

ISSN 0103-703-X
www.trf1.jus.br

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 10 Ano 23 Outubro/2011

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *I'talo Mendes* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Paulo Souza da Silva – Supervisor/SEREV

Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Ylka Conceição de Carvalho – estagiária

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Entrevista

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Editoração eletrônica

Leonardo Arantes de Melo – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Confecção de chapas CTP

Ryobi Gráfica e Editora Ltda.

Colaboração

Divisão de Jurisprudência (pesquisa)

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista – Serev/Cojud/TRF 1

Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar

70070-040 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3314-1752 e 3314-1734 – Fax: (61) 3323-2874

E-mail: cojud-revista@trf1.jus.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

As seções que reproduzem acórdãos e decisões judiciais publicados em meio de comunicação oficial conservam sua redação original, nas quais a Revista restringe-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização. Nas demais seções, a Revista realiza revisão textual e padronização, em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008) e com projeto editorial próprio.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1

(out./dez. 1989) – Brasília: TRF 1ª Região, 1989-

v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência – Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região 1.)

CDD 340.05

CDU 34(05)

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Kassio Marques*

Desembargador Federal *Néviton Guedes*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

1ª Seção

Desembargadora Federal *Neuza Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Catão*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*
Desembargador Federal *Kassio Marques*
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

2ª Seção

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *I'talo Mendes*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

3ª Seção

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargadora Federal *Selene Almeida*
Desembargador Federal *Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

4ª Seção

Desembargador Federal *Tolentino Amaral* – Presidente
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Amorim*
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*
Desembargador Federal *Souza Prudente*

1ª Turma

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – Presidente
Desembargador Federal *Kassio Marques*
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

2ª Turma

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* – Presidente
Desembargadora Federal *Neuza Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

3ª Turma

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*

4ª Turma

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *I'talo Mendes*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

5ª Turma

Desembargadora Federal *Selene Almeida* – Presidente
Desembargador Federal *Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*

6ª Turma

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

7ª Turma

Desembargador Federal *Tolentino Amaral* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

8ª Turma

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – Presidente
Desembargador Federal *Leomar Amorim*
Desembargador Federal *Souza Prudente*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Vice-Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Corregedor Regional
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Comissão de Jurisprudência — art. 78, II e §1º, RITRF1

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* — presidente

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* — suplente

Comissão de Promoção — art. 78, §2º, RITRF1

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* — presidente

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Comissão de Concurso — arts. 81 e 82, parágrafo único, RITRF1

Desembargador Federal *Amilcar Machado* — Presidente

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Juiz Federal *Saulo Casali Bahia*

Professora *Ana Frazão* — (UnB)

Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* — (OAB)

Comissão de Regimento — art. 83, RITRF1

Desembargador Federal *Tourinho Neto* — presidente

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargadora Federal *Ângela Catão* — suplente

Comissão de Acervo Jurídico — art. 84, RITRF1

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* — presidente

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Revista do Tribunal

Desembargador Federal *I'talo Mendes* — diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* — diretor

Desembargador Federal *I'talo Mendes* — vice-diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre

Seção Judiciária do Estado do Amapá

Seção Judiciária do Estado do Amazonas

Seção Judiciária do Estado da Bahia

Seção Judiciária do Distrito Federal

Seção Judiciária do Estado de Goiás

Seção Judiciária do Estado do Maranhão

Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

Seção Judiciária do Estado do Pará

Seção Judiciária do Estado do Piauí

Seção Judiciária do Estado de Rondônia

Seção Judiciária do Estado de Roraima

Seção Judiciária do Estado do Tocantins





Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/1999 – julho/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal
Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal
Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009



Desembargador Federal
Carlos Moreira Alves
setembro/2009 – setembro/2010



Desembargador Federal
I'talo Mendes
a partir de dezembro/2010

Editorial	17
Juramento	19
Epígrafe	21
Ponto de Vista	23
A história aprisionada, 23 Eduardo Bueno	
Artigos Doutrinários	25
Posse em novo cargo e responsabilidade disciplinar por fatos precedentes, 25 Antonio Carlos Alencar Carvalho	
Da devolução das verbas recebidas mediante tutela antecipada posteriormente revogada, 30 Henrique Jorge Dantas da Cruz	
Extinção da punibilidade do delito de apropriação indébita previdenciária, 34 Emerson de Aguiar Souza	
Inovações Legislativas	37
Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011.	
Lei 12.507, de 11 de outubro de 2011.	
Decreto 7.570, de 26 de setembro de 2011.	
Decreto 7.573, de 29 de setembro de 2011.	
Decreto 7.574, de 29 de setembro de 2011.	
Decreto 7.581, de 11 de outubro de 2011.	
Acórdãos — Inteiros Teores	39
Corte Especial — Pronunciamento contrário à decisão judicial de decreto prisional. Ofensa à honra (calúnia) do magistrado não caracterizada. Inexistência de fato típico. Ausência de <i>animus diffamandi vel caluniandi</i> , 39 Petição Criminal 0017754-04.2011.4.01.0000/DF Relator: Desembargador Federal Souza Prudente	
Primeira Seção — Revisão de benefício. Pensão por morte. Elevação do coeficiente de cálculo. Art. 75 da Lei 8.213/1991, com alteração introduzida pela Lei 9.032/1995. Inaplicabilidade. Decisão do plenário do STF. Devolução dos valores recebidos em face de decisão judicial. Impossibilidade. Violação a dispositivo de lei, 45 Numeração única: 0012669-76.2007.4.01.0000 Ação Rescisória 2007.01.00.012777-1/MG Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes	

Segunda Seção — Tráfico internacional de entorpecentes. Pena-base. Causa de diminuição. Regime inicial fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Direito de apelar em liberdade, 49

Numeração única: 0016184-18.2009.4.01.3600

Embargos Infringentes e de Nulidade 2009.36.00.016188-9/MT

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Terceira Seção — Conflito negativo de competência. Juízo de vara cível e juízo de vara ambiental e agrária. Ação civil pública. Competência funcional do juízo do local do dano. Conflito conhecido para firmar a competência do juízo suscitado, 59

Conflito de competência 0041323-34.2011.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado)

Quarta Seção — Verba honorária fixada em ação ordinária tributária sem fundamentação e em descompasso com o art. 20 do CPC. Feito admissível, 63

Ação Rescisória 0072234-63.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

Primeira Turma — Abono de permanência. Termo inicial. Aposentadoria proporcional. Emenda Constitucional 41/2003. Requisitos não cumpridos. Efeitos retroativos, 68

Apelação Cível 0017995-90.2007.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques

Segunda Turma — Reposicionamento funcional. Classe inferior. Não ocorrência de prescrição. Redução de vencimentos. Obrigatoriedade de instauração de processo administrativo. Restituição ao Erário. Desnecessidade. Verba alimentar percebida de boa-fé, 71

Apelação Cível 2002.34.00.005503-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Terceira Turma — Apropriação indébita previdenciária. Crime omissivo formal. Desnecessidade de demonstração de dolo específico. Provas de graves e profundas dificuldades financeiras da empresa gerida pelo réu. Inexigibilidade de conduta diversa. Prova idônea, 75

Numeração única: 0003583-85.2002.4.01.4000

Apelação Criminal 2002.40.00.003584-6/PI

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Quarta Turma — Art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. Art. 304 c/c art. 299, Código Penal. Princípio da absorção. Súmula 17/STJ, 88

Apelação Criminal 0000703-83.208.4.01.3815/MG

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Quinta Turma — Regime militar. Perseguição política, prisão civil. Grupo dos onze. Caráter subversivo. Não ocorrência de prescrição. Provas documentais. Danos morais. Responsabilidade do Estado, 94

Numeração única: 0005345-15.2006.4.01.3801

Apelação Cível 2006.38.01.005366-7/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Sexta Turma — Óbito do principal tomador do empréstimo. Cobrança posterior. Inscrição em cadastro restritivo. Indenização por danos morais. Cabimento, 104

Numeração única: 0021413-84.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.021419-0/DF

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)

Sétima Turma — Execução de sentença. Indeferimento por ter um dos litisconsortes, isoladamente, promovido a execução para recebimento da sua parte. Ilegitimidade, 109

Numeração única: 0057119-07.2007.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2007.01.00.054407-5/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Oitava Turma — Decisão monocrática proferida pelo STJ. Execução fiscal. Indisponibilidade de bens e direitos. Bacen Jud. Juízo de retratação, 111

Numeração única: 0067742-96.2008.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2008.01.00.067906-6/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Segunda Turma Suplementar — Exercício concomitante da atividade militar e cargo público civil. Ausência da qualificação técnica do cargo. Vedação. Inacumulatividade da fruição das pensões originárias do exercício de cargos inacumuláveis, 113

Numeração única: 0020246-61.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.020285-8/DF

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

Quarta Turma Suplementar — Concurso público para o cargo de policial rodoviário federal. Fase de exames médicos. Demonstração de força maior no contexto de sua realização. Não aplicação do princípio da simultaneidade e da sigiliosidade à etapa de exames médicos, 116

Numeração única: 0030096-47.2002.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2002.34.00.030160-0/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

Quinta Turma Suplementar — Tabela de honorários médicos mínimos elaborada por associação de médicos e hospitais privados. Caráter não vinculativo. Infração à ordem econômica não configurada, 118

Numeração única: 0012607-70.1997.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 1997.34.00.012637-2/DF

Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)

Sexta Turma Suplementar — Embargos de terceiro. Fraude à execução. Art. 185 do CTN. LC 118/2005. Art. 543-C do CPC, 121

Numeração única: 0003463-90.1998.4.01.3803

Apelação Cível 1998.38.03.003417-5/MG

Relator: Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (convocado)

Sétima Turma Suplementar — Execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia contra ente federal. Possibilidade de adaptação do rito, 124

Numeração única: 0004319-70.1997.4.01.4100

Apelação Cível 1997.41.00.004340-1/RO

Relator: Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado)

Decisões Monocráticas

129

Concessionária de energia elétrica. Decisão que determina a suspensão de efeitos de atos administrativos. Empresa Pública. Descumprimento de contrato. Exigências descabidas, 129

Agravo de Instrumento 0046615-97.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Pedido de liminar, visando a imediata soltura do réu. Alegação de ocorrência de constrangimento ilegal, inexistência dos requisitos legais e violação do princípio da presunção de inocência e falta de motivação concreta do ato impugnado. Possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas em lei, 130

Habeas Corpus 0050658-77.2011.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Fornecimento de medicamento pela União. Decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, 132

Agravo de Instrumento 0053926-42.2011.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

***Habeas corpus*, com pedido de liminar, contra ato de Juizado do Trabalho. Expedição de salvo-conduto. Iminência de ordem ilegal de prisão aos impetrantes, em razão de suposto cometimento do crime de desobediência, 134**

Habeas Corpus 0040238-13.2011.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Jefs em Revista

137

Empréstimo consignado. Danos morais. Inclusão indevida em cadastro de inadimplente. Configuração. Agente consignador. Não repasse, 137

Numeração única: 0001573-81.2009.4.01.3302

Recurso inominado 2009.33.02.701110-2/BA

Relator: Juiz Federal Dirley da Cunha Júnior

Relação bancária. Incidência das normas consumeristas. Evento danoso imputável a terceiro estranho, entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Negativação indevida, configuração de *per si* do dano moral indenizável, 137

Numeração única: 0034074-31.2008.4.01.3300

Recurso inominado 2008.33.00.714154-1/BA

Relator: Juiz Federal João Paulo Pirôpo de Abreu

Responsabilidade civil. Ausência de prova da inscrição do nome da parte autora no cadastro de inadimplentes. Irrelevância ante o fato incontroverso. Nexo causal a configurar dano moral indenizável, 138

Numeração única: 0001885-57.2009.4.01.3302

Recurso inominado 2009.33.02.701422-8/BA

Relatora: Juíza Federal Lílian Oliveira da Costa Tourinho

Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Osteoartrose nos joelhos. Confronto entre laudo pericial e conjunto fático-probatório. Perícia com especialista. Necessidade, 139

Numeração única: 0053514-92.2008.4.01.3500

Recurso inominado: 2009.38.01.705879-8/GO

Relatora: Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim

Auxílio-doença. Patologia prevista no art. 151 da Lei 8.213/1991 e na Portaria Interministerial MPAS 2.998. Requisitos preenchidos, 140

Numeração única: 0011679-60.2009.4.01.3801

Recurso inominado 2009.38.01.705879-8/ MG

Relator: Juiz Federal Eduardo José Corrêa

Seguro-desemprego. Ilegitimidade passiva da União. Rejeição. Indeferimento administrativo do benefício por equívoco. Danos morais. Não ocorrência, **141**

Numeração única: 0031835-54.2008.4.01.3300

Recurso inominado 2008.33.00.711915-6/ BA

Relator: Juiz Federal Valter Leonel Coelho Seixas

Breviário

143

Recurso extraordinário. Despacho que determina o sobrestamento. Agravo regimental. Impossibilidade. Jurisprudência do STF.

Mandado de segurança. Agravo de instrumento. Conversão em agravo retido.

Conflito de competência. Juízo federal e juizado especial federal. Conteúdo econômico da demanda no momento da propositura da ação.

Suspensão de plano de manejo florestal. Paralisação das atividades. Continuidade das investigações. Não fixação de prazo para realização de perícia. Não inclusão na denúncia.

Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Exigência de licitação.

Antecipação dos efeitos da tutela. Benefício previdenciário. Auxílio-doença. Restabelecimento. Possibilidade.

Exibição de documentos. Excessiva morosidade administrativa. Necessidade de acionamento do aparelho judiciário.

Salvo-conduto para porte de arma de fogo. Feito extinto, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Ausência de constrangimento iminente. Impropriedade da via eleita.

Tráfico internacional de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ausência de vedação. Regime de cumprimento da pena. Progressividade.

Estelionato. Tentativa. Prisão em flagrante. Polícia Civil. Juiz de direito. Declinação de competência. Autarquia federal. Relaxamento de prisão.

Ação monitória. Cartão de crédito. Ausência de contrato escrito assinado. Efetiva utilização do cartão. Existência de prova escrita sem eficácia de título executivo.

Estatuto do idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem interestadual. Direito fundamental social. Equilíbrio econômico-financeiro. Garantia própria de contrato celebrado mediante licitação. Função social do contrato administrativo.

Empréstimo bancário resultante de fraude. Desconto indevido do pagamento de benefício previdenciário. Falha do serviço bancário caracterizada. Dano moral configurado.

Ação de imissão de posse. Embargos de retenção. Realização de benfeitorias necessárias e úteis não comprovada. Alegação de posse de boa-fé.

Imunidade tributária. Extensão à CPMF e à CSLL, relativas a receitas decorrentes de exportação. Impossibilidade.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

149

Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

151

Nesta edição, entrevistamos na Seção Ponto de Vista o historiador Eduardo Bueno, que traça um perfil sobre o Brasil e sua evolução histórica. Nosso entrevistado é escritor, jornalista, editor e tradutor. É o primeiro escritor, nos últimos 12 anos, a possuir três títulos na lista dos *best-sellers* dos principais jornais e revistas do País, com a coleção *Terra Brasilis*, que trata da história colonial do Brasil.

A revista de outubro traz interessantes textos, a saber: *Posse em novo cargo e responsabilidade disciplinar por fatos precedentes*, de Antonio Carlos Alencar Carvalho; *Extinção da punibilidade do delito de apropriação indébita previdenciária*, de Emerson de Aguiar Souza; e *Da devolução das verbas recebidas mediante tutela antecipada posteriormente revogada*, de Henrique Jorge Dantas da Cruz.

Trazemos também atualizada jurisprudência da Corte e dos JEFs, sendo que, a partir deste mês, a Revista também publicará acórdãos das Turmas Suplementares.

Boa leitura.

muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe

**“Ego promitto me principiis honestatis semper
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum
atque laborem meum in jure patrocinando,
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo,
humanitatis causa nunquam defecturum.”**

**Tradução: “Eu prometo exercer as funções de
meu grau sempre fiel aos princípios da probidade
e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo
justiça e promovendo os bons costumes, jamais
faltar à causa da humanidade”.**

honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in Ego promi
princípios honestatis semper inhaerentem gradus mei mu
perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, ju
exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa hon
semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque



"A história é êmula do tempo, repositório dos fatos, testemunha do passado, exemplo do presente, advertência do futuro."

Miguel de Cervantes

Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/autor/miguel_cervantes/>.

A história aprisionada

Eduardo Bueno*



“[...] a história é um fluxo orgânico, constante, intenso e dinâmico que explica de onde viemos e para onde vamos.”

Revista: Em entrevista recente o senhor disse que a história sempre esteve aprisionada na sala de aula. O que quis dizer com isso?

Eduardo Bueno: Quis dizer que, para a absoluta maioria dos brasileiros, a história não passa de uma disciplina à qual eles foram *submetidos* quando estavam no colégio e onde ela parece meramente ser uma sequência tediosa de nomes solenes e datas vazias que fomos todos forçados a decorar e da qual tratamos de nos livrar tão logo saímos da escola. Mas, bem pelo contrário, a história é um fluxo orgânico, constante, intenso e dinâmico que explica de onde viemos e para onde vamos. E para citar o velho clichê: povo que não conhece a sua história, está condenado a repeti-la. Eu não gostaria de passar por mais 500 anos iguais aos que já se foram. Você gostaria?

*Eduardo Bueno é escritor, jornalista, editor e tradutor. É o primeiro escritor, nos últimos 12 anos, a possuir três títulos na lista dos *best-sellers* dos principais jornais e revistas do país. Autor da coleção Terra Brasilis, que trata da história colonial do Brasil.

Revista: O senhor entende que esta nova linguagem trazida em seus livros é um meio de incentivar os jovens ao estudo da História do Brasil?

Eduardo Bueno: Sim, e tenho certeza disso. Não só pela alta vendagem dos livros que escrevi – cujas tiragens já ultrapassaram 600 mil exemplares – como também pelas abordagens que recebi e ainda recebo nas ruas de jovens e até crianças dizendo que foi a partir de meu trabalho que eles se interessaram em saber mais, ler mais e, portanto, atuarem mais como cidadãos. Vários chegaram mesmo a declarar que, a partir da leitura, decidiram que querem ser historiadores. Não poderia haver motivo maior de orgulho para mim.

Revista: É possível concluir que o povo brasileiro não tem conhecimento da verdadeira história de sua fundação?

Eduardo Bueno: Com certeza não tem. E isso é gravíssimo pois, como diz um outro chavão, também bastante verdadeiro, povo que não sabe de onde veio, não sabe para onde vai. Embora a própria história comprove que, em tais casos, ele vai... para o brejo.

Revista: No livro *A Coroa, a Cruz e a Espada*, o senhor menciona o fato de que, em 1548, quando da instituição do Governo Geral, iniciaram-se também problemas persistentes até hoje: burocracia, clientelismo, corrupção. Pode explicar esta assertiva? Neste mesmo período teve início o nepotismo?

