04.2005, DJ 29.04.2005)

PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. PENAS. REGIME DE CUMPRIMENTO.
- *Fatos de remessa ilegal de valores ao exterior mediante dissimulação da origem de recursos depositados em contas de não residentes, a dissimulação da origem e da propriedade dos valores servindo apenas para a obtenção do resultado do crime de evasão de divisas, não se caracterizando o delito de lavagem de dinheiro à falta da prática de crime antecedente.*
- Penas e regime de cumprimento fixados na sentença que não se deparam em dissonância com os critérios legais, uma coisa sendo o juízo negativo para a fixação da pena-base e outra a do exigido para a denegação de benefícios que é descabida fora da hipótese de maior gravidade das circunstâncias judiciais.
- Recursos desprovidos.
(TRF3, ACR 200161810038498, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, julg. 29.06.2009, DJ 06.10.2009)

51. No caso concreto, porém, as provas que demonstram a prática de operações de "dólar-cabo" envolvendo SAMUEL e JAN com outros "doleiros", como SÉRGIO ADLER, somente demonstram a prática desse crime (evasão de divisas") e não de lavagem. Isso porque não há prova de que os valores recebidos por JAN e SAMUEL continuassem a ser de propriedade de SÉRGIO ADLER e que JAN e SAMUEL estivessem apenas mascarando sua origem.

Pelo contrário, conforme exposto nos itens anteriores, tudo indica que os valores utilizados por JAN e SAMUEL na aquisição dos imóveis do Banco ITAÚ eram de sua propriedade, provenientes de sua própria atividade ilícita de câmbio, ao qual os réus procuravam conferir uma aparência de legitimidade.

Não há provas, em suma, de que os valores recebidos por intermédio de empresas de fachada utilizadas por SÉRGIO ADLER não consistissem na mera compensação, no Brasil, de operações ilícitas de câmbio fechadas com JAN e SAMUEL.

Note-se que a situação é bastante diferente daquelas examinadas nos itens anteriores da sentença, em que se procurou conferir uma aparência de licitude aos valores recebidos, mediante simulação de empréstimo e de investimentos realizados por *offshore*. Naqueles casos, houve uma clara intenção de forjar uma justificativa para a origem do dinheiro; neste, há apenas prova do recebimento de valores, sem que haja elemento convincente de que JAN e SAMUEL procuraram lavar o dinheiro para SÉRGIO ADLER, sendo inclusive bem mais plausível, dada a atividade deste último, que se tratasse de transferências inseridas na atividade de compensação privada de créditos.

Da Manutenção de Depósito no Exterior não Declarada ao Banco Central do Brasil

52. Finalmente, a denúncia expõe que, em 19 de abril de 1999, SAMUEL teria aberto a conta 07-576048 junto ao BANK LEUMI TRUST COMPANY OF NEW YORK, mantendo-a desde então. Tal conta teria registrado um saldo de US$ 121.034,21, entre valores disponíveis e aplicações, em 21 de outubro de 2003, sendo US$ 120.000,00 o total de aplicações, cujo resgate era previsto para 31 de dezembro de 2003.

Em primeiro lugar, ressalto que o próprio SAMUEL, em seu interrogatório (minuto 51:00 e seguintes), afirmou que os valores lá mantidos não eram referentes a uma "conta de giro", mas eram referentes às suas economias pessoais. Disse que mantinha essa conta há muito tempo, desde o tempo que era funcionário.

Portanto, não há como se considerar a manutenção dos valores como progressão criminosa dos crimes reconhecidos na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, que tramitou perante este Juízo, na qual os acusados SAMUEL e JAN foram condenados pela prática dos delitos tipificados nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986. Na respectiva sentença condenatória, juntada às fls. 1048/1071/AP, foi reconhecido que os réus atuavam profissionalmente como "doleiros", através da realização de múltiplas operações de "dólar-cabo" em valores muito elevados.

53. Conforme entendimento que tem se sedimentado na jurisprudência, a repartição federal competente aludida pelo artigo 22, p. ún., parte final, da Lei nº 7.492/1986 é o Banco Central do Brasil.

Assim sendo, deve-se verificar quais são os parâmetros impostos na regulamentação autárquica para o cumprimento do dever legal.

Para bem compreender esses parâmetros, impõe-se uma retrospectiva normativa de como o Banco Central exigiu, ao longo do tempo, o cumprimento dessa obrigação.

O dever existe, em relação ao Banco Central, desde a previsão do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.060 de 1969, nos seguintes termos: "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".

No entanto, através da Resolução nº 139, de 18 de fevereiro de 1970, 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.

A Circular nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, autorizou o BACEN a 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 (grifei):

> *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, 3.442/2009 e as Resoluções nº 3.854/2010 e 3.523/11.

Portanto, para a data-base 31.12.2003, o valor mínimo que exigia a declaração de manutenção de depósitos no exterior era de US$ 100.000,00.

Assim, o crime somente se perfectibiliza se não houver a declaração da manutenção de depósitos no exterior, em valor superior ao estabelecido pelo Banco Central, em 31 de dezembro de cada ano.

54. No caso concreto, o Ministério Público Federal demonstrou que SAMUEL, em 19 de abril de 1999, abriu a conta 07-576048 junto ao BANK LEUMI TRUST COMPANY OF NEW YORK (fl. 10, Apenso II do Inquérito 2005.70.00.003027-2).

O *Banco Central do Brasil informou que SAMUEL não apresentou Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior* (fls. 1002/1004, Apenso X, Volume 5). Também não houve informação sobre tais valores à Receita Federal do Brasil na Declaração Anual de Ajuste apresentada por SAMUEL referente ao ano-calendário 2003, exercício 2004 (fls. 49/50/IP).

Tal conta registrou um saldo de *US$ 121.034,21*, entre valores disponíveis e aplicações, em *21 de outubro de 2003*, sendo US$ 120.000,00 o total de aplicações (fl. 29, Apenso II do Inquérito 2005.70.00.003027-2).

Como se vê, o valor era superior ao exigido para a data-base de 31.12.2003 (US$ 100.000,00). Resta, então, perguntar: *é suficiente para a condenação a demonstração de*

que havia esse valor depositado em outubro de 2003 ou seria necessário um comprovante do saldo exato existente exatamente na data-base de 31 de dezembro?

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, havia firmado o entendimento 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. Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

> PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR. DOSIMETRIA DAS PENAS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.
> 1. Muito embora esta Turma tenha se manifestado acerca da necessidade de verificação do saldo bancário em 31 de dezembro para a caracterização da segunda espécie delitiva do parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/86 (HC 2006.04.01.013111-0/PR, Rel. Des. Federal Luiz Fernando W. Penteado, DJU de 23/08/2006), também ficou assentado neste Colegiado (ACR nº 2000.71.00.021894-0, Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, por unanimidade, D.E. 17/05/2007) *que compete aos réus a comprovação da posição dos ativos em depósito por nacional no exterior nessa data, uma vez que é defeso imputar à acusação a comprovação de excludente da antijuridicidade.*
> 2. Até o advento da Circular do Banco Central nº 3.071/2001, havia discussão acerca da autoridade destinatária da declaração, mas não quanto ao montante a ser declarado. Somente com a reformulação da política cambial é que o Banco Central passou a dispensar dados sobre depósitos mantidos no exterior a partir de determinados valores (2001: R$ 200.000,00; 2002: R$ 300.000,00, e, desde 2003, US$ 100.000,00). Assim, não se poderá cogitar de retroatividade desses limites para os fatos anteriores às respectivas circulares do BACEN, ante o caráter excepcional dessas normativas, devendo, pois, ser aplicada a regra da ultratividade, segundo a máxima *tempus regit actum*.
> (TRF4, ENUL 2004.70.00.002027-4, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 31/08/2009, destaquei)

No mesmo sentido, confiram-se: TRF4, ACR 2003.70.00.051539-8, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 13/05/2009; TRF4, ACR 2003.70.00.051545-3, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 18/03/2009; TRF4, ACR 2003.70.00.035987-0, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 18/03/2009; TRF4, ACR 2005.70.00.008903-5, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 18/02/2009; TRF4, ACR 2003.70.00.051531-3, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 07/01/2009.

Esse entendimento sempre me pareceu, data vênia, equivocado, já que 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.*

Assim, mais recentemente, o entendimento foi alterado, conforme retratam os seguintes julgados dos *Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Regiões*:

> PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS. REPARTIÇÃO FEDERAL COMPETENTE. PRELIMINARES REJEITADAS. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. PROVIMENTO.

1. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Provas documentais que poderiam ser produzidas exclusivamente com os esforços da parte interessada, sendo desnecessária a intervenção judicial. Indeferimento de diligências devidamente fundamentado, dada a sua prescindibilidade, na fase do antigo art. 499 do CPP.
2. Não procede a alegação carreada nas razões de apelação de que a produção destas provas não seria válida porque obtidas sem autorização judicial para a quebra de sigilo bancário. Trata-se de prova emprestada, submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, nos autos de inquérito policial em que o réu figurou como investigado, requerida pelo Ministério Público Federal explicitamente para a apuração do cometimento da infração penal ora em apreço.
3. Seja o BACEN ou a Receita Federal o órgão ao qual se deve prestar declaração de depósitos mantidos em contas bancárias no exterior , segundo o tipo penal do art. 22, § único, da Lei 7.492/86, é certo que *deve ser comunicada apenas a posição financeira referente à data de 31 de dezembro de cada ano*, haja vista que esta obrigação se subordina às regras da declaração anual de ajuste do Imposto de Renda, no que concerne ao Fisco, e ao teor da Circular nº 3.071, de 07 de dezembro de 2001, do Banco Central, no que interessa a esta autarquia especial. Precedente do TRF da 4ª Região.
4. Na hipótese dos autos, observo que *não há qualquer prova de que o acusado tenha mantido em depósitos os saldos referentes às transferências bancárias indicadas até as datas de 31/12/2003 e 31/12/2004, nas quais se imporia a obrigação de declará-las ao Banco Central e à Receita Federal*.
5. Cumpre salientar, ainda, que diante da inexistência de informações quanto ao numerário que se encontrava depositado na conta bancária do réu junto ao Delta Bank nos últimos dias de 2003 e 2004, se é que se mantinha algum depósito nestas datas, torna-se impossível aferir se, de fato, existia a obrigatoriedade de comunicação deste saldo ao BACEN, tendo em vista o limite de dispensa previsto nas Circulares nº 3.225, de 12 de fevereiro de 2004 e nº 3.278, de 23 de fevereiro de 2005, equivalente a US$ 100.000,00 (cem mil dólares americanos).
6. Ausência de prova da materialidade delitiva.
7. Apelação da defesa provida. Absolvição, nos termos do art. 386, II, do CPP.
(TRF4, ACR 0005512-16.2006.4.03.6181, Segunda Turma, Relator Cotrim Guimarães, D.E. 19/04/2012, destaquei)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO SALDO BANCÁRIO NO DIA 31 DE DEZEMBRO DO ANO-BASE. ÔNUS DA PROVA. HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. APELAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA.
1. Desde o julgamento do HC nº 2006.04.00.013111-0/PR (Oitava Turma, Relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, DJ 23-08-2006), a Corte considera que o crime de manutenção de depósitos no exterior somente se perfectibiliza quando constatada a existência de saldo bancário no dia 31 de dezembro do ano-base superior aos limites tolerados pelo Banco Central, a partir da Circular 3.071/2001.
2. Nos primeiros processos julgados após esse precedente (v.g. ACR nº 2000.71.00.021894-0, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 17-05-2007), o Colegiado atribuiu à defesa o ônus de comprovar a inexistência do saldo bancário no dia 31 de dezembro do período de referência, porquanto seria má-fé exigir do órgão acusatório um dado que só veio a ser exigido pelo BACEN e pela jurisprudência após a instauração da ação penal.
3. Contudo, consolidada a orientação pretoriana sobre a necessidade de verificação do saldo bancário em 31 de dezembro do ano-base (ENUL nº 2004.70.00.002027-4, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, unânime, D.E. 01-09-2009), passou-se a exigir do órgão acusatório referência expressa ao saldo bancário na exordial acusatória, consoante deliberação da Colenda Quarta Seção (ENUL nº 2001.70.00.032168-6, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 17-12-2007), a partir do julgamento do RSE nº 2007.71.00.028726-9/RS, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 21-10-2009).

4. Portanto, prevalece hodiernamente o entendimento de que, *não estando descrito na denúncia o saldo de conta bancária mantida no exterior no dia 31 de dezembro do ano-base, fica configurada a inépcia da inicial acusatória que imputa ao réu a prática do delito tipificado no art. 22, parágrafo único, in fine, da Lei nº 7.492/86. Já tendo sido recebida a peça incoativa sem comprovação da existência de saldo declarável no dia 31 de dezembro do período de referência, impõe-se a absolvição sumária do acusado, nos termos do artigo 397, III, do CPP.*
5. Apelação ministerial improvida.
(TRF4, ACR 2007.70.00.023596-6, Oitava Turma, Relator p/Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 07/01/2011)

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, *IN FINE*, DA LEI 7.492/86. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS. EXISTÊNCIA DE SALDO EM 31 DE DEZEMBRO DO ANO-CALENDÁRIO. ELEMENTO MATERIAL DO DELITO. DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DO ÓRGÃO ACUSADOR. AUSÊNCIA DE PROVAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.
1. Para a configuração do delito tipificado no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, 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.
2. *É incumbência do* Dominus litis *a demonstração dessa circunstância (haver depósito no exterior sem declaração) que constitui a própria elementar do delito.*
3. *In casu*, como *não foi colacionada prova da existência de saldo em 31 de dezembro de 2001, 2002 e 2003 nas contas bancárias mantida no exterior para fins de depósitos ativos é de se reconhecer a atipicidade da conduta dos acusados.*
4. Absolvição mantida.
(TRF4, ACR 5013786-77.2010.404.7000, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 24/10/2012, destaquei)

Esse, aliás, foi o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da famosa Ação Penal nº 470 ("Mensalão"), quando se seguiu o entendimento de que o relevante é verificar o saldo em 31 de dezembro ou, ainda, caberia ao Ministério Público Federal demonstrar a existência de subterfúgios a evidenciar que o dinheiro continuaria na esfera de disponibilidade dos réus, de modo que objetivassem frustrar a aplicação da regulamentação do Banco Central do Brasil (*Informativo STF nº 684*).

Assim, considerando que não há prova que o valor mantido por SAMUEL em sua conta no exterior fosse superior ao estabelecido pelo Banco Central do Brasil como mínimo para a obrigatoriedade da declaração, impõe-se a absolvição de SAMUEL por falta de provas.

Conclusão

55. Após a instrução processual, restou comprovada, pois, a prática de:

a) lavagem de dinheiro (artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998) por SAMUEL e FERNANDO, através da simulação de empréstimo destinado a forjar origem lícita a dinheiro proveniente de evasão de divisas;

b) lavagem de dinheiro (artigo 1º, *caput* e inciso VI, da Lei nº 9.613/1998), por duas vezes, por SAMUEL, JAN e LEA, através da simulação de investimento oriundo da *offshore* KAYTON, destinado a conferir aparência de licitude a dinheiro proveniente de evasão de divisas.

Não há provas suficientes, por outro lado, para a condenação:

c) de SAMUEL e JAN, pela prática de lavagem de dinheiro (artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998) relacionado a suposta evasão de divisas cometida por Sérgio Adler;

d) de SAMUEL, pela prática de manutenção de depósitos não declarados no exterior (artigo 22, p. ún., *in fine*, da Lei nº 7.492/1986).

DOSIMETRIA DAS PENAS

56. Inicio pela aplicação da pena ao réu *SAMUEL*.

57. Principio pela dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de empréstimo* com FERNANDO.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é reprovável, considerando-se que se trata de pessoa formada por uma das melhores faculdades do país – administração de empresas na Fundação Getúlio Vargas –, que durante muito tempo trabalhou no mercado financeiro e prestou consultoria, tendo trabalhado em corretora de valores e ouro, possuindo muito conhecimento de questões financeiras e fiscais, conforme declarou em seu interrogatório (minuto 01:10 e seguintes). Pessoas com excelente instrução possuem maior condição de exercer um trabalho lícito e justamente remunerado, devendo ser sua culpabilidade considerada elevada quando utilizam as oportunidades de estudo para a atividade criminosa.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado SAMUEL não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e do Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça[2].

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

Tampouco as *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido militam contrariamente ao acusado, porquanto a realização de empréstimo simulado é uma das formas mais comuns da prática do delito e sua detecção pelas autoridades de persecução penal não é especialmente complexa.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos de reclusão.*

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.

2 "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *60 (sessenta) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

58. Passo à dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 28.11.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é reprovável, considerando-se que se trata de pessoa formada por uma das melhores faculdades do país – administração de empresas na Fundação Getúlio Vargas –, que durante muito tempo trabalhou no mercado financeiro e prestou consultoria, tendo trabalhado em corretora de valores e ouro, possuindo muito conhecimento de questões financeiras e fiscais, conforme declarou em seu interrogatório (minuto 01:10 e seguintes). Pessoas com excelente instrução possuem maior condição de exercer um trabalho lícito e justamente remunerado, devendo ser sua culpabilidade considerada elevada quando utilizam as oportunidades de estudo para a atividade criminosa.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado SAMUEL não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça[3].

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de "laranja" como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo três circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.*

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.

3 "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *85 (oitenta e cinco) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

59. Realizo a dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 13.12.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é reprovável, considerando-se que se trata de pessoa formada por uma das melhores faculdades do país – administração de empresas na Fundação Getúlio Vargas –, que durante muito tempo trabalhou no mercado financeiro e prestou consultoria, tendo trabalhado em corretora de valores e ouro, possuindo muito conhecimento de questões financeiras e fiscais, conforme declarou em seu interrogatório (minuto 01:10 e seguintes). Pessoas com excelente instrução possuem maior condição de exercer um trabalho lícito e justamente remunerado, devendo ser sua culpabilidade considerada elevada quando utilizam as oportunidades de estudo para a atividade criminosa.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 750.800,00 (setecentos e cinqüenta mil e oitocentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado SAMUEL não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça[4].

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de "laranja" como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo três circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.*

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.

4 "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *85 (oitenta e cinco) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

60. Não há dúvida de que os crimes de lavagem de dinheiro mediante simulações de investimentos ocorridas em 28.12.2012 e 13.12.2012 através da *offshore* KAYTON foram cometidos em *continuidade delitiva*. Entendo, ademais, que mesmo o empréstimo simulado com FERNANDO deve ser considerado em continuidade delitiva, pois as condições de tempo, lugar, maneira de execução, indicam, como aliás foi afirmado involuntariamente pelos réus SAMUEL e JAN, que essas medidas visavam a "formalizar" as suas atividades, trazendo-as para o campo da legalidade. Assim, devem os crimes serem considerados como praticados em continuidade delitiva.

Assim, dado que foram praticados 3 (três) crimes de lavagem de capitais, sendo a mais grave pena aplicada de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, aumento-a, nos termos do artigo 71 do Código Penal, em 1/5 (um quinto), fixando-a, de modo definitivo, em *5 (cinco) anos, 4 (quatro) e 24 (vinte e quatro) dias meses de reclusão.*

Considerando que, segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que a pena de multa deve ser calculada proporcionalmente à pena definitiva aplicada (HC 124398/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 14.04.2009, DJe 18.05.2009), fixo-a em *126 (cento e vinte e seis) dias-multa*, cada qual no valor de 1 salário mínimo, compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

Nos termos do artigo 33, § 2º, *b*, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o SEMI-ABERTO.

Ausente o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no artigo 77, *caput*, do Código Penal.

61. Passo à aplicação da pena ao réu *JAN*.

62. Principio pela dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 28.11.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe claramente que JAN seguia as ordens de SAMUEL, não possuindo especiais conhecimentos para a prática dos delitos. Mostrou-se até mesmo um pouco ingênuo, de modo que sua culpabilidade não deve ser valorada negativamente.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado JAN não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça[5].

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua personalidade.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de "laranja" como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos de reclusão.*

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *60 (sessenta) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

63. Realizo a dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 13.12.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe claramente que JAN seguia as ordens de SAMUEL, não possuindo especiais conhecimentos para a prática dos delitos. Mostrou-se até mesmo um pouco ingênuo, de modo que sua culpabilidade não deve ser valorada negativamente.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 750.800,00 (setecentos e cinqüenta mil e oitocentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado JAN não ostenta maus antecedentes à luz

5 "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça[6].

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua personalidade.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de "laranja" como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos de reclusão.*

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *60 (sessenta) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

64. Não há dúvida de que os crimes de lavagem de dinheiro mediante simulações de investimentos ocorridas em 28.12.2012 e 13.12.2012 através da *offshore* KAYTON foram cometidos em *continuidade delitiva*.