Eduardo Bueno: Sim. Os documentos comprovam que, a partir da criação e instalação do Governo Geral no Brasil, todo o aparelho burocrático-administrativo de Portugal foi transferido para o Brasil, com todas suas mazelas, sua ineficiência e seus métodos pouco transparentes. Só para ficar em dois exemplos, nosso primeiro ministro da Fazenda, à época chamado de provedor-mor, e cujo nome era Antônio Cardoso de Barros, tornou-se senhor de engenho no Recôncavo Baiano, tendo construído seu engenho com verbas desviadas da Fazenda Real. Foi acusado disso – mas não foi punido. Também se sabe que o Governo Geral foi encarregado de construir a Cidade do Salvador, primeira capital do Brasil, por regime de empreitada. Só que os documentos mostram que as licitações públicas não passaram de um jogo de cartas marcadas, feitas para favorecer os amigos do poder, que os preços foram superfaturados e que as obras tiveram um grande atraso. História de ontem, história de hoje. Eis, novamente, o clichê em ação: povo que não conhece [...].

Revista: E com relação ao Poder Judiciário? O senhor pode nos falar a respeito de sua origem no Brasil? Os problemas atuais também tiveram início no mesmo período? É possível dizer que o *jeitinho brasileiro* nasceu neste período?

Eduardo Bueno: Outra vez, infelizmente, a resposta é afirmativa. Não restam dúvidas de que os desmandos, a falta de transparência, o clientelismo e o nepotismo chegaram ao Brasil por meio do Judiciário. O exemplo mais infame, descrito por mim em detalhes justamente no livro *A Coroa, a Cruz e a Espada*, se deu com nosso primeiro Ministro da Justiça, ou Ouvidor-Geral, Desembargador Pero Borges. Ele não tinha a ficha limpa. Em Portugal, o Dr. Pero Borges fora encarregado de supervisionar as obras de construção de um

aqueduto em Elvas e comprovadamente desviou as verbas da empreitada. Foi preso, condenado a devolver o dinheiro e ficou proibido de exercer qualquer cargo público. Isso se deu em 1546.

Pois, em janeiro de 1548, o mesmo rei que o condenou, D. João III, nomeou-o primeiro ouvidor-mor do Brasil. Apesar dos desmandos e das gravíssimas acusações que pesaram sobre ele na colônia, nunca foi condenado. Já seus três sucessores voltaram a ferros para Portugal, tão gritantes foram suas variadas desonestidades. Há um maravilhoso livro sobre o tema. Chama-se *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*, de autoria do brasilianista Stuart Schwartz, e que acaba de ser relançado pela Companhia das Letras. Recomendo vivamente a leitura dessa obra fundamental para a compreensão dos caminhos do Judiciário no Brasil. Outro livro fundamental é *Os Donos do Poder*, de Raymundo Faoro. Qualquer pessoa que estude as origens da corrupção no Brasil percebe que ela se iniciou no seio do Judiciário, que, já então, tinha a sua banda podre. Todos nós interessados em transformar esse País – e em especial a porção sadia e impoluta do Judiciário (que me parece ser cada vez maior e mais atuante) – temos que tomar parte não só na reforma do Judiciário, mas também no saneamento de sua *banda pobre*.

Revista: Por ignorância, a maioria dos brasileiros não conhece seus direitos e não aprendeu o que é ser cidadão. O senhor acredita que a nova visão da história do país, trazida em seus livros, possa ajudar os jovens a conhecer melhor o que é a cidadania, bem como ensinar-lhes o seu exercício?

Eduardo Bueno: Esse é o único motivo pelo qual me dedico a escrever sobre a história do Brasil. Ajudar, na medida do possível, na formação e no reforço do exercício da cidadania, tão frágil e tão tutelada nesses que, infelizmente, seguem sendo *tristes trópicos*, como disse o antropólogo Levi-Strauss.

Posse em novo cargo e responsabilidade disciplinar por fatos precedentes

Antonio Carlos Alencar Carvalho*

Introdução

Situação que desperta alguma polêmica, ao menos inicial, concerne ao caso em que servidor público, que responde a processo administrativo disciplinar por fatos praticados no primeiro cargo permanente, toma posse em outro cargo inacumulável perante a mesma Administração Pública, após aprovação em concurso público, antes do julgamento do feito punitivo.

É comum se invocar que, uma vez que não existe mais o exercício do primeiro cargo efetivo, em face da exoneração para posse em segundo posto de investidura permanente inacumulável, a Administração Pública estaria impossibilitada de aplicar pena disciplinar correspondente aos fatos cometidos na anterior relação funcional, inclusive no caso de pendência de efetivação material de punições decididas, como a multa, ainda não implementada com o desconto no contracheque dos dias de cumprimento da penalidade.

O que fazer nesses casos?

A questão debatida consiste essencialmente na indagação destes problemas: a exoneração do cargo efetivo inacumulável anteriormente ocupado pelo servidor (em cujo desempenho ocorrera a prática de ilícito funcional, apurada e processada na forma da lei, mas com efetivação de penalidade pendente) torna prejudicado o exercício do poder disciplinar da Administração Pública em face da investidura, após aprovação em concurso público, em novo posto efetivo?

2 A posse em outro cargo inacumulável não pode conferir imunidade disciplinar: conciliação dos princípios da razoabilidade e da moralidade

Conquanto o tema inicialmente gere alguma perplexidade numa primeira análise (o servidor sofre

punição, depois de ser investido em outro cargo inacumulável, por fato praticado no exercício do posto efetivo anteriormente ocupado), já assentamos em nossa obra que *não se poderia tolerar que a investidura em novo cargo público, na mesma esfera administrativa, servisse como meio de o servidor acusado tornar inócuo o direito da Administração Pública de puni-lo, mediante a exoneração do primeiro posto:*¹

Senão, bastaria ao corrupto enriquecer-se com sua desonestidade, causando prejuízos à Administração Pública, e, depois, exonerar-se voluntariamente do cargo para, por absurdo, em seguida obter uma segunda investidura em posto efetivo na mesma estrutura administrativa, quiçá para repetir e prosseguir na escalada de improbidade administrativa, mediante aprovação em novo concurso público, o que se revela inaceitável. Seria um paradoxo que o Estado, o Distrito Federal, o Município ou a União, depois de sofrer lesão patrimonial pelos atos de improbidade cometidos pelo servidor acusado no processo administrativo disciplinar originário, ainda tenha que suportar a permanência do agente público corrupto nos mesmos quadros administrativos, sob o risco de novas irregularidades serem consumadas pelo infrator.

Ponderamos em nosso livro² que, no caso de aprovação em concurso público para provimento de outro cargo na mesma ou em outra carreira na esfera da própria Administração Pública a que adrede vinculado o servidor, seria incompatível com o princípio da inocência (conquanto norma de maior propriedade na seara do processo penal) impedir a investidura no novel posto pelo fato de o funcionário responder a processo administrativo disciplinar; todavia deveria ser preservada, paralelamente, em nome do *princípio da moralidade e do interesse público*, a possibilidade de o Estado apenar ilícitos anteriormente perpetrados, inclusive por meio da exoneração do segundo cargo (anulação da nomeação no segundo cargo por falta de idoneidade do servidor), na hipótese de a

* Autor do livro *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. Advogado em Brasília-DF. Procurador do Distrito Federal desde 1996. Especialista em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

¹ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. p. 456-459.

² CARVALHO, *loc. cit.*

conduta apurada e comprovada ser grave o bastante para impedir a nova investidura, como nos casos de incompatibilização temporária ou definitiva para o desempenho de novos postos administrativos³ (art. 137, *caput* e parágrafo único, Lei 8.112/1990), ou por resultado negativo que teria sido induzido na pesquisa de investigação social.

Em todo caso, na hipótese de admissão da investidura no segundo cargo, deve ser mantida a possibilidade de posterior julgamento condenatório no processo administrativo disciplinar originário, ainda pendente de conclusão, resultado que também implica a demissão e perda do primeiro posto público, em cujo exercício foi consumada ilegalidade na conduta funcional, além de permitir a perda do segundo cargo, anulando-se a nomeação, porque não houve o atendimento a um dos pressupostos legais para provimento: a aprovação na investigação social ou idoneidade moral para o preenchimento do posto, se previstos na lei reguladora do acesso na carreira (art. 5º, § 1º, c/c. art. 10, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, com a redação determinada pela Lei 9.527/1997), o que permite a revisão do ato administrativo de investidura no prazo de cinco anos, contados de sua prática, salvo em caso de má-fé, como na falsa declaração do servidor de que não respondia a processo administrativo disciplinar ou sindicância, ou se a malícia se manifesta de outra forma, quando não haverá incidência do prazo quinquenal para anulação da nomeação (art. 54, Lei Federal 9.784/1999).

Esse entendimento é o perfilhado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴:

Estando o servidor respondendo a processo administrativo disciplinar não há empeco legal à

³ Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública); Parágrafo único. Não poderá retornar ao Serviço Público Federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI (prática de crime contra a Administração Pública; improbidade administrativa; aplicação irregular de dinheiros públicos; lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; corrupção). Art. 117.

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

⁴ AMS – 200304010359401/RS, 4ª Turma, decisão de 1º/09/2004, DJU de 06/10/2004, p. 444, DJU de 06/10/2004, rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, unânime.

assunção em novo cargo, decorrente de nomeação em virtude de aprovação em concurso público. Todavia, a superveniente decisão do processo disciplinar, cominando a aplicação da penalidade de demissão do anterior cargo ocupado, não pode deixar de ser considerada, para fins de afirmação do seu direito líquido e certo à posse e exercício no novo cargo, em face do disposto no art. 137 da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre a incompatibilização do ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Por força do disposto no art. 462 do CPC, cabível tomar em consideração a decisão do processo administrativo disciplinar como causa modificativa do direito alegado. É de ser afastado qualquer argumento no sentido de que a demora na tramitação do processo judicial, com o decurso do prazo impeditivo de cinco anos, acaba por convalidar a nomeação do servidor ao pretendido cargo, de forma a que se possa reconhecer o seu direito à posse e exercício no mesmo. Não fosse pelo fato de que já caducou o prazo de validade do Concurso Público a que se submeteu o demandante, pelo fato de que não poderia a demora da prestação jurisdicional afastar as conseqüências decorrentes da incidência da lei ao caso, sob pena de, ao assim proceder-se, tornar letra morta o disposto no art. 137 da Lei n. 8.112/90, dispositivo voltado ao interesse público e à moralidade administrativa. O reivindicado direito do impetrante faleceu em razão da penalidade cominada na ação disciplinar, de modo que não há agora de prosperar a pretensão de posse e exercício no cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, em face do perecimento do direito à época.⁵ (sic).

Igual é o juízo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁶ ao admitir a demissão do servidor por fato cometido no exercício de outro cargo, após investidura em novo posto efetivo:

O fato de o servidor público assumir outro cargo público, no âmbito da Administração Pública Federal, não impede a instauração de processo administrativo, a fim de apurar falta cometida quando da investidura anterior, desde que não consumada a prescrição administrativa.

Vale transcrever breve trecho do voto do relator nesse acórdão:

Embora exonerado a pedido, com vistas a assumir cargo perante a Justiça do Trabalho, nada estava a impedir, uma vez não consumada

⁵ AMS – 200304010359401/RS, 4ª Turma, decisão de 1º/09/2004, DJU de 06/10/2004, p. 444, DJU de 06/10/2004, rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, unânime.

⁶ AC – 266181, Processo: 200105000370363/PE, 4ª Turma, decisão de 10/09/2002, DJ de 09/10/2002, p. 1.117, rel. Des. Federal Edilson Nobre, unânime.

a prescrição, que a Administração procedesse à apuração da falta aqui discutida. [...] A assunção de cargo público perante a Justiça do Trabalho não poderia representar cláusula de imunidade.

A matéria é enfrentada no mesmo diapasão pela doutrina de Eduardo Pinto Pessoa Sobrinho⁷, citando jurisprudência administrativa do antigo Dasp:

Posse em outro cargo de funcionário que responde a processo administrativo – Funcionário respondendo a processo administrativo foi nomeado, em virtude de concurso, para outro cargo, tomando posse do mesmo antes da conclusão do inquérito a que se achava submetido.

Discute-se sobre a legalidade da posse.

Nada impedia a posse do acusado em outro cargo.

Se o resultado do inquérito levar à punição do acusado este dela não se eximirá pelo fato de se achar em outro cargo.

O objetivo do Estatuto é o de evitar a impunidade do funcionário faltoso, o que não aconteceria na hipótese em exame.

Não seria justo que o funcionário acusado, respondendo a processo administrativo, se privasse do direito de exercer outro cargo para o qual foi nomeado por força de concurso a que se submeteu, em consequência do que se viesse a apurar. Mesmo porque estaria arriscado a ultrapassar os prazos de posse, perdendo direito a esta, com grande prejuízo, mormente se a penalidade que lhe fosse ser aplicada não importasse em demissão, ou se do inquérito resultasse sua inocência. – Parecer do DASP no Proc. 7.389/1960 (D.O. 03/09/1960).

O problema merece previsão até no Direito Comparado, como estipulado na Lei Portuguesa 58/2008, de 9 de setembro (Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas):

Artigo 4º

Sujeição ao poder disciplinar

[...]

4 - A cessação da relação jurídica de emprego público ou a alteração da situação jurídico-funcional não impedem a punição por infracções cometidas no exercício da função.

[...]

Artigo 38.

Alteração da situação jurídico-funcional do arguido

O trabalhador arguido em processo disciplinar, ainda que suspenso preventivamente, não está impedido de alterar, nos termos legais, a sua situação jurídico-funcional, designadamente candidatando-se a procedimentos concursais.

Evidencia-se que, no Direito Positivo lusitano, é admitida a hipótese de o servidor mudar de situação jurídico-funcional em virtude de candidatura e aprovação em procedimentos concursais (art. 38, Lei Portuguesa 58/2008), sem todavia gerar com isso óbice ao exercício do poder disciplinar administrativo por fato anteriormente praticado em outro posto (art. 4º, item 4, Lei Portuguesa 58/2008).

A questão se vincula aos consectários do *princípio da razoabilidade* (art. 2º, Lei Federal 9.784/1999, c/c Lei Distrital 2.834/2001), por cujo efeito seria demasiadamente adverso ao servidor público de carreira, enquanto ainda não foi julgado o processo administrativo disciplinar ou sindicância apenadora a que responde, impedir, por esse fato apenas, a posse em outro cargo⁸, após regular aprovação em concurso público, sem que sequer se saiba efetivamente da culpabilidade ou inocência do agente público, mas, paralelamente, em respeito ao postulado constitucional da *moralidade* (art. 37, *caput*, da Carta Magna de 1988), não se poderia tornar inócuo o poder disciplinar da Administração Pública pela via da exoneração a pedido, ainda que para fins de posse em outro cargo inacumulável.

É ao que conduz a interpretação teleológica do art. 172, da Lei 8.112/1990, ao vedar a exoneração do servidor que responde a processo administrativo disciplinar, regra que deve ser interpretada de forma razoável, com a possibilidade para o agente público acusado ser investido em outro cargo efetivo, mas sob o risco da eventual imposição de penalidade disciplinar, uma vez confirmado o cometimento e censurabilidade do fato ilícito anteriormente perpetrado, após ultimado o devido processo legal pela Administração Pública.

⁸ Alguns defendem que a solução jurídica mais pertinente, no caso de o funcionário, que responde a processo administrativo disciplinar, ser aprovado em concurso público e ser nomeado, na ordem de classificação dos aprovados no certame, em outro cargo na mesma Administração Pública, segundo orientação doutrinária defendida por José dos Santos Carvalho Filho, seria que o acusado pedisse licença para tratar de assuntos particulares. A jurisprudência tem sustentado, contudo, que essa linha de entendimento implicaria acumulação ilícita dos dois cargos, pois a licença para tratar de assuntos particulares não tem o condão de extinguir o vínculo funcional do servidor relativamente ao posto administrativo efetivo originário. (CARVALHO, *op. cit.*, p. 456).

⁷ PESSOA SOBRINHO, Eduardo Pinto. *Manual dos servidores do Estado*, p. 1.131-1.132.

O que parece repugnar ao direito seria, muito mais que o problema de o servidor sofrer presente punição funcional por fato cometido anteriormente no exercício de outro cargo, que a investidura em novel posto efetivo conferisse *imunidade e impunidade* ao funcionário por ilícitos anteriormente cometidos contra a *mesma Administração Pública* que o recrutou para outro cargo após segundo procedimento concursal.

Não poderia a via nobre do concurso público ser manejada, evidentemente, como forma de o infrator driblar e elidir o poder disciplinar da Administração Pública, até porque o vínculo jurídico-funcional do servidor com o Estado persiste, ainda que referentemente a outro cargo administrativo, modo por que o fato de o Poder Público ter agido com respeito às garantias constitucionais do funcionário acusado (observando o devido processo legal na apuração e punição de ilícito funcional cometido em primeiro cargo efetivo, com os respectivos efeitos de formalidades e tramitação processual responsáveis pela não-apenação imediata da transgressão) e de ter deferido, em nome do princípio da razoabilidade, a investidura em novo cargo após aprovação em certame concursal, não poderia ser manejado agora contra o Distrito Federal, impedindo o desforço sancionador estatal após evidenciada a falta no exercício funcional pretérito, visto que a mudança do *status* do agente público, sobremodo quando dentro da mesma carreira, não poderia constituir cláusula de imunidade disciplinar.

Essa ideia parece contemplada no texto da Lei 8.112/1990, por exemplo, quando admite a punição de servidor mesmo após exoneração, como sucede com a *conversão da medida exoneratória anterior em destituição do cargo em comissão*, no caso dos titulares de cargos em comissão (art. 135, parágrafo único), ou até mesmo com a consagrada figura da *cassação de aposentadoria*, em que o ex-servidor (que não mantém mais vínculo funcional com a Administração Pública)⁹

⁹ Isso porque a aposentação implica o rompimento do vínculo jurídico-funcional mantido pelo servidor com a Administração Pública e a decorrente vacância do antigo cargo público ocupado, fazendo com que nasça para o ex-funcionário um direito vitalício agora de natureza previdenciária relativamente ao Estado, por meio do qual passa a usufruir de prestações periódicas de proventos de aposentadoria enquanto viver. Em função da aposentadoria, o servidor público perde sua anterior situação jurídica de funcionário ativo da Administração Pública, deixando, por exemplo, de ostentar o *status* de agente público para fins de reconhecimento da prerrogativa de foro por exemplo, ainda que venha a responder depois da aposentação por fato ocorrido durante o exercício funcional, como aliás decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre a

em cujos quadros anteriormente ocupara cargo efetivo ora vacante, por ingressar na inatividade, apenas convolvando com o Estado relação jurídica de caráter prestacional previdenciária a partir da aposentação) sofre apenação disciplinar, a despeito de não mais ocupar cargo público no momento do exercício do poder punitivo estatal.

3 A questão do desconto dos vencimentos em caso de penalidade de multa

Em relação ao desconto sobre a remuneração, pontue-se que a suspensão é o afastamento compulsório do servidor do exercício de suas funções e com consequente não pagamento de remuneração no período de cumprimento da penalidade.

Se o servidor deixar de exercer as atribuições do segundo cargo durante 20 dias, em função do cumprimento da pena suspensória, a decorrência lógica é que não poderia haver o desconto na remuneração do novo cargo no valor dos vencimentos do primeiro cargo, mas sim do posto novo, pois, do contrário, em virtude da diferença vencimental eventual entre as remunerações dos cargos, o agente público punido receberia ainda parte residual dos vencimentos do novo posto mais bem remunerado durante o tempo de cumprimento da sanção de suspensão, o que equivaleria a dizer que, conquanto sem trabalhar, no prazo de imposição da penalidade disciplinar, mesmo assim o servidor auferiria parte de sua remuneração como titular do novel posto efetivo de maiores vencimentos, o que não pode ocorrer durante o tempo de vigência da punição funcional de suspensão, pois *a pena de suspensão determina, por tantos dias quantos*

matéria em reiterados acórdãos. Parece seguir esse entendimento Marçal Justen Filho ao pontuar: “A aposentadoria é ato administrativo unilateral que constitui a relação jurídica de inatividade, assegurando a percepção vitalícia de proventos em valor determinado, com cunho declaratório ou constitutivo da extinção do vínculo jurídico entre o Estado e o servidor.”

Outro efeito da aposentadoria é que o servidor inativo deixa de ocupar o cargo outrora titularizado na Administração Pública durante a atividade funcional, em virtude do que ocorre, *ipso facto*, com a aposentação, a *vacância* do posto administrativo anteriormente preenchido pelo funcionário aposentado. Em função da vacância do cargo público, que se desvincula da pessoa do servidor aposentado que anteriormente o ocupara, é possível à Administração Pública prover o posto vago por meio de promoção ou mesmo de nomeação, conforme o caso, para que outros servidores sejam investidos no cargo vazio e preencham aquele lugar na estrutura administrativa. Em outras situações, pode mesmo ocorrer a transformação, a declaração de desnecessidade ou até a extinção do cargo anteriormente ocupado pelo servidor aposentado.

os da sua duração, o não exercício de funções e a perda das remunerações correspondentes e da contagem do tempo de serviço para antiguidade (art. 11, item 2, Lei Portuguesa 58/2008 - Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas).

Destarte, se o servidor não exercerá, durante 20 dias, por exemplo, o novo cargo, não poderá receber, evidentemente, qualquer valor a título remuneratório correspondente ao período de cumprimento da pena suspensória, o que sucederia se fosse descontado apenas o montante proporcional dos vencimentos do primeiro cargo ocupado e no qual cometido o ilícito.

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que:

1) A posse em novo cargo público inacumulável, nos quadros da mesma Administração Pública, com a manutenção do vínculo jurídico-funcional, não confere imunidade ao servidor referentemente a fatos praticados anteriormente no exercício funcional de primeiro posto efetivo, na esteira da jurisprudência, da doutrina, da legislação brasileira vigente e até no direito comparado lusitano;

2) durante o prazo de cumprimento da pena de suspensão, o servidor perde, proporcionalmente, a remuneração do cargo presentemente ocupado, no caso do novo posto mais bem pago, pois, caso fosse descontado apenas o valor parcial da remuneração do primeiro posto do qual já exonerado, na prática, o agente público, no tempo em que cumpre sanção suspensória, receberia parte de seus vencimentos, o que não é admitido pela própria natureza jurídica dessa modalidade de punição, porquanto não há prestação de serviço no liame temporal de vigência da pena e, logo, não pode a Administração Pública pagar ao servidor punido qualquer importância nesse período.

Referências

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. 2 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 456-459.

PESSOA SOBRINHO, Eduardo Pinto. *Manual dos servidores do Estado*. 13 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, p. 1.131-1.132.

Da devolução das verbas previdenciárias recebidas a título de tutela antecipada posteriormente revogada

Henrique Jorge Dantas da Cruz*

Introdução

O instituto da antecipação da tutela surgiu como resposta do legislador aos reclamos da sociedade em receber uma tutela jurisdicional efetiva e célere. Assim, (a) diante de prova inequívoca, (b) que convença o julgador da verossimilhança das alegações do requerente, em conjunto com (c1) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – na hipótese de não fruição imediata do bem da vida perseguido –, ou (c2) abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, pode o juiz, a requerimento da parte, antecipar os efeitos da decisão final.

Entretanto, a experiência forense mostra que nossos julgadores, ao se preocuparem demasiadamente com a rápida solução do processo judicial ou – especificamente, no campo do Direito Previdenciário –, quando se revestem com o axioma da proteção ao segurado, vêm antecipando os efeitos da tutela, a despeito da evidente inexistência de futura geração de danos irreparáveis ou de difícil reparação ao requerente, se o bem da vida perseguido não for fruído imediatamente.

Tome-se como exemplo a majoração de benefício previdenciário (pensão por morte) por lei posterior a sua concessão, julgada ilegítima pelo STF (RE 415.454/SC), tendo em vista, dentre outros fundamentos, não haver a correspondente fonte de custeio. Milhares de processos repetiam a mesma situação jurídica. Após essa decisão, o STF deu provimento a 4.908 recursos extraordinários interpostos pelo INSS¹. Mas quantas outras demandas havia nos tribunais brasileiros? E o que é pior: na grande maioria, anteciparam-se os efeitos da tutela, apesar da manifesta ausência de *periculum in mora*².

Excluindo-se as razões pelas quais os efeitos da tutela são antecipados, as atenções deste escrito concentram-se no dever de devolução dos

valores recebidos quando o pedido (concessão/restabelecimento/revisão de benefício previdenciário) é julgado improcedente.

As linhas abaixo redigidas podem ser resumidas com a seguinte indagação: o segurado que recebeu valores, a título de antecipação dos efeitos da tutela, posteriormente, revogada em decorrência da improcedência do seu pedido, é obrigado a devolvê-los aos cofres previdenciários?

Desenvolvimento

O ponto de interesse diz respeito à execução dessa efêmera e provisória decisão interlocutória, que, segundo o art. 273, § 4º, do CPC, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Expressamente, o § 3º do art. 273 do CPC remete a efetivação da tutela antecipada ao regime da execução provisória, até então disciplinada no art. 588 do CPC, e agora, pelo art. 475-O do CPC (Lei 11.232/2005):

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a *reparar os danos que o executado haja sofrido*;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, *restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento*;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (destaquei)

O Min. Luiz Fux³, igualmente, já preconizou a antecipação dos efeitos de tutela condenatória – de prestações de qualquer natureza (dar, fazer, não fazer)

* Procurador Federal - Gerenciamento da Atuação Prioritária da PRF da 1ª Região.

¹ Informativo 455 do STF.

² Na revisão de renda dos benefícios previdenciários pretende-se um *plus*, isto é, o segurado já goza de prestação previdenciária.

³ FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p. 112.

–, constitutiva ou declaratória seguir as regras inerentes à execução provisória.

Saliente-se gravitar em torno da execução provisória a preocupação do legislador em assentar a responsabilidade daquele que a requereu, sendo ele obrigado, se houver mudança no título executivo temporário, a reparar os danos sofridos pelo executado, e restituí-lo ao estado anterior.

Esses cuidados foram reforçados na exigência de haver expresso requerimento do interessado para antecipar os efeitos da tutela (*caput* do art. 273 do CPC), com a finalidade de ele assumir os riscos da execução, estando ciente dos ônus e circunstâncias periféricas de uma decisão que, alfm, pode não ser confirmada.

Outra clara demonstração de que os benefícios hauridos de tutela antecipada não são de propriedade do seu requerente até sua confirmação com o trânsito em julgado da decisão judicial final é a necessidade de reversibilidade dos seus efeitos (art. 273, § 2º, do CPC), ou seja, não se antecipará a tutela, quando os efeitos produzidos pela decisão operarem no mundo empírico situações que não possam retornar ao *status quo ante*.

Na hipótese de a decisão gerar efeitos irreversíveis, não há antecipação da tutela final. Caminham unidos nesta senda o STF e o STJ:

7. Vedação, de qualquer modo, da antecipação de tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (C.Pr.Civ., art. 273, § 2º), que é óbvio, no caso, na perspectiva do requerido, sob a qual deve ser examinado. (STF - Pet 2702/RJ – Tribunal Pleno – Min. Sepúlveda Pertence – DJ: 19/09/2003)

PROCESSUAL CIVIL – TUTELA ANTECIPADA – IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL – INADMISSIBILIDADE. É inadmissível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. [...] Recurso especial provido. (REsp 253.246/SP, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 20/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 278.)

Abrem-se parênteses para admitir decisão provisória irreversível apenas em casos excepcionalíssimos (exceção, e não regra), devido ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade constitui o regramento dos limites da intervenção estatal, seja quando possa atingir direitos fundamentais, em sede de controle de constitucionalidade, no campo interpretativo de uma norma, ou, ainda, no confronto entre princípios de mesmo valor.

Haverá hipóteses em que a antecipação afigure-se imprescindível para salvaguardar o direito em

jogo, e o fato de os efeitos desse *decisum* não serem reversíveis não basta para impedir o deferimento dessa medida. É preciso percorrer um juízo de ponderação calcado em três máximas: a) adequação – se a medida a ser tomada tem o condão de atingir o fim colimado (relação meio/fim); b) necessidade – se inexistente meio de igual eficácia menos gravoso; c) proporcionalidade em sentido estrito – se há grau eficiente de superposição do que se pretende em contraposição à desvantagem há ser gerada (relação de custo/benefício). Em singelas palavras: todos os males e benefícios originados de uma decisão judicial devem ser postos em uma balança e confrontar seus respectivos pesos.

Um exemplo que a doutrina traz é o caso da necessidade urgente de submeter pessoa menor à transfusão de sangue para salvar-lhe a vida, mas um dos pais opõe-se ao ato, por motivações religiosas, e, por isso, faz-se necessário o juiz suprir a autorização⁴. Nessa situação, tem-se que qualquer decisão gerará efeitos irreversíveis: concedido o provimento antecipatório, não há como retirar o sangue transfundido para satisfazer a convicção religiosa daquele genitor; indeferido o pleito em análise, a criança morre, e não mais carecerá da futura transfusão sanguínea.

O Superior Tribunal de Justiça pensa desta forma:

Antecipação de tutela - Artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil. O perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, salvo hipóteses especialíssimas, é óbice à sua concessão. (REsp 242816/PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04/05/2000, DJ 05/02/2001, p. 103.)

Fechados os parênteses, adentra-se na responsabilidade do beneficiário da antecipação dos efeitos da tutela, no que concerne aos valores pecuniários consumidos.

Segundo doutrina de escol, a principal consequência da aplicação desse regramento é a *responsabilidade civil objetiva*⁵ do beneficiário da

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Antecipação da Tutela*. Revista de Processo 114, p. 106.

⁵ Já admitiam a responsabilidade objetiva do beneficiário da antecipação, antes mesmo desta reforma legislativa: BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 392. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Alterações no Código de Processo Civil: Tutela antecipada, perícia". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 244. DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 650.

medida antecipatória, que restou, ao final, vencido na causa: deverá ele indenizar a parte *ex adversa* pelos prejuízos que sofreu com a efetivação da mencionada medida, independentemente, da existência de culpa.

O Min. Teori Albino Zavascki tem opinião peculiar: a) se a antecipação for assecuratória, a *responsabilidade* será *objetiva* – pois não há necessariamente ilicitude, e há repercussão essencialmente na esfera de direitos dos particulares; b) já se a antecipação for punitiva, a *responsabilidade* será *subjéctiva* – em decorrência de haver ilícito que prejudica interesses dos particulares e a própria jurisdição⁶. A antecipação de tutela com vistas à concessão/restabelecimento/revisão de benefício previdenciário enquadra-se clara e evidentemente na primeira hipótese acima descrita, uma vez que inexistente ilicitude na negação/cessação de uma prestação previdenciária, e a razão maior desse provimento antecipatório é cobrir alegada necessidade de percepção dos respectivos valores.

De mais a mais, há expressa previsão legislativa (art. 115, II, da Lei 8.213/1991) no sentido da possibilidade de se descontar da renda previdenciária “pagamento de benefício além do devido”.

Não fossem esses argumentos, o próprio Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão.

A redação original do art. 130, parágrafo único, da Lei 8.213/1991 previa a não restituição dos valores recebidos em virtude de decisão provisória:

Art. 130. Os recursos interpostos pela Previdência Social em processo que envolvam prestações desta lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

Parágrafo único. Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.

Ajuizada a ADI 675, foi deferida a suspensão dessa norma. Os alicerces da tese vencedora foram trazidos pelo Min. Moreira Alves. Sua Excelência verberou o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB) não se compadecer com preservação de lesão ao patrimônio público. Assentou ainda a cláusula de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) importar prestação jurisdicional completa, de modo que a decisão definitiva, que reconhecer lesão a direito, não está

impedida de alcançar os efeitos pretéritos a ela, não tendo qualquer relevância o fato de haver uma decisão intermediária – que, por isso mesmo, não esgota a prestação jurisdicional – em sentido contrário. Por fim, expungiu a alegação de qualificar as verbas indevida e provisoriamente recebidas como alimentos:

Nem se alegue que alimentos não podem ser repetidos, tendo em vista sua própria natureza, porquanto, se a decisão final – que é a que traduz a apreciação pelo Poder Judiciário da ameaça ou a lesão a direito – considera não devidos os alimentos, o que foi pago por força de decisão intermediária reformada não consubstancia direito a alimentos, o que implica dizer que alimentos não devidos a alguém não são, com referência a essa pessoa, alimentos.

Mais recentemente, no MS 26.085/DF⁷, aquele mesmo Tribunal Pleno manifestou-se sobre o dever de devolução de valores recebidos por meio de decisão judicial (decisão interlocutória), posteriormente, revogada.

Naquele *writ*, o impetrante buscava concessão de ordem contra ato do Tribunal de Contas da União, que cassara sua aposentadoria, e determinou a devolução de todos os valores por ele recebidos. O pedido liminar foi deferido para manter a aposentadoria, e suspender a devolução dos valores. Quando do julgamento de mérito, a rel. Min. Cármen Lúcia, concedeu parcialmente a ordem de segurança, “para garantir ao impetrante apenas o direito a não ter de devolver os valores que lhe foram indevidamente pagos até a data do acórdão do Tribunal de Contas da União [...]”, já que, a partir daí, o impetrante teve conhecimento de expressa manifestação administrativa contrária aos seus interesses, podendo essa conclusão prevalecer na decisão final do processo judicial, cujo objeto era exatamente a hipotética ilegitimidade jurídica da referida manifestação. Noutras palavras, as verbas recebidas até a decisão do TCU são irrepetíveis, por força, inclusive, de seu próprio entendimento cristalizado na Súmula 249⁸. Contudo, a manutenção em poder do impetrante daquelas recebidas em

⁷MS 26.085, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2008, DJe: 12/06/2008.

⁸Súmula 249 do TCU: “É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.”

⁶ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 90.

decorrência da decisão liminar deferida pela ministra relatora malferem a ordem jurídica.

Acompanhando a Min. Cármen Lúcia (voto-vencedor), a Min. Ellen Gracie pontificou decisões liminares serem de natureza precária, razão pela qual os valores recebidos com suporte nelas devem ser devolvidos. O Min. Marco Aurélio seguiu essa linha: “A liminar é algo precário e efêmero, e o risco da reversão do quadro corre à conta daquele que pleiteia, daquele que vem a juízo buscá-la, porque latente a possibilidade de a conclusão final do processo ser contrária aos respectivos interesses”.

Por fim, não se olvide os prejuízos sofridos pelos cofres previdenciários em razão do entendimento da irrepetibilidade das quantias recebidas com base em tutela antecipada, posteriormente, revogada. Nos memoriais apresentados pela Advocacia-Geral da União no RE 604367/PR, consta, no ano de 2008, o INSS ter pagado indevidamente R\$ 277.153.475,95 a título de *benefícios provisórios*⁹. Em 2009, somente até outubro, este valor atingiu o patamar superior a duzentos milhões de reais (R\$230.852.765,27).

⁹Benefícios previdenciários concedidos/restabelecidos por meio de tutela antecipada, que, posteriormente, voltaram a ser cessados, tendo vista a improcedência do pedido deduzido em ação judicial.

Conclusão

Em momento algum, pretende-se a impensável missão de engessar o Poder Judiciário, no sentido de advogar a tese da impossibilidade de antecipar os efeitos da tutela. A proposta acima lançada possui o condão de elastecer a reflexão sobre as consequências geradas, quando se antecipa a execução de decisões judiciais sem o critério e cuidados normais encontrados nos juízes brasileiros.

Além disso, o reconhecimento amplo pelo Poder Judiciário do dever de repetição dos valores, antes de uma efetiva devolução, reduzirá a irresponsável ânsia dos litigantes em logo receber essas quantias, bem como tornará mais criteriosas as postulações antecipatórias apresentadas ao Judiciário.

Por todas essas razões, os valores previdenciários recebidos a título de tutela antecipada, a qual, alfim, foi revogada em decorrência da improcedência do pedido, devem ser repostos ao erário, em virtude de (I) reversibilidade dos seus efeitos, (II) sua execução caracterizar-se como provisória, (III) haver previsão legislativa expressa de devolução dessas verbas, (IV) o devido processo legal não se compadecer com preservação de lesão ao patrimônio público, (V) a prestação jurisdicional ser completa, de modo a decisão definitiva alcançar os efeitos de uma intermediária, e (VI) não se configurar alimentos as quantias recebidas, quando a decisão subjacente à percepção é reformada.

Extinção da punibilidade do delito de apropriação indébita previdenciária

Emerson de Aguiar Souza*

Sumário

Introdução; 2 Considerações contextuais; 3 Desenvolvimento da linha de intelecção; Conclusão, Referências.

Introdução

A atual redação do art. 168-A do Código Penal brasileiro, trazida à baila pela Lei 9.983, de 14 de julho de 2000, foi estatuída com o claro escopo de coagir as empresas a efetuarem o correto recolhimento de suas contribuições previdenciárias.

Sem olvidar a patente independência entre os mais diversos ramos da ciência e da própria positivação do Direito pátrio, há que se sobrelevar a importância da conduta do legislador ao incorrer na tipificação cada vez mais abrangente de ilícitos tributários, e isto mormente em face do alto grau de lesividade em determinados comportamentos encetados por cidadãos/contribuintes, os quais culminam por acarretarem vultoso dano para os interesses do erário público como um todo, em especial, para o déficit previdenciário que se avoluma com o perpassar do tempo.

Entretanto, afigura-se imperiosa, em momento anterior a quaisquer outras análises em derredor desta matéria, que se efetue a transcrição da norma incriminadora ora sob comento:

Art.168-A. Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas

contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§2º É extinta e punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§3º É Facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida denúncia, o pagamento da contribuição sócia previdenciária, inclusive acessórios;ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

2 Considerações contextuais

Num primeiro diapasão, comporta destacar que, para fins da caracterização do delito em tela (Art.168-A,CPB), propriamente dito, não se afigura suficiente, simplesmente, a mera ausência do repasse. Registre-se, nesse interregno, que a apontada mera ausência de recolhimento de tributo, consoante já sedimentado no corpo da jurisprudência federal mais abalizada, não configura delito de natureza tributária capaz de render ensejo ao *jus puniendi* estatal. Efetivamente, há que se sopesar, em cada hipótese concreta, a concorrência do dolo específico do agente, qual seja, de deixar deliberadamente de repassar os montantes correspondentes às contribuições previdenciárias, de forma a exbordar em dois consectários bem distintos, quais sejam, enriquecimento ilícito de sua parte e prejuízo para a esfera de interesses financeiros e patrimoniais da Previdência Social.