Assim, dado que foram praticados 2 (dois) crimes de lavagem de capitais, sendo a mais grave pena aplicada de 4 (quatro) anos de reclusão, aumento-a, nos termos do artigo 71 do Código Penal, em 1/6 (um sexto), fixando-a, de modo definitivo, em 4 (*quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.*

Considerando que, segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que a pena de multa deve ser calculada proporcionalmente à pena definitiva aplicada (HC 124398/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 14.04.2009, DJe 18.05.2009), fixo-a em *93 (noventa e três) dias-multa*, cada qual no valor de 1 salário mínimo, compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

Nos termos do artigo 33, § 2º, *b*, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o SEMI-ABERTO.

6 "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Ausente o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no artigo 77, *caput*, do Código Penal.

65. Passo à aplicação da pena à ré *LEA*.

66. Principio pela dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 28.11.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe que LEA foi utilizada como "laranja" por SAMUEL e JAN.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* da acusada.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, a ré LEA não ostenta maus *antecedentes*.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de "laranja" como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos de reclusão.*

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento a serem valoradas.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *60 (sessenta) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que não há dados relativos à capacidade econômica da ré nos autos.

67. Realizo a dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 13.12.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe que LEA foi utilizada como "laranja" por SAMUEL e JAN.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* da acusada.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 750.800,00 (setecentos e cinqüenta mil e oitocentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, a ré LEA não ostenta maus *antecedentes*.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de "laranja" como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos de reclusão*.

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *60 (sessenta) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que não há dados relativos à capacidade econômica da ré nos autos.

68. Não há dúvida de que os crimes de lavagem de dinheiro mediante simulações de investimentos ocorridas em 28.12.2012 e 13.12.2012 através da *offshore* KAYTON foram cometidos em *continuidade delitiva*.

Assim, dado que foram praticados 2 (dois) crimes de lavagem de capitais, sendo a mais grave pena aplicada de 4 (quatro) anos de reclusão, aumento-a, nos termos do artigo 71 do Código Penal, em 1/6 (um sexto), fixando-a, de modo definitivo, em 4 (*quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão*.

Considerando que, segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que a pena de multa deve ser calculada proporcionalmente à pena definitiva aplicada (HC 124398/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 14.04.2009, DJe 18.05.2009), fixo-a em *93 (noventa e três) dias-multa*, cada qual no valor de 1/30 salário mínimo, registrando que não há dados relativos à capacidade econômica da ré nos autos.

Nos termos do artigo 33, § 2º, *b*, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o SEMI-ABERTO.

Ausente o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no artigo 77, *caput*, do Código Penal.

69. Passo à aplicação da pena ao réu *FERNANDO*.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é normal à espécie, tendo se prestado ao auxílio da lavagem de dinheiro de seu primo, SAMUEL.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que o acusado não ostenta maus *antecedentes*.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

Tampouco as *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido militam contrariamente ao acusado, porquanto a realização de empréstimo simulado é uma das formas mais comuns da prática do delito e sua detecção pelas autoridades de persecução penal não é especialmente complexa.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo uma única circunstância judicial valorada negativamente, fixo a pena base pouco acima do mínimo legal, a saber, em *3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão*.

Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *35 (trinta e cinco) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1/2 (meio) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir, em sua declaração de rendimentos, considerável capacidade de aquisição de bens.

70. Mostra-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

A *prestação de serviços à comunidade* é a modalidade que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço em favor de entidade que atua em benefício do interesse público. Assim, tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, além de ser executada de maneira socialmente útil. Ainda, tem eficácia preventiva especial e

retributiva, pois seu efetivo cumprimento reduz os índices de reincidência.

Determino, além disso, *prestação pecuniária*, no valor de *R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais)*, que entendo necessária e suficiente, pois equivale a 10% do valor do dinheiro que o acusado ajudou a "lavar".

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no art. 77, III, do Código Penal.

Em caso de reversão da substituição, a pena privativa de liberdade será cumprida desde o início no *regime ABERTO*, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

71. Como *efeito automático da condenação* impõe-se a *perda de bens em favor da União.*

Nos autos de medidas assecuratórias nº 0011627-48.2009.4.03.6181 (autuado, originariamente, na 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, com o número 2008.70.00.015095-3), foi decretado o seqüestro: *a)* dos direitos da SNOW sobre os imóveis de matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo; *b)* dos valores pagos à empresa pelo distrato da compra e venda do imóvel de matrícula 75.314 e que foram depositados na conta judicial nº 0650.005.00098599 da CEF, vinculada ao processo 2004.70.00.034812-7 (autuado neste Juízo sob o nº 0011623-11.2009.4.03.6181); *c)* dos valores pagos à empresa a título de alugueis pelos três imóveis e que foram depositados na conta judicial nº 0650.005.00098599 da CEF, vinculada ao processo 2004.70.00.034812-7 (autuado neste Juízo sob o nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Foi efetuado o sequestro dos imóveis (fls. 56/verso, 58/verso dos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181).

Com a remessa dos autos a este Juízo, foi requerida pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR a abertura de uma conta para a transferência dos valores lá depositados (fl. 72 dos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181).

Às fls. 111/112 dos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181 foi proferida decisão mencionando a prolação da sentença nos autos nº 0011621-41.2009.4.03.6181, em que os réus SAMUEL e JAN foram condenados pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional (artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986). Foi decidido, na ocasião, que as medidas constritivas deveriam continuar recaindo somente sobre os imóveis de matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo e sobre os valores depositados pelos réus pelo distrato da compra e venda do imóvel de matrícula 75.314 e que foram depositados na conta judicial nº 0650.005.00098599 da CEF, vinculada ao processo 2004.70.00.034812-7 (autuado neste Juízo sob o nº 0011623-11.2009.4.03.6181). Foi autorizado, na sentença proferida nos autos nº 0011621-41.2009.4.03.6181, o levantamento do arresto sobre os alugueis recebidos a partir da data da decisão.

72. Como exposto na fundamentação, os imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP, foram arrematados pela SNOW com dinheiro oriundo de crimes contra o sistema financeiro nacional submetido a processo de lavagem. Assim sendo, impõe-se o decreto de sua perda em favor da União, conforme prevê o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.618/1998.

Os alugueis pagos em conta judicial vinculada ao processo judicial, em virtude da utilização desses imóveis pelo Banco ITAU, devem seguir o destino do principal, ou seja, serem pagos à União. Juridicamente, *alugueis* são considerados *frutos civis* do imóvel e, de acordo com o artigo 1.232 do Código Civil, "[o]s frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando

separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem".

Embora o magistrado sentenciante no processo nº 0011627-48.2009.4.03.6181 tenha autorizado o levantamento do arresto dos alugueis naqueles autos, essa decisão não vincula, evidentemente, a presente ação penal. Naqueles autos, o juiz prolator entendeu desnecessário o arresto. Nesta ação penal, porém, se verifica justamente que a origem dos valores utilizados na aquisição dos imóveis que vêm produzindo os alugueis é ilícita.

Por outro lado, o Banco ITAÚ e os réus não podem ser obrigados a devolver os valores pagos/recebidos, se agiram em conformidade com a decisão judicial. Assim sendo, determino que proceda a nova intimação ao Banco ITAÚ para que, a partir último dia útil do mês de novembro de 2012, os valores referentes ao aluguel dos imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038 voltem a ser pagos na conta nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal.

73. Da mesma forma, igualmente de acordo com a fundamentação enunciada na sentença, o imóvel de matrícula 75.314, do 10º Registro de Imóveis de São Paulo/SP, foi adquirido pela SNOW com valores provenientes de crimes contra o sistema financeiro nacional submetido a processo de lavagem, também sendo impositivo o decreto de sua perda em favor da União, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.618/1998.

Ocorre que, através da decisão de fls. 677/678 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181, o Juiz da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR homologou acordo por meio do qual foi realizado o distrato do compromisso de compra e venda, razão pela qual o Banco ITAÚ depositou em conta vinculada ao processo judicial o valor de R$ 717.256,69 (fls. 734/737 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Assim, não é mais viável a perda do imóvel – que hoje pertence legitimamente a terceiro de boa-fé –, devendo o decreto de confisco recair sobre esse valor depositado, com as atualizações posteriores, que consiste no resultado das atividades de lavagem de dinheiro e, portanto, deve ser perdido em favor da União.

74. Em conclusão, com fulcro no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.618/1998, *decreto a perda em favor da União*:

a) dos imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP;

b) de todos valores hoje existentes, bem como que venham a ser depositados, e suas respectivas atualizações, na conta judicial nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal, vinculada à presente ação penal, dado que consistem em objeto dos delitos de lavagem de dinheiro comprovados nestes autos.

75. Por fim, verifico a possibilidade de os réus apelarem em liberdade (CPP, artigo 387, parágrafo único).

Os réus SAMUEL, JAN e FERNANDO compareceram em Juízo todas as vezes que intimados, não existindo qualquer razão para que não possam responder em liberdade até o trânsito em julgado da presente sentença condenatória.

Diferente é a situação da ré LEA. LEA não foi encontrada no endereço indicado na denúncia (fl. 257/AP). Posteriormente, o Ministério Público Federal requereu a expedição de ofícios para companhias telefônicas, no intuito de localizar a acusada LEA (fl. 434/AP). Os ofícios foram expedidos (fls. 591/594) e, em novas tentativas, a acusada LEA não foi localizada nos endereços diligenciados (fl. 599/AP). A ré, então, foi citada por edital (fl. 650/AP).

Ressalto que a ré LEA tem inequívoca ciência (ao menos do início) do feito, dado que, em 14 de março de 2005, assinou procuração para que advogado representasse a SNOW nos autos de medidas assecuratórias nº 0011623-11.2009.4.03.6181 (fl. 449 daqueles autos).

Está clara, portanto, a necessidade de que seja efetuada a *prisão preventiva da ré LEA*, como forma de *assegurar a aplicação da lei penal*. Apesar das inúmeras tentativas de localizá-la, a ré nunca se deixou vincular à ação penal, exceto quando assinou procuração para tentar desbloquear bens constritos pelo Juízo.

Os indícios de autoria e materialidade exigidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal se transformaram em provas de autoria e materialidade com a prolação da presente sentença.

Fortes nesses fundamentos, *decreto a prisão preventiva da ré LEA*, como forma de assegurar a aplicação da lei penal, com fulcro nos artigos 312 e 387, p. ún., ambos do CPP. Expeça-se, pois, mandado de prisão preventiva contra a ré.

DISPOSITIVO

76. Ante o exposto, julgo *parcialmente procedent*e a pretensão punitiva para o fim de:

a) *absolver* o réu SAMUEL SEMTOB SEQUERRA, brasileiro, separado, administrador de empresas, nascido em São Paulo/SP, na data de 07.09.1962, filho de Salomão de Jong Sequerra e Claudine de Jong Sequerra, portador do RG nº 9.908.339-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 066.427.668-73, da acusação de prática do delito previsto *no artigo 22, parágrafo único, segunda figura, da Lei nº 7.492/1986*, com fulcro no artigo 386, II, do Código Penal;

b) *condenar o ré*u SAMUEL SEMTOB SEQUERRA, brasileiro, separado, administrador de empresas, nascido em São Paulo/SP, na data de 07.09.1962, filho de Salomão de Jong Sequerra e Claudine de Jong Sequerra, portador do RG nº 9.908.339-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 066.427.668-73, pela prática, em *continuidade delitiva* (CP, artigo 71), por *três vezes*, do delito tipificado no *artigo 1º*, caput, *inciso VI, da Lei nº 9.613/1998, à pena em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) e 24 (vinte e quatro) dias meses de reclusão* e ao pagamento de *126 (cento e vinte e seis) dias-multa*, cada qual no valor de *1 (um) salário mínimo* vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará no *regime semi-aberto* (Código Penal, artigo 33, § 2º, *b*);

c) *condenar* o réu JAN SIDNEY MURACHOVSKI, brasileiro, casado, comerciante, nascido em São Paulo/SP na data de 20.05.1967, filho de Natan Murachoski e de Cecília Rosa Murachovski, portador do RG nº 16.178.389-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 101.576.008-23, pela prática, em *continuidade delitiva* (CP, artigo 71), por *duas vezes*, do delito tipificado no *artigo 1º*, caput, *inciso VI, da Lei nº 9.613/1998*, à pena de 4 (*quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão* e ao pagamento de *93 (noventa e três) dias-multa*, cada qual no valor de *1 (um) salário mínimo* vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará no *regime semi-aberto* (Código Penal, artigo 33, § 2º, *b*);

d) *condenar* a ré LEA DWORA KREMER, brasileira naturalizada, nascida na data de 12.07.1948, filha de Leibel Kleinman e de Zilda Kleinman, portadora do RG nº 3.3549.192-SSP/SP e inscrita no CPF sob o CPF nº 666.647.998-04, pela prática, em *continuidade delitiva* (CP, artigo 71), por *duas vezes*, do delito tipificado no *artigo 1º*, caput, *inciso VI, da Lei nº 9.613/1998*, à pena de 4 (*quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão* e ao pagamento de *93*

(noventa e três) dias-multa, cada qual no valor de *1 (um) salário mínimo* vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará no *regime semi-aberto* (Código Penal, artigo 33, § 2º, *b*);

e) *condenar* o réu FERNANDO SALVADOR ALBERTI SEQUERRA AMRAM, brasileiro, nascido na data de 03.08.1968, filho de Isabel Alonso de Sequerra, inscrito no CPF sob o nº 885.172.847-04, pela prática do delito tipificado no *artigo 1º*, caput, *inciso VI, da Lei nº 9.613/1998*, à pena de *3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão* e ao pagamento de *93 (noventa e três) dias-multa*, cada qual no valor de *1 (um) salário mínimo* vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará, em caso de conversão, no *regime aberto* (Código Penal, artigo 33, § 2º, *a*);

f) *decretar*, com fulcro no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/1998, a *perda em favor da União dos imóveis matriculados sob os nsº 16.673 e 35.038*, no 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP, *e de todos os valores* hoje existentes, bem como que venham a ser depositados, e suas respectivas atualizações, na *conta judicial nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal*, vinculada à presente ação penal[7].

Custas pelos condenados (CPP, artigo 804). Transitada esta sentença condenatória em julgado, lancem-se os nomes dos acusados no rol dos culpados. Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral – TRE, para os efeitos do art. 15, III, da Constituição da República.

Aos réus SAMUEL, JAN e FERNANDO fica assegurado o direito de apelar em liberdade, porquanto não se faz presente nenhuma das hipóteses de decretação da prisão preventiva previstas no artigo 312 do CPP.

Oficie a Secretaria ao 6º Registro de Imóveis da Capital, informando-lhe que os autos nº 2008.70.00.015095-3 da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR foram remetidos a este Juízo e aqui autuados sob o nº 0011627-48.2009.4.03.6181, determinando, por conseguinte, que se consigne no livro de registro que o seqüestro dos imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038, lavrados em 11 de setembro de 2008, devem ficar expressamente vinculados aos *autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181*, em trâmite perante este Juízo.

Oficie a Secretaria à Caixa Econômica Federal, determinando que a conta judicial nº *0265.635.100001914-8 fique vinculada aos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181.*

Oficie a Secretaria, com urgência, ao Gerente de Relações Externas e Gestão de Ofícios do *Banco ITAÚ*, determinando-lhe que os alugueis vincendos referentes aos imóveis constritos por determinação da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, registrados sob as matrículas nº 16.673 e 35.038 (6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP), voltem a ser pagos, *a partir do último dia útil de novembro de 2012*, mediante depósitos/transferências na conta judicial nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal, vinculada à presente ação penal.

Expeça-se *mandado de prisão* contra a ré LEA DWORA KREMER, brasileira naturalizada, nascida na data de 12.07.1948, filha de Leibel Kleinman e de Zilda Kleinman, portadora do RG nº 3.3549.192-SSP/SP e inscrita no CPF sob o CPF nº 666.647.998-04.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 9 de novembro de 2012.

Juiz Federal MARCELO COSTENARO CAVALI

7 Conforme extrato juntado às fls. 1082/1084, o saldo corrigido da conta em 08.11.2012 era de R$ 2.584.203,14.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0012573-12.2009.4.03.6119

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE
Ré: CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUZA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP
Juíza Federal: MADJA DE SOUSA MOURA FLORENCIO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

Vistos etc.

Trata-se de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, com pedido de tutela antecipada, promovida inicialmente pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, em face de CONCEICAO APARECIDA ALVINO DE SOUZA, em razão da constatação de irregularidades na aquisição de merenda escolar no período em que a ré exerceu o cargo de Prefeita do Município de Guararema/SP, de 2002 a 2004, onde pleiteia: a) o ressarcimento integral do dano causado; b) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; c) a suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos; d) o pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e e) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 5 anos.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 58/7222.

Notificada, a ré apresentou defesa preliminar às fls. 7232/7240, aduzindo que teve suas contas aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos exercícios de 2003 a 2004, mencionados na inicial, sem que houvesse sido constatada qualquer irregularidade referente à aquisição de merenda escolar. Alegou que as compras feitas com dispensa de licitação obedeceram às normas legais. Sustenta que não houve dano ao erário ou superfaturamento, bem como que as mercadorias foram compradas e efetivamente entregues. Por fim, requereu o reconhecimento da prescrição das cominações penais e improcedência do pedido.

Ministério Público Federal em sua manifestação de fls. 7254/7255 requereu o recebimento da inicial e citação da ré.

A inicial foi recebida pela decisão de fls. 7256 e verso, determinando-se a citação.

Citada, a ré apresentou contestação, alegando preliminarmente que os ocupantes de cargo eletivo não estão sujeitos à ação de improbidade administrativa. No mérito, sustentou que tendo sido ajuizada a ação com fundamento nos artigos 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, não se aplicam as penalidades previstas no artigo 12, inciso II, requeridas pelo Ministério Público, de modo que o pedido está restrito às hipóteses previstas no art. 10, ou seja, dano ao erário público. Reiterou a aprovação das contas dos exercícios de 2002 a 2004 pelo Tribunal de Contas do Estado, que as compras feitas com dispensa de licitação obedeceram às normas legais, bem como que não restou demonstrada a existência de dano ao erário ou superfaturamento (fls. 7275/7287).

O Ministério Público apresentou réplica às fls. 7290/7294 e dispensou a produção de outras provas (fl. 7297).

A união Federal informou não ter interesse na ação, requerendo a intimação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, responsável pelo repasse das verbas (fl. 7300).

Os autos foram distribuídos inicialmente perante a 4ª Vara Federal de Guarulhos, sendo declinada a competência para esta subseção judiciária (fls. 7302/7307).

Intimado, o FNDE requereu sua admissão no feito como assistente simples da autora. No mérito, sustentou que as regras que disciplinam a transferência direta de recursos são editadas pelo FNDE, dentre elas, a política de alimentação escolar, definida pelo Grupo Gestor do Programa de Aquisição de Alimentos, bem como que os convênios firmados nesse sentido são regulados por normas que impõe submissão aos princípios gerais da administração pública (art. 37, CF) e demais regras que disciplinam a celebração de contratos (Lei nº 8.0666/93), que exigem, inclusive, a prestação de contas, cuja simples ausência, caracteriza ato de improbidade administrativa. Juntou documentos (fls. 7315/7359).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Isso porque os elementos da lide estão claros e nítidos. Todos os fatos apontados pelo Ministério Público Federal e as teses de defesa suscitadas pelo réu podem ser apreciados mediante leitura atenta dos documentos apresentados pelas partes, versando a controvérsia apenas sobre a sua valoração jurídica.

Inicialmente, observo que a arguição de prescrição, aventada pela ré em sua defesa preliminar (fls. 7232/7239), já foi analisada na decisão de recebimento da inicial (fls. 7256/7256v), razão pela qual deixo de apreciá-la.

A ré arguiu ainda, prefacialmente, a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal que entende aplicável à espécie.

Em relação à alegada inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, é de notório conhecimento que, em 13/06/2007, o Supremo Tribunal Federal - STF - julgou a Reclamação nº 2.138 (redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes). Pelo julgado, entendeu-se que a Lei nº 8.429/92 não se aplica aos agentes políticos, somente sujeitos aos crimes de responsabilidade, com julgamento nos foros próprios, nos conformes da Lei nº 1.079/50.

A matéria, entretanto, não é pacífica, pois o próprio STF já decidiu em sentido contrário na Petição nº 3.923 na Questão de Ordem/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa - Informativo STF nº 471, julgada no mesmo dia da Reclamação nº 2.138, dando pela idoneidade da Lei nº 8.429/92 e do enquadramento dos atos dos agentes políticos como de improbidade.