Feitas tais matizes de considerações, impõe-se consignar que assunto jungido à matéria ora sob comento, apto a gerar determinada densidade de celeuma jurídica, corresponde às hipóteses em que,

* Servidor da Subseção Judiciária de Itabuna – SJBA/TRF1. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.

não obstante verificada a incorrência do agente na prática delituosa ora em apreço, ainda assim militará em seu favor alguma das hipóteses de extinção da punibilidade inerentes à espécie criminal entelada.

O Código Penal estabelece causa especial de extinção da punibilidade para os crimes previstos no art. 168-A e seu §1º, qual seja,

[...] é extinta e punibilidade se o agente espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

3 Desenvolvimento da linha de inteligência

Entretanto, no ordenamento jurídico processual atualmente em vigor, mormente em face do teor da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, para a suspensão da pretensão punitiva estatal no período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estiver incluída no regime de parcelamento de débito, durante o qual não tem curso a prescrição.

Aqui, nesse ponto, cumpre a este signatário modestamente posicionar-se segundo a inteligência dos festejados doutrinadores Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, os quais prelecionam no moldes que se seguem: “O pagamento integral do débito extingue a punibilidade, não se exigindo que seja efetuado antes da ação fiscal ou da ação penal”

Nesse justo interregno, cabe uma digressão relevante e oportuna.

A exegese conferida ao tema jungido à extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito direciona no sentido de outorgar uma interpretação substancialmente mais extensiva a militar em prol dos interesses dos agentes responsáveis pela prática da figura típica do art. 168-A do CPB.

Esclarece-se.

Efetivamente, respeitados eventuais posicionamentos contrários, a jurisprudência e a doutrina atuais mais abalizadas, merecendo destaque as mais consolidadas decisões proferidas no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça e do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região corroboram fielmente a inteligência segundo a qual o pagamento integral do débito acarreta suspensão da exigibilidade, ainda na hipótese de ser efetuado após o oferecimento da denúncia.

Consiste, em realidade, dentro dessa linha de entendimento, em honrosa homenagem a corolários

basilares do sistema jurídico-constitucional em vigor, consagrados na Carta Magna, tais como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse passo, tenho por bem em trazer à lume excertos de recentes julgados cujas relatorias foram auferidas ao Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Arnaldo Esteves Lima, bem como ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Dr. Mário César Ribeiro, eis que prelecionam assazmente acerca do assunto ora sob comento, *ipsis litteris*

Penal. Apelação Criminal. Apropriação Indébita Previdenciária. Art.168-A do Cp. Pagamento Integral do Débito. Artigo 9º, § 2º, da Lei N. 10.684/2003. Extinção da Punibilidade.

1. O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal, por força do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei 10.684/2003, de eficácia retroativa por ser mais favorável ao réu. Precedentes do STJ e do STF.
2. Apelação provida para declarar extinta a punibilidade dos réus.

ACR 0036858-11.2004.4.01.3400/DF; Relator: Des. Federal Mário César Ribeiro. Quarta Turma. Publicação: 12/05/2010 e-DJF1, p. 73.

Penal e Processo Penal. Habeas Corpus. Apropriação Indébita Previdenciária e Sonegação Previdenciária. Pagamento Integral do Débito. Efeitos Penais Regidos Pelo Art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. Extinção da Punibilidade. Inépcia da Denúncia. Pacientes Gestores e Administradores da Empresa. Ordem Parcialmente Concedida.

1. Com a edição da Lei 10.684/2003, deu-se nova disciplina aos efeitos penais do pagamento do tributo, nos casos dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e 168-A e 337-A do Código Penal. 2. Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuições sociais, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade, nos termos do 9º, § 2º, da Lei 10.684/03. 3. Não se pode ter por inépta a denúncia que descreve fatos penalmente típicos e aponta, mesmo que de forma geral, as condutas dos pacientes, o resultado, a subsunção, o nexo causal (teorias causalista e finalista) e o nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa, máxime se tratando de crime societário onde a jurisprudência tem abrandado a exigência de uma descrição pormenorizada das condutas. 4. Ordem parcialmente concedida para determinar o trancimento da ação penal, exclusivamente, em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária.

HC 200701353470; rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. STJ. Quinta Turma. Fonte *DJe*. Data: 03/11/2009.

Conclusão

Concluindo, é de se ter por indúvidoso que a iniciativa legislativa de tipificar criminalmente a conduta correspondente à apropriação indébita especificamente previdenciária rende espaço à ilação de que o bem jurídico tutelado, qual seja, a incolumidade da esfera de interesses financeiros e patrimoniais da Previdência Social, está a desfiar, cada vez mais, condutas legiferantes a serem, efetivamente, encetadas pelos legisladores infraconstitucionais, dada a relevância da ordem previdenciária para toda a coletividade, uma vez patente a influência da conjuntura do sistema previdenciário a repercutir, de forma determinante, inclusive, nos dados estatísticos da macro-economia nacional.

Ao final, de outro diapasão, diametralmente diverso, afigura-se absolutamente oportuna e adequada a exegese que vem sendo outorgada pelos pretórios federais à amplitude da hipótese de extinção da punibilidade em caso de pagamento integral do débito, como forma de pautar-se o ordenamento

segundo a linha de princípios e preceitos por si firmados, tais como o da razoabilidade e proporcionalidade, de forma derradeira, portanto, a não exbordar a postura inibitória estatal em ocasião para manejo desnecessário da máquina judiciária, especificamente nas situações em que o agente, espontaneamente, houver por bem em efetuar o pagamento de todas as contribuições, importâncias e valores devidos à previdência social, ainda que em momento posterior ao oferecimento da denúncia.

De tais vértices, emerge cristalino o louvável encetamento de diligências jurídico-processuais concebidas de forma racional e harmônica, de molde a propiciar um combate eficaz e, ao mesmo tempo, sem olvidar parâmetros de sensatez, no que se refere à prática delituosa ora em apreço.

Referências

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. Niterói: Editora Impetus, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011.

Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 13/10/2011.

Lei 12.507, de 11 de outubro de 2011.*

Altera o art. 28 da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, para incluir no Programa de Inclusão Digital *tablet PC* produzido no País conforme processo produtivo básico estabelecido pelo Poder Executivo; altera as Leis 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.482, de 31 de maio de 2007, 11.508, de 20 de julho de 2007, e 8.212, de 24 de julho de 1991; e revoga dispositivo da Medida Provisória 540, de 2 de agosto de 2011.

*Conversão da Medida Provisória 534, de 2011.

Publicado no *DOU* de 13/10/2011.

Decreto 7.570, de 26 de setembro de 2011.

Altera o Decreto 5.060, de 30 de abril de 2004, que reduz as alíquotas da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível - CIDE.

Publicado no *DOU* de 27/09/2011.

Decreto 7.573, de 29 de setembro de 2011.

Altera o limite de que trata o § 7º do art. 64 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, para fins de arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo da obrigação tributária.

Publicado no *DOU* de 30/09/2011.

Decreto 7.574, de 29 de setembro de 2011.

Regulamenta o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Publicado no *DOU* de 30/09/2011.

Decreto 7.581, de 11 de outubro de 2011.

Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011.

Publicado no *DOU* de 13/10/2011.

Corte Especial

Petição Criminal 0017754-04.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Requerente: Jorgina de Oliveira Carneiro e Silva Rosa
Advogado: Dr. Jonas Modesto da Cruz
Requerido: Edimar Carmo da Silva
Advogados: Dr. Marcelo Antônio Rodrigues Viegas e outros
Publicação: e-DJF1 de 06/10/2011, p. 15

Ementa

Penal e Processo Penal. Queixa-crime. Ministério Público Federal. Pronunciamento contrário à decisão judicial de decreto prisional. Ofensa à honra (calúnia) do magistrado não caracterizada. Inexistência de fato típico. Ausência de animus diffamandi vel caluniandi.

I – Para caracterização do crime de calúnia, além do fato imputado ao suposto ofensor ser qualificado como crime e que a imputação seja falsa, impõe-se a presença do dolo específico – *animus caluniandi*.

II – No caso concreto, no pronunciamento ministerial em que se ampara a queixa-crime, inexistem os elementos subjetivos dos crimes de prevaricação e abuso de autoridade, que teriam sido falsamente imputados à querelante.

III – Não restando configuradas a tipicidade e a ocorrência de *animus caluniandi* na manifestação levada a efeito pelo querelado, não se materializa o crime de calúnia, à míngua do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade inequívoca de ofender.

IV – Queixa-crime rejeitada.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, rejeitar a queixa-crime.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 29/09/2011.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de queixa-crime veiculada por Jorgina de Oliveira Carneiro e Silva Rosa, brasileira, casada, Juíza Titular da 2ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária da Cidade do Gama/DF, por intermédio de advogado regularmente constituído, contra Edimar Carmo da Silva, membro do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, oficiando junto ao referido juízo, em virtude da suposta prática do crime de calúnia, prevista no art. 138, c/c o art. 141, II, do Código Penal.

Em sua peça vestibular, noticia a querelante, em resumo, que, examinando a representação pela prisão preventiva e busca e apreensão formulada pela autoridade policial da Delegacia de Polícia de Repressão a Roubos e Furtos de Veículos (DRFV), onde se postulava a prisão preventiva e a busca e apreensão na residên-

cia de vários investigados, ordenou, preliminarmente, a oitiva do douto Ministério Público, ocasião em que o querelado manifestou-se contrário à decretação das aludidas medidas. Em que pese o pronunciamento contrário do *Parquet*, a querelante, na qualidade de juíza de Direito da 2ª Vara Criminal, deferiu o pedido formulado na representação da autoridade policial, decretando a prisão dos representados, bem assim a busca e apreensão requeridas, sobrevivendo o pedido de liberdade provisória, formulado por Danilo Pinheiro Pereira, em cujos autos, instado a se pronunciar, o querelado emitiu parecer onde teria ofendido a honra da querelante, na medida em que lhe teria imputado, falsamente, a prática de condutas definidas como crimes, “ao afirmar que o decreto de prisão firmado pela Querelante seria inoficioso e resultante de convicções subjetivas”, o que caracterizaria suposto abuso de autoridade,

tipificado no art. 4º, alínea *a*, da Lei 4.898/1965, e “*ao se mostrar convicto de que o preso já se encontraria ‘previamente condenado, subjetivamente’, pela querelante*”, que constituiria o crime de prevaricação, definido no art. 319 do CPB. Postula, pois, a condenação do querelado como incurso nas penas do art. 138 c/c art. 141, II, ambos do Código Penal (fls. 2–8).

Por intermédio da petição de fls. 23–24, aditou-se a peça de ingresso, noticiando a querelante que o querelado impetrara *habeas corpus*, em favor dos investigados, tendo o colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios denegado a ordem buscada, circunstância essa “que confirma as assertivas da queixa-crime acerca do caráter *fundamentado* da decisão” por ela proferida.

Regularmente notificado, sustenta o querelado, em síntese, que a querelante teria destacado, apenas, parte do pronunciamento tido como ofensivo, mas que, analisado o contexto em que foram lançadas as razões em que se ampara, não se vislumbra qualquer imputação à suplicante de prática criminosa, limitando-se a sua manifestação a discordar dos fundamentos da decisão por ela proferida, sem que isso represente qualquer ofensa à sua pessoa. No que tange à suposta imputação do crime de abuso de autoridade, sustenta que, do parecer em referência, não emerge qualquer alegação de tal crime, e que apenas disse que o decreto de prisão preventiva era oficioso, porque prolatado contra manifestação do Ministério Público, destacando que, da simples leitura dos trechos da sua manifestação, constata-se que a expressão *oficiosamente* estaria inserida dentro do contexto da sua linha de argumentação. Acrescenta, ainda, que também não restou caracterizado o crime de prevaricação, à míngua de qualquer indicação, na petição inicial, qual seria o interesse ou sentimento pessoal do agente em praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei. Conclui, asseverando que, na espécie, não teria sido demonstrado o suposto *animus caluniandi*, mas apenas o *animus narrandi*, do que resulta a inexistência de qualquer calúnia, na linha do entendimento jurisprudencial de nossos tribunais, em casos que tais.

A douta Procuradoria Regional da República pugnou pela rejeição da queixa-crime, por ausência de justa causa para o seu exercício, à míngua de caracterização da prática do crime de calúnia, na espécie.

Os presentes autos foram distribuídos, perante a colenda Corte Especial deste egrégio Tribunal, em 1º de abril de 2011, sob a relatoria do eminente Des.Federal

Leomar Barros Amorim de Sousa (fls. 22), vindo-me conclusos, por substituição, em 31/08/2011, em virtude do afastamento temporário de Sua Excelência, por motivo de licença para tratamento da própria saúde.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Como visto, a presente queixa-crime, ampara-se no argumento de que o querelado teria praticado o crime previsto no art. 138 c/c o art. 41, II, do Código Penal, sob o fundamento de que o querelado, na condição de representante do Ministério Público do Distrito Federal, teria imputado, falsamente, à querelante, no exercício de suas funções de magistrada, a prática de conduta que caracterizaria os crimes de abuso de autoridade e de prevaricação.

O pronunciamento lançado pelo querelado, no bojo do Pedido de Liberdade Provisória 2011.04.1.002406-9, formulado por Danilo Pinheiro Pereira, apontado pela querelante como caracterizadora do crime previsto no art. 138 do Código Penal, restou redigido, nestes termos:

[...]

1. Danilo Pinheiro Pereira, tal como outros, foi preso preventivamente suspensivo de participação em “organização criminosa”. No presente momento requer revogação da prisão antes decretada ou concessão de liberdade em vista de não mais estarem presentes os requisitos que a fundamentaram. Dentre outros, invoca ser primário, ter família, possui endereço certo e trabalhar como chaveiro. Invoca direito subjetivo de liberdade, além da desnecessidade da medida extrema.

2. Os argumentos lançados pelo requerente, em fls. 02-04, por cento, não serão suficientes para convencimento desse juízo, eis que a prisão ocorreu de modo oficioso e as convicções subjetivas desse juízo, certamente, já o tem como condenado, modo que não farão convencer do contrário. Mas não é só.

3. Tal como dito em relação a outros presos, frise-se que, embora não invocado pelo requerente, consigne-se, tal como feito nos pedidos de revogação de prisão feitos por Máisa dos Santos marcos José Viana Lobo e Simonite Luiz da Silva, o ponto nodal que poderia embasar o presente pleito é que a decisão determinante da prisão afronta as normas constitucionais e aos princípios por ela adotados em sede de persecução penal.

*Participaram do julgamento os Exmos Srs. Des. Federais Selene Almeida, Fagundes de Deus, Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca, Néviton Guedes, Jirair Aram Meguerian, José Amílcar Machado e Daniel Paes Ribeiro.

3.1. Por certo, a prisão foi decretada oficiosamente pela autoridade judiciária que, prescindindo do seu relevante papel de garante dos direitos fundamentais, postou-se como destinatária das informações colhidas na apuração criminal e se sobrepôs ao órgão da acusação. Assim se compreende porque decretou a prisão do ora requerente sem pedido do órgão da acusação que, analisando toda a apuração, considerou desnecessária a prisão no presente momento.

3.2. A prisão de qualquer pessoa, na estrutura acusatória de persecução penal, não dispensa duas chaves: a da acusação e a da autoridade judiciária competente. Prescindiu-se da primeira chave, fez-se derrocada das normas constitucionais e preponderar um regime de natureza inquisitória.

3.3. Contudo, nesse particular este MPDFT estão adotando providências a reparar essa lamentável postura.

4. No mais, como dito pelo requerente, cabe ponderar que o requerente sequer foi acusado de qualquer crime, nem se sabendo se o será.

5. Todas essas constatações estão afinadas ao regime previsto em sede constitucional que dita a liberdade como regra, a prisão como exceção.

6. Ante o exposto, o Ministério Público adere, apenas em parte, ao pedido de fls. 02-04 e, convicto de que esteja ele já previamente condenado, subjetivamente, pelo órgão que decretou, oficiosamente, a prisão que busca revogar, firma posição de estar o referido ato maculado pela eivada máxima da ilegitimidade" (fls. 19/20).

Registro, inicialmente, que o parecer em referência foi lançado em 11 de março de 2011, tendo a presente queixa-crime sido ajuizada no dia 29 subsequente (fl. 2), encontrando-se, pois, dentro do prazo decadencial legalmente previsto para essa finalidade.

No mais, em que pesem os fundamentos deduzidos pela querelante em sua peça preambular, não vejo presentes, na conduta do representante do Ministério Público que subscreve o referido pronunciamento, ora querelado, os elementos tipificadores do crime previsto no art. 138 do Código Penal.

Com efeito, a suposta prática do referido ilícito penal teria origem em afirmações lançadas no parecer ministerial acima transcrito, no sentido de que, *"ao afirmar que o decreto de prisão firmado pela querelante seria inoficioso e resultante de convicções subjetivas"*, e, *"ao se mostrar convicto de que o preso já se encontraria 'previamente condenado, subjetivamente', pela querelante"*, o querelado estaria a imputar, falsamente, à querelada, os crimes de abuso de autoridade (tipificado no art. 4º, alínea a, da Lei 4.898/1965) e de prevaricação (Código Penal, art. 319).

Acerca do tema, a douta Procuradoria Regional da República, com inegável acerto, assim se manifestou:

[...]

Cumpra observar que embora o Querelado tenha exarado parecer com severa crítica à decisão que decretou a prisão preventiva de Danilo Pereira, não logrou demonstrar que o decreto de prisão preventiva estava eivado de ilegalidade, ou que não atendia aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A irresignação do Querelado quanto ao fato da Querelante ter decretado a prisão preventiva de investigado, atendendo a representação da autoridade policial, mesmo com parecer contrário do *Parquet*, não tem razão de ser, pois o art. 311 do CPP autoriza que o Juiz, de ofício, decrete a prisão preventiva.

Dessa sorte, foi deselegante, para dizer o mínimo, o parecer do Querelado, que teve o decreto de prisão preventiva como *"oficioso"*, e de *"convicções subjetivas"*. De igual modo, revela-se injusta a pecha de que o decreto já tem o requerente como *"condenado"* pelo juízo, como se tivesse havido um prejulgamento pelo simples fato da Querelante ter decretado a prisão preventiva do requerente, atendendo a representação da autoridade policial.

Nada obstante isso, fato é que, do parecer não se pode extrair, que o Querelado tenha imputado à Querelante a prática de prevaricação ou de abuso de autoridade, pois embora o parecer tenha sido incisivo e se utilizado de expressões fortes, em momento algum, sequer implicitamente, deixou transparecer que a Querelante tenha praticado qualquer crime.

No que tange à pretensa imputação do crime de prevaricação, efetivamente, para sua caracterização, seria necessário que o parecer do Querelado tivesse imputado à Querelante a prática de ato de ofício (decreto de prisão preventiva), para atender a interesse ou sentimento pessoal contra expressa disposição de lei, e tal não emerge do parecer.

O contexto da manifestação do Querelado nos autos, deixa claro que seu inconformismo é pelo fato da prisão ter sido decretada contrariamente ao entendimento do titular da ação penal, o que embora seja um equívoco, não autoriza a conclusão de que se trata da imputação de prevaricação, vez que não se diz que a decisão fustigada foi praticada contra expressa disposição de lei.

Diante de tal quadro, não há como se sustentar a prática do crime de calúnia, que exige o *animus caluniandi*, o que não emerge das provas dos autos, e sem o dolo específico exigido pelo tipo penal do art. 138 do Código Penal, não caracteriza o crime ali previsto, conforme mansa e pacífica jurisprudência.

No caso em voga, nos parece que houve apenas *animus narrandi*, o que afasta o dolo, embora

o Querelado tenha sido veemente, não chegou ao ponto da prática de calúnia.

Tais as circunstâncias, há que se aplicar o inciso III, do art. 395 do Código de Processo Penal, vez que ausente a justa causa para o exercício da Queixa.

Posto isto, opina a Procuradoria Regional da República que a Queixa seja rejeitada, com fundamento no inciso III, do art. 395 do Código de Processo Penal (fls. 67/69).

Com efeito, o crime de prevaricação encontra-se capitulado no art. 319, *caput*, do Código Penal, e consiste em “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” – grifei. No caso, concreto, embora o querelado tenha discordado do decreto de prisão preventiva do investigado, amparou-se no argumento de que teria sido violado o regime constitucional posto em nossa Carta Magna, segundo o qual a liberdade é a regra e a sua privação a exceção. Em sendo assim, ainda que se pudesse concluir que tal linha de argumentação estaria a sustentar que o decreto prisional teria sido lançado contra expressa disposição de lei, não apontou o querelado que assim teria agido a querelante para satisfação de interesse ou sentimento pessoal, circunstância essa indispensável à caracterização do aludido ilícito, como elemento subjetivo do tipo penal em referência, essencial à tipificação em tela, conforme entendimento jurisprudencial já sedimentado em nossos tribunais, *in verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. EXCEÇÃO DE VERDADE. CRIME DE PREVARICAÇÃO.

[...]

6. A doutrina nos revela que no crime de prevaricação “o dolo é a vontade de retardar, omitir ou praticar ilegitimamente o ato de ofício, mas se exige o elemento subjetivo do tipo que é o intuito de satisfazer o interesse ou sentimento pessoal. O interesse pode ser patrimonial, material ou moral. O sentimento, estado afetivo ou emocional, pode derivar de uma paixão ou emoção (amor, ódio, piedade, avareza, cupidez, despeito, desejo de vingança etc.). O crime caracteriza-se ainda que se trate de sentimento social, moral ou nobre, embora tais motivações possam influir na fixação da pena.” (Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, 5ª ed., S.Paulo, Atlas, 2005, p. 2.373)

7. O suposto *erro in iudicando* do magistrado, por si só, não é capaz de configurar o crime de prevaricação, notadamente se não demonstrado de forma inequívoca o dolo específico de “satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, sem a qual a conduta torna-se atípica. Precedentes: (HC. 30792/PI, rel. Min. Paulo Medina, DJ: 15/12/2003; REsp.

293621/MA, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ: 18/03/2002; RHC 9.865/MS, rel. Min. Félix Fischer, DJ de 11/06/2001; HC 80.788/MA, rel. o Min. Sidney Sanches, DJ de 07/03/2003/STF).

[...]

10. Exceção da Verdade improvida.

(ExVerd 50/SP, rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 21/03/2007, DJ 21/05/2007, p. 528.)

PENAL E PROCESSO PENAL. PREVARICAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO.

DENÚNCIA. INÉPCIA.

1. No crime de prevaricação (art. 319 do CP) é inepta a denúncia que não especifica qual o interesse ou sentimento pessoal que o acusado pretendia satisfazer com sua conduta. Precedentes.

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp 293621/MA, rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 18/03/2002, p. 308)

Na hipótese em comento, o querelado não afirmou, em sua manifestação lançada nos autos do pedido de liberdade provisória ali descrita, que o decreto prisional fora realizado ao arrepio da lei, nem que teria sido motivado por interesse ou sentimento pessoal, a descaracterizar a alegada imputação de conduta tipificada como crime de prevaricação.

De outra banda, no tocante à suposta imputação do crime de abuso de autoridade, também não se vislumbra, no referido pronunciamento, a sua ocorrência, tendo em vista que o querelado limitou-se a sustentar, assim como já o fizera por ocasião da manifestação lançada previamente à decretação da prisão preventiva dos investigados, que a pretendida privação da liberdade não seria cabível, na espécie, eis que violaria princípios e garantias assegurados na Constituição Federal, no sentido de que, somente em situações excepcionais (inexistentes, na ótica do representante do Ministério Público), seria possível adotar-se tal medida. Essa linha de argumentação, contudo, não tem o condão de, por si só, caracterizar imputação falsa do crime de abuso de autoridade, mas, apenas, a discordância do querelado quanto à decisão do magistrado.

Como visto, além da atipicidade do fato descrito nos autos, não restou demonstrada, na espécie, a ocorrência de qualquer *animus caluniandi* por parte do querelado, a caracterizar a infração penal prevista no art. 138 do Código Penal, cuja caracterização depende da ocorrência de dolo específico, como elemento subjetivo do tipo, que, na definição autorizada de Nelson Hungria, consiste

na consciência e vontade de ofender a honra alheia (reputação, dignidade ou decoro), mediante a linguagem falada, mímica ou escrita,

sendo

indispensável a vontade de injuriar ou difamar, a vontade referida ao eventus sceleris, que é, no caso, a ofensa à honra (In Comentários ao Código Penal, vol. VI, arts. 137 ao 154, 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 53).

Não restando caracterizada, pois, na espécie, a tipicidade do fato apontado na inicial nem qualquer *animus caluniandi*, por parte do querelado, há de se rejeitar a presente queixa-crime, nos termos do art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nestas circunstâncias, *rejeito a presente queixa-crime*, à míngua de tipicidade do fato apontado na inicial, determinando, em consequência, o arquivamento dos autos.

Este é meu voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Senhor presidente, há quase vinte anos, tive a honra de ser juiz de direito na Circunscrição Judiciária do Gama – TJDF. Com efeito, tenho a percepção de que o índice de criminalidade na referida cidade satélite é um dos maiores do Distrito Federal. No início da década de 90, era, na verdade, o maior. Assim, posso compreender as consequências práticas da divergência de posturas da querelante (magistrada) e do querelado (promotor de justiça). A controvérsia entre os Drs. Jorgina Carneiro Silva Rosa e Edimar Carmo da Silva é, pois, de concepção do mundo, de pensar o Direito Penal e da operacionalização do próprio Direito como instrumento do Estado Democrático. Pela descrição dos fatos, isso é facilmente perceptível, ainda mais quando a defesa de ambos os agentes políticos está sendo realizada, de uma parte, por um magistrado aposentado do Distrito Federal, hoje brilhante advogado, Dr. Jonas Modesto; pela outra parte, por um ex-membro do Ministério Público do Distrito Federal, que resolveu optar, mais adiante, pela advocacia, que é o Dr. René Rocha Filho, ambos profissionais do melhor quilate. Conheço Suas Excelências há muitos anos como profissionais e não poderia, neste momento, deixar de fazer esse registro, até mesmo para que possamos, em profundidade, perceber a divergência entre a Dra. Jorgina e o Dr. Edimar e suas consequências dentro do contexto processual penal em que estamos inseridos.

No que tange ao procedimento criminal em si, a queixa-crime, no meu entendimento, não deve ser

recebida porque, para a configuração dos delitos dos crimes contra a honra, evidentemente há de se exigir não só uma leitura do sentido léxico das palavras utilizadas, mas temos que examinar o contexto em que elas foram empregadas, pois o *animus* não só de narrar, mas o *animus* de defender e o *animus* de acusar, papel ministerial em sentido estrito, são situações que se diferenciam evidentemente do *animus* de caluniar.

Na hipótese, como a Des. Selene Almeida verificou, não vislumbro também o *animus* de narrar, mas vislumbro o *animus* de defender uma idéia, uma postura processual e, no caso, o Ministério Público defendeu a inoportunidade dos pressupostos para a decretação da prisão provisória, exercendo uma função que não é muito comum no *Parquet*, porque, no senso comum, seu papel é de órgão acusador. Assim, só por esse motivo, já seria suficiente para que não recebêssemos a queixa-crime (falta o *animus* de caluniar). Verificando, ainda, a jurisprudência das turmas criminais deste Tribunal e da Corte Especial, encontrei um precedente em particular, da lavra da digna Des. Federal Assusete Magalhães, que tem se revelado uma excelente juíza criminal, após ter passado muito tempo no Cível, que é muito semelhante à situação dos autos. Nesse julgado, a 3ª Turma deste Tribunal reafirma que para a configuração dos crimes contra a honra, não basta examinar somente o sentido léxico das palavras utilizadas, mas é preciso analisar o contexto em que foram empregadas, pois o *animus defendendi* descaracteriza a própria tipicidade do fato tido por calunioso ou difamatório, na medida em que, para a configuração de tais delitos exige-se, na verdade, o elemento subjetivo do dolo específico (Min. Hungria), que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia, conforme a balizada doutrina. Veja-se, a propósito:

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - SUPOSTAS PALAVRAS OFENSIVAS IRROGADAS EM PEÇA PROCESSUAL - CRIMES CONTRA A HONRA - CALÚNIA E DIFAMAÇÃO - AÇÃO PENAL - TRANCAMENTO - POSSIBILIDADE - JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA - AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM CONCEDIDA.

I - Está consagrada, na jurisprudência nacional, a diretriz no sentido de que, na via estreita do habeas corpus, o trancamento de ação penal é medida excepcional, possível somente quando demonstrada, de forma inequívoca e sem necessidade de exame aprofundado de provas, a atipicidade da conduta, a falta de prova da materialidade ou de indícios de autoria, ou a extinção da punibilidade.

II - Para a configuração dos crimes contra a honra não basta examinar somente o sentido léxico das palavras utilizadas, mas o contexto em que foram empregadas, pois o *animus defendendi* descaracteriza a própria tipicidade do fato tido por calunioso ou difamatório, na medida em que, para a configuração de tais delitos, exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia, conforme abalizada doutrina.

III - Na hipótese, as expressões supostamente caluniosas e difamatórias foram proferidas no contexto da dialética processual, sem a intenção de ofender a honra objetiva dos Procuradores da República. As adjetivações empregadas, ainda que não recomendáveis, devem ser consideradas como forma de impressionar o órgão julgador com o objetivo de obter provimento jurisdicional favorável.

IV - Ordem concedida.

(HC 0003672-02.2010.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, e-DJF1 p. 71 de 04/02/2011) – grifei.

Além desse precedente, encontrei outro precedente da Corte Especial deste Tribunal, recente, da relatoria do nosso decano, Des. Tourinho Neto, na Representação 0045053-87.2010.4.01.0000/GO, de 29 de agosto de 2011, em que Sua Excelência narra que o *animus* de exercer a função ministerial não pode ser confundido com o *animus* de caluniar. Confira-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. QUEIXA-CRIME. CRIMES ATRIBUÍDOS A JUÍZA DO TRABALHO. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO. AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO DO TIPO. ANIMUS NARRANDI. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL.

1. O princípio da indivisibilidade da ação penal privada, previsto no art. do CPP, estabelece que a queixa-crime deve ser ofertada contra todos os autores do crime, sob pena de extinção da punibilidade, pois evita, nos casos em que o delito é praticado por várias pessoas, que o ofendido escolha apenas um ou alguns daqueles que colaboraram com o ilícito. No caso concreto, não houve violação ao princípio supracitado.

2. Para que se configurem os delitos dos arts. 138 e 139 do CP, faz-se mister o dolo específico, representado pelo *animus caluniandi* e pelo *animus difamandi*, respectivamente.

3. Não há que se falar em vontade de imputar a outrem, falsamente, a prática de crime se restar configurado apenas o intuito de apuração de fatos atribuídos ao querelante em representação criminal ofertada pelo Ministério Público do Trabalho contra ele. No caso em tela, não se pode enxergar o dolo. O objetivo da parte da querelada de atingir, denegrir, a honra do querelante.

4. Considerando a ausência de dolo e a manifesta atipicidade da conduta da querelada, impõe-se a rejeição da queixa-crime, oferecida por Luiz Henrique Farias Vieira.

(RPCR 0045053-87.2010.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Corte Especial, e-DJF1, p. 172 de 29/08/2011)

Portanto, entendo que a atuação do digno representante do Ministério Público, oficiante nos autos indicados na representação ofertada, não foi recomendável, pois houve excesso de linguagem e violação ao dever de urbanidade, ainda mais entre instituições coirmãs. Merece, portanto, toda a censura ética e social. Não vislumbro, todavia, na hipótese, a imputação de um fato concreto, definido como crime, com o *animus* de caluniar; na verdade, há o *animus* de defender ou o *animus* de atuar, para convencer, no sentido da atuação ampla ministerial.

Com essas considerações, acompanho o douto voto do eminente relator. É como voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Senhor Presidente, também acompanho o voto de Sua Excelência, o relator. O artigo que se imputa ao querelado, art. 138, afirma expressamente que “constitui crime caluniar alguém, imputando-lhe falsamente o fato definido como crime.”. Da própria seleção deduzida na queixa-crime, na primeira, ao afirmar que o decreto de prisão firmado pela querelante seria inoficioso, não vejo evidentemente, a presença de qualquer ofensa, sequer de longe, à honra de quem quer que seja. Causou-me algum embaraço esse segundo extrato, ao se mostrar convicto de que o preso já se encontraria previamente condenado subjetivamente pela querelante, o que, evidentemente, poderia, sim, eventualmente, desbordar para a presença de prevaricação, mas ausente, não é nem por criação jurisprudencial; a lei expressamente exige o sentimento pessoal, que não se revelou aqui qual seria, não se indicou. Agora, também há de se dizer que a exclusão do crime de calúnia, numa determinada expressão irrogada a alguém, pode, não configurada a calúnia, que é o crime mais grave, eventualmente, recair em difamação ou injúria; evidentemente, ao que me parece, a inteligência de quem preparou a peça da queixa sabia que, se isso ocorresse, incidiria o art.142 do Código Penal, que, expressamente, afirma: “Não constitui injúria ou difamação — e isso com um olhar bastante ácido sobre o que foi escrito — punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.”. No inciso III, diz:

“o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento do dever.”. Somando os dois, estaríamos muito próximos do que verificamos aqui. Com base neste dispositivo, é ampla a jurisprudência; vou citar apenas uma, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “Os excessos de linguagem vivaz para com magistrado ocorridos na discussão da causa, e que mantêm um liame com o objeto do litígio, estão acobertados pela imunidade judiciária, não configurando, na espécie, o delito de injúria.” (inteligência do art. 142). Se saísse de um, seria injúria e difamação, e acabaria sendo excluído por esse dispositivo. Para concluir, evidentemente, concordo com Sua Excelência, o advogado que sustentou a queixa, que os tempos são difíceis, quando se vai perdendo a urbanidade, a lhanza no trato, é porque já se perdeu muita coisa por trás. No caso concreto, foi admitido da tribuna que não se queria atingir o fato, mas sim, um contexto maior de convivência; parece que Vossa Excelência descreveu bem, intuiu bem, entre os dois, só que o Direito Penal moderno, democrático, é o Direito Penal do fato, e o fato não me parece constituir crime. E para concluir,

nós, eu, que já fui do Ministério Público, se fôssemos ficar ofendidos com todas as manifestações contrárias da defesa a eventuais denúncias que oferecia, que normalmente eram qualificadas de abusivas; aliás, em passagem, para concluir, famosa de Orozimbo Nonato, sempre citada para se indicar uma denúncia inepta, dizia-se precisamente isto:

Este, para que possa validamente formular a denúncia — o Ministério Público — deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que a acusação não se transforme, como advertia o saudoso Ministro Orozimbo Nonato, em pura criação mental do acusador.

Escutamos isso o tempo todo, “isso é pura criação mental, é abusiva”; a polícia, então, meu Deus do céu; e não há que se melindrar com esse tipo de coisa, sobretudo se a pessoa tem que conviver, como bem também disse Sua Excelência, o Des. Reynaldo, duas instituições coirmãs e dois profissionais que, por incrível que pareça, provavelmente, estão a revelar com isso um maior denodo naquilo que fazem, e terão que conviver. Então, também não recebo a queixa-crime formulada.

Primeira Seção

Numeração única: 0012669-76.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.012777-1/MG

Relator: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
 Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Réus: Raimunda Moraes Conceição e outros
 Advogada: Dra. Jucélia Rocha de Assis
 Publicação: e-DJF1 de 26/09/2011, p. 9–10

Ementa

Constitucional, Previdenciário e Processual Civil. Ação rescisória. Revisão de benefício. Pensão por morte. Elevação do coeficiente de cálculo. Art. 75 da Lei 8.213/1991, com alteração introduzida pela Lei 9.032/1995. Inaplicabilidade. Decisão do plenário do STF. Devolução dos valores recebidos em face de decisão judicial. Impossibilidade. Violação a dispositivo de lei. Ocorrência. Pedido rescisório procedente em parte.

I. A discussão em exame envolve matéria constitucional (arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da CF/1988), o que torna inaplicável na presente hipótese o enunciado da Súmula 343 do STF.

II. A pretensão de revisão do coeficiente de cálculo para 100% do salário de benefício, na hipótese de pensão por morte instituída em período anterior ao da vigência da Lei 8.213/1991, contraria o disposto nos arts. 5º, XXXVI e 195, §5º, ambos da Constituição Federal.

III. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, entendeu ser inconstitucional a aplicação, às situações pré-existentes, da disposição do art. 75 da

Lei 8.213/1991, com a alteração implementada pela Lei 9032/1995, porquanto o conteúdo nele inscrito só poderia incidir sobre as pensões concedidas a partir da vigência do novel dispositivo legal.

IV. Consagrou-se a aplicação do princípio *tempus regit actum*, segundo o qual os benefícios previdenciários devem ser concedidos de acordo com a lei vigente à época, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI. CF/1988).

V. A decisão rescindenda deu à nova redação do art. 75 da Lei 8.213/1991, introduzida pela Lei 9.032/1995, interpretação desarmoniosa com o texto constitucional, pois retroagiu os efeitos da lei em comento em detrimento do ato jurídico perfeito, além de não ter observado a necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social (art. 195, § 5º, da CF).

VI. Havendo o ato concessivo da pensão por morte se consumado na vigência da legislação pretérita, tornando-se ato jurídico perfeito, protegido pelo art. 5º, XXXVI, da CF, a majoração do coeficiente da pensão para 100%, nos termos estabelecidos pela Lei 9.032/1995, caracteriza ofensa a literal disposição constitucional.

VII. É indevida a devolução de valores recebidos de boa-fé decorrente de decisão transitada em julgado que, posteriormente, é objeto de rescisão (AgRg nos EDcl no REsp 701075/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 20/10/2008).

VIII. Ação rescisória parcialmente procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar parcialmente procedente a ação rescisória.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 13/09/2011.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra Raimunda Morais Conceição, Terezinha da Silva Cordeiro, Antonieta Carvalho da Silva e Maria Cassemira Alexandrino, objetivando desconstituir o acórdão da Primeira Turma desta Corte (fls. 66–72), que negou provimento à apelação do INSS e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para fixar os juros de mora a partir da citação, mantendo, no mais, a sentença de 1º grau, que assegurou às requeridas o direito à revisão do valor da respectiva pensão por morte, com o coeficiente de 100% do valor da aposentadoria, nos termos do art. 75 da Lei 8.213/1991.