Além disso, o julgamento da Reclamação nº 2.138 confere efeitos meramente *inter partes*, já que não foi proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Outrossim, deve-se registrar que, em 23/07/2007, a Ministra Ellen Gracie, então presidente do STF, determinou o arquivamento das Reclamações nºs 5.389, 5.391 e 5.393, ajuizadas por Prefeitos do Estado do Pará, que pleiteavam a extensão dos efeitos do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF. Esse dado demonstra a fragilidade da tese acolhida em excepcional.

Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que apenas aqueles agentes políticos sujeitos à prerrogativa de foro por crime de responsabilidade, na

forma exclusiva da Constituição Federal de 1998, é que não estão contemplados pela Lei nº 8.429/92, consoante a seguintes ementa:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - EX-PREFEITO - APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 - COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967 - NOTIFICAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA - ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992 - PRESCINDIBILIDADE - NULIDADE DA CITAÇÃO - INOCORRÊNCIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - NÃO-CONFIGURADA - VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 284/STF.
> 1. Trata-se, originariamente, de ação civil pública ajuizada contra Carlos Roberto Aguiar, ex-Prefeito de Reriutaba/CE, por não ter o mesmo emitido, no prazo de 60 dias, a prestação de contas final da aplicação dos recursos repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, no valor de R$ 66.645,00, o qual se destinava à construção de um centro para instalação de unidades produtivas de beneficiamento de palha, confecção de bordado e corte e costura.
> 2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.
> 3. O julgamento das autoridades - que não detêm o foro constitucional por prerrogativa de função para julgamento de crimes de responsabilidade -, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância.
> 4. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo. Precedentes do STJ.
> 5. Está preclusa a discussão sobre alegada falsidade na assinatura de ciência do mandado citatório do réu, em razão do decurso de prazo, sem recurso, da decisão em incidente de falsificação.
> 6. É competente a Justiça Federal para apreciar ação civil pública por improbidade administrativa, que envolva a apuração de lesão a recursos públicos federais. Precedentes.
> 7. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.
> 8. É incabível, em recurso especial, a análise de violação de dispositivo constitucional.
> 9. Inviável a apreciação do recurso por ofensa aos arts. 165 e 458 do CPC (fundamentação deficiente), em razão de alegações genéricas. Incidência, por analogia, da Súmula 284/STF.
> 10. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.
> Resp 1034511 (Processo nº 200800402850), Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, Dje de 22/09/2009, p. 292.

Ademais, entendo que o acolhimento da tese sustentada pelo réu seria um retrocesso histórico ao direito brasileiro, que há muito convive com a coexistência da responsabilização penal e não-penal.

Superadas as preliminares, passo à análise do mérito.

O ponto controvertido da presente ação consiste em saber se a ré CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUZA, na qualidade de ex-prefeita do Município de Guararema/SP, praticou ato de improbidade administrativa descrito na Lei nº 8.429/92, ao adquirir, mediante dispensa de licitação, alimentos destinados à merenda escolar.

Cumpre frisar que em momento algum a ré negou a aquisição irregular dos alimentos, limitando-se a afirmar que não se utilizou má-fé nos procedimentos de compra e que o

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo aprovou todas as suas contas no período, sem qualquer ressalva em relação à merenda escolar.

Analisando as provas constantes dos autos, observo que não restou comprovada a prática de atos de improbidade administrativa que importassem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito (arts. 10 e 11 da LIA), já que em momento algum o Ministério Público alegou que tais alimentos não teriam sido entregues ou que teriam sido adquiridos por valor superior ao mercado, nem tampouco se alguém teria se beneficiado com tal prática. O *parquet* limitou-se a apontar como possível dano causado aos cofres públicos o valor repassado ao Município de Guararema por meio de convênios firmados no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), durante a gestão da ex-prefeita.

Diante disso, não há que se falar em lesão ao erário no importe de R$ 299.493,40 - valor das contratações nos exercícios de 2002 a 2004, haja vista que os produtos foram adquiridos por preços compatíveis aos praticados no mercado e não houve questionamento quanto à efetiva entrega dos alimentos.

Responsabilizar a ex-prefeita por dano ao erário sem a efetiva comprovação importaria em reconhecer a responsabilidade objetiva do administrador pela gestão da máquina pública, o que não se pode admitir. O dano deve ser certo e comprovado e a compra de produtos sem a observância das regras, por si só, não o caracteriza.

Assim, entendo que não restou configurado nenhum ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário (arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/1992).

Entretanto, o mesmo não se pode afirmar em relação aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, previstos no art. 11 e incisos da Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa - LIA, já que a compra reiterada de gêneros alimentícios sem a instauração do adequado processo administrativo ofende os princípios régios da Administração.

A administração pública rege-se, dentre outros, pelos princípios da legalidade e moralidade (art. 37, da Constituição Federal). O primeiro diz respeito à completa submissão da Administração às leis, já o segundo, por outro lado, preceitua que a Administração e seus agentes têm de atuar em conformidade aos princípios éticos.

Dessa forma, se o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proibir (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 - CF/8), o gestor público somente pode adotar a conduta autorizada pela norma de regência, nos termos do art. 37, *caput*, da CF/88, em razão da indisponibilidade de todo bem público e da sua condição de administrador de coisa alheia.

Foi neste contexto que a Lei nº 8.429/92 estabeleceu como a terceira modalidade de improbidade administrativa a prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública. O fim almejado por essa previsão legal foi ampliar a esfera de proteção dos princípios regentes da atividade estatal, qualificando como ímproba qualquer conduta que desrespeite os valores nele traduzidos. A respeito, vejamos os seguintes dispositivos legais:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

> II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
> III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
> IV - negar publicidade aos atos oficiais;
> V - frustrar a licitude de concurso público;
> VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
> VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

A lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), por sua vez, disciplina que:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No caso dos autos, verifica-se que CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUSA, na qualidade de prefeita do Município de Guararema, adquiriu ao longo de sua gestão, mais precisamente no período de 2002 a 2004, diversos gêneros alimentícios (pães, hortifruti, carne, frango, ovos, etc) sem licitação, de forma constante e habitual.

Conforme o conjunto probatório acostado aos autos, é possível identificar mais de 100 (cem) compras com dispensa de licitação a cada ano, sem que tenha sido configurada qualquer situação emergencial.

Afirma a ré que a Lei de Licitações prevê a possibilidade de aquisição direta até o valor de R$ 8.000,00, devendo ser subdivididos os objetos a serem adquiridos e que, em se tratando de merenda escolar, como há diversos gêneros alimentícios, não poderia ser realizada uma única licitação. Alega, ainda, que a lei 8.666/93 "não prevê nenhum limite temporal para que seja utilizada a regra prevista no art. 24, inciso II, assim entende-se a possibilidade de dispensa de licitação no período de 30 (trinta) dias" (*sic*) - fls. 7283/7284.

O argumento da ré não merece prosperar. Em primeiro lugar porque não se trata de uma única compra isolada, mas sim de uma prática reiterada pela municipalidade, o que denota a falta de zelo com a gestão da coisa pública. A ex-prefeita afirma que efetuou a compra diretamente buscando uma maior "economicidade" dos recursos, sem, entretanto, utilizar o instrumento legal que lhe foi posto à disposição justamente para garantir a competitividade e a escolha da melhor proposta para a Administração.

Ademais, apesar de não se ter um prazo previsto em lei para apuração do limite de valor que autoriza a dispensa da licitação, entende-se, majoritariamente, que este deve ser apurado a cada exercício, anualmente, já que este é o prazo previsto para a execução orçamentária.

Entretanto, na gestão da ex-prefeita, o Município de Guararema adotou tal prática por 03 (três) exercícios - de 2002 a 2004, como já dito, o que demonstra a total falta de planejamento na execução das políticas públicas.

Enfim, as razões esposadas para afastar a responsabilidade da ré não se coadunam com a

realidade dos fatos e, muito menos, com os preceitos legais. Aliás, com relação a estes últimos, convém ressaltar, haver previsão expressa para o registro de preços por parte da administração no art. 15 da Lei nº 8.666/93, de forma que seria plenamente possível antever a extrapolação do limite de dispensa previsto no art. 24, II do estatuto das licitações.

Com efeito, o procedimento de dispensa de licitação, na forma do art. 38, VI da Lei nº 8.666/93, deve estar embasado não em mera justificativa, mas em parecer técnico ou jurídico que aponte a excepcionalidade da circunstância que autoriza a contratação direta, o que não houve.

Importante frisar que não cabe ao administrador eleger a "melhor forma" de gestão da coisa pública, pois a sua margem de discricionariedade esbarra nas normas legais vigentes. E neste caso, o que se nota é que a ré, na qualidade de agente público, demonstrou uma total falta de apego ao espírito republicano, optando por gerir a coisa pública com base nos seus próprios princípios, ao arrepio da legalidade.

Assim, não remanesce dúvida de que a acusada CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUSA, na condição de agentes público responsável pela regular aquisição do objeto conveniado, agiu com o intuito de dispensar indevidamente o procedimento licitatório, contrariando o que determina a Lei nº 8.666/93. Violou, com esse proceder, regras de legalidade, além de malferir postulados de lealdade e de honestidade, práticas que estão acoimadas pelo art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Importante frisar, por fim, que o Juiz não está obrigado a ater-se às sanções postuladas pelo autor em seu pedido inicial, pois a pretensão do autor é o reconhecimento da prática do ato de improbidade e a consequente submissão à LIA, sendo certo que, apresentados os fatos, cabe ao Juiz a sua capitulação legal.

Quanto à dosimetria, verifico que a conduta da ré CONCEIÇÃO APPARECIDA ALVINO DE SOUZA subsume-se ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, razão pela qual deverá incidir nas sanções do art. 12, incisos III, da referida lei.

Assim, tenho como necessária e suficiente à reprovação e à prevenção da conduta da ré as seguintes sanções: a) a multa civil; c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário; d) suspensão dos direitos políticos; e e) perda da função pública. Não comprovado o dano material, não há que se falar em ressarcimento.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido movido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para fins de condenar CONCEIÇÃO APPARECIDA ALVINO DE SOUZA pela prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92), extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.

As sanções impostas à condenada não as seguintes:

a) multa no valor de 10 (dez) vezes a remuneração percebida pelo agente à época dos fatos;

b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos;

d) suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos;

e) perda da função pública, se ainda estiver exercendo-a.

A multa aplicada à ré será revertida em favor do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) prejudicado com as condutas ímprobas (art. 18 da Lei nº 8.429/92).

Sem condenação em honorários advocatícios, haja vista figurar o Ministério Público Federal no pólo ativo da ação.

Custas processuais por conta da condenada (art. 20, § 2º, do CPC).

Após a certificação do trânsito em julgado:

a) intime-se o MPF e o FNDE para, concorrentemente, providenciarem a execução dos capítulos condenatórios de obrigação de pagar quantias em dinheiro;

b) oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral, acerca da suspensão dos direitos políticos da ré;

c) oficiem-se à Administração Federal, ao Tribunal de Contas da União - TCU; ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e ao Banco Central do Brasil, dando notícia desta sentença, para que eles observem a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou de creditícios, pelo prazo de 3 (três) anos;

d) providencie-se o cadastramento deste processo na página do Conselho Nacional de Justiça - CNJ na *internet*, no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Mogi das Cruzes, 31 de janeiro de 2012.

Juíza Federal MADJA DE SOUSA MOURA FLORENCIO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0023966-54.2010.4.03.6100

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Rés: RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA. E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: PAULO CEZAR NEVES JUNIOR
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2013

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA. e UNIÃO FEDERAL, para o fim de condenar "as rés às obrigações de fazer consubstanciadas em: *a)* à *TV Bandeirantes* que exiba durante o programa Brasil Urgente um quadro com a retratação das declarações ofensivas às pessoas ateias, bem como esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil, com duração de, no mínimo, o dobro de tempo utilizado para exibição das informações equivocadas no dia 27 de julho último; e *b)* à *União*, por meio da Secretaria de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, que proceda à fiscalização adequada do referido programa e, inclusive, da mencionada exibição" (fls. 09/09v).

Em sede de antecipação de tutela, formulou os mesmos requerimentos, "cominando-se a multa de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial".

O Autor relata que em 27 de julho de 2010, no Programa Brasil Urgente produzido pela TV Bandeirantes, o apresentador José Luiz Datena e o repórter Márcio Campos proferiram ofensas e declarações preconceituosas contra cidadãos ateus, durante cerca de 50 (cinqüenta) minutos. Entendendo que o aludido comportamento contou com o aval da TV Bandeirantes e ofendeu diversos direitos fundamentais, o Autor solicitou esclarecimentos à emissora que, inicialmente, não os prestou, mas, depois respondeu informando que as imagens veiculadas no programa, por si só, demonstram que a emissora ou o apresentador José Luiz Datena não adotaram atitudes preconceituosas em relação às pessoas ateias.

Sustenta, ainda, que houve omissão por parte da UNIÃO FEDERAL no que toca à fiscalização da emissora de televisão, prevista no art. 29 da Lei n 8.987/95. O Autor argumenta que a lesão social ocasionada pelas declarações é evidente, ante a promoção de verdadeira incitação pública de preconceito aos ateus e ante o poder persuasivo e formador de opinião que detém o meio televisivo perante a sociedade, o que é agravado pelos índices de audiência do programa em questão.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 11/60.

A decisão de fls. 62 condicionou a apreciação do pedido de tutela antecipada à "prévia audiência do representante judicial da União, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos moldes do art. 2º da Lei nº 8.437/92".

A União Federal manifestou-se às fls. 66/70, afirmando que nada tem a opor acerca da pretensão endereçada em face da TV Bandeirantes, eis que tem interesse na salvaguarda dos direitos fundamentais. Todavia, entende que a pretensão que lhe é dirigida carece de interesse processual, porquanto caberia ao órgão ministerial a adoção das medidas previstas no art. 6º, inciso XX e art. 7º, inciso III da Lei Complementar nº 75/93, não havendo resistência sob tal aspecto. Cogita, a princípio, de integrar o pólo ativo da ação, o que será decidido após o

recebimento das informações solicitadas ao Ministério das Comunicações via ofício.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido às fls. 71/72v.

A Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. apresentou sua contestação às fls. 78/96, com documentos anexos às fls. 97/159. Pugnou, no mérito, pela improcedência da ação, sustentando, em suma, que "em hipótese alguma a emissora ré ou o seu apresentador cometeram preconceito de qualquer espécie contra os ateus, não podendo ser responsabilizada a que título for". Ressaltou que José Luiz Datena, apresentador do programa Brasil Urgente, foi "incisivo ao ratificar que a sua crítica não era generalizada, posto que, no seu entendimento, determinados indivíduos, ainda que não tementes a Deus, jamais seriam capazes de operar qualquer conduta criminosa e que são pessoas de bem". Registra, ademais, que atuou amparada pelo seu direito constitucional de liberdade de expressão e pensamento.

Sobreveio nova petição da Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., às fls. 160/166, juntando o "parecer do D. Representante do Ministério Público do Estado do Paraná, que, corretamente, entendeu desnecessária a instauração de procedimento preparatório ou inquérito civil noticiados por interessados que se diziam ateus e prejudicados pela mesma matéria ora em discussão".

Oportunizada a especificação de provas (fls. 168), o Autor requereu a designação de audiência de instrução para oitiva de testemunha (fls. 170/170v, enquanto que a Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. informou seu desinteresse na produção de outras provas. Já a União manifestou-se às fls. 176/182v, sustentando a carência da ação, tendo em vista sua ilegitimidade passiva, requerendo, ao final, o julgamento antecipado da lide.

É o relatório.

Decido.

De início, no que toca à preliminar suscitada pela ausência de interesse de agir da parte Autora, entendo que a mesma não procede. Nos termos do art. 223 da Constituição Federal de 1988, competirá ao Poder Executivo os atos relativos à concessão de rádio e televisão. Diante disso, extrai-se meramente deste mandamento constitucional o intrínseco dever de fiscalização, conferido ao Poder Concedente, no caso a União, no que toca à outorga e renovação de concessão, permissão e autorização do serviço de radiodifusão sonora e de imagens.

Assim, pela simples constatação da natureza de concessão do serviço público ora em debate, também já caberia falar no mencionado dever de fiscalização da União, atraindo a atuação do Ministério Público Federal já que está em jogo a tutela de direito transindividuais relacionados, como mais adiante se verá, a serviço público federal.

Ressalte-se, ademais, que a alegação da existência dos dispositivos legais previstos no art. 6º, inciso XX e art. 7º, inciso III da Lei Complementar nº 75/93 não retira a possibilidade de provocação direta do Judiciário pelo órgão do *Parquet* federal, objetivando a defesa dos interesses transindividuais mencionados.

Não se ignora nos autos, contudo, que o intento administrativo na busca de uma solução já foi colocado em prática pelo Ministério Público Federal. A respeito disso, consta da petição inicial, às fls. 04, que a "Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão solicitou esclarecimentos à emissora-ré acerca da prática de atitudes preconceituosas contra pessoas ateias", sendo que, "inicialmente, a emissora-ré não prestou esclarecimentos (fl. 18), razão pela qual foi enviado novo ofício".

Ultrapassada a questão do interesse processual do Autor, vejo que a preliminar de ilegi-

timidade passiva da União deve ser, da mesma forma, afastada.

Igualmente com base no argumento da titularidade do serviço público concedido à emissora Ré, a União deve permanecer no pólo passivo da lide. Na medida em que se afigura na presente questão como o Poder Concedente, nos termos acima expostos, deve também responder, *in status assertionis*, frente a terceiros pelas faltas cometidas por seus agentes delegatários.

Não subsiste, desse modo, a alegação trazida pela União quando afirma que seria parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide, argumentando que houve a celebração de um Convênio com a ANATEL, para que esta Agência Reguladora possa "em nome deste Ministério empreender fiscalização de conteúdo, instauração e a instrução de processos administrativos nas emissoras executantes dos serviços de radiodifusão e encilares (retransmissão de TV)" (fls. 179).

A assertiva, embora verdadeira quanto à existência do convênio, não subsiste no que toca à manutenção da legitimidade passiva da União. Sobre isso, num primeiro aspecto, não é de se olvidar que o art. 13, da Lei nº 9.784/99 preceitua que não podem ser objeto de delegação a "decisão de recursos administrativos", competência esta indelegável e que, portanto, certamente permanece sob a esfera administrativa do Ministério das Comunicações, órgão integrante da Administração Direta da União. Com efeito, subsiste ao menos uma parcela relevante do desempenho das atribuições fiscalizatórias da União, razão pela qual, por esta circunstância apenas, já estaria rechaçada a preliminar aventada.

De todo modo, ainda que assim não fosse, esclarecendo os limites daquele convênio, consta norma administrativa emanada no âmbito do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, cujos termos reafirmam a competência concorrente desta autarquia federal (Anatel) e da União (por meio do Ministério das Comunicações) para o exercício do poder fiscalizatório referido, nos seguintes termos (publicação no Diário Oficial da União, de 17 de agosto de 2012, Seção 1, pg. 64):

> DESPACHOS DO PRESIDENTE
> Em 1º de abril de 2011
> Nº 2.645/2011-CD - Processo nº 53500.023624/2004
> O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais, examinando processo de consulta formulada pela Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização e pela Superintendência de Administração Geral, decidiu, em sua Reunião nº 597, realizada em 24 de fevereiro de 2011, pelas razões e fundamentos constantes da Análise nº 54/2011-GCJR, de 28 de janeiro de 2011:
> *(i) declarar:*
> *a) quanto à competência material:*
> a.1) a competência da Anatel para proceder à outorga de autorização de uso de radiofrequência para serviço de radiodifusão; e
> a.2) a competência da Anatel para proceder à certificação de equipamentos destinados à exploração de serviço de radiodifusão;
> *b) quanto à competência fiscalizadora:*
> *b.l) a competência da Anatel para proceder à fiscalização de irregularidades relacionadas ao serviço de radiodifusão, quanto aos aspectos técnicos, por expressa disposição legal (art. 211, arágrafo único, da LGT);*
> *b.2) a competência concorrente da Anatel e do Ministério das Comunicações para proceder à fiscalização de irregularidade relacionada ao serviço de radiodifusão, quanto aos aspectos não técnicos,* em razão:
> (i) no que tange à Anatel, da delegação de poderes feita pelo *Convênio nº 01/2007*; e

> (ii) *no que tange ao Ministério das Comunicações, do disposto na cláusula quarta desse mesmo Convênio*; (grifado)

Não há o que se falar, assim, acerca de ilegitimidade passiva da União.

A jurisprudência, em caso semelhante, seguiu o entendimento aqui exposto, conforme os termos da ementa que segue:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROGRAMA DE TELEVISÃO. VIOLAÇÃO A DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS*. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *O uso ilegal da outorga de serviço de competência da União remete à necessidade deste ente compor a lide, atraindo, portanto, nos termos do art. 109, I, da CF, a competência para a Justiça Federal.* Configurada a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizar ação civil pública visando a evitar a ofensa de toda a coletividade exposta a programas nocivos que incitam práticas criminosas e desrespeito a direitos constitucionais fundamentais. As programações de televisão sub judice atentam contra os direitos fundamentais, uma vez que, abusando do poder de titular de concessão, e em nome de índices crescentes de audiência (leia-se maiores verbas publicitárias), atiram-se livremente contra a imagem e a dignidade de pessoas, invariavelmente pobres, envolvidas em episódios policiais, tudo sob o manto e apoio da autoridade policial. (grifado)
> (AC 200304010089458, EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 09/04/2007)

Ressalte-se, todavia, que à União caberia à prerrogativa de se manifestar no sentido de sua participação no pólo ativo da demanda, o que se daria com base na aplicação analógica do art. 6º, § 3º, da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.714/65). Tal interpreação justifica-se ante ao interesse público presente na fiscalização das atividades desempenhadas pela Ré, sob a ótica da concessão pública de sua respectiva radiofrequencia de sons e imagens.

Poder-se-ia falar, assim, na possibilidade da União "abster-se de contestar o pedido" ou "atuar ao lado do autor", na medida em que isto se afigurasse útil à consecução de seu poder fiscalizatório nos termos do art. 220 e seguintes da CF/88. Entrementes, até o momento aquele ente Federal não optou em exercer esta prerrogativa, o que, de outro turno, não permite afastar a possibilidade de que responda à lide nos termos do pedido formulado na petição inicial.

No que toca ao pedido da parte Autora (fls. 170/170v) relativo à produção de prova em audiência, eis que da oitiva "de representante dos ateus, poderá se aferir a potencialidade discriminatória da mencionada exibição", entendo que a medida é desnecessária para o deslinde da controvérsia.

Conquanto a discussão da questão comporte aferição de matéria fática relacionada à análise das palavras empregadas pelo apresentador de televisão José Luiz Datena, no programa "Brasil Urgente" veiculado no dia 27 de julho de 2010 na grade de programação da emissora Ré, entendo que a aferição da procedência ou não dos pedidos escapa, em verdade, de qualquer análise fática das repercussões psicológicas ou emocionais incidentes sobre um ou outro indivíduo que se apresente como ateu.

Isso porque, ao que aparenta, a discussão encontra foco na colisão de direitos fundamentais, sendo despicienda o aprofundamento da extensão de possíveis danos (no caso, o *quantum debeatur* dos eventuais danos morais), notadamente à vista da natureza do pedido, que se funda meramente em condenação de obrigação de fazer.

Neste aspecto, é possível vislumbrar que a oitiva do representante da "Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos" trará informações que certamente estarão mais ligadas ao particular subjetivismo do depoente, ainda que este esteja, no momento da audiência, na posição de preposto daquela entidade associativa, agregadora, pois, de pessoas com a mesma crença religiosa e filosófica.

A aferição do desvalor da conduta imputada à emissora Ré, acaso existente efetivamente, apta, assim, a ensejar o direito de resposta proporcional ao agravo, estará ligada muito mais a um estudo objetivo e amplo, alicerçado na ponderação dos axiomas constitucionais presentes entre os direitos fundamentais da livre manifestação de pensamento (liberdade de imprensa) e da inviolabilidade de consciência e de crença ("sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias").

Eventual conclusão de ofensa a esses valores caracterizará, por si só, o dano moral discutido, que, como se sabe, em regra, não depende de provas.

Impende, pois, o indeferimento do pedido exposto na petição de fls. 170/170v. Sendo a matéria essencialmente de direito e estando as questões fáticas devidamente documentadas, é desnecessária a dilação probatória. A hipótese se subsume à previsão insculpida no artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

Passo, portanto, a proferir sentença.

Superadas as preliminares nos termos acima expendidos, passo diretamente ao exame do *mérito.*

A questão, como dito em linhas supra, subsume-se à avaliação da conduta engendrada pelo apresentador José Luiz Datena, no programa televisivo "Brasil Urgente" promovido no canal de radiofreqüência da emissora Ré "Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.", na data de 27 de julho de 2010.

Com efeito, para a solução da lide, como bem deixou destacado o ilustre Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, membro do Ministério Público Federal, às fls. 170, a controvérsia cinge-se na constatação da ocorrência, ou não, de violação, com base na conduta referida, ao direito fundamental de liberdade de crença e de convicção, bem como seus desdobramentos, insculpidos nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CF/88.

Numa primeira e crucial abordagem, impende a melhor discriminação dos pedidos formulados na presente ação civil pública. Veja-se, neste aspecto, que a petição inicial alberga, de um modo geral, para um e outro Réus, pretensões condenatórias relacionadas ao cumprimento de obrigações de fazer, mas derivadas de diferentes causas de pedir.

Adentrando-se mais especificamente no rol de pedidos deduzidos, a demanda foi ajuizada em face da Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. e da União, postulando-se condenação:

a) da *primeira*, para que *(i)* "exiba durante o programa Brasil Urgente um quadro com a *retratação* das declarações ofensivas às pessoas ateias, bem como *(ii) "esclarecimentos* à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil, com duração de, no mínimo, o dobro de termpo utilizado para a exibição das informações equivocadas" no programa do dia 27.07.2010;

b) da *segunda*, para que *(iii)* por "meio da Secretaria de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, que proceda à *fiscalização* adequada do referido programa e, inclusive, da mencionada exibição".

Considerados esses destaques, vale anotar, outrossim, que, conquanto o Autor tenha promovido narrativa que descreva a lesão a direitos fundamentais, a *res in iudicium deducta* não contemplou qualquer pedido de indenização para a reparação ou compensação dos eventuais danos sofridos pelos sujeitos hipoteticamente vitimados.

Também não restou indicado no rol de pedidos qualquer pretensão em face do apresentador de televisão José Luiz Datena, embora apontado este como executor principal da conduta lesiva então descrita.

Conclui-se, em resumo, que a questão central da discussão travada entre as partes refere-se, fundamentalmente, aos delineamentos, no caso concreto, da liberdade de comunicação e sua relação no que concene ao campo da programação televisiva, considerada, de outro lado, a inviolabilidade da liberdade de consiciência e de crença.

Imiscuindo-se nesta cena jurídica, a observação primeira que se faz é, assim, da ocorrência de relevante embate entre direitos de magnitude constitucional, esmerilhados nas normas fundamentais do art. 5º e incisos da CF/88, quais sejam: *(a) liberdade de manifestação de pensamento* (IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato); *(b) direito de resposta proporcional ao agravo em caso de abuso deste direito* (V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem); *(c) inviolabilidade da liberdade de consiciência e de crença* (VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias).

Como desdobramentos destas normas fundamentais, há, ademais, outros dispositivos de cunho constitucional que devem ser consideradas no deslinde da questão, referentes: *(d) à permissão constitucional de delegação, pela União, da exploração dos serviços públicos vinculados ao campo das telecomunicações mediante autorização, concessão ou permissão* (art. 21, inciso XI); *(e) liberdade da manifestação do pensamento sob o ponto de vista da comunicação social* (art. 220, *caput* e §§ 1º e 2º), *bem como diretrizes direcionadas para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão* (art. 221, *caput* e incisos)

I - Da liberdade de manifestação do pensamento.

Inicialmente, vale lembrar que, como antecedente lógico do tema epigrafado neste tópico, a livre manifestação e exposição do pensamento, em suas mais variadas formas, deriva da própria capacidade humana de pensar, de formular idéias e conceitos sobre o meio em que vive.

A liberdade de pensar, entrementes, só alcançou maior resguardo na positivação dos direitos humanos de primeira geração. Em virtude de sua condição basilar no âmbito potencialidades humanas, a manifestação do pensamento afirmou-se historicamente na consagração das liberdades civis e políticas do Séc. XVIII, integrado à Declaração dos Direitos Humanos, em seu art. 11, no qual se prescreveu que:

> A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei.

Veja-se, assim, que embora a liberdade de pensamento sempre tenha sido reconhecimento óbvio da existência do ser (“penso, logo existo”, conforme já dizia René Descartes), inerente

ao ser humando, seu livre e pleno exercício somente foi viabilizado com as lutas históricas referentes à conquista dos meios e das garantias de sua expressão.

De fato, não bastaria a liberdade de pensar e de criar, já que a eventual impossibilidade de expressar e manifestar o pensamento acabaria por tolher o cerne da sociabilidade humana que é a comunicação. Tem-se, então que, o livre gozo da liberdade de pensamento desacompanhado do exercício regular da correspondente liberdade de expressão redunda na nulificação de qualquer vontade do indivíduo direcionada a sua comunicabilidade na sociedade.

Na Constituição Federal de 1988, prescreve o art. 5º, inciso IV, o seguinte:

> 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:
> (...)
> IV - *é livre a manifestação do pensamento,* sendo vedado o anonimato. (grifado)

Doutrinariamente, apesar de não haver uniformidade a respeito da sistematização conceitual da liberdade de manifestação do pensamento consagrada no dispositivo constitucional transcrito, pode-se dizer que sua noção essencial sintetiza a *liberdade de comunicação* numa ampla acepção. Esta, abrangeria, então - numa visão mais estrita e específica de suas repercussões normativas - a liberdade pura e simples de *manifestar pensamento*, a liberdade de *criação* e de *expressão,* a liberdade de *informar* e a *de ser informado.*

José Afonso da Silva assim define a liberdade de comunicação:[1]

> *A liberdade de comunicação consiste em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação.* É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º da CF, combinados com os artigos 220 a 224. Compreende ela as formas de *criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação e a organização dos meios de comunicação* – esta sujeita a *regime jurídico especial*, de que daremos notícia no final deste tópico. (grifado)

Nesse passo, tem-se que as diversas formas de criação do ser humano, nas suas diversas vertentes, como artísticas, ideológicas, tecnológicas e políticas, integrariam o gênero da liberdade de comunicação.

Pragmaticamente, a comunicação pode, de um modo geral, ser entendida como um processo pelo qual *idéias e sentimentos são transmitidas de indivíduo para indivíduo, tornando possível a interação social.*

Nessa esteira, numa percepção final, é intuitivo concluir que a falta de comunicação acaba por impedir o exercício de atividade essencial da vida humana. A liberdade de comunicação, assim, evidencia-se como imprescindível para a garantia da dignidade da vida humana, motivo pelo qual é tutelada amplamente nos ordenamentos jurídicos.

II - Das balizas constitucionais a respeito do serviço público de radiofrequencia de sons e imagens e dos peculiares aspectos jurídicos da liberdade de comunicação no meio televisivo.

1 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 823.

As diversas formas de comunicação são regidas por princípios básicos em nossa Constituição Federal da seguinte forma:[2]

> (a) observado o disposto na Constituição, a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição, qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprima; (b) nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de concessão, permissão e autorização do Poder Executivo Federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a que cabe apreciar o ato, no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.

Merece destaque, assim, o fato de que a liberdade de comunicação, quando inserida no campo da radiodifusão de sons e imagens, submete-se à regramento jurídico peculiar.

Sobre isso, a Constituição Federal de 1988 conferiu à União a competência exclusiva para explorar o serviço público de radiodifusão de sons e imagens, podendo fazê-lo diretamente ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XI). Veja-se que, não obstante o reconhecimento de que a idéia de livre manifestação do pensamento esteja perfunctada de modo indissociado ao exercício da liberdade de comunicação (*vide* art. 5º, IX e art. 220, todos da CF/88), não se poderia afastar esta particular e primordial condição no campo das telecomunicações.

De outra banda, como consectário da natureza de serviço público na exploração deste meio de comunicação, nossa Carta Magna também registra a sua inseparável ligação com o direito difuso à programação televisiva de boa qualidade (arts. 220 e 221 da CF/88).

Inegável, pois, que a liberdade de comunicação é, de certo modo, mais restrita quando se fala em radiodifusão de sons e imagens, já que, além de exigir das respectivas pessoas jurídicas exploradoras deste serviço público a obtenção de ato de concessão do Poder Público, exige-se a submissão daquelas aos demais ponderamentos mencionados.

Neste último aspecto, impende a observação de certas constatações práticas que dizem respeito mais ao aspecto vivencial da dinâmica da comunicação no meio televisivo.

A grande quantidade de meios de comunicação (rádio, televisão, livros, revistas, internet etc.), bem como o amplo leque de opções de programas e de formas de organização destes, colocam o povo, como objeto final dos meios de comunicação, numa posição diferenciada, efetivamente numa etapa contemporânea da liberdade de comunicação, visto essa sob a vertente do direito de informar e de ser informado. Induvidoso, portanto, que afora a radiodifusão de sons e imagens, há vários outros meios de comunicação disponíveis atualmente, revelando um universo extenso de possibilidades na área.

Mas há algo que deve ser imprescindivelmente ressaltado quanto à televisão – sendo tal anotação de grande valia, aliás, para a análise do caso dos autos.

É que, na definição do conteúdo da programação televisiva, em regra, *não qualquer há participação dos usuários finais, havendo ampla liberdade dos produtores na sua definição*

2 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 243.

como aspecto da liberdade de comunicação. A atividade intrínseca a este direito, logo, quando considerada na via televisiva, difere quanto à forma e circunstâncias nas quais a mensagem possibilita chega ao seu destinatário, o telespectador.

A leitura de uma revista, de um jornal ou de um livro é uma atividade que exige uma conduta consciente e proativa do interessado, ao passo que assistir a um programa de televisão é evidentemente uma atitude mais passiva. Claro que é possível a qualquer um simplesmente optar por mudar a sintonia e assistir a outro programa de rádio ou televisivo, mas essa atividade é claramente "mais passiva" porque as pessoas não precisam de nenhuma concentração específica ou busca mais aprofundada para ser destinatário da mensagem.

Com efeito, *a mensagem televisiva alcança um universo muito maior de pessoas, abrangendo todas as classes sociais e todas as faixas etárias*, já que, além do já acima consignado, não se exige nenhuma habilidade especial para alcançá-la como a alfabetização.

Resta evidente, pois, o incrível alcance da televisão na vida das pessoas e na propagação de idéias. Visto isto sob a ótica mesma da caminhada evolutiva da sociedade, é forçoso considerar o grande potencial movimentador de massas e de formação de opinião deste meio de comunicação.

Esta simples constatação incrementa sobremaneira a importância do tema referente aos *limites* que a chamada *liberdade de programação* possui em nosso sistema, como corolário do direito à liberdade de comunicação.

Identifica-se um regime constitucional que assegura a liberdade de programação, mas, como contrapeso necessário e razoável à manutenção da unidade da Constituição, demarcam-se também certas limitações nesta seara. Fixam-se balizas não apenas quanto ao seu conteúdo, mas, igualmente, quanto aos meios de atuação do Poder Público para a concretização daquelas limitações.[3]

III - Dos limites conferidos pela CF/88 ao exercício da liberdade de programação.

Sobre isso, já restou observado em linhas supra que da liberdade de comunicação surge a chamada liberdade de programação radiotelevisiva ou simplesmente liberdade de programação, que se caracteriza como um dos meios de exercício daquele direito.

A par disso, a abordagem do presente tópico consubstancia-se na análise do conteúdo e dos limites da chamada liberdade de programação segundo a Constituição Federal de 1988.

Liberdade de programação é o exercício livre,[4] ou seja, com autonomia e independência, do direito de definir o conteúdo, a quantidade, a duração e o momento de exibição de anúncios e programas a serem produzidos e transmitidos pelas emissoras de rádio e televisão.

3 "Art. 220. (...)
(...)
§ 3º - Compete à lei federal:
I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente".

4 Como mencionado introdutoriamente, é desdobramento direto da liberdade de comunicação e da manifestação do pensamento, o que foi, em suas múltiplas formas de exercício, uma preocupação constante do constituinte originário de 1988, como forma de reação ao passado ditatorial e de censuras do nosso país.

Pelo exercício de tal liberdade, pode-se criar uma programação bastante diversificada. Como exemplos, citem-se: os jornais e programas jornalísticos, as novelas, os programas de auditório, os programas culinários, os desenhos animados, os documentários, os filmes, as transmissões de desportos, as transmissões de julgamentos do Poder Judiciário, os chamados "Reality Shows" e as propagandas publicitárias. Em suma, há uma extensa gama de programas televisivos, sobre os mais variados temas e formatos, que a criatividade humana é capaz de desenvolver para transmitir mensagens.

Tomadas tais considerações, e baseando-se sempre no axioma da livre manifestação do pensamento insculpido no inciso IV, do art. 5º, da CF/88, tem-se como inegável a regra do pleno exercício da liberdade de comunicação quando se fala na eleição da grade televisiva. A limitação do exercício deste direito fundamental ressobra unicamente como medida de exceção, algo que se dá em respeito aos demais direitos e liberdades fundamentais nos termos e parâmetros dados pela própria Constituição Federal de 1988, conforme a redação de seu art. 220, *caput*. Aquela plenitude é, então, apriorísticamente considerada apenas.

Em adendo a este balizamento normativo, a Constituição também fixou parâmetros gerais que devem ser observados quanto ao conteúdo veiculado (art. 221), bem como autorizou a prévia regulação relativa à classificação indicativa da programação (no que respeita "às faixas etárias a que não se recomendam",[5] além das que se referem ao ao potencial risco à "saúde e ao meio ambiente", conforme art. 220, § 3º, inciso II).

Especificamente quanto à fixação dos princípios gerais da programação televisiva - atinentes, lembre-se, à análise feita sempre a posteriori do conteúdo transmitido - vale a transcrição do dispositivo constitucional mencionado, *in verbis*:

> Art. 221. A *produção e a programação das emissoras de rádio e televisão* atenderão aos seguintes *princípios*:
> I - preferência a *finalidades educativas*, artísticas, culturais e *informativas*;
> II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
> III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
> IV - *respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*. (grifado)

A leitura destes princípios evidencia a existência de verdadeiras diretrizes das quais não se pode olvidar na prestação do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. As limitações impostas pela CF/88 irradiam-se com vistas à manutenção dos valores básicos da soceidade e da proteção do Estado Democrático de Direito.

Aos que titularizam o direito à liberdade de programação, observa-se, assim, a existência de regras constitucionais que impõem obrigações de fazer (positivas, com observância vinculada e inafastável dos axiomas constitucionais) e de não fazer (negativas, calcadas no dever de abstenção sobre certo aspecto da atividade explorada).

Para uma melhor visualização deste espectro obrigacional copreendido no regime cons-

5 "Art. 220. (...)
§ 3º - Compete à lei federal:
I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada".

titucional da liberdade de programação televisiva, o seguinte quadro esquemático pode ser proposto:[6]

> *1) Limitações positivas* (entendidas estas como sendo as que impõem uma delimitação material no formulação do conteúdo dos programas):
> *1.a* – os programas devem dar preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (art. 221, I, da CF/88);
> *1.b* - os programas devem promover a cultura nacional e regional (art. 221, II, da CF/88);
> *1.c* - os programas devem existir de forma a respeitar a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei (art. 221, III, da CF/88);
> *1.d* - os programas devem respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da CF/88);
> *1.e* – deve ser assegurado o direito de resposta, inclusive por meio de sua transmissão pelo mesmo meio utilizado na ofensa (art. 5º, V, da CF/88).[7]
> .....
> *2) Limitações negativas* (impõem abstenções aos que exercem a liberdade de programação):
> *2.a* – a liberdade de progamação e de comunicação televisiva, como expressões da liberdade de manifestação do pensamento, devem respeitar à vedação ao anonimato (art. 5º, IV, da CF/88);
> *2.b* - não ofender a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/88);
> *2.c* - dever de observar a regulamentação das diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3º, I, da CF/88);
> *2.d* - não produzir ou veicular propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II, da CF/88);
> *2.e* - obedecer às restrições legais quanto à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º, da CF/88).

No que remonta à limitações positivas, é possível reuní-las nas seguintes classes obrigacionais: (i) "dever de veicular programação de qualidade" (representado nos itens "1.a" a "1.d" supra); (ii) "dever de transmissões obrigatórias" (representado nos itens "1.e" e nota de rodapé "3") e (iii) "dever de responsabilidade" (item "1.e", bem como com base na norma geral do art. 37, § 6º, da CF/88).

Repise-se, nesse ponto, a natureza de serviço público das telecomunicações (art. 21, XI, da Constituição Federal de 1988), sendo certo que, como tal, a radiodifusão de sons e imagens também fica sujeita aos princípios próprios daquela seara da atuação estatal. Desta feita, vale rememorar os postulados da continuidade e da qualidade do serviço prestado (art. 37, § 3º, I, da CF/88), o que é explicitado e detalhado, neste particular, pelas regras do art. 221 da CF/88.