Sustenta a autarquia previdenciária que o v. acórdão rescindendo afrontou literalmente o disposto nos arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, bem assim o estabelecido no art. 75 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.032/1995, eis que o benefício de pensão por morte fora concedido às requeridas antes da entrada em vigor desta última lei.

Requer, desse modo, a procedência da presente ação, para rescindir o r. acórdão hostilizado, ensejando novo julgamento da causa, a fim de que seja julgado

improcedente os pedidos, com a consequente devolução de eventual valor recebido por força da decisão rescindenda.

Pedido de antecipação de tutela deferido, para sobrestar a execução do julgado rescindendo, até julgamento da presente demanda (fl. 82).

Citada, a ré Maria Cassemiro Alexandrino apresentou contestação (fls. 94–98), arguindo, em suma, a inexistência de violação a literal disposição de lei.

Embora regulamentemente citadas, as outras requeridas não apresentaram contestação (cf. certidão de fl. 118).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência parcial da ação rescisória (fls. 105/113).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Destaco, inicialmente, que o acórdão rescindendo transitou em julgado em 11/04/2005 (fl. 73), tendo sido a presente ação ajuizada em 09/04/2007 (fl. 2), sendo,

*Participaram do julgamento os Exmos Srs. Des. Federais Kassio Marques, Néviton Guedes, Ângela Catão e os Exmos. Srs. Juizes Federais José Henrique Guaracy Rebêlo, Hind Ghassan Kayath (convocados).

portanto, tempestiva, por ter sido proposta dentro do biênio legal.

Afasto a alegação de não cabimento da presente rescisória, ao argumento de que o acórdão rescindendo está fundamentado em texto de lei de interpretação controvertida nos tribunais, tendo em vista que a discussão em exame envolve matéria constitucional (arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da CF/1988), o que torna inaplicável na presente hipótese o enunciado da Súmula 343 do STF (cf. AR 2007.01.00.050004-3/MG, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado), Corte Especial, *e-DJF1* de 09/03/2009).

Passo ao exame do mérito.

Como já relatado alhures, busca o INSS rescindir o acórdão que assegurou às requeridas o direito à revisão do valor da respectiva pensão por morte, com o coeficiente de 100%, a contar da vigência da Lei 9.032/1995.

Alega o autor a existência de literal violação de dispositivo de lei, suficiente a ensejar a rescisão do acórdão rescindendo, por haver acolhido pretensão em desconformidade ao que preceitua os arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, ferindo os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e da necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social.

Analisando detidamente os autos, tenho que assiste razão ao INSS, considerando que, de fato, o v. acórdão hostilizado encontra-se em desarmonia com o texto constitucional, incorrendo em efetiva violação a literal disposição constitucional, consoante restará comprovado.

A matéria posta sob apreciação judicial nos presentes autos refere-se à retroatividade ou não da Lei 9.032/1995, que ao alterar o art. 75 da Lei 8.213/1991, estabeleceu que o valor da pensão por morte corresponderá a uma renda mensal de 100% do salário de benefício. É o que se verifica da leitura do referido dispositivo legal:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta lei. (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995).

Com efeito, considerando a data da concessão dos benefícios das rés, verifica-se que aquela ocorreu sob a égide da Lei 3.807/1960, que assim preconizava:

Art. 37. A importância da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do seu falecimento fôsse aposentado, e mais tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco).

Assim, de acordo com a sistemática de cálculo vigente à época da concessão da pensão por morte das requeridas, tal benefício era composto de uma cota familiar, correspondente a 50% do valor da aposentadoria, mais cotas de 10% por cada dependente, até o limite de cinco.

Com o advento da Lei 9.032/1995, o entendimento corrente dos tribunais era no sentido de que a referida lei deveria incidir imediatamente sobre as relações jurídicas pré-existentes. Seguindo tal posicionamento, o acórdão hostilizado assegurou às requeridas o direito à revisão do valor da pensão por morte, com reajuste de 100% do salário de contribuição, nos termos do art. 75 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.032/1995.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, entendeu ser inconstitucional a aplicação, às situações pré-existentes, da disposição do art. 75 da Lei 8.213/1991, com a alteração implementada pela Lei 9.032/1995, porquanto o conteúdo nele inscrito só poderia incidir sobre as pensões concedidas a partir da vigência do novel dispositivo legal.

Consagrou-se a aplicação do princípio *tempus regit actum*, segundo o qual os benefícios previdenciários devem ser concedidos de acordo com a lei vigente à época, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988).

Aliás, o Pleno do STF entendeu, ainda, que ao aplicar a Lei 9.032/1995 aos benefícios concedidos antes de sua promulgação, houve afronta ao disposto no art. 195, § 5º, da CF, que veda a criação, majoração ou extensão de benefício da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Isso posto, consoante entendimento do Pretório Excelso, o percentual de 100% não poderia ter sido aplicado nos recálculos da renda mensal inicial dos benefícios instituídos anteriormente à edição da Lei 9.032/1995, ante a impossibilidade de retroação da norma sobre situações já constituídas.

Ressalte-se, por oportuno, que, em julgado ocorrido em 22/04/2009, o Plenário do c. STF, ao apreciar o RE 597.389/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, acolheu, no mérito, questão de ordem apresentada, para reconhecer a repercussão geral da ofensa aos arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da CF/1988, decorrente da aplicação retroativa dos efeitos financeiros correspondentes à majoração do coeficiente da pensão por morte para 100%, tal como previsto na Lei 9.032/1995.

Desse modo, na hipótese dos autos, vislumbra-se que a decisão rescindenda deu à nova redação do art. 75 da Lei 8.213/1991, introduzida pela Lei 9.032/1995, interpretação desarmônica com o texto constitucional, pois retroagiu os efeitos da lei em comento em detrimento do ato jurídico perfeito, além de não ter observado a necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social (art. 195, § 5º, da CF).

Este e. Tribunal Regional, ao debruçar sobre o tema em análise, adotou entendimento semelhante ao ora esposado, conforme se depreende dos seguintes arestos:

CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. ELEVAÇÃO DO COEFICIENTE DE CÁLCULO. ART. 75 DA LEI N. 8.213/91, COM ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 9.032/95. INAPLICABILIDADE. DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI. OCORRÊNCIA. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE EM PARTE. 1. A discussão em exame envolve matéria constitucional (arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da CF/88), o que torna inaplicável na presente hipótese o enunciado da Súmula 343 do STF.

2. A pretensão de revisão do coeficiente de cálculo para 100% do salário-de-benefício, na hipótese de pensão por morte instituída em período anterior ao da vigência da Lei 8.213/91, contraria o disposto nos arts. 5º, XXXVI e 195, §5º, ambos da Constituição Federal. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs. 415.454/SC e 416.827/SC, entendeu ser inconstitucional a aplicação, às situações preexistentes, da disposição do art. 75 da Lei 8.213/91, com a alteração implementada pela Lei n. 9032/95, porquanto o conteúdo nele inscrito só poderia incidir sobre as pensões concedidas a partir da vigência do novel dispositivo legal. 4. Consagrou-se a aplicação do princípio *tempus regit actum*, segundo o qual os benefícios previdenciários devem ser concedidos de acordo com a lei vigente à época, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88).

5. Vislumbra-se, desse modo, que a decisão rescindenda deu à nova redação do art. 75 da Lei 8.213/91, introduzida pela Lei 9.032/95, interpretação desarmônica com o texto constitucional, pois retroagiu os efeitos da lei em comento em detrimento do ato jurídico perfeito, além de não ter observado a necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social (art. 195, § 5º, da CF). 6. Nesse contexto, havendo o ato concessivo da pensão por morte se consumado na vigência da legislação pretérita, tornando-se ato jurídico perfeito protegido pelo art. 5º, XXXVI, da CF, a majoração do coeficiente da pensão para 100%, nos termos estabelecidos pela Lei 9.032/95, caracteriza ofensa a literal disposição constitucional.

7. “É incabível a devolução de benefícios previdenciários recebidos de boa-fé por força de decisão transitada em julgado que, posteriormente, nos autos de ação rescisória, é desconstituída” (AgRg nos EDcl no REsp 701075/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 20/10/2008). 8. Ação rescisória que se julga parcialmente procedente.

(AR 0051047-67.2008.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, Primeira Seção, e-DJF1 de 29/07/2010.)

AÇÃO RESCISÓRIA. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVELIA. ART. 320, II, DO CPC. ART. 485, V, DO CPC. SUMULA Nº 343/STF. PENSÃO POR MORTE. PERCENTUAL DE 100%. OFENSA À PROTEÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À IRRETROATIVIDADE DA LEI. VIOLAÇÃO AO INCISO XXXVI DO ART. 5º E AO § 5º DO ART. 195, AMBOS DA CF/88. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR.

1. Afasta-se a aplicação do enunciado da Súmula nº 343 do STF, por se tratar de matéria constitucional, quando se discute acerca de benefício previdenciário (CF/88, art. 201, V) e irretroatividade da lei (CF/88, art. 5º, XXXVI), além de possível violação ao art. 195, § 5º da CF/88. 2. Na ação rescisória, por envolver matéria de ordem pública - desconstituição da res judicata, não cabe o reconhecimento dos efeitos próprios à revelia (art. 320, II, do CPC). Precedentes: TRF 1ª Região, AR 2004.01.00.039940-5/MG, rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa; STJ, AR 193/SP, rel. Min. Adhemar Maciel.

3. A extensão do direito à renda mensal de 100% do salário-de-benefício, instituído pela Lei nº 9.032/95, aos benefícios de pensão por morte, aposentadoria por invalidez e aposentadoria especial concedidos anteriormente à sua vigência (28.04.1995) ofende a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito.

4. Entendimento do STF no sentido de que decisão judicial que tenha determinado a revisão para 100% do salário-de-benefício de benefícios anteriores à Lei nº 9.032/95 contraria o princípio constitucional que protege o ato jurídico perfeito, além de ofender ao disposto no § 5º do art. 195 da CF/88, que estabelece que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Precedentes do STF: RE 420.532/SC, rel. Min. Carmem Lúcia; AI-ED 621.944 / PR, rel. Min. Joaquim Barbosa; RE-Agr 452.687/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa; do STJ: REsp 966.598/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; do TRF 1ª Região: AC 2003.38.03.008657-0/MG, rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva; AC 2005.38.01.000150-0/MG, rel. Juiz Federal Itelmar Rydan Evangelista (conv.); AC 2002.38.00.021407-9/MG, rel. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (conv.).

5. Benefício previdenciário tem sua disciplina na legislação vigente à data da concessão, época do fato gerador do direito e, mesmo se reconhecida fosse a possibilidade de aplicação retroativa de legislação posterior, mais benéfica ao segurado, dela somente se poderia cogitar acaso determinada tal retroação expressamente.

[...] 7. Ação rescisória que se julga parcialmente procedente, para rescindir o acórdão e, no reexame da demanda, dar provimento à remessa oficial e à apelação, para julgar improcedente o pedido de reajuste do benefício de pensão por morte, na forma do art. 75 da Lei nº 8.213/91, sem a obrigação de se repetirem eventuais valores percebidos por força da decisão transitada em julgado.

8. Condenação da parte requerida em custas processuais e em honorários de sucumbência, estes fixados em 10% do valor atribuído à causa rescisória.

(AR 2007.01.00.050004-3/MG, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado), Corte Especial, e-DJF1, p. 16, de 09/03/2009.)

Nesse contexto, havendo o ato concessivo da pensão por morte se consumado na vigência da legislação pretérita, tornando-se ato jurídico perfeito, protegido pelo art. 5º, XXXVI, da CF, a majoração do coeficiente da pensão para 100%, nos termos estabelecidos pela Lei 9.032/1995, caracteriza ofensa a literal disposição constitucional.

Por outro lado, não merece amparo o pedido de devolução dos valores pagos em decorrência de decisão transitada em julgado, considerando o reiterado entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser “*incabível a devolução de benefícios previdenciários recebidos de boa-fé por força de decisão transitada em julgado que, posteriormente, nos autos de ação rescisória, é desconstituída*” (AgRg nos EDcl no REsp 701075/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 20/10/2008).

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação rescisória, para rescindir o acórdão proferido pela Primeira Turma deste Tribunal na AC 2004.01.99.041481-5/MG, e proferindo novo julgamento, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido de revisão de pensão por morte para 100% do salário de benefício, nos termos do art. 75 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.032/1995.

Condeno as rés ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento), *pro rata*, sobre o valor da causa, suspendendo, todavia, sua exigibilidade por litigarem sob o pálio da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

É o voto.

Segunda Seção

Numeração única: 0016184-18.2009.4.01.3600

Embargos Infringentes e de Nulidade 2009.36.00.016188-9/MT

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Embargante: Laísa Lopes de Souza (ré presa)
 Defensora: Defensoria Pública da União
 Embargada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Blal Yassine Dalloul
 Publicação: e-DJF1 de 06/10/2011, p. 19

Ementa

Penal e Processual Penal. Embargos Infringentes. Tráfico Internacional de entorpecentes. Arts. 33, caput, e 40, I, ambos da Lei 11.343/2006. Pena-base. Causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). Fixação da fração máxima de 2/3 (dois terços). Manutenção. Regime inicial fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei 11.343/2006. Direito de apelar em liberdade. Inconsistência da pretensão. Embargos parcialmente providos.

I. O juiz sentenciante fixou, de forma fundamentada, a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em observância às circunstâncias previstas no art. 59 do CP e art. 42 da Lei 11.343/2006, pena-base essa mantida, com acerto, no voto condutor da apelação criminal.

II. A diminuição da pena em seu patamar máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 é a medida que se impõe, tendo em vista que a ré, na forma preceituada pelo dispositivo legal é primária, portadora de bons antecedentes, não havendo provas de que ela se dedique às atividades criminosas ou que integre organização criminosa.

III. O recrudescimento da pena, na escala mínima de 1/6 (um sexto), justifica-se, porquanto verificada uma única causa especial de aumento em desfavor da ré, dentre aquelas elencadas no art. 40 da Lei 11.343/2006.

IV. O regime inicial de cumprimento da pena, para os agentes que cometem o crime de tráfico de entorpecentes, é o fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 com redação dada pela Lei 11.464/2007, independentemente do *quantum* da pena.

V. O Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, entendeu pela inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, deixando a cargo do juiz da causa a análise sobre se o condenado preenche ou não os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em pena restritivas de direitos.

VI. O afastamento do óbice legal, por si só, não garante ao acusado a substituição. O juiz da causa há de verificar se o condenado, para tanto, preenche os requisitos insculpidos no art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal. Caso não preencha esses requisitos, o sentenciado não faz jus à substituição, o que se verifica na hipótese em exame.

VII. Há vedação expressa nos arts. 44 e 59 da Lei 11.343/2006, dá direito de recorrer em liberdade para os condenados pelo crime previsto no art. 33, sendo certo que, na hipótese vertente, a acusada permaneceu presa durante todo o curso da instrução processual, não havendo nos autos elementos a indicar qualquer ilegalidade na manutenção da segregação.

VIII. Embargos infringentes parcialmente providos.

Acórdãos

Decide a Seção dar parcial provimento aos embargos infringentes, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 28/09/2011.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de embargos infringentes opostos por Laísa Lopes de Souza (fls. 284/291), diante da divergência ocorrida no âmbito da egrégia Terceira Turma deste Tribunal, que, por maioria (cf. fls. 268/279), negou provimento à apelação, através do acórdão assim ementado:

PENAL.	APELAÇÃO	CRIMINAL.
COMPARTILHAMENTO	DE PROVAS.	ESCUTAS
TELFÔNICAS.	LEGALIDADE.	TRÁFICO

TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, TODOS DA LEI N.º 11.343/06. DOSIMETRIA DAS PENAS. ATENUANTE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MENORIDADE. CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO. INVERSÃO. ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA PENA.

1. Legalidade do compartilhamento de provas colhidas em inquérito policial. Escutas telefônicas autorizadas pela autoridade judicial. Presunção de legitimidade da quebra do sigilo telefônico. Ausência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. Materialidade e autoria pelo recorrente do crime de tráfico transnacional de substância entorpecente comprovadas, pela apreensão de substância entorpecente (maconha) proveniente do exterior. (artigo 33, caput, c/c o artigo 40, I Lei nº 11.343/06).

3. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, ainda que o réu tenha confessado parcialmente a prática delituosa. A mudança de versão em relação à origem da droga, durante o interrogatório em Juízo, não tem o condão de afastar a incidência da atenuante, mormente pelo fato da confissão ter embasado a sentença condenatória. Precedentes.

4. Comprovado que a ré era, à data dos fatos, menor de 21 anos, deve incidir no caso a atenuante prevista no art. 65, I do Código Penal.

5. Ao fazer incidir, antes da causa de diminuição, a causa de aumento, o juiz sentenciante deixou de observar o artigo 68 do Código Penal. Correção da dosimetria da pena.

6. A redução da pena prevista no art.33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no grau máximo não é direito subjetivo do réu, cabendo ao Juiz fixá-la no quantum compreendido dentro do limite legal (de um sexto a dois terços), atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

7. Apelação da ré parcialmente provida. (fl. 279).

Sustenta, em síntese, a embargante:

Enquanto que o voto do Relator, vencedor, considerou adequada a fixação da pena-base pelo Magistrado sentenciante em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, o Exmo. Desembargador Federal Tourinho Neto, voto vencido, ao pronunciar-se sobre a dosimetria da pena, assim dispôs '(...) entendo que a pena-base ficou exacerbada, levando-se em conta, a qualidade da droga (maconha), que a ré apenas transportava, que ela é primária e sem antecedentes e que *os motivos e as circunstâncias são normais a espécie. Em face disso, reduzo a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa.* Deve-se se ressaltar, também, que a maconha tem efeitos muito menos danosos que a cocaína, por exemplo, razão pela qual, mesmo que traficada em maior quantidade, exige menor reprovabilidade.' (fl. 276) (grifei)

Data venia, correta a conclusão a que chegou o eminente Revisor, pois, de fato, o Juízo de primeiro grau, ao fixar a pena-base, não ponderou de maneira correta a gravidade atribuída ao tipo e quantidade de droga transportada. Ademais, houve falha na análise das circunstâncias judiciais. (fl. 286)

[...]

No tocante à causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, enquanto que o voto vencedor mantém a redução em apenas 1/4, o eminente Desembargador Revisor,

acertadamente, aplicou a redução da pena no grau máximo, ponderando que 'Levando-se em conta a natureza de droga e as condições pessoais da ré, especialmente sua primariedade e seu papel de mula na empreitada criminoso, aplico a diminuição de pena em 2/3 (dois terços), passando-a para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 dias-multa.' (fl. 277)

Insta ressaltar que, estando presentes os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista constituiu-se em direito subjetivo da acusada. (fl. 287).

[...]

Conforme deferido no voto de revisão (fl. 277), insta pugnar para que seja fixado o regime aberto para cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'c', do Código Penal. (fl. 288)

[...]

Foi concedido à ré, pelo Revisor, o direito de apelar em liberdade (fl. 277).

A Lei 11.464/07 deu nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/90, excluindo a proibição da concessão de liberdade provisória aos autores dos chamados crimes hediondos e assemelhados, dentre os quais inclui-se o tráfico ilícito de entorpecentes.

Apesar da Lei 11.343/06 vedar expressamente a concessão de liberdade provisória nos casos do delito descrito no seu art. 33, certo é que a legislação posterior e mais benéfica deve ser aplicada no caso.