Já naquele outro subtópico acima desenhado, relativo às limitações negativas, vê-se que a liberdade de programação esbarra em restrições previstas diretamente na Constituição, não apenas as compreendidas nos dispositivos inseridos no seu Capítulo da Comunicação Social, mas também, e sobretudo, nquelas que emergem da colisão do exercício daquele direito fundamental com outros da mesma estirpe (art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, da CF/88).

---

6 Note-se, a propósito, que há, ademais, limitação positiva encontrada no campo infraconstitucional, qual seja o dever de transmissão das chamadas mensagens obrigatórias nos termos da lei (*v.g.*: "A Voz do Brasil" - Lei nº 4.117/1962, art. 38, "e");

7 Esta previsão também encontra guarida no art. 14, 1, do Pacto de São José da Costa Rica. Ainda no âmbito deste Tratado Internacional - do qual o Brasil é signatário e, portanto, sujeita-se as suas normas - consta determinação no sentido de que os programas devem ter sempre uma "pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial" (art. 14, 3, do Pacto de São José da Costa Rica – art. 223, § 2º, da CF/88).

IV - Da ponderação de interesses constitucionalmente amparados: harmonização da liberdade de comunicação e de programação com os demais direitos fundamentais.

Como visto, registrada a existência daqueles limtes, é fato que qualquer outro bem jurídico albergado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, *devendo, nesse caso, haver sopesamento dos valores envolvidos de forma a harmonizá-los, sempre.*

Com vistas a essse desiderato, a análise do eventual conflito entre os direitos deve ser feita à luz da razoabilidade, atendendo-se aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade, ou seja, verificando-se a adequação da restrição, sua necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Certamente, a liberdade de expressão deve ser interpretada de forma ampla a garantir a criação, expressão e difusão do pensamento e da informação sem interferências. No entanto, como já visto acima, não há liberdade pública absoluta, que se sobreponha às demais.

Como bem esclarecem os doutrinadores portugueses CANOTILHO e MACHADO,[8] "a liberdade de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas restrições, à semelhança do que sucede com todos os direitos, liberdades e garantias".

Devem, portanto, ser harmonizados os direitos fundamentais envolvidos num conflito instaurado, sendo o princípio da proporcionalidade o instrumento adequado para tanto.

Nesse sentido, "mutatis mutandis", já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

> *O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.* A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. *Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.* A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. (grifado)
> (ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-09, Plenário, DJE de 6-11-09)

Outrossim, ainda que em casos distintos do ora enfrentado, o Supremo Tribunal Federal

8 Canotilho, J. J. Gomes; Machado, Jónatas E. M. *Reality Shows e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 32.

já se manifestou sobre a ponderação de interesses nos casos em que há aparente colisão entre a liberdade de manifestação de pensamento e outros direitos fundamentias, conforme os casos que podem ser citados e dsicriminados a seguir (os julgados referem-se a temas variados, mas possibilitam certo norte para o presente caso):

> *a)* no exercício da *liberdade de expressão*, deve ser resguardada a liberdade de informação, resguardando-se o exercício do direito de crítica que dela emana, uma vez que seria este imanente ao *regime democrático*.
> "(...) O STF tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, *a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático*. Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa." (AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, DJE de 6-4-2011.) No mesmo sentido: AI 690.841-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-6-2011, Segunda Turma, DJE de 5-8-2011; AI 505.595, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, DJE de 23-11-2009. (grifado)
> .....
> *b)* a *liberdade de programação* ou de imprensa deve ser exercida em conformidade com os *direitos da personalidade*, respeitando-os sob pena de caracterização de dano moral indenizável:
> "Dano moral: fotografia: publicação não consentida: indenização: cumulação com o dano material: possibilidade. CF, art. 5º, X. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X." (RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, DJ de 28-6-2002.)
> .....
> *c)* a *liberdade quanto ao conteúdo de programas jornalísticos* deve ser exercida também em *conformidade com outros direitos constitucionais* estabelecidos:
> "As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, *sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto*. (...)." (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009.)
> .....
> *d)* a *liberdade de programação* está adstrita ao *dever de imparcialidade* quanto a candidatos em eleições, o que não veda a apresentação de opinião ou de crítica:
> "O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. *O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de 'outorga' do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa*

> *ausência de opinião ou de crítica jornalística*. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo." (ADI 4.451-REF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2011.) (grifado)

Os casos acima enunciados servem de razoável referência para casos tais em que há colidência de interesses fundamentais, quando, então, fica justificada a restrição das liberdades de comunicação no seio da radiodifusão de sons e imagens, desde que, obviamente, atendidos os pressupostos da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

V - Da ponderação de interesses no caso em concreto: análise das mensagens veiculadas no programa "Brasil Urgente" exibido em 27.07.2010.

Na lide presente, o que se tem é o questionamento relativo ao aparente choque entre a liberdade de comunicação titularizada pela 1ª Ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., e a liberdade de crença e de filosofia de um determinável grupo de pessoas ligadas ao "ateísmo", seja por meio de associação legalmente constituída ou não.

Para aferir a noção de responsabilidade da 1ª Ré quanto aos fatos que lhe são imputados, passo, primeiramente, a analisar a conduta do apresentador José Luiz Datena, na oportunidade da exibição do programa "Brasil Urgente" na data de 27.07.2010.

A degravação do programa citado pode ser considerada nos termos do documento juntado às fls. 58/59, que segue adiante transcrito:

> "*... quem não acredita em Deus não precisa me assistir não gente, quem é ateu não precisa me assistir não.* Mas, se eu fizer uma pesquisa aqui, se você acredita em Deus ou não, *é capaz de aparecer gente que não acredita em Deus*. Porque não é possível, cada caso que eu vejo aqui, é *gente que não tem limites*, é gente que já esqueceu que Deus existe, que Deus fez o mundo, é gente que acredita no inferno ..."
> "Esse é o *garoto que foi fuzilado*. Então, Márcio Campos (repórter), é inadmissível, você também que é muito católico, não é possível, *isso é ausência de Deus, porque nada justifica um crime como esse, não Márcio*?"
> (Márcio) "É, a ausência de Deus causa o quê Datena? O individualismo, o egoísmo, a ganância ... claro!" (Datena diz) "Tudo isso".
> "*Só pode ser coisa de gente que não tem Deus no coração, de gente que é aliada do capeta, só pode ser*".
> "Esses crimes só podem ter uma explicação: ausência de Deus no coração".
> "*Eu fiz a pergunta: você acredita em Deus? E tem 325 pessoas que não acreditam. Vocês que não acreditam, se quiserem assistir outro canal, não tem problema nenhum, não faço questão nenhuma que ateu assista meu programa, nenhuma ... não precisa nem votar, de ateu não preciso no meu programa*".
> "... porque *o sujeito que é ateu, na minha modesta opinião, não tem limites, é por isso que a gente vê esses crimes aí*".
> "Agora, vocês que estão do lado de Deus, como eu, podiam dar uma lavada *nesses caras* que não acreditam em Deus ... para provar que *o bem ainda é maioria*... porque não é possível, quem não acredita em Deus não tem limite. *Ah Datena, mas tem pessoas que não acreditam em Deus e são sérias. Até tem, até tem, mas eu costumo dizer que quem não acredita em Deus não costuma respeitar os limites, porque se acham o próprio Deus*".
> "... deixa direto essa pesquisa aí, que eu quero ver como as pessoas que são crentes, que são tementes a Deus, são muito maiores do que as que não temem a Deus. *Mas quero mostrar*

também que tem gente que não acredita em Deus. É por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo o mais, entendeu? São os caras do mau. Se bem que tem ateu que não é do mau, mas, é ... o sujeito que não respeita os limites de Deus, é porque não sei, não respeita limite nenhum".

"Esse é um *exemplo típico de que não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas. Mas matou com a maior tranquilidade, quer dizer, não é um sujeito temente a Deus*".

"... é provável que entre esses ateus (referindo-se ao resultado da pesquisa) exista gente boa que não acredita em Deus, que não é capaz de matar alguém, *mas é provável que tenham bandidos votando até de dentro da cadeia*".

"... mesmo com tanta notícia de violência, com tanta notícia ruim, o brasileiro prova de um forma definitiva, clara, que tem Deus no coração. *Quem não tem, é quem comete esse tipo de crime, quem mata e enterra pessoas vivas, quem mata criancinha, quem estupra e violenta, quem bate em nossas mulheres*".

"*... muitos bandidos devem estar votando do outro lado*" *(referindo-se aos votos dos ateus na pesquisa*)

"... porque eu vejo tanta barbaridade há tempo, que eu acredito que a maior parte do produto dessa barbaridade seja realmente a ausência de Deus no coração ... *mas tem gente que me ligou e disse assim: Datena, eu não acredito em Deus, nunca matei, nunca roubei, nunca fiz mal para ninguém. Tudo bem, eu até respeito essa posição, mas a maioria de quem mata, de quem estupra, de quem violenta, de quem comete crimes bárbaros, já esqueceu de Deus há muito tempo ...*"

"... e isso que estou dizendo para o cara que não acredita em Deus que nunca matou, nunca roubou, nunca fez mal a ninguém, porque *a maioria que faz isso que eu falei realmente não acredita em Deus, tá pouco se lixando*".

"... a fronteira está indo cada vez mais distante. As pessoas não respeitam mais nada, os marginais, os bandidos, aqueles que não temem a Deus, estão cada vez mais ultrapassando essas fronteiras". (grifado)

Vale observar que a emissora Ré em sua contestação (fls. 78/97) não impugnou especificadamente o conteúdo literal desta degravação, apresentada pelo Autor em sua petição inicial, presumindo-se a veracidade do discurso acima. De todo modo, vale dizer que os dizeres transcritos no documento de fls. 58/59 estão presentes nas mídias juntadas às fls. 30 e 98, que *comprovam a conduta narrada*.

V.a) Do exercício da liberdade de comunicação em ofensa as direitos da liberdade de crença e da proteção à honra.

Com efeito, promovendo a devida avaliação dos termos, expressões e de todo o contexto extraído do discurso do apresentador Sr. José Luiz Datena, e tendo em vista a relação de preposição havida entre este e a emissora Ré, *tenho como caracterizado o excesso de conduta por parte desta no exercício de seu direito à liberdade de comunicação, em detrimento, notadamente, da liberdade de crença de seus ofendidos (cidadãos ateus) e com prejuízo sensível aos demais direitos fundamentais afetos à proteção à honra destes sujeitos.*

E sobre a amplitude deste último direito fundamental (direito à liberdade de crença) na Constituição Federal de 1988, oportuna é a lição, novamente, do Mestre José Afonso da Silva:[9]

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 240/241.

> De certo modo esta se resume à própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública, liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro. A Constituição a reconhece nessas duas dimensões. Como pensamento íntimo, prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). *Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo.* (grifado)

Com base nestes ensinamentos, é inquestionável que a adoção do ateísmo insere-se no amplo espectro protetivo da norma constitucional derivada do art. 5º, inciso VI, da CF/88, sendo que as palavras ofensivas transmitidas em canal aberto de televisão pela 1ª Ré acabaram por criar um discrímen não contemplado pelo constituinte originário.

Relembre-se, neste contexto, doutrina de relevo a respeito do tema da igualdade, *in verbis*:

> 1. *O dever do tratamento igual*
> (...) uma diferenciação arbitrária ocorre *"se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei"*. Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, senão for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. Na citação acima exige-se que se trate de um *fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente*. (...)
> O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de "uma perspectiva orientada pela idéia de justiça".
> De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. Nesse ponto, interessa apenas a primeira questão. *A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa idéia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade, a que aqui se deu preferência*:
> (*7) Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.*
> Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, como já salientado diversas vezes, o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual. (grifado)

Sob tal ordem de entendimento, vejo, então, que não há razões objetivas para se fundamentar qualquer *discrímen* razoável para os adeptos do ateísmo, proposição esta que também deve ser observada – certamente com mais vigor - na prestação do serviço público de radiofrequência de sons e imagens, nos moldes propostos pela CF/88.

Veja-se que, ao contrário desta orientação, aquela Ré agiu no trilho de uma discriminação específica e direcionada quando o apresentar José Luiz Datena afirmou expressamente que

"quem não acredita em Deus não precisa" lhe assistir. Ratificou este posicionamento socialmente excludente no momento em que disse não fazer "questão nenhuma (...) nenhuma" que "*ateu*" assista seu programa ("*de ateu não preciso no meu programa*").

Construiu-se aí um *discrímen infundado* em detrimento da liberdade de crença de certos sujeitos. Desprestigiou uma minoria do acesso a um serviço de natureza pública, que deve ser prestado a todos, de modo equânime e aprioristicamente indistinto. Não que os programas televisivos não possam contar com conteúdo ideológico próprio e particular, mas sobre o exercício desta subjetividade, de outro lado, não se permite abrir qualquer via de comunicação que promova a ofensa de direitos alheios.

Não há quaisquer dados cientificos ou estudos que demonstrem que os ateus estejam consideravelmente atrelados à prática de crimes e demais barbáries vistas em nossa sociedade, como a colocada como referência no programa que foi ao ar no dia 27.07.2010 (fuzilamento de criança).

Ignorando, contudo, a inexistência destes dados ou estudos, a transmissão do resultado da pesquisa engedrada pela Ré (com a pergunta aos telespectadores "Você acredita em Deus?") visou, portanto, ultrapassar a simples enunciação de dados numéricos sobre uma ou outra resposta, ou seja, e a maioria acredita ou não em Deus. Mais do que isso, ao longo do programa, na medida em que as ligações telefônicas iam aumentando, os dados do resultado da pesquisa eram concomitantemente tomados pela perspectiva individual e puramente subjetiva do apresentador José Luiz Datena, preposto da Ré, frise-se.

Entretanto, o subjetivismo, inicialmente dado como livre, transmutou-se para um objetivismo discriminatório e desarrazoado. A crítica ou opinião, como atos corolários da liberdade de manifestação do pensamento, resvalou, no caso, para uma comunicação pública eivada de informações deturpadas, ou melhor, sem comprovação.

A extensão incauta dos pronunciamentos feitos por seu apresentador repercutiu sobremaneira na liberdade de programação televisiva da Ré, uma vez que acabou por incutir uma ilícita associação entre a prática do mal e os sujeitos que não acreditam em Deus (ateus).

Há passagens muito claras nos comentários divulgados em que se observa esta associação, tais como os seguintes trechos: a descrença em Deus gera "individualismo, o egoísmo, a ganância"; "o bem ainda é maioria ... porque não é possível, quem não acredita em Deus não tem limite"; "tem gente que não acredita em Deus. É por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo o mais, entendeu? São os caras do mau"; "exemplo típico de que não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas. Mas matou com a maior tranquilidade, quer dizer, não é um sujeito temente a Deus"; "muitos bandidos devem estar votando do outro lado" (referindo-se aos votos dos ateus na pesquisa); "a maioria que faz isso que eu falei realmente não acredita em Deus, tá pouco se lixando".

É bem verdade que o apresentador José Luiz Datena teceu certa ressalva em algum momento de seus apontamentos negativos, como nos seguintes exemplos: "ah Datena, mas tem pessoas que não acreditam em Deus e são sérias. Até tem, até tem, mas eu costumo dizer que quem não acredita em Deus não costuma respeitar os limites, porque se acham o próprio Deus"; "se bem que tem ateu que não é do mau, mas, é ... o sujeito que não respeita os limites de Deus, é porque não sei, não respeita limite nenhum"; "é provável que entre esses ateus (referindo-se ao resultado da pesquisa) exista gente boa que não acredita em Deus, que não é capaz de matar alguém, mas é provável que tenham bandidos votando até de dentro da cadeia"; "Datena, eu não acredito em Deus, nunca matei, nunca roubei, nunca fiz mal para ninguém.

Tudo bem, eu até respeito essa posição, mas a maioria de quem mata, de quem estupra, de quem violenta, de quem comete crimes bárbaros, já esqueceu de Deus há muito tempo ..."; ".. e isso que estou dizendo para o cara que não acredita em Deus que nunca matou, nunca roubou, nunca fez mal a ninguém, porque a maioria que faz isso que eu falei realmente não acredita em Deus, tá pouco se lixando".

Não obstante, a expressão final de suas idéias, como resultado da análise em conjunto de tudo o que foi dito, construiu a ofensa declinada na petição inicial.

Do contexto geral das mensagens transmitidas, o que restou semanticamente consolidado - mesmo levando em consideração as tímidas ressalvas acima destacadas – é a proposição de que aquele que não acredita em Deus é causador de crimes bárbaros. Infere-se do todo transmitido que os ateístas são, invariavelmente (ou, ao menos, em sua maioria), pessoas "do mal" e que "não respeitam quaisquer limites".

Também não se nega que a expressão "não tem Deus no coração", mencionada em algumas passagens do programa pelo apresentador, possua cunho geral, próximo, realmente, do que se conceberia como sabedoria popular. Mas, mesmo assim, a problemática do ilícito permanece com constatação do emprego daquela expressão *de modo absoluto* aos adeptos do ateísmo, vinculando-os, em ato contínuo, aos problemas do mundo. Explica-se melhor: muito embora sua estrita literalidade possa infirmar idéia semelhante, ou seja, de que apenas ateus podem ser sujeitos passivos da expressão "não contar com Deus no coração", na verdade, é notório que esta sempre foi uma observação popular desprovida de ânimo discriminatório. Poder-se-ia, pois, dizer que certo indíviduo "não tem Deus no coração" ainda que contasse ele com a prática católica, protestante, hinduísta, etc, como religião. Seria, à primeira vista, uma afirmativa sem efeitos discriminantes.

Diferentemente, promover o emprego desta mesma expressão num contexto em que se noticiam crimes efetivamente bárbaros e, a partir disso, realizar pesquisa para saber quem acredita ou não em Deus, denota intuito discriminador. A associação negativa que se faz dentro da conjuntura dos elementos fáticos circunstanciados naquele programa é indeclinável.

Note-se a respeito disso que, ideologicamente, afirmar que um indivíduo "não acredita em Deus" é efetivamente mais profundo e específico do que asseverar genericamente que ele "não tem Deus no coração".

A indissociação destes aspectos é que deu, por fim, a teleologia discriminatória da mensagem, fazendo-a incidir com veemente violação da liberdade de crença de um grupo de pessoas.

Tanto é assim que é possível perceber que, durante a pesquisa telefônica realizada, em nenhum momento o apresentador do programa disse que no lado do "sim" (ou seja, entre a parcela daqueles que ligaram dizendo que acreditavam em Deus) poderiam existir, da mesma forma, pessoas votando "de dentro de presídios" ou que eram, igualmente, os "causadores dos probemas do mundo".

O direito à liberdade de programação televisiva da Ré também merece sua proteção, mas, de outro lado, não pode se esquivar da obrigação paralela de conviver harmoniosamente com o de direito de igual estatura. A gênese de seu direito de comunicação, não há duvidas, nasce sob uma concepção de seu pleno exercício e livre de amarras e censuras. Entretanto, não se trata de exercício de qualquer espécie de censura, mas, sim, de mera ponderação do exercício de determinados direitos fundamentais consagrados na CF/88. Busca-se, no caso, meramente, a aplicação das limitações previstas na própria Constituição Federal (art. 220), como acima

explicitado, já que não há liberdade pública absoluta, que se sobreponha às demais.

A par destas premissas e dos fatos já observados acima, a narrativa dos fatos evidencia efetivamente excesso, ou abuso do direito de comunicação por parte da Ré, representado pela deturpada concepção acerca de uma particular classe de pessoas ligadas entre si por uma crença comum, promovendo interferência anômala quanto à livre escolha de cada um destes em adotar certa corrente filosofica ou religiosa.

Além disso, se numa ponta encontra-se a proteção daquela basilar condição da liberdade de comunicação, de outra consta, de modo não menos primordial para o desenvolvimento de uma sociedade justa, livre e solidária, a necessidade de resguardo de direito de igual envergadura, tais como: direito à imagem, à honra, consectários, do princípio matriz da dignidade da pessoa humana.

Há outros elementos – indicados nos subtópicos a seguir – que compõem o ilícito perpetrado pela 1ª Ré, corroborando, assim, a ponderação de interesses nos termos acima expendidos.

V.b) Do desatendimento do dever de informar com base na verdade e de veicular programação televisiva de qualidade, com cunho educativo: dano difuso à sociedade em geral que amplifica a restrição aos direitos ofendidos.

É de crucial importância que se demarque o seguinte para que se perceba a extensão da conduta ilícita: a manifestação de pensamento do apresentador Sr. José Luiz Datena acabou foi amplificada, potencializada, na medida em que propagada por meio da 1ª Ré, em rede nacional.

Talvez, se as declarações tivessem sido realizadas num ambiente particular, não teriam gerado os danos que aqui se analisam. Mas, em virtude da propagação daquelas idéias a respeito dos sujeitos ateus – com disponibilização instântanea para a massa - criou-se uma espécie de pressão, de força compressora, incidente no exercício da liberdade de crença daqueles sujeitos. De modo concomitante, considerada a maximização destes efeitos, a imagem e a honra destas pessoas também sofreu impacto elevado com a difusão das mensagens em meio telivisivo, observada a negativa associação a que foram submetidos, conforme explicado no subtópico anterior.

De outra banda, a irradiação do abuso cometido, de modo a demonstrar a amplitude da lesão produzida, não se esvaiu apenas com estas caracterísitcas.

Isso porque, numa análise mais apurada acerca da extensão dos danos produzidos, percebo que a esfera de lesados não se encerra com aqueles cidadãos que se dizem adeptos do ateismo. Na verdade, a mensuração dos atingidos vai além de um grupo determinado ou determinável. Os efeitos lesivos da conduta alcançaram de modo indistinto todos aqueles telespectadores conectados na radiofrequência da Ré no momento da exibição de seu programa televisivo "Brasil Urgente".

Com essa postura, a Ré *descumpriu o dever de informar de modo alinhado à verdade*, ferindo, consequentemente, a liberdade de crença dos sujeitos ateus pela ausência de plausibilidade na mensagem transmitida.

A propósito da temática da exposição da verdade nos meios de comunicação e da qualidade na prestação do serviço público aqui tratado, vale o destaque da seguinte lição,[10] *in verbis*:

10 Kosmalski, Daisy de Mello Lopes. *Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e Comunicação e Privacidade*. São Paulo, 2006. Dissertação – UNIFIEO - Centro Universitário FIEO. Mestrado em Direito.

> Quanto à *verdade, como limite da liberdade de comunicação*, espera-se que o comunicador, ao divulgar uma notícia, tenha tomado todas as cautelas necessárias e tenha utilizado todos os meios disponíveis para divulgá-la. (...)
> *Já foi citado que o órgão da imprensa tem a faculdade de valorar, de decidir o que vai publicar. Mas, uma vez publicada a notícia, surge ao leitor o direito à informação verdadeira*. Não cabe aqui avançar em altas indagações filosóficas do que pode ser considerado "verdade", ou em qual dimensão ela está focada: como verdade formal, verdade material, verdade histórica, verdade processual, verdade real etc. Ou, quais valores estão contemplados ou inseridos nela, tampouco, se "verdadeiro" é a expressão axiológica da verdade, ou seja, a verdade em sua dimensão espiritual. Para o presente estudo, a verdade será tratada como aquilo que estiver em conformidade com a realidade, no sentido do que é autêntico, não inventado e imparcial. *Pois a liberdade de expressão, atingido o patamar de direito constitucional de livre imprensa, deve ser autêntica, completa e verdadeira*. (...)
> Às vezes a imprensa não tem como comprovar a veracidade do fato. Nesse caso, seria ela responsabilizada? Quando causar algum tipo de dano, deverá o problema ser resolvido com base na doutrina da responsabilidade civil. *A imprensa tem o dever de conferir a veracidade da notícia. Já dizia Rui Barbosa que a imprensa tem o dever para com a verdade, por ser a imprensa a vista da nação; um deslize para com a verdade afeta a democracia. Os cidadãos estão sendo informados, se a notícia estiver deturpada?* Quando uma pessoa se sentir ofendida, é cabível o direito de resposta, ação penal e civil para reparação de dano patrimonial ou moral. *O objetivo da ordem constitucional, tal como está positivada hoje, é conciliar a liberdade com responsabilidade dos produtores da comunicação; o exercício irresponsável da liberdade de informar torna-se um problema para as pessoas, bem como para a sociedade*. (grifado)

O impacto da informação equivocada sobre o entendimento de seus telespectadores quanto ao devido respeito à diversidade de crença é relevante nas circunstâncias verificadas nos autos, tendo em vista a notória grande audiência do programa em questão, mormente quando se registra que sua transmissão é realizada "ao vivo" e em rede nacional.

Há que se considerar, ademais, a condição de verdadeiras celebridades a que são alçados os apresentadores de televisão, sendo, por isso, de grande peso suas declarações sobre boa parte da sociedade.

É presumível que as mensagens equivocadas a respeito daqueles que adotam o ateísmo como crença filosófica/religiosa alcançaram pessoas de diversas condições sociais, econômicas e etárias, que podem, induzidas então, recebê-las como corretas, *como expressão da verdade, quando, ao contrário, carecem de demonstração fática neste sentido.*

É evidente que a adequada prestação do serviço público não foi executada pela Ré nas circunstâncias noticiadas. Ao contrário, houve verdadeiro *desserviço* à população em geral. A Ré desinformou ao invès de informar. Indubitavelmente não deu preferência a finalidades educativas e informativas, como prescreve a Carta Constitucional em seu art. 221.

É evidente que, ao possibilitar aquela ilícita associação de idéias, a Ré, assim, ignorou a *função social do serviço público de telecomunicações*, que implicitamente contempla o seu *dever de informar corretamente*, atenta aos fatos e não ao subjetivismo de seus prepostos.

Nesse sentido prevê expressamente a Lei nº 9.472/97,[11] que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações no Brasil:

11 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

> Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:
> [...]
> III – o respeito aos direitos dos usuários;
> [...]
> VIII – *o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes*;

As informações sintetizadas em prejuízo dos ateus no citado programa "Brasil Urgente", em carecendo de comprovação da verdade, tornaram-se imprestáveis à consecução daquele direito à informação correta e de qualidade por parte de seus destinatários, então telespectadores. Direito esse titularizado de modo difuso por toda a população brasileira.

V.c) Do desrespeito à laicidade do Estado Brasileiro (laicidade que compreende a liberdade de não possuir qualquer crença, concepção esta ignorada pela Ré).

Numa outra vertente, paralelamente à violação das diretrizes constitucionais já mencionadas (arts. 220 e 221 da CF/88), a conduta da Ré também foi de encontro à laicidade do Estado Brasileiro, representada no art. 19, incisos I e III, da CF/88.

Vale frisar, inclusive, que a anotação da falha praticada pela emissora Ré resvala, neste ponto, na constatação da omissão da União em proceder à adequada fiscalização da questão.

Sobre a laicidade do Estado e suas reflexões conceituais, vale a transcrição de documento oficial do Governo Federal,[12] editado no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República,[13] *in verbis*:

> 6. *Em que consiste a Laicidade do Estado*?
> A perspectiva da laicidade do Estado implica em compreender que o espaço público abrange o espaço de fronteiras sociais entre diferentes grupos religiosos, cujo papel do Estado laico é agir como mediador de conflitos, de modo a não inferir as estruturas singulares do sagrado religioso, bem como, as religiosidades não confessionais. *O papel mediador do Estado Laico não pode conferir apoio às confessionalidades religiosas em suas particularidades, mas apoio para sua existência, de modo a garantir a liberdade de culto no espaço público.* A laicidade do Estado não se contrapõe à religião, mas este tem o dever de assegurar a pluralidade religiosa. *O Estado não tem sentimento religioso e, sendo laico, não deve estabelecer preferências ou se manifestar por meio de seus órgãos.* Isso significa que o Estado não deve estabelecer preferências ou privilégios a alguma religião, mas *garantir que todas as religiões possam conviver em igualdade, que as escolhas individuais sejam respeitadas, que ninguém seja perseguido ou discriminado por sua crença e que o espaço público seja assegurado como*

12 Cartilha de "perguntas e respostas" acerca da liberdade religiosa no Brasil, extraído do site http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/acessoainformacao/faq/Perguntas%20e%20respostas%20-%20Diversidade%20Religiosa.pdf/view?searchterm=perguntas%20e%20respostas em 14.01.2013.

13 "O Decreto nº 2.193, de 7 de abril de 1997, criou a Secretaria Nacional dos Direitos Humanos - SNDH, na estrutura do Ministério da Justiça, em substituição à Secretaria dos Direitos da Cidadania – SDC. Em 1º de janeiro de 1999, a SNDH foi transformada em Secretaria de Estado dos Direitos Humanos - SEDH, com assento nas reuniões ministeriais. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos, criada pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, é o órgão da Presidência da República que trata da articulação e implementação de políticas públicas voltadas para a promoção e proteção dos direitos humanos. Medida provisória assinada pelo presidente da República no dia 25 de março de 2010 transforma a secretaria em órgão essencial da Presidência, e ela passa a ser denominada Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República". (informações extraídas do site http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/sobre em 14.01.2013)

> *espaço de todos e todas. Estado laico não significa Estado ateu ou intolerante à liberdade religiosa, mas a laicidade do Estado permite que cada pessoa decida se quer ou não seguir alguma crença religiosa*. O que caracteriza o Estado laico é sua imparcialidade em relação às religiões. A laicidade é a garantia de um espaço democrático onde se articulam as diferentes filosofias particulares em todos os âmbitos da esfera pública e a garantia da liberdade de consciência, de crença e de culto. (grifado)

No campo da religiosidade e do exercício dos mais variados dogmas da fé, a laicidade do Estado, como visto, impõe uma neutralidade ideológica na atuação de todos os entes políticos da Federação. Impõe, assim, abstenção de conduta pública contrária a esta imparcialidade, "ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".[14] Comando constitucional esse que deve ser atendido pela União, Estados, DF e Municípios, direta ou indiretamente, por meio de seus órgãos, autarquias, fundações, concessionárias de serviço público e demais entidades de caráter público criadas na forma da lei (art. 41, inciso V, do Código Civil).

Não escaparia, pois, deste mesmo comando a emissora Ré. Todavia, esta, em desprestigiar a figura do ateísmo, ou de um modo geral daqueles que não são "tementes a Deus", rompeu a barreira da laicidade Estatal, o que não se pode permitir à vista de sua condição de concessionária de serviço público da União.

V.d) Do inconvergência com o interesse público (prestação de serviço de natureza pública que desatendeu o escopo programático da União quanto à efetivação de direitos humanos/ contrariedade às finalidades públicas estatuídas pelo Poder Concedente da radiofrequencia de sons e imagens).

Ainda no tema do desprestígio ao interesse público, a inconveniência da atuação da Ré – bem como a mora da União quanto ao combate desta prática – também restaram caracterizadas ante a inobservância das ações programáticas previstas no "Programa Nacional de Direitos Humanos – 3",[15] assim delineados:

> Ações programáticas:
> a) Instituir mecanismos que assegurem o livre exercício das diversas práticas religiosas, *assegurando a proteção do seu espaço físico e coibindo manifestações de intolerância religiosa*. *Responsáveis: Ministério da Justiça; Ministério da Cultura; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República*
> Parceiro: Fundação Cultural Palmares (FCP)
> Recomendação: Recomenda-se aos estados e ao Distrito Federal a criação de Conselhos para a diversidade religiosa e espaços de debate e convivência ecumênica para fomentar o diálogo entre estudiosos e praticantes de diferentes religiões.
> b) *Promover campanhas de divulgação sobre a diversidade religiosa para disseminar cultura da paz e de respeito às diferentes crenças.*
> Responsáveis: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério da Cultura; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República

14 Conforme os termos da segunda parte do inciso I, do art. 19, da CF/88.

15 O PNDH-3 foi realizado no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. O Programa tem "como alicerce de sua construção, as resoluções das Conferências Nacionais temáticas, os Planos e Programas do governo federal, os Tratados internacionais ratificado pelo Estado brasileiro e as Recomendações dos Comitês de Monitoramento de Tratados da ONU e dos Relatores especiais". Conforme informações obtidas no site http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/pndh/pndh-3/pndh_principal?searchterm=pndh , acessado em 14.01.2013.

Parceiro: Fundação Cultural Palmares (FCP)
c) Desenvolver mecanismos para impedir a ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos da União.
Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República
Recomendação: *Recomenda-se o respeito à laicidade pelos Poderes Judiciário e Legislativo, e Ministério Público, bem como dos órgãos estatais, estaduais, municipais e distritais.*
d) Estabelecer o ensino da diversidade e história das religiões, inclusive as derivadas de matriz africana, na rede pública de ensino, com ênfase no reconhecimento das diferenças culturais, promoção da tolerância e na afirmação da laicidade do Estado.
Responsáveis: Ministério da Educação; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República
Parceiros: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Cultura; Fundação Cultural Palmares (FCP)
e) *Realizar relatório sobre pesquisas populacionais relativas a práticas religiosas, que contenha, entre outras, informações sobre número de religiões praticadas, proporção de pessoas distribuídas entre as religiões, proporção de pessoas que já trocaram de religião, número de pessoas religiosas não praticantes e número de pessoas sem religião.*
Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República Parceiros: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). (grifado)

A consecução do serviço público de qualidade, indubitavelmente, no caso em apreço, acabou por colocar a efetivação destas programações à margem de sua programação, na ocasião da trasnsmissão do programa combatido nos autos.

Veja-se que no âmbito de verificação da liberdade de programação televisiva não se deve descurar do indeclinável interesse público na prestação do serviço público. Embora se discuta na presente ação, em última análise, a qualidade de um serviço prestado por uma entidade de direito privado (Tv Bandeirantes), deve-se ter em mente que se trata de prestação derivada de um ato de concessão pública, no qual se delega o uso de um bem público (radiofrequencia de sons e imagens).

Natural, portanto, que deva haver a consequente fiscalização e controle *a posteriori* do conteúdo veiculado na radiofrequecia de sons e imagens concedida, com a observancia acerca do cumprimento ou não dos ditames constitucionais a respeito da matéria, o que incluiu a máxima concretização dos direitos fundamentais por meio daquelas ações programáticas.

São essas as razões que permitem, na ponderação de interesses constitucionais aqui colocados em xeque, solucionar o conflito de interesses de modo à preservar proporcionalmente a inviolabilidade de crença e de religião daqueles sujeitos ateus, bem como a preservação de seu direito à honra. Por outra lado, reverbera-se este posicionamento com base na constatação das demais violações enunciadas.

VI - Do nexo de causalidade existente entre os danos e a conduta da Ré.

Relembro o fato de que o reconhecimento do mencionado excesso, conquanto tenha se fundado precipuamente em manifestação verbal própria do apresentador televisivo indicado, dirige-se nesta lide – como já abordado em linhas iniciais desta sentença - à concessionária do serviço público de radiodifusão de sons e imagens, ora Ré.

De todo modo, entendo que há total nexo de causalidade entre os danos acima noticiados

e a conduta da Ré, apto, assim, a ensejar o dever de promover à pronta reparação dos efeitos lesivos advindos com os excessos narrados.

Num primeira linha de observação dos fatos, a esperada qualidade da programação televisiva restou inegavelmente comprometida em face da conduta do apresentador Sr. José Luiz Datena, na oportunidade daquela exibição (programa de 27.07.2010). Disso, obviamente, também se poderia cogitar postulação objetivando a indenização pecuniária para compensar os danos morais dos correspondentes atingidos, com base, em tese, no mesmo excesso constatado. Isso, todavia, não é a questão central do presente processo, até mesmo porque o mencionado preposto da Ré não se encontra inserido no pólo passivo da lide.

Com efeito, nesta lide – e isto já restou delimitado, mas vale o reforço - a conclusão pela perpetração do abuso volta-se aos ilícitos praticados no exercício da liberdade de comunicação sob o ponto de vista unicamente da pessoa jurídica exploradora do serviço de telecomunicações (Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.). Pois bem. Esta, inequivocamente, *encampou o abuso perpetrado*.

Forneceu, assim, todos os meios e recursos disponíveis para a transmissão das mensagens veiculadas por seu apresentador em âmbito nacional.

Nem se diga que a exibição "ao vivo" do programa afastaria qualquer regra de responsabilidade incidente sobre sua posição jurídica de responsável nos fatos observados. Isso porque é evidente a relação de preposição havida entre a sua figura jurídica e o sujeito ativo das declarações.

Neste tocante, é certo que a CF/88 assevera de modo claro em seu art. 37, § 6º, que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros". Ratifica-se, ademais, esta sujeição jurídica na leitura infraconstitucional de nosso ordenamento jurídico, mais especificamente no inciso III, do art. 932, do Código Civil, cuja responsabilidade civil resplandece objetivada nos moldes do art. 933, do mesmo *Codex*.[16]

Com efeito, embora não se tenha como objeto da lide qualquer pedido indenizatório, o campo da responsabilidade civil do Estado também serve para se concluir pela procedência do direito de resposta (*lato sensu*), proporcional ao agravo sofrido.

O nexo causal entre a ofensa aos direitos fundamentais reclamados e a conduta da emissora Ré demontra-se às claras na narrativa dos autos e, com base em sua responsabilização objetiva explanada naquele dispositivo constitucional, devem-se promover os necessários atos de reparação.

Ainda que assim não fosse, acaso se levantasse a alegação de uma responsabilização de índole subjetiva, a inimputabilidade daquela rede de televisão igualmente não vingaria. Em relação a isso, vale lembrar que a emissora Ré propiciou ao seu apresentador a realização de pesquisa por via telefônica no sentido de se apurar, junto aos seus telespectadores, a crença ou não em Deus, com a seguinte pergunta: "Você acredita em Deus?:". A pesquisa perdurou durante

16 "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
(...)
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
(...)
Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

grande parte do programa e permitiu o aperfeiçoamento da violação aos direitos indicados na petição inicial, sendo que a ocorrência destes atos já desenhariam satisfatoriamente a noção de culpa da Ré, embasada em comportamento imprudente e negligente com a dimensão das palavras que eram ditas no programa exibido.

A Ré, portanto, por meio de seu preposto – e também por propiciar diretamente a veiculação dos dados da pesquisa telefônica realizada, referendada pelas inflamadas manifestações daquele apresentador – permitiu que se criasse as inverídicas associações (ao menos sob o ponto de vista da estatística), bem como todos os danos daí decorrentes.

Considerado isso, as ofensivas mensagens transmistidas devem ser consideradas para se permitir a entrega de prestação jurisdicional, a fim de que seja assegurada a correta veiculação das informações veiculadas. Visa-se, com isso, possibilitar, numa ampla acepção do conceito, o exercício do direito de resposta proporcional ao agravo, tudo por meio do mesmo veículo e modo de comunicação empregados na prática da conduta ilícita.

Cabe destacar que a conduta do apresentador não se restringiu à mera crítica ou manifestação de opinião sobre determinado tema. Ocorre que a forma com que foram veiculadas as ofensas deram a elas uma conotação de verdadeira informação, de verdadeira constatação, e isso ofende os valores já acima descritos.

De outra parte, a ofensa a direito fundamental ora reconhecida e a inexistência de conduta da corré União a respeito demonstram a falha no serviço de fiscalização, o que indica a procedência também deste pedido.

VII - Do direito de resposta proporcional ao agravo.

Num outro aspecto da específica violação de direitos aqui retratada, também fazem-se necessários alguns breves apontamentos.

Refiro-me ao pedido formulado pelo Autor. Espera, este, que lhe seja concedida tutela jurídica definitiva que abarque a resposta proporcional ao agravo praticado pelo excesso de conduta da Ré.

Avançando na extensão deste pedido, vejo que há traço peculiar acerca da forma em que se pretende o recebimento daquele bem jurídico. É que embora seja possível concluir que, em verdade, almeja-se na petição inicial um amplo resguardo do direito de resposta, como dito em linhas retro, o que de modo mais preciso se espera no petitório de fls. 10/11 é a retratação das ofensas (pedido constante na alínea "a", às fls. 10/11).

Todavia, analisando a possibilidade do cumprimento deste específico modo de reparar os danos causados pela "desinformação" transmitida, observo que o ato de se retratar propriamente dito não encontraria espaço jurídico na situação questionada.

Na essência, as razões são ontológicas, mais do que estritamente jurídicas. Um ato de retratação só se perfaz válido e eficaz se, e somente se, decorre de pura e livre espontânea vontade do suposto ofensor. Isso porque o que se concebe como sendo a retratação de uma ofensa possui indissociável conexão semântica com a noção prática do ato de "retirar" aquilo que foi dito, ou "voltar atrás" numa dada crítica ou opinião. Seria o "desdizer" aquilo que já se verbalizou. Nessa medida, em matéria de ofensas, ou críticas desmedidas, que, assim, gerem danos a outra pessoa, é fora de dúvida que a retratação idealizada pelos atingidos só poderia ocorrer *sponte propria*, sendo, pois, condição sem a qual não se retomaria de modo legítimo o *status quo ante*.