A Lei 11.464/07 promoveu verdadeira derrogação do art. 44 da Lei 11.343/06 ao retirar a proibição da concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados - entre esses o tráfico de entorpecentes descrito expressamente.

Assim, *ab initio*, não há que falar em ser a Lei 11.343/06 mais específica e que, portanto, prevaleceria a vedação do art. 44, posto que a Lei 8.072/90 também é específica em elencar o tráfico no seu art. 2º. Assim, a nova redação do art. 2º da Lei 8.072/90 diz respeito especificamente também ao tráfico de entorpecentes. (fl. 290).

Ao final, pugna pela procedência dos presentes embargos com a consequente reforma do v. acórdão,

para que prevaleça o voto vencido, reduzindo-se a pena-base ao mínimo legal, aplicando-se a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu percentual máximo (2/3), fixando-se o regime aberto para cumprimento da reprimenda e deferindo-se à ré o direito de apelar em liberdade (fl. 291).

Há contrarrazões (fls. 294–299).

Nesta instância, a PRR 1ª Região aduziu que inexistente previsão regimental para que o Ministério Público, em sede de embargos infringentes (ou mesmo de nulidade) em matéria penal, ora se manifeste como

parte, respondendo ao recurso, ora como *custos legis*, opinando como parecerista. (fl. 309).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — O voto vencedor, da lavra do Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, é do seguinte teor:

Destaco, em princípio, que a alegação de incompetência da Justiça Federal será apreciada conjuntamente com a incidência do art. 40, inciso I, da Lei 11.343/2006 - transnacionalidade do tráfico de drogas.

Afasto, de plano, a alegação de nulidade em razão da juntada de prova documental após a inquirição de testemunhas, bem como da inexistência de prova da legalidade da interceptação telefônica.

Consoante dicção do artigo 231 do CPP, 'salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.'

De outro lado, conforme se verifica dos autos, a interceptação telefônica se deu em virtude de representação da Delegacia de Repressão a Entorpecentes dando início à denominada Operação Oriente (fl. 158).

Em razão da requisição do Juízo da 5ª Vara Federal de Cuiabá/MT a MM. Juíza de Direito da 9ª Vara Criminal de Cuiabá deferiu o pedido de compartilhamento com a Justiça Federal de todas as provas colhidas no inquérito policial (fls. 165/166), sendo patente, assim, a presunção de legalidade da autorização judicial para a quebra de sigilo bancário. Ressalto que o Juízo solicitou o encaminhamento da cópia integral do inquérito (fl. 185), entretanto, por se tratar de réu preso foi dada continuidade ao feito em nome da celeridade, evitando-se, assim, um constrangimento ilegal em razão de excesso de prazo para a formação da culpa.

Ademais, conforme bem salientado pelo MM. Juiz a quo, as escutas telefônicas não foram fator determinante na condenação da ré, vez que a comprovação da materialidade e a autoria do delito decorrem, no caso, da prisão em flagrante.

Transcrevo, por oportuno, parte da fundamentação da r. sentença apelada ao afastar a alegada nulidade:

'Primeiramente, impende destacar que a condenação da Ré nesta sentença não está atrelada a qualquer escuta telefônica que se tenha realizado,

mas sim, ao flagrante da Ré a apreensão da droga em poder desta, sendo que ela própria confessou ter feito o transporte da maconha.

Sendo assim, as transcrições das escutas telefônicas têm apenas um caráter adicional ao conteúdo probatório acostado aos autos, sendo que ela não é, de modo algum, o fator determinante da condenação.

Ademais, as escutas telefônicas foram autorizadas pelo Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Cuiabá, o que faz com que elas detenham presunção de legitimidade. Além disso, consoante se extrai do ofício de fls. 164/173, o envio das transcrições foram precedidas de decisão autorizando o devido compartilhamento de provas.

Frise-se também que os fatos ocorridos na denominada 'Operação Oriente' foram extraídos não só das escutas telefônicas remetidas a este Juízo, mas, principalmente, por meio de prova testemunhal, obtida nos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação e defesa, cuja audiência foi realizada na presença do d. Defensor Público da União.

Por fim, é de se ressaltar que as provas obtidas em sede de interceptação telefônica são efetuadas, pela sua própria natureza, sem o crivo do contraditório, já que os envolvidos sequer sabem que estão sendo objeto de investigação. Posteriormente, com o término daquela, é dada vista à defesa para que tenha ciência do conteúdo das gravações, o que foi devidamente realizado nestes autos.' (fl. 275)

Assim, tenho que não resta evidenciada qualquer nulidade absoluta que justifique a anulação do processo, não estando também caracterizado e/ou demonstrado qualquer prejuízo efetivo para a defesa da ré, não se devendo falar, pois, nas nulidades questionadas, em respeito ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido, transcrevo precedente da Corte que entendo pertinente, verbis:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO DO DECISUM E ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PRESENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. OCORRÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES (INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM TRAMITAÇÃO). VALORAÇÃO NEGATIVA ACERCA DA PERSONALIDADE OU CONDUTA SOCIAL. REFLEXO NO QUANTUM DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. BENEFÍCIO DO ART. 44 DO CP. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Encontra-se o decisum fundamentado de forma suficiente à compreensão das razões do decreto condenatório, não havendo que se falar em nulidade. Deve ser ressaltado, ainda, que, em se tratando de nulidades: '*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*', a teor do disposto no art. 563, do Código de Processo Penal. (grifei)

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo e os Exmos. Srs. Juizes Federais Clemência Maria Almada Lima de Ângelo, Murilo Fernandes de Almeida e Klaus Kuschel (convocados).

[...].

(ACR 0007580-22.2001.4.01.3900/PA, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), 4ª Turma, DJe de 04/03/2010.)

Passo à análise do mérito da questão.

A materialidade do crime de tráfico de entorpecentes restou configurada nos autos, pela apreensão de aproximadamente 30kg (trinta quilos) de substância entorpecente (maconha), de acordo com Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 09), Laudo de constatação (fl. 18/19) e Laudo definitivo de fls. 95/97.

A autoria também restou devidamente comprovada, tendo sido a ré presa em flagrante por agentes da Polícia Federal na cidade de Cuiabá, quando desceu de um ônibus da empresa Eucatur, proveniente da cidade de Campo Grande, transportando em sua bagagem aproximadamente 42 tabletes da droga supracitada.

Ademais, a ré confessou a prática delitiva, tanto perante a autoridade policial quanto em Juízo, mudando sua versão dos fatos tão somente quanto à origem da droga.

Quanto à transnacionalidade do delito verifico que não merece amparo a pretensão da apelante. Dispõe o art. 40, inciso I, da Lei 11.343/2006, verbis:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Em seu interrogatório policial a ré informou que havia ido ao Paraguai para comprar a droga para revender em Cuiabá, em razão de estar desempregada, nos seguintes termos:

'QUE saiu de Cuiabá na segunda-feira a noite com o ônibus da empresa Eucatur; QUE chegou em Ponta Porã no Mato Grosso do Sul por volta das 13:00h; QUE pegou um táxi até a cidade de Pedro Juan e comprou dois mil reais de maconha de um desconhecido; [...] QUE saiu da cidade de Ponta Porã por volta das 15:00h da terça-feira e chegou na cidade de Campo Grande por volta da 01:00h da madrugada; QUE saiu de Campo Grande com destino a Cuiabá por volta das 04:00h da madrugada desta data com o ônibus da empresa Eucatur; QUE colocou os tabletes de maconha em sua mala vermelha e em sua mochila preta; [...]' (fl. 11)

Sua confissão é rica em detalhes, apresenta uma sequência lógica e encontra suporte nos demais elementos probatórios constantes dos autos, sobretudo nas interceptações telefônicas de fls. 168/172 que comprovam que a ré esteve em Dourados com o indivíduo identificado por 'Aguero' que a embarcou em um ônibus para Ponta Porã, cidade fronteiriça ao Paraguai, fator que somado aos demais elementos de prova, confirma a origem estrangeira da droga.

No caso, a transnacionalidade do tráfico revela-se evidente, já que a ré dirigiu-se à cidade fronteiriça ao Paraguai e trouxe a droga para o país, tendo-a recebido na região de fronteira, devendo, assim, ser considerada como 'mula' do tráfico de drogas.

Frise-se, ainda, que esta e. Corte tem entendido que a nova Lei de Drogas, com o fim de combater com maior eficácia e rigor o crime, flexibilizou o conceito de internacionalidade, ao considerar suficiente 'que a natureza e as circunstâncias dos fatos indiquem a ocorrência de tráfico com o exterior para ser aplicada a causa de aumento de pena [...]' (HC 2009.01.00016297-9, 3ª Turma, DJ 17/04/2009, p. 337).

Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INQUÉRITO: DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA ESTADUAL. INDÍCIOS DA TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL: ART. 70 DA LEI 11.343/2006. PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Havendo indícios da transnacionalidade do entorpecente, deve ser mantida a competência da Justiça Federal para processo e julgamento da causa.

2. Réu residente em Santo Antônio do Içá, próximo ao Município de Tabatinga, cidade que tem fronteira com a Colômbia, e droga acondicionada em um vasilhame de óleo com a designação 'produzido na Colômbia' são fortes indícios da origem internacional do entorpecente. É prematura a declinação da competência neste momento processual.

3. Provimento ao recurso do Ministério Público para, neste momento processual, reconhecer a competência da Justiça Federal para o processamento da causa. (g.n. - RES 2008.39.00006847-0, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, DJ 20/03/2009, p. 200)

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. ARTIGOS 12 E 18, INC. I, DA LEI 6.368/76. INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Embora não seja precisa quanto à origem da droga no estrangeiro, o contexto fático leva à conclusão de se tratar de tráfico internacional, uma vez que a cidade de Tabatinga, no Amazonas, onde foi apreendida a droga, além de não produzir cocaína, faz fronteira seca, separada apenas por uma avenida, com a cidade colombiana de Letícia, sabidamente rota e porta de entrada da cocaína no Brasil, proveniente de cidades colombianas e peruanas.

2. Devidamente comprovado, nos autos, que os acusados agiram com consciência e vontade de traficar drogas, correta a sentença que os condenou pela prática de tráfico internacional de

entorpecentes.' (g.n. - ACR 2005.32.01.0002616, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 07/12/2007, p. 11)

Destarte, ficou configurada a transnacionalidade do crime em tela, que implica na aplicação da causa de aumento de pena constante do art. 40, I, da Lei 11.343/2006, bem como a competência da Justiça Federal.

Quanto à dosimetria das penas, verifico que o Juízo a quo examinou criteriosamente os requisitos do artigo 59 e 68 do Código Penal Brasileiro para fixar a reprimenda, estabelecendo a *pena-base em patamar superior ao mínimo legal (6 anos de reclusão e 600 dias-multa)*, considerando as circunstâncias desfavoráveis, em especial a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida em poder da ré.

Entretanto, deixou o MM. Juiz de considerar a atenuante da confissão por não ter a ré confessado por completo a prática do tráfico. Tenho que merecer reforma a r. sentença neste particular. Conforme entendimento pacífico da jurisprudência, a atenuante da confissão espontânea deve ser aplicada ainda que o réu tenha confessado apenas parcialmente a prática delituosa, mormente quando utilizada como fundamento para a condenação, como no caso presente. Neste sentido a jurisprudência, verbis:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO DE CÉDULAS E INTRODUÇÃO DE MOEDA FALSA NO MEIO CIRCULANTE (ART. 289, CAPUT E § 1º, DO CÓDIGO PENAL). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONFISSÃO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO.

[...]

3. Materialidade e autoria delitivas comprovadas pelo extenso acervo probatório constante dos autos e, ainda, pela própria confissão do réu.

4. *A confissão do réu, em sede inquisitorial e em juízo, atrai a aplicação da atenuante de confissão espontânea prevista no artigo 65, III, 'd', do Código Penal, ainda mais quando o magistrado sentenciante expressamente utiliza-se da confissão para embasar o decreto condenatório, como na hipótese dos autos.*

5. Apelação do réu parcialmente provida, para aplicar a atenuante de confissão espontânea e, conseqüentemente, reduzir a penalidade imposta, procedendo-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal). (ACR 0006615-63.2009.4.01.3900/PA, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p. 42 de 30/07/2010)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL UTILIZADA NA SENTENÇA. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CAUSA DE

AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA BRANCA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE.

[...]

5. *Servido a confissão de suporte para a condenação, o fato de ter se dado de forma parcial não afasta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.* Contudo, não obstante se reconheça a existência da pretendida atenuante, nenhum resultado prático haverá na reprimenda do paciente, visto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, consoante disciplina enunciado de Súmula nº 231 desta Corte.

[...]

9. Ordem concedida para, de um lado, fixada a pena-base no mínimo legal e afastado o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir as penas, fixando-as, definitivamente, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime aberto para início de cumprimento da privativa de liberdade.

(HC 137.072/MG, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO ESTATUTO REPRESSIVO EM RELAÇÃO A ALGUMAS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE REPRIMENDA IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

[...]

1. Tendo o paciente, acusado de tentativa de furto qualificado, confessado, perante a autoridade policial, a prática do delito, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, merece reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, III, d, do CP, *pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo.*

2. Ordem concedida para reduzir a pena-base do paciente e para reconhecer em seu favor a atenuante da confissão espontânea, tornando-se a sua sanção definitiva em 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.'

(HC 154.395/SP, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 07/06/2010.)

Reconheço, ainda, de ofício, a existência da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso I do Código Penal - ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, vez que conforme certidão

de nascimento de fls. 34 a ré, nascida em 08/02/1990, tinha 19 anos na data dos fatos (07/07/2009).

Assim, passando à nova dosimetria da pena, mantendo a pena-base fixada pelo MM. Juiz a quo (6 anos de reclusão e 600 dias-multa), reconheço a existência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, razão pela qual reduzo a pena-base fixada em 1 (um ano) e 100 dias-multa, resultando em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Dando continuidade, observo que houve uma inversão na aplicação do art. 68 do CP na r. sentença, vez que o d. Magistrado considerou inicialmente as causas de aumento e posteriormente as causas de diminuição de pena.

Considerando, portanto, os critérios legais para o cálculo da reprimenda, inicialmente deve-se aplicar a causa de diminuição da pena estampada no art. 33, § 4º, da Lei de tráfico drogas, tendo o i. Julgador reduzido a pena em 1/4 (um quarto).

Com efeito, tenho que deve ser mantida a redução da pena no patamar fixado pelo d. Magistrado a quo, considerando as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime e do agente, não sendo direito subjetivo do réu a redução no grau máximo.

O certo é que cabe ao Juiz decidir o quantum aplicado, dentro dos limites estabelecidos - de um sexto a dois terços - atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o que foi devidamente observado, nesse ponto, na sentença recorrida. Neste sentido é a jurisprudência, verbis:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/6. VALOR DO QUANTUM DA REDUÇÃO. PENA-BASE.

1. Evidenciado nos autos que os apelantes agiram com consciência e vontade no transporte da cocaína da cidade de Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia, para o Brasil, correta a sentença que os condenou pelo crime de tráfico internacional de drogas.

[...]

3. O acusado que preenche os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 - ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa - tem direito subjetivo à redução de pena prevista nesse dispositivo. O quantum da redução deve ser fixado pelo Juiz, observando-se as circunstâncias do crime e as condições pessoais do acusado.

[...]

(ACR 2008.36.01.001480-5/MT, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1, p. 114, de 18/09/2009.)

Acrescente-se que, nos termos do art. 42, da Lei 11.343/2006, a quantidade e espécie de droga apreendida com a autora do crime evidenciam a maior censurabilidade da conduta, a justificar a

escolha do patamar de 1/4 utilizado para a mitigação, resultando a pena em 3 anos e 9 meses de reclusão e 375 dias-multa.

A causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei 11.343/2006 - transnacionalidade do delito - foi aplicada em seu patamar mínimo (1/6). Com efeito, tenho que deve ser mantida a majoração mínima, conforme fixado pelo d. Magistrado a quo, considerando as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime e do agente, em especial porque a operação foi interrompida ainda em seu nascedouro, quando a ré desembarcava de um ônibus na cidade de Cuiabá.

Assim, aplicando-se a causa de aumento de pena decorrente da transnacionalidade do delito, elevo a pena em 1/6 (um sexto), *fixando-a definitivamente em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e 437 dias multa, à razão de 1/30 do salário mínimo.*

A pena deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado em razão do art. 2º do § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para reconhecer a existência da atenuante da confissão espontânea e, de ofício, reconhecer a atenuante em razão da idade da ré à época dos fatos, reduzindo a pena privativa de liberdade conforme fundamentação supra, nos termos do artigo 68 do Código Penal.

É como voto. (fls. 268/274).

Por sua vez, o voto vencido, da lavra do Des. Federal Tourinho Neto, dera parcial provimento à apelação para reduzir as penas, de 5 anos e 3 meses de reclusão e 525 dias-multa, para 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, e 193 dias-multa. Substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e deferiu, ainda, o direito da ré de apelar em liberdade, sob o seguinte fundamento:

[...]

A alegação de nulidade da interceptação telefônica, seja porque foi juntada posteriormente, seja porque não juntada a decisão de autorização dessa prova, não prospera, haja vista que essa prova não foi decisiva para a condenação da ré pelo delito de tráfico, servindo, posteriormente, apenas para confirmar a denúncia anônima, que sustentou a peça exordial, de que a ré estava trazendo maconha dentro de um ônibus.

Ora, a conduta da ré foi identificada, inicialmente, por meio de denúncia anônima, conforme consta da denúncia, a qual foi embasada, também, na confissão da própria ré realizada na esfera policial.

Assim, a condenação da acusada está fundamentada nas confissões dela mesma na esfera policial e em Juízo, pelas provas testemunhais, pelo

auto de prisão em flagrante e pelas demais provas produzidas, de modo que não há porque declarar a nulidade do feito em razão de eventual vício da interceptação telefônica realizada em outro feito.

Registro que somente na realização da segunda audiência de instrução e julgamento, em razão de erro de gravação na primeira, é que houve menção à existência dessas escutas telefônicas, razão pela qual o MPF requereu a juntada delas. Após, a defesa teve oportunidade, sim, de contraditá-las, mas apenas requereu a declaração de nulidade. Vale ressaltar, ainda, que o STJ manifestase pela possibilidade de juntada de documento nos autos a qualquer momento, desde que não sejam protelatórios (HC 151267/PR, Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ: 14/06/2010).

Ademais, como já afirmado na sentença, as escutas telefônicas foram autorizadas pelo Juízo da 9ª Vara Criminal de Cuiabá, o que lhes dá presunção de legitimidade, que não foi desconfigurada pela defesa. Além disso, o envio das transcrições a este Juízo foi precedido de autorização, conforme fls. 164/173.

3. Transnacionalidade

A transnacionalidade está comprovada: pela declaração da ré, na esfera policial, de que foi ao Paraguai comprar a droga e que, após, se deslocou para Ponta Porá e, em seguida, para Campo Grande; pelo fato de ter sido presa em flagrante no ônibus que fazia o trajeto de Campo Grande, cidade próxima ao Paraguai, para Cuiabá; pelo fato de o Paraguai figurar entre os maiores exportadores mundiais de maconha. Assim, todas as circunstâncias levam à conclusão de se tratar de tráfico internacional, não merecendo reparo a sentença nesse aspecto.