Tomando válido empréstimo de lições doutrinárias do Direito Penal, relacionadas ao tema dos crimes contra a honra, Luiz Régis Prado afirma com acerto que para a caracterização da retratação "é irrelevante a espontaneidade da declaração, bem como os motivos que a fundaram, mas é imprescindível sua voluntariedade".[17]

O paralelismo existente entre esta percepção e a situação propiciada na ocorrência de lesão meramente civil é inegável. Veja-se que, na origem, doutrinariamente não há distinção entre ilícito penal e civil, de modo que em matéria de danos à honra, há uma total congruência de idéias na causa que exprime o uso do instituto aludido. Com efeito, demanda-se a voluntariedade numa ou noutra espécie e não se poderia cogitar de qualquer imposição emanda do Poder Judiciário neste sentido. A artificialidade no cumprimento do comando judicial certamente prejudicaria a adequada entrega da tutela jurisdicional do direito de resposta pretendido.

Note-se que tal conclusão vale tanto para o indivíduo, pessoa física, titular da liberdade de manifestação de pensamento, como também para a pessoa jurídica que, guardadas as devidas circunstâncias, titulariza igualmente o direito à livre comunicação.

Sem contrariar esta ordem de idéias, registre-se apenas que a conduta ofensiva, acaso estivessse sendo praticada de modo continuado, não estaria a salvo de sofrer um correspondente comando judicial inibitório, algo que se permitiria ainda que levada em conta a plena liberdade de manifestação do pensamento consagrada constitucionalmente. O Código Civil, inclusive, contém previsão esclarecedora neste sentido, conforme o disposto em seu art. 12, *caput*, pelo qual se reafirma a possibilidade de se "exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade". Não obstante, ao que parece, não há notícia de que a Ré vem perpetrando a malfadada conduta abusiva de modo reiterado, sendo que não consta, outrossim, do pedido pretensão inibitória.

A controvérsia resume-se, pois, à especificação e à extensão do direito, conferido às vítimas do abuso explanado pela Ré, de obterem uma justa oportunidade de resposta, proporcional ao agravo sofrido nos exatos termos conferidos pelo art. 5º, inciso V, da CF/88.

Como assegurar, então, o manejo razoável deste direito?

No que toca a este questionamento, deve ser lembrado que o conclamado "direito de resposta" atualmente é objeto de direito sem regulamentação infraconstitucional. A origem deste vácuo legislativo[18] deu-se em 2009, quando o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130, julgou a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) incompatível com os preceitos dados pelos Constituinte Originário de 1988.[19]

É evidente, entretanto, que a inexistência de regulamentação legal não poderia criar qualquer óbice ao exercício da garantia fundamental ao direito de resposta, o que se permite dizer pela aplicabilidade direta e imediata das normas deste quilate constitucional (*vide* § 1º do art. 5º, da CF/88).

Assim, haja vista o lapso atual quanto à existência de um regramento mais detalhado sobre a matéria, a hermeneutica constitucional fica a cargo da doutrina e jurisprudência. A

17 PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro* - parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. 1. p. 726.

18 Está em trâmite no Senado o PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 141 de 2011, que "Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido por matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social". Na data de 12.12.2012 o projeto ainda carecia de votação em Plenário daquela casa legislativa, permanecendo na respectiva CCJ (conforme extraído em 11.01.2013 de: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99754)

19 (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020)

propósito, cite-se valiosa lição acerca das variantes consideradas para o direito de resposta no combate ao desmedido uso da livre manifestação do pensamento, *in verbis*:[20]

> *O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação.* Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. *Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso.* Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua conseqüência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado. (grifado)

Com base nisso, torna-se possível afirmar que a consagração prática do direito de resposta garantido no inciso V, do art. 5º, da CF/88 admite o uso, inclusive de modo de concomitante, de mecanismos diversos de reparação e/ou compensação dos danos causados pela ofensa, no caso presente pelo abuso da liberdade de comunicação.

O direito de resposta visto sob tal diapasão encontra, pois, ampla acepção. Traduz-se, de um modo geral, na concretização do axioma do *neminem laedere*, ínsito ao dever jurídico de tornar indene certo bem jurídico eventualmente violado ou lesado. Deste universo normativo, irradiam-se as variantes acima referidas, donde se permite concluir pelos seguintes mecanismos de proteção contra as abusividades abordadas na presente lide:

(i) *direito de retificação*: consubstancia-se na faculdade, conferida à vítima destinatária da ofensa, de se exigir do transmissor ofensor a correção de dados, informações, instruções ou quaisquer outros elementos estruturantes da mensagem que irregularmente implique ou possa implicar alteração da verdade dos fatos. Possui como corolários as garantias fundamentais relacionadas ao direito de acesso à informação, nos moldes destacados pelos incisos XIV e XXXIV, do art. 5º, da CF/88;

(ii) *direito de retratação*: aqui há uma inversão na polaridade da titularidade do mecanismo, na medida em que, como já explicitado anteriormente, apenas o próprio ofensor e transmissor da mensagem irregular pode promover a retratação dos termos ilicitamente empregados. Conquanto não se negue que seja um direito do lesado aproveitar o ato de retratação - já que apto, este, a exprimir, no mais das vezes, a reparação do dano, ou, ao menos diminuí-lo – a voluntariedade é requisito inafastável desta espécie. É, assim, hipótese em que há certa mitigação do direito de resposta ante a coexistência de direito de igual envergadura previsto no inciso II, do art. 5º, da CF/88 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”);

(iii) *direito de resposta stricto sensu*: traduz-se na oportunidade conferida ao ofendido de reagir diretamente, pessoalmente ou por intermédio de seu representante, contra as pala-

20 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 36, 2001.

vras, idéias e conceitos irrogados em detrimento de seus direitos da personalidade. É o exato anverso da liberdade de manifestação do pensamento, baseando-se, fundamentalmente, na aplicação horizontal do postulado do devido processo legal. Constatada a violação, conferem-se os mesmos meios de veiculação de informação adotados na transmissão da mensagem abusiva pelo ofensor, às expensas deste;

(iv) *direito de interdição ou cessão*: representa a faculdade da vítima de exigir que seja imediatamente cessada a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade. É a tutela inibitória já abordada na presente sentença, sujeitando, pois, o ofensor ao dever de abstenção do ato lesivo, o que pode se dar, inclusive, sob o manto do disposto no art. 461, do Código de Processo Civil;

(v) *direito à indenização por perdas e danos*: é o clássico padrão de reparação ou compensação pecuniária calcado na aferição da responsabilidade civil, assegurando o status indenizatório das lesões materiais, morais e/ou à imagem. Pode ser invocado conjuntamente com os demais mecanismos ou subsidiariamente, no caso de eventual descumprimento, sem prejuízo das perdas e danos agregados com a mora. Está literalmente consagrado no próprio inciso V, do art. 5º, da CF/88.

A partir deste estudo, e fazendo um silogismo das orientações acima esposadas com os dados obtidos nos autos, entendo, assim, que os termos formulados no pedido constante às fls. 10/11 (alínea "a") *implicam a sua procedência apenas parcial.*

Conforme visto na parte introdutória desta sentença, o petitório formulado em face da 1ª Ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., fixou-se em núcleos sintetizados nas formas verbais "*retratar-se*" (1ª parte do pedido) e "*esclarecer*" (2ª parte do pedido).

A retratação da Ré, à vista da natureza deste instituto – conforme já exposto - não pode ser determinada, imposta judicialmente nesta sentença. Diferentemente, o esclarecimento "à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil" está consubstanciado no direito de retificação titularizado pelos atingidos, sendo medida que se impõe, mas apenas pelo mesmo tempo utilizado pela ré TV Bandeirantes na veiculação das informações ora discutidas, uma vez que suficientes para a adequada tutela do direito protegido.

Ante o exposto, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos e:

1) CONDENO a TV Bandeirantes à obrigação de fazer consistente na exibição, durante o programa Brasil Urgente, de quadros com conteúdo a ser fornecido *pela parte autora* veiculando esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil, com duração idêntica ao do tempo utilizado para exibição das informações equivocadas ora reconhecidas no dia 27 de julho último, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais);

2) CONDENO à UNIÃO, por meio da Secretaria de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, que proceda à fiscalização adequada do referido programa e, inclusive, da mencionada exibição.

Impõe-se o afastamento do limite territorial introduzido pela ineficaz Lei nº 9.494/97 aos efeitos da coisa julgada nesta ação civil pública, com o conseqüente deferimento do direito de resposta aqui pleiteado a ser também exibido em rede nacional, tal como já decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).

Não há o que se falar em condenação em custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85 e do art. 87, do Código de Defesa do Consumidor, aplicados por isonomia (EREsp 895530/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009).

Publique-se. Intimem-se. Oficie-se.

São Paulo, 24 de janeiro de 2013.

Juiz Federal PAULO CEZAR NEVES JUNIOR

AÇÃO ORDINÁRIA
0003504-42.2011.4.03.6100

Autora: MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: JOÃO BATISTA GONÇALVES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/02/2013

Vistos.

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA, qualificada na inicial, contra a UNIÃO FEDERAL, visando à condenação da ré no pagamento de indenização no montante de R$ 204.000,00 para reparação de danos morais e de R$ 11.460,00 para ressarcimento de danos materiais.

Por indicação da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, participou de evento na seara educacional, realizado em Bruxelas, na Bélgica, tendo embarcado em 1º de março de 2008. Informa que, ao retornar ao Brasil, foi submetida à fiscalização no setor alfandegário do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Alega que o agente da Receita Federal responsável pela fiscalização se dirigia a ela em voz alta, ao determinar que passasse três vezes pelo raio-X, depois pela vistoria de malas por duas vezes; que, ao indagar o motivo daquele tratamento, o agente respondeu em altos brados e na frente de todos que havia todos os indícios de ser notória contrabandista; que, ao verificar a existência das bijuterias que a autora carregava, o agente teria ironicamente questionado a origem do dinheiro para comprar aquelas "jóias", afirmando que uma professora não teria condições de fazê-lo; que, em razão da surpresa da autora quanto às ofensas, ordenou a realização de revista íntima; que determinou nova revista de sua bolsa e, ao encontrar € 2.215,00, comentou que aquela quantia somada ao valor das "jóias" ultrapassaria o limite permitido na legislação pátria para viagens internacionais; que, não encontrando nada que corroborasse suas acusações, o agente passou à intimidação, procedendo a um interrogatório ao qual a autora recusou responder; que, após exigir seus documentos de RG e CPF jogou-os ao chão, obrigando a autora que os pegasse; que, após ordenar a entrega das pulseiras e colar que usava e diante de sua conduta impassível, determinou que a autora fosse algemada, dando-lhe voz de prisão e acertando com os demais agentes a justificativa que seria apresentada ao delegado; que foi conduzida algemada pelo saguão do Aeroporto, com três policiais segurando-a e empurrando-a; que, desesperada, a autora tentou pedir ajuda às pessoas no Aeroporto e que os policiais faziam sinal com as mãos indicando que a autora seria louca; que ficou em condições precárias numa cela da Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto; que passou sete dias presa, tendo lhe sido concedida liberdade provisória mediante pagamento de fiança; que a ação penal para apuração dos crimes de desacato e descaminho foi objeto de trancamento por ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 2008.03.00.028117-4.

Sustenta a inicial que a conduta dos agentes da Receita Federal e da Polícia Federal se deu com abuso de puder e ilegalidade, causando-lhe danos morais pela humilhação, constrangimentos, sofrimento, privação de sua liberdade e imputação de crimes que não cometeu, bem como danos materiais decorrentes do pagamento de multa objeto do Auto de Infração nº 0817600/15072/08.

Citada (fl. 87), a ré apresentou contestação e documentos, às fls. 90/244, aduzindo, em preliminar, a inadequação da via quanto à repetição da multa administrativa recolhida e, no mérito, que a autora não declarou à autoridade aduaneira a aquisição de jóias em valor superior a US$ 500,00, bem como que obstou o trabalho dos agentes federais, além de insultá-los. Alegou a inexistência de ato ilícito que justifique a responsabilização estatal e pugnou pela observância dos princípios da razoabilidade e da moralidade no eventual arbitramento de indenização.

A autora ofereceu réplica (fls. 249/275).

Às fls. 283 e 377, foi indeferida a requisição de informações à Alfândega em Lisboa/Portugal e de imagens do circuito interno do Aeroporto à Infraero.

Realizada audiência (fls. 323/333), foi colhido o depoimento pessoal da autora e ouvidas testemunhas arroladas por ambas as partes.

Em depoimento pessoal (fls. 331/332), a autora reiterou o afirmado na inicial e manifestou ter esclarecido às autoridades, por diversas vezes, que os objetos apreendidos eram de uso pessoal, em grande parte bijuterias, bem como que não se opôs à diligência pessoal, discordando dos excessos praticados.

Deusdete Nery de Araújo (fl. 328), testemunha listada pela autora, disse ser professora e que, no dia 14.03.2008, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, um homem que não se identificou como policial federal lhe ordenou a apresentação de documentos e passagem aérea, ao que ela recusou; que, após a chegada de reforços, percebeu que efetivamente se tratava da Polícia Federal; que foi encaminhada à Delegacia no Aeroporto, ficando retida por cerca de oito horas sem saber o motivo; que, embora não tenha sido algemada, foi arrastada pelos policiais pelo saguão do Aeroporto e que estes faziam sinais de que ela seria louca.

Lucas Silveira Lopes (fl. 329), testemunha da autora, disse ser motorista da APEOSP - Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo, encarregado de receber a autora no Aeroporto na data de seu retorno de Bruxelas e que havia recebido ligação daquela informando que estava tendo problemas com a Polícia Federal, pois queriam ficar com suas coisas; que assistiu a condução da autora algemada pelo saguão do Aeroporto; que os policiais federais faziam gestos que insinuavam tratar-se de pessoa louca; que a autora gritava ser professora enquanto era conduzida.

César Rodrigues Pimentel (fl. 330), também testemunha arrolada pela autora, disse ser advogado empregado da APEOSP e que, chegando à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto, acompanhou o caso por cerca de quatro horas; que a autora informou estar com os pulsos machucados pelas algemas que já haviam sido retiradas e que necessitava ir ao banheiro, mas não era atendida; que conhece a autora e esta tem o hábito de usar jóias e bijuterias; que o pai da autora faleceu sem saber do desfecho do caso, com o trancamento da ação penal; que houve preocupação quanto à eventual exploração do caso no curso da candidatura da autora à Presidência da APEOSP.

Maurício Vasques de Campos Araújo (fl. 333), arrolado pela autora, informou ser advogado e que atuou durante o inquérito policial e processo penal relacionado aos fatos ocorridos; que ao chegar ao Aeroporto encontrou a autora vestindo um camisolão masculino e com o rosto marcado pelo choro, tendo ouvido seu relato sobre os constrangimentos sofridos.

André Luiz Braga da Silva (fls. 324/325), arrolado pela ré, informou ser auditor da RFB e ter cuidado do caso da autora na época, bem como que chamou atenção a denúncia recebida da Receita de Lisboa, que a autora apresentou grande resistência à ação fiscalizatória, dizendo

muitas palavras de baixo calão, e que os agentes fazendários e policiais federais mantiveram-se em postura educada e compatível com a dignidade de suas funções públicas.

Reneska Távora Costa Galeffi (fls. 326/327), arrolada pela ré, informou ser agente da Polícia Federal, tendo sido chamada para a revista pessoal da autora na Alfândega do Aeroporto; informou que a autora estava bastante nervosa, falando em voz alta; que a mesma relutou em entregar o colar que usava; que foram utilizadas algemas dada a resistência apresentada, ao se ajoelhar no chão e não firmar os pés para seguir andando até a Delegacia; que os policiais que a conduziram não fizeram sinais indicando que seria louca; que por um equívoco a mesma foi conduzida pelo saguão do Aeroporto e não por corredor interno.

Às fls. 340/367, consta carta precatória que foi expedida para a oitiva de Maria Aparecida Azevedo Noronha, testemunha listada pela requerente; informou às fls. 355/365 ser irmã da autora; que ficou sabendo de sua prisão no dia seguinte aos fatos; que na Delegacia do Aeroporto teve que ir comprar comida para a irmã, que estava com fome; que os membros da família buscaram poupar seus pais do ocorrido, em razão de serem idosos e o pai estar bastante doente; que a autora é vaidosa e costuma usar adereços.

Encerrada a instrução as partes debateram a causa por memoriais (fls. 378/401 e 402/405).

É o relatório. Decido.

Preliminarmente. No que tange ao ressarcimento de danos materiais relacionados à multa recolhida em razão do Auto de Infração nº 0817600/15072/08, a matéria é de ordem tributária, e não há nos autos elementos de convicção que autorizem nessa parte do pedido interesse processual na presente ação.

Anoto que a autora sequer apresentou cópia completa do AI (fls. 55/56), para que fosse possível identificar os fatos que levaram à sua imposição e o respectivo enquadramento legal.

A autora foi autuada em razão de dano ao erário, consistente na chegada ao país de mercadoria estrangeira com falsa declaração de conteúdo, conforme definido no artigo 105, XII, do Decreto-Lei nº 37/66 c/c artigo 23, IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Fato é que a autora adquiriu na Bélgica duas jóias no valor total de 1.834,00, superior ao limite de isenção do Imposto de Importação (US$ 500,00) e não declarou esses bens ao reingressar ao Brasil. Logo, verifica-se a hipótese de incidência tributária e decorrentes multas, inclusive aquela prevista no artigo 57 da Lei nº 9.532/97, conforme anotado pela autoridade aduaneira às fls. 231/232.

Sem adstrição aos fundamentos do pedido, nessa parte, concluo pela carência de ação, devendo a petição inicial, em tal aspecto, ser indeferida.

No mais, estão presentes as condições da ação, sendo claro o interesse de agir que se resume na necessidade, adequação e utilidade do provimento jurisdicional invocado.

As partes são legítimas e bem representadas, estando presentes as condições da ação e os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual. Verifico, ainda, que o feito foi processado com observância do contraditório e ampla defesa, inexistindo situação que possa ensejar prejuízos aos princípios do devido processo legal.

Passo à análise de mérito do pedido subseqüente.

Da responsabilidade extracontratual do Estado

A Constituição Federal, no § 6º de seu artigo 37, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Revela-se na norma constitucional distanciamento em relação à regra geral da responsabilidade civil, na medida em que exclui o elemento subjetivo da culpa e o elemento objetivo da ilicitude da conduta comissiva ou omissiva.

Maria Sylvia Zanella de Pietro assim define a responsabilidade extracontratual do Estado:

> a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos. (*Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 607)

A ilustre doutrinadora pondera que, no direito administrativo, a responsabilidade pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem à pessoa determinado ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade (p. 606); para o fim da responsabilidade objetiva, o ato lícito deve ser causador de dano anormal e específico, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais (p. 104).

Dessa forma, a apuração da responsabilidade extracontratual do Estado se dá com a verificação da existência de nexo de causalidade entre o dano comprovadamente sofrido e o ato lesivo praticado pelo agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, na qualidade de agente público. Ainda, no caso de dano decorrente de ato lícito, há que se est a revelar a antijuridicidade do ato lesivo. Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANOS MORAIS - NÃO COMPROVAÇÃO - NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E ATO DA ADMINISTRAÇÃO. 1 - Para a caracterização da referida responsabilidade há de existir nexo de causalidade entre o ato praticado e o prejuízo arcado pelo administrado e, de outra parte, para que reste evidenciada a responsabilidade estatal pelo dano, impende que o ato seja ilícito ou sendo lícito, tenha sido afrontado o preceito constitucional da igualdade. 2 - As provas trazidas pelas partes demonstram inequivocamente a conduta moderada da autoridade, e por via de conseqüência a completa ausência de abuso ou de infração por parte da autoridade policial. 3 - Apelação improvida. (TRF3, 3ª Turma, AC 199961030018192, relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, v.u., d.j. 11.12.08)

Outrossim, pela teoria do risco administrativo, permite-se que a pessoa jurídica de direito público demonstre a culpa da vítima, a fim de excluir a sua responsabilidade ou mesmo diminuí-la. Nesse sentido, anoto os precedentes jurisprudenciais que seguem:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: *FAUTE DE SERVICE*. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva,

com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. [...] (STF, 2ª Turma, RE 179147, relator Ministro Marcos Velloso, d.j. 12.12.1997)

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. [...]. (STF, 2ª Turma, RE/AgR 495740, relator Ministro Celso de Mello, d.j. 15.04.2008)

Conforme consta do Inquérito Policial nº 21.0183/08, o senhor André Luiz Braga da Silva, auditor fiscal da RFB, que em 06.03.2008 atuou na qualidade de supervisor substituto na fiscalização de passageiros, foi comunicado pela Chefe do Setor de Bagagens sobre uma correspondência expedida pela Alfândega de Portugal que relatava ter a autora solicitado ressarcimento de uma grande quantia de impostos recolhidos em virtude de jóias que transportava (fls. 126/127). Ante o comunicado recebido da autoridade estrangeira, cumpria à Administração local proceder à devida fiscalização quanto ao ingresso no País de bens adquiridos no exterior e respectiva decorrência tributária.

Desse modo, cuidando-se a ação fiscalizatória de exercício regular de direito-dever do poder público, é preciso avaliar se houve abusos das autoridades no seu desempenho, bem como se o comportamento da autora diante do cumprimento da atividade administrativa se mostra como hipótese de exclusão ou abrandamento da responsabilidade objetiva por eventuais danos.

A autoridade aduaneira tinha prévia notícia de que a autora havia se ressarcido de impostos ("tax free"), em alto valor, recolhidos no exterior pela aquisição de jóias. Logo, seria razoável esperar que ela, ao reingressar ao Brasil, se apresentasse à fiscalização alfandegária com a declaração de bagagem acompanhada compatível com as jóias adquiridas na comunidade européia. Contudo, conforme afirmado nos autos e atestado no documento de fl. 29, a autora se apresentou às autoridades alfandegárias brasileiras com declaração negativa, isto

é, de inexistência de bens adquiridos em valor superior ao limite de isenção de US$ 500,00.

Ao ordenar à autora que se submetesse à fiscalização de bagagem e bagagem acompanhada, por meio dos aparelhos de raio-X e vistoria manual, a autoridade alfandegária apenas cumpriu dever funcional. A autora fala que a todo tempo foi tratada de maneira ríspida. Ora, isso faz-se compreensível, frente ao documento "nada a declarar" apresentado na alfândega. Tinha-se prévio conhecimento de que aquela viajante transportava jóias com valores que excediam aos limites legais; portanto, natural que um clima apreensivo ali se instalasse, ante a apresentação da declaração negativa.

Ao indagar à autoridade alfandegária sobre o motivo daquela revista, afirma a autora ter obtido resposta em voz alta, na frente dos demais passageiros, de que havia indícios estar-se na presença de notória contrabandista. Ao encontrar bijuterias (que entendeu terem aparência de jóias - fls. 126/127) e duas jóias na bagagem acompanhada da autora, o agente da RFB passou a ter conduta inadequada, ao emitir conceitos que não lhe competiam, ainda mais, em tom de voz audível pelos demais passageiros. A indagação formulada à autora quanto aos meios para aquisição de tantas "jóias" em se tratando apenas de uma professora (fls. 126/127), justificou a resposta irônica da autora. Ao responder que adquiriu tais peças por meio de pagamento parcelado, o agente da RFB determinou como resposta, a revista íntima. É de ser observado que não cabe ao agente emitir conceitos depreciativos dos passageiros, senão exercer suas funções com discrição e probidade.

A conduta do agente, com tratamento intimidador à autora, resultou no que o próprio descreveu como comportamento aparente de nervosismo e ironia da autora (fls. 126/127).

A verdade é que a autora não se comportou com educação compatível de sua formação profissional de professora e a autoridade tangenciou a sobriedade, ao determinar a revista íntima, de questionável necessidade.

O laudo de exame merceológico posteriormente realizado (fls. 199/202) corrobora o que mesmo um olhar leigo poderia verificar, pois não é necessário conhecimento técnico (fls. 126/127) para perceber que eram peças pessoais, já oxidadas, a maioria bijuterias.

As peças que realmente tinham valor eram as jóias adquiridas na Bélgica, cujos comprovantes de compra a autora acabou por apresentar, tendo recebido, em Portugal, o valor dos impostos lá recolhidos, em ressarcimento.

A autora usava e trazia em sua bagagem acompanhada: 2 pares de brincos, 3 pingentes, 3 anéis, 2 correntes, 5 colares, 6 braceletes, 1 alfinete e 4 grampos de cabelo.

Trata-se de bagagem comum em viagem de pessoas do sexo feminino. Um conjunto de peças de adorno, de jóias ou bijuterias, de uso pessoal. O fato de estar sujeita à tributação nos valores das jóias excedentes, não a faz uma delinqüente, nem deveria ter recebido das autoridades alfandegárias tratamento mal educado.

Se o agente da Receita em Portugal, ao vislumbrar o estojo de adornos da autora, resolveu alertar as autoridades nacionais sobre a possibilidade de estar em curso eventual ilícito, ao agente do Poder Público pátrio, especializado na atividade de fiscalização alfandegária, era de rigor identificar do que realmente se tratava e após da devida autuação quanto ao Imposto de Importação a recolher e demais penalidades tributárias, proceder, com educação e respeito, à imediata liberação da autora e de suas bagagens.

Ressalto que a autora ostentava em uso algumas das peças apreendidas e as demais estavam todas juntas em estojo próprio dentro de sua bagagem de mão. Não havia qualquer

sinal de ocultação de valores. Bastou ao agente abrir as malas da autora para encontrá-las facilmente, além de portar a autora o comprovante de compra das duas peças que eram efetivamente valiosas. Evidentemente que não se tratava de situação que colocava em risco a integridade do Tesouro Nacional.

Diante dos infrutíferos resultados da diligência, retomou o agente da RFB vistoria das bagagens da autora. Ali encontrou valores em espécie absolutamente compatíveis com uma viagem internacional, dentro dos limites permitidos em lei.

O desequilíbrio emocional de agentes públicos é censurável, sendo que tal ofício exige calma, tirocínio e habilidade para conviver e administrar situações adversas como a que aqui se apresentou, e que, certamente, é recorrente no dia a dia do seu trabalho.

Ao determinar à autora que se despisse de seus ornamentos e os entregasse para apreensão, esta já exaltada em seu inconformismo entendeu por bem cessar qualquer colaboração com a atividade administrativa.

Diante da imputação criminal, a autora não era mesmo obrigada a produzir provas contra sua própria pessoa.

A ação da Polícia Federal ainda padece da falta de discernimento, ao tratar como crime de descaminho o que era mera irregularidade tributária.

Tanto a agente da Polícia Federal que acompanhou a revista íntima da autora, quanto o próprio Delegado de Polícia Federal tinham elementos bastantes para perceber a descabida imputação e para cessar imediatamente os atos de privação de liberdade e de desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Injustificável o uso de algemas para um comportamento humano que, apesar dos excessos nervosos da autora, não autorizavam a ação policial na extensão ocorrida, já que o crime de desacato (art. 331, CP), punido com mera detenção ou multa, não é passível de prisão em flagrante. E não cabia falar-se em crime de descaminho, ante o disposto na Súmula Vinculante nº 24 do E. Supremo Tribunal Federal, que exige o prévio devido processo legal tributário nos crimes contra a ordem tributária.

A remoção da autora que foi algemada, arrastada, e seguiu aos gritos pelo saguão do Aeroporto Internacional de Guarulhos, mostra um quadro de violência jurídica, desnecessário e injustificável. Para agravar a cena, anota-se a existência de corredor interno entre os pavimentos do Aeroporto, que, de forma incrivelmente desumana, deixou de ser utilizado. Ainda, o gestual durante a condução da autora por lugares públicos do Aeroporto, injuriando-a e chamando-a de louca, mostra nenhum respeito pela dignidade humana e pelos direitos de cidadania.

A autora desnecessariamente foi levada ao cárcere, e ali permaneceu por vários dias, até que um Habeas Corpus a libertou.

Faniquitos, chiliques e ações nervosas são comuns na alfândega quando os infratores são flagrados em ações ilegais. Bastava no caso, que a autora, uma vez autuada, recebesse tratamento compatível à sua condição de ser humano. Em um dos aeroportos mais importantes do planeta qualquer autoridade deveria saber que para ser respeitada, deve tratar com urbanidade e respeito os cidadãos, embalde tenham praticado alguma infração. O uso da força, em caso de extrema necessidade, deve ser o mínimo possível. De rigor o respeito aos direitos humanos. Ou seja, as autoridades deveriam estar desde sempre treinadas para lidar com esse quadro, que é comum nas alfândegas do mundo todo. A autora deveria responder, sim, pelos

atos de sua responsabilidade tributária e/ou criminal, porém, em exata proporcionalidade e estrita previsão legal. Daí, a ser algemada de maneira absolutamente injurídica e arrastada no aeroporto por lugares públicos intensamente povoados, num espetáculo circense, vulgar, deprimente e medieval, como aconteceu, sinceramente, não há como compreender ou justificar. Afinal, a sensibilidade nervosa de uma autoridade alfandegária ou policial precisa estar em ponto muito mais distante daquela em que se situa a de um cidadão comum.

Enfim, por mais adversas que fossem as circunstâncias criadas pela autora, às autoridades alfandegárias e policiais cabia o dever de manter a ordem, agindo com equilíbrio e sabendo impor respeito na repartição. Direitos constitucionais básicos não poderiam ter sido objeto de público e cruel extermínio. O corretivo aplicado à autora foi fruto de represália, triste e verdadeiro "justiçamento", tão humilhante quanto desnecessário.

Do dano moral

O direito à indenização por dano moral está expressamente previsto na Constituição, no inciso X de seu artigo 5º, ao estabelecer a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

SAVATIER observa precisamente que "o indivíduo não é apenas titular de direito patrimonial, mas, também, e, sobretudo, de direitos de sua personalidade que não podem ser impunemente atingidos".

Ao discorrer sobre a moral como valor ético-social da pessoa e da família, José Afonso da Silva assinala que integram a vida humana não apenas valores materiais, mas também valores imateriais, como os morais:

> A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí porque o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental. (*Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 204)

O dano moral é patente no caso dos autos. A autora foi submetida a injustificado tratamento hostil e vexatório, com efetiva ofensa aos seus direitos da personalidade, invasão de sua intimidade física, desqualificação pública de sua imagem e honra e, a mais atroz das mazelas, privação de sua liberdade por sete dias, agravada pela cediça condição precária do sistema carcerário nacional.

Não é demais lembrar que o artigo 11 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) dita a proteção à dignidade e honra das pessoas, o que é também de obrigatória observância na ordem jurídica, *especial e essencialmente* na área internacional do principal aeroporto brasileiro.

Confira-se:

> Artigo 11. Proteção da Honra e da Dignidade. *Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade*. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, *nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.*

Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse, em absoluto, uma compensação. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não extinguirá de todo o dano, nem o atenuará por sua própria natureza; mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensa indiretamente e parcialmente, o suplício moral que os vitimados experimentam (cf. voto do Ministro Thompson Flores, "in" RTJ 57/789).

À falta de critério legal para a fixação do "quantum" indenizatório do dano moral, tem-se optado pelo arbitramento judicial, mediante estimativa que tenha por finalidade reparar a lesão sofrida, atendendo a vítima sem enriquecê-la, e, ao mesmo tempo, desestimular o ofensor à reiteração de tais ofensas.

Considerando a extrema gravidade do acontecido como acima exposto e o fato de que a autora permaneceu sete dias em cárcere, arbitro a indenização no valor de R$ 100.000,00.

Sobre a indenização incidirão juros legais de mora desde a data de cada evento danoso (Súmula STJ nº 54), qual seja 06.03.2008, bem como correção monetária desde a data do arbitramento (Súmula STJ nº 362) segundo os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

DISPOSITIVO

Ante o exposto,

1. Nos termos do artigo 267, I, c/c com o artigo 295, I e parágrafo único, I e II, do Código de Processo Civil declaro extinto o processo, sem resolução de mérito, e *indefiro a inicial* quanto ao pedido para ressarcimento de danos materiais.

2. E, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, *julgo procedente o pedido* relativo à reparação de danos morais, para condenar a ré a pagar à autora indenização no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Sobre a indenização fixada incidirão juros legais de mora à data dos eventos danosos (em 06.03.2008), e correção monetária desde a data do arbitramento segundo os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

Condeno a ré no ressarcimento à autora das custas processuais recolhidas e no pagamento de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, o que faço com fundamento no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição a teor do artigo 475, I, do CPC.

P.R.I.C.

São Paulo, 16 de janeiro de 2013.

Juiz Federal JOÃO BATISTA GONÇALVES

AÇÃO ORDINÁRIA
0003088-16.2012.4.03.6108

Autora: LOTÉRICA JOSEENSE LTDA. ME.
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

Extrato: lotérica em prevenção demasiada a indesejar a instalação de nova unidade de atendimento ao povo - ausentes elementos de amparo ao intento desconstitutivo - improcedência ao pedido.Sentença B, Resolução 535/06, CJF.

Vistos etc.

Trata-se de ação proposta por Lotérica Joseense LTDA. – ME., em face da Caixa Econômica Federal - CEF, por meio da qual a parte autora busca exiba a CEF estudo de viabilidade econômica/financeira referente ao item 9º, do Anexo I, do Edital de Concorrência nº 6.430/2011 e, caso não exista, seja declarada nula a outorga da permissão concedida em tal processo licitatório.

Juntou documentos às fls. 12 *usque* 91.

Contestação da ré, às fls. 97/103, juntando documentos às fls. 104/123. Alega a existência do estudo combatido, este a demonstrar o desempenho excepcional do atendimento da parte autora, ensejando assim a abertura de nova unidade para melhor atendimento ao público, sem afetar seus rendimentos.

Réplica à contestação, às fls. 127/132.

Despacho de fls. 133, determinando às partes a demonstração real da distância entre o estabelecimento da parte autora e o ponto comercial licitado, o qual foi respondido às fls. 143/144, pela parte ré, e às fls. 145/146, pela parte autora.

Trasladada cópia da ação cautelar de nº 0002204-84.2012.403.6108, às fls. 136/141.

Manifestação da parte autora, às fls. 149/150, em réplica às observações juntadas pela parte ré às fls. 143/144, o que foi respondido à fl. 153.

Memoriais apresentados pela CEF, às fls. 155/157, e pela parte autora, às fls. 159/163.

É o Relatório.

Decido.

Nos termos da defesa ofertada, não se extrai a presença de máculas que inquinassem os procedimentos da demandada, em rumo a uma futura instalação de novas lotéricas, nem à alegada causa de concorrência predatória, pois que observado o potencial mercadológico ofertado à área, fls. 106/108, bem assim tendo-se em vista o quociente de atendimento ao público, atestado pelos documentos de fls. 109/111.

É dizer, objetivamente suficientes, aos limites da prevenção deflagrada, os elementos com destaque produzidos, por meio de fls. 109/111 e 106/108 (este último, o efetivo estudo mercadológico em tela), os quais reveladores do zelo economiário na futura outorga do exercício das atividades em prisma. A irresignação da parte autora, ao julgar insuficientes os dados ofertados em tais documentos, como se vê à fl. 160, carece de razoabilidade fática e jurídica em seu sustento, insuficiente à demonstração de ilegalidade ou inadequação no procedimento

licitatório atacado, pois existente e congruente o estudo de viabilidade requisitado à exordial.

Ademais, ainda que não mais vigente a determinação da distância mínima de 500 metros entre as agências, emprestando-se a razoabilidade de tal exigência, vê-se pelos mapas juntados pelas partes, às fls. 144 e 146, que se guarda segura distância entre ambas, à medida aproximada de 500 metros.

Diante de tal cenário, então, vênias todas, no qual nem predatória - muito menos concorrência - se põe a localização de nova lotérica em dada área da urbe em causa, flagra-se precoce e sem substância jurídica a intenção desconstitutiva veiculada por meio da presente demanda, logo sepultando de insucesso a seu intento a própria parte pretendente.

Ou seja, no embate abstratíssimo, em mira, naturalmente o egoístico intento em pauta a não subsistir, diante do colossal ganho que a população a experimentar com a intenção economiária por localização de novas unidades, em prol de seu atendimento.

Assim, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como os itens 11 e 11.1, da Circular da CEF nº 539/2011, e o item 23.13, do Edital de Licitação 6430/2011.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, ausentes custas (integralmente recolhidas à fl. 91, certidão à fl. 93), sujeitando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa (R$ 1.000,00, fl. 11), com atualização monetária desde o ajuizamento até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0005687-25.2012.4.03.6108

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ré: FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: MARCELO FREIBERGER ZANDAVALI
Disponibilização da Sentença: 23/11/2012

Vistos, etc.

Trata-se de ação civil pública movida pelo *Ministério Público Federal* em face da *Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*, por meio da qual requer, em síntese, seja afastado o sigilo de informações atinentes ao recenseamento de crianças e adolescentes, notadamente, para efeito de se identificar aqueles ainda não possuidores de registro civil.

Deferida liminarmente medida antecipatória às fls. 19/26.

Noticiada a interposição de recurso de agravo de instrumento (fls. 41/73).

Contestação às fls. 83/112.

É o Relatório. Fundamento e Decido.

Não se admite, em ação coletiva, que espraia efeitos além dos limites subjetivos da lide, possa ser reconhecida a "não recepção", "inconstitucionalidade", "incompatibilidade" ou "revogação" de *normas legais*[1], em face da Constituição Federal de 1.988, sob pena de arvorar-se o juízo de primeira instância em Corte Constitucional, ou imiscuir-se em atividade manifestamente legislativa.

Frise-se que, como breve passar d'olhos permite verificar (fls. 12/13), o autor busca fazer cessar a eficácia dos mencionados atos normativos *in abstrato*, ou seja, como parte do pedido da demanda, e não, como admite a Jurisprudência[2], valendo-se da nulidade dos atos como causa de pedir.

Dessarte, os itens "a" *usque* "d" do pedido não têm como ser conhecidos, considerada a inadequação da via eleita e a impossibilidade jurídica do pedido.

No que tange ao item "e", todavia, é possível adentrar-se ao mérito do litígio, pois se resume a pleitear a remessa, a órgãos estaduais do Ministério Público, de informações sobre a identificação de famílias e endereços de crianças sem registro civil.

Presentes, nestes termos, os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

---

1 Artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 161/67 e artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.534/68.

2 "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO PRINCIPAL – IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. Segundo a jurisprudência do STJ, em tese, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 3. Hipótese em que a matéria constitucional no presente feito não é simples causa de pedir ou questão incidental, mas pedido principal. 4. Recurso especial não provido."
(RESP 200802168777, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 01/07/2009)

A matéria é exclusivamente de direito, e não apresentou, a ré, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido autoral, atendo-se a rebater, de forma direta, a pretensão ministerial. Cabível, portanto, o julgamento da lide no estágio em que se encontra.

Com a vênia devida ao decidido às fls. 19/26, tem-se que o pedido do MPF não merece acolhida.

Desnecessário frisar, vez outra, a relevância do registro civil, para efeito da integração de crianças e adolescentes na vida em sociedade. Os diplomas normativos, internacionais e nacionais, já citados nos autos, são demonstração incontestável de tal premente necessidade.

Ocorre que o afastamento do sigilo de dados dos recenseamentos, se, de imediato, pode parecer instrumento adequado para tal desiderato, configurará, a médio e longo prazos, verdadeiro ataque às políticas governamentais que tem tão nobre função como seu fim.

Acaso as pessoas recenseadas não contem mais com a garantia de que as informações dadas ao IBGE serão utilizadas, apenas, para estudos estatísticos, certamente deixarão de repassar ao Instituto dados que possam trazer-lhes questionamentos pelas autoridades públicas. Dentre eles, por óbvio, a negligência no registro civil dos filhos.

Frustrado ficará o Instituto, que não poderá elaborar estudos sobre eventual *déficit* de registros civis de crianças e adolescentes; frustrados restarão o próprio Ministério Público e o Poder Judiciário, que não obterão, do IBGE, informações que, ante a falta de sigilo, deixarão de ser repassadas; e muito mais prejudicados ficarão as crianças e adolescentes, pois não contarão com o instrumento de política pública que permite aferir o quantitativo de menores sem registro.

Repita-se: não tendo as famílias confiança no sigilo dos dados, as análises estatísticas deixarão de retratar o problema, dificultando, sobremaneira, a elaboração de estratégias públicas para seu enfrentamento.

A este quadro, acresça-se o fato de a identificação dos menores sem registro poder ser obtida de inúmeras outras formas, que não, apenas, pela violação do imprescindível sigilo das informações repassadas à ré.

Posto isso, em relação aos pedidos identificados pelas letras "a" *usque* "d", de fls. 12/13, *julgo extinto o feito***,** sem adentrar-lhe o mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

No que tange aos pedidos dos itens "e" e "f", de fl. 13, *julgo-os improcedentes*, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC.

Revogo a decisão antecipatória de fls. 19/26.

Comunique-se o Exmo. Sr. Des. Fed. Relator do agravo noticiado nos autos.

Sem honorários e sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, arquivem-se.

Bauru, 22 de novembro de 2012.

Juiz Federal MARCELO FREIBERGER ZANDAVALI

Súmulas

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

Impressão e acabamento:
Divisão de Serviços Gráficos

JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1500