4. Dosimetria da pena.

Na fixação da pena-base o julgador monocrático considerou que: não há informação sobre a personalidade da ré, nem sobre as circunstâncias e consequências do delito e o comportamento das vítimas; a conduta social não é boa, pois declarou que é garota de programa; não possui antecedentes; a conduta é altamente reprovável, haja vista sua lesividade e o perigo causado à saúde pública; o motivo do crime foi obter enriquecimento ilícito por meio de lucro fácil.

Além disso, atento à natureza e quantidade da droga, o magistrado fixou a pena-base do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. Em razão da causa de aumento do art. 40, I, da Lei 11.343/2006, aumentou a pena em 1/6 para 7 anos de reclusão e 700 dias-multa. Em virtude da causa de diminuição do § 4º do art. 33 em 1/3, diminuiu a pena em 1/4, para 5 anos e 3 meses de reclusão e 525 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente no tempo dos fatos.

Dispõe o art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 que as penas variam de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Com efeito, no cálculo da reprimenda, nas hipóteses de tráfico de drogas, deve-se levar em conta, preponderantemente, a quantidade e qualidade da droga apreendida sobre aquelas relacionadas no art. 59 do Código Penal (Lei 11.343/2006, art. 42). No caso, foram cerca de 30 (trinta) quilos de maconha. Não se pode esquecer, ainda, que a acusada, na cadeia do tráfico, tinha a função de transportar a droga, ou seja, tratava-se de uma 'mula'.

Diante disso, entendo que a pena-base ficou exacerbada, levando-se em conta, a qualidade da droga (maconha), que a ré apenas a transportava, que ela é primária e sem antecedentes e que os motivos e as circunstâncias são normas a espécie. Em face disso, reduzo a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa. Deve-se se ressaltar, também, que a maconha tem efeitos muito menos danosos que a cocaína, por exemplo, razão pela qual, mesmo que traficada em maior quantidade, exige menor reprovabilidade.

Observo a presença da atenuante da confissão espontânea, pois, mesmo que parcialmente, a ré confessou o delito em Juízo, confirmando que adquirira a droga. Também presente na espécie a atenuante da menoridade, eis que a ré tinha menos de 21 anos de idade na data do fato (fls. 34). Deixo, no entanto, de aplicá-las em razão do óbice imposto pela Súmula 231 do STJ, pois a pena-base já foi fixada no mínimo-legal.

O MM. Juiz a quo reconheceu o direito da acusada à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, aplicando o *quantum* da redução em apenas um 1/4 (um quarto).

É certo que somente o fato de o acusado preencher os requisitos elencados no § 4º do art. 33 não lhe assegura direito à diminuição de pena no grau máximo. Obviamente que a lei, ao permitir a gradação, relegou ao Juiz definir o valor, de acordo com as circunstâncias do crime, as condições pessoais do acusado, a quantidade e a qualidade da substância entorpecente apreendida.

Levando-se em conta a natureza de droga e as condições pessoais da ré, especialmente sua primariedade e seu papel de mula na empreitada criminosa, aplico a diminuição de pena em 2/3 (dois terços), passando-a para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 dias-multa.

O MM. Juiz a quo aumentou a pena pela(sic) 1/6 (um sexto), em decorrência da internacionalidade, Esse aumento está em consonância com o entendimento desta Turma (ACR 2007.30.00.000918-0/AC, rel. Juiz Tourinho Neto, unânime, e-DJF1 25/09/2009, p. 64).

Em razão da internacionalidade, aumento a pena em 1/6, para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, e 193 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente no tempo dos fatos.

4.1 - Substituição de pena.

O Supremo Tribunal Federal, consoante notícia o informativo nº 598 da jurisprudência, afastou o óbice imposto pela Lei n. 11.343/06 para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face de sua flagrante inconstitucionalidade. A acusada faz jus à análise das condições previstas no art. 44 do Código Penal para a concessão do benefício.

Considerando o *quantum* da pena imposta e as condições pessoais da acusada, entendo que a substituição é medida aplicável ao caso. Assim, substituo a pena de reclusão por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da execução, *devendo uma delas, necessariamente, consistir em prestação de serviços à comunidade.*

4.4 - Apelo em liberdade.

Mesmo que tenha passado a instrução processual presa, por consequência lógica da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a acusada tem direito de apelar em liberdade. Em face disso, deve ser expedido alvará de soltura em favor da ré.

5. Em face do exposto, *dou provimento, em parte, ao apelo* para reduzir as penas, de 5 anos e 3 meses de reclusão e 525 dias-multa, *para* 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, e 193 dias-multa. Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Defiro à ré o direito de apelar em liberdade. *Expeça-se alvará de soltura em favor da acusada.*

6. É como voto. (fls. 275/277).

Analiso o recurso.

A embargante requer a manutenção do entendimento explicitado no voto do eminente revisor que reduziu a pena-base ao mínimo legal, qual seja 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, sob os argumentos de que a acusada é primária, os motivos e as circunstâncias são normais à espécie e de que a ré apenas transportava a maconha que tem efeitos muito menos danosos que a cocaína, razão pela qual requer o abrandamento da pena-base, de modo a fixá-la no mínimo legal.

Não obstante, razão não assiste à embargante, porquanto, conforme se depreende da leitura da sentença proferida em primeiro grau, confirmada, nesse particular no voto vencedor, a fixação da pena-base imposta a ré em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, a meu ver, justifica-se, porquanto, conforme bem fundamentou o ilustre Relator *“considerando as circunstâncias desfavoráveis, em especial a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida em poder da ré”* (fl. 271).

Dessa forma, já na segunda fase da dosimetria da pena, em face do reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade da ré, fica

também mantida a redução de 1 (um) ano e 100 (cem) dias-multa, resultando em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Quanto ao pedido da embargante de diminuição da pena, no patamar máximo previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, qual seja, 2/3 (dois terços), já que não há nos autos, segundo o recorrente, elementos que permitam ao magistrado reduzi-la tão somente em 1/4 (um quarto), entendo que, apesar da subjetividade na aplicação, razão assiste à recorrente.

Com efeito, a ré preenche ao requisito expressamente previsto no art. 33, § 4º, *in fine*, à medida que é primária, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa. Logo, faz jus à diminuição máxima prevista nesse dispositivo legal, o que propicia a redução de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, restando, nessa fase, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 168 (cento e sessenta e oito) dias-multa.

Por outro lado, com a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei 11.343/2006 (transnacionalidade), é pertinente, vez que a droga apreendida em poder da ré, conforme ela própria afirmou, adveio de Pedro Juan no Paraguai, o que sem dúvida propicia a aplicação da causa de aumento da pena.

O *caput* do art. 40, assim prevê: *“as penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços”*, sendo certo que este dispositivo legal elenca nada menos que cinco incisos, os quais apontam as mais diversas hipóteses para valoração e a consequente aplicação de causas especiais de aumento, decorrentes da conduta criminosa.

Ora, se a lei, objetivamente, delimita a possibilidade de aumento da pena em 1/6 a 2/3, uma vez configurada apenas uma circunstância descrita no dispositivo legal, dentre inúmeras outras, numa análise conjunta com as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não seria proporcional recrudescer essa pena em seu patamar médio e tampouco em sua escala máxima.

Assim, restando demonstrada uma única causa especial de aumento, qual seja, a transnacionalidade do delito, entendo que exasperar a pena, nessa fase, em 1/6 (um sexto), na forma arbitrária, afigura-se uma decisão mais justa. Com essas considerações, *torno definitiva a reprimenda em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e 196 (cento e noventa e seis) dias-multa,*

à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos

Quanto ao pedido da embargante do direito de recorrer em liberdade, os arts. 44 e 59 da Lei 11.343/2006 obstam expressamente essa concessão, com ou sem fiança, para o delito pelo qual a ré foi condenada, ou seja, o do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei 11.343/2006.

Outrossim, a constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006 resta reconhecida pelo STF, consoante ilustra o seguinte precedente, *verbis*:

DIREITO. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DO STJ. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44 da Lei nº 11.343/06) o que por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória. Cuida-se de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição da República.

4. O título contemporâneo da prisão cautelar do paciente não era mais o decreto de prisão preventiva, mas sim a sentença condenatória em que foi expressamente negado o direito de recorrer em liberdade com base na manutenção dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (grifo nosso)

(STF, HC 90445/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJe-211, 06/11/2008).

Assim, não assiste razão à recorrente, ao defender o direito à suspensão condicional da pena ou a concessão de liberdade provisória ao réu, nos termos dos arts. 44 e 59 da Lei 11.343/2006. Ademais, verifica-se que, na hipótese vertente, a acusada permaneceu presa durante todo o curso da instrução processual, não havendo nos autos elementos a indicar qualquer ilegalidade na manutenção da segregação.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, este foi aplicado corretamente pelo juiz sentenciante e mantido pelo relator do recurso de apelação criminal, qual seja, o regime fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 com redação dada pela Lei 11.464/2007.

Nesse sentido, jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464/07. REGIME INICIALMENTE FECHADO. RECURSO PROVIDO.

1. Cometido o delito, equiparado a *hediondo*, após a entrada em vigor da Lei 11.464/07, o regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado.

2. Recurso provido para fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena imposta.

(STJ, REsp 1160431/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 29/03/2010).

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRAFICÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PENA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CRIME *HEDIONDO*. DELITO PRATICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO OBRIGATÓRIO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A possibilidade de redução das sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa com base no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não desqualifica o delito como equiparado a *hediondo*, porquanto o juízo de reprovação incidente sobre a conduta continua o mesmo e esta permanece sendo a de *tráfico* de drogas.

2. *Os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram em 28.02.2008, ou seja, após a vigência da Lei 11.464/07, que, alterando a Lei 8.072/90, impôs o regime fechado como o inicial para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente do quantum de pena aplicado; destarte, o aresto hostilizado, ao eleger o regime prisional fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, nada mais fez do que seguir expressa determinação legal (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90).*

3. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

4. *Habeas Corpus* denegado. (grifo nosso)

(STJ, HC 149933/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe de 26/04/2010).

Por fim, requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No entanto, tenho que também não assiste razão à embargante nesse ponto.

É certo que, quanto a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em crime de tráfico de entorpecente, esta Quarta Turma vem entendendo que encontra vedação nos arts. 33, § 4º, e 44, todos da Lei 11.343/2006, que assim prescreve:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, *vedada a conversão em penas restritivas de direitos*, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

[...]

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, *vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*. (os grifos são nossos).

Não obstante, em recente julgado, no dia 1º/09/2010, o Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, entendeu pela inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, deixando a cargo do juiz da causa a análise sobre se o condenado preenche, ou não, os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em pena restritiva de direitos.

Frise-se que, o afastamento do óbice legal, por si só, não garante à acusada a substituição. O juiz da causa há de verificar se o condenado, para tanto, preenche os requisitos insculpidos no art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, que ostenta a seguinte redação:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

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.

[...].

No caso em exame, a recorrente se volta apenas contra o óbice legal à substituição da pena, agora afastada pelo Excelso Pretório, não apontando em seu recurso elementos indicativos de preencher os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos embargos infringentes, tão somente para aplicar a causa de diminuição da pena imposta a ré, no patamar máximo prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, qual seja, *2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e 196 (cento e noventa e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos*

É o voto.

Terceira Seção

Conflito de Competência 0041323-34.2011.4.01.0000/PA

Relator:	Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado)
Autor:	Ministério Público Federal
Procurador:	Dr. Rodrigo Timóteo da Costa e Silva
Réu:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Rés:	Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte
Suscitante:	Juízo Federal da 9ª Vara/PA
Suscitado:	Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA
Publicação:	e-DJF1 de 19/09/2011, p. 15

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Juízo de vara cível e Juízo de vara ambiental e agrária. Ação Civil Pública. AHE Belo Monte. Competência funcional do juízo do local do dano. Lei 7.347/1985, art. 2º. Conflito conhecido para firmar a competência do juízo suscitado.

I. A Portaria/Presi/Cenag 200/2001, que dispôs sobre a competência da 9ª Vara Ambiental e Agrária da Seção Judiciária do Pará e o Provimento/Coger 44 de 26/05/2010, que regulamentou a distribuição e a redistribuição dos respectivos processos não têm o condão de afastar a incidência do art. 2º da Lei 7.347/1985 que, em sede de ação civil pública, consagra hipótese de competência funcional e, portanto, absoluta.

II. “Deve prevalecer, no caso concreto, o caráter funcional da competência do foro do local do dano, definido em lei, em contraposição ao Provimento Coger 49/2010, pois, ‘considerando que o Juiz Federal [...] tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano’ (STF, RE 228955/RS), sua proximidade com o evento danoso é providência que aumenta a eficiência da prestação jurisdicional.” (CC 0019527-84.2011.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Terceira Seção, e-DJF1, p. 5 de 25/07/2011).

III. A ação civil pública objetivando a declaração de nulidade das audiências públicas realizadas pelo Ibama no processo de licenciamento do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte – AHE Belo Monte, bem como a interrupção do curso do referido licenciamento, deve ser processada e julgada na respectiva Subseção Judiciária. A competência para julgamento da ação civil pública não é alterada com a criação de nova vara.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da Subseção Judiciária de Altamira/PA, o suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, declarar a competência do Juízo da Subseção Judiciária de Altamira/PA.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 06/09/2011.

Juiz Federal *Alexandre Jorge Fontes Laranjeira*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Laranjeira: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária do Pará em face do Juízo da Subseção Judiciária de Altamira/PA nos autos de ação civil pública (26161-70.2010.4.01.3900).

A ação foi inicialmente processada perante o Juízo da Subseção Judiciária de Altamira que a remeteu para a 9ª Vara da SJPA, especializada em matéria ambiental e agrária, tendo em vista sua instalação no dia 27/05/2010.

Por discordar de tal posicionamento, o Juízo da 9ª Vara suscitou o presente conflito.

O Ministério Público Federal proferiu parecer pugnando pela competência do Juízo suscitado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Laranjeira: — O juízo suscitado, da Subseção Judiciária de Altamira/PA, nos autos da Ação Civil Pública 26161-70.2010.4.01.3900 declinou da competência para o Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária do Pará, especializado em matéria ambiental e agrária, em razão da criação da respectiva Vara.

O feito originário é uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Pará em desfavor do Ibama e outros pleiteando, em síntese, a declaração de nulidade das audiências públicas realizadas pela autarquia no licenciamento do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo

¹ Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado).

Monte – AHE Belo Monte, bem como a interrupção do curso do referido licenciamento.

O juízo da 9ª Vara da SJMA, após receber o processo originário, suscitou o presente conflito ao argumento de que, em sede de ação civil pública, o foro do local do dano tem competência absoluta para o processamento do feito a teor do disposto no art. 2º da Lei 7.347/1985: “As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”

Assiste razão ao juízo suscitante.

É o seguinte o teor da Portaria Presi/Cenag 200/2010, que especializou a 9ª Vara da SJPA como Vara Ambiental e Agrária:

Art. 3º. A 9ª Vara Federal de Belém terá jurisdição em todo o Estado do Pará e sua competência abrangerá todas as ações (cíveis, criminais e de execuções fiscais) de todas as classes e ritos que direta, ou indiretamente, versem sobre o Direito Ambiental ou Agrário, exemplificativamente:

- a) ações civis públicas;
- b) mandados de segurança;
- c) ações anulatórias de débito fiscal e tributação ambiental, inclusive relacionadas com importações, exportações e isenções;
- d) execuções de sentença provisórias ou definitivas;
- e) execuções fiscais;
- f) exceção de pré-executividade ou embargos à execução;
- g) direitos indígenas;
- h) ações de indenização por danos sofridos individualmente, inclusive se fundamentadas no Código Civil;
- i) ações relacionadas com terrenos de marinha, pagamento de foro ou taxa de ocupação;
- j) cartas precatórias;
- k) atos administrativos relacionados com o meio ambiente cultural, patrimônio histórico e processos de jurisdição voluntária;
- l) termos circunstanciados e processos de crimes ambientais.

O Provimento Coger 44 de 26/05/2010, que regulamentou a distribuição e a redistribuição de processos decorrentes da instalação da 9ª Vara da Seção Judiciária no Estado do Pará especializada em matéria ambiental e agrária estabelece:

Art. 2º A redistribuição de acervo ocorrerá com destinação para a 9ª Vara/PA dos processos cíveis, de execução fiscal, inquéritos policiais e procedimentos criminais em tramitação, em grau de

recurso e baixados das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª e 7ª Varas da Seção Judiciária do Estado do Pará e das Subseções Judiciárias de Altamira e Castanhal que direta ou indiretamente versem sobre Direito Ambiental ou Agrário [...].

Todavia, a edição dos referidos atos administrativos não se afigura capaz de afastar a incidência da disposição contida no citado art. 2º da Lei 7.347/1985, que consagra hipótese de competência funcional e, portanto, absoluta.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já dispôs sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. ROMPIMENTO DE DUTO DE ÓLEO. PETROBRAS TRANSPORTES S/A – TRANSPETRO. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DOS PORTOS. LEI 8.630/93. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI 7.347/85.

1. Cinge-se a controvérsia à discussão em torno

a) da tempestividade do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF e b) da competência para o julgamento de Ação Civil Pública proposta com a finalidade de reparar dano ambiental decorrente do vazamento de cerca de 1.000 (mil) litros de óleo combustível após o rompimento de um dos dutos subterrâneos do píer da Transpetro, no Porto de Rio Grande.

[...]

10. Não é desiderato do art. 2º, da Lei 7.347/85, mormente em Município que dispõe de Vara Federal, resolver eventuais conflitos de competência, no campo da Ação Civil Pública, entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, solução que se deve buscar, em primeira mão, no art. 109, I, da Constituição Federal.

11. *Qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão “competência funcional” prevista no art. 2º, da Lei 7.347/85, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova.*

12. O licenciamento pelo IBAMA (ou por órgão estadual, mediante seu consentimento expresso ou tácito) de obra ou empreendimento em que ocorreu ou poderá ocorrer o dano ambiental justifica, de plano, a legitimação para agir do Ministério Público Federal. Se há interesse da União a ponto de, na esfera administrativa, impor o licenciamento federal, seria no mínimo contraditório negá-lo para fins de propositura de Ação Civil Pública.

13. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1057878/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 21/08/2009, grifos acrescidos.)

Esta Terceira Seção, especificamente, apreciou a questão em julgado recentíssimo, da lavra do Des. Federal João Batista Moreira, também em sede de conflito negativo de competência extraído de ação civil pública:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USINA HIDRELÉTRICA ESTREITO. ALEGADO DANO AMBIENTAL. JUÍZO COMPETENTE. LOCAL DO DANO OU DA VARA ESPECIALIZADA. LEI N. 7.347/1985, ART. 2º. PREVALÊNCIA SOBRE O PROVIMENTO COGER N. 49/2010. AUMENTO DA EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. Perante a Subseção Judiciária de Imperatriz/MA, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face do IBAMA e outros “contra irregularidades no processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica Estreito”, requerendo-se “anulação das licenças prévia e de instalação”, “regularização do licenciamento ambiental” e indenização pelos danos causados ao meio ambiente.

2. De acordo com a Resolução PRESI n.600-005 deste Tribunal, de 13/07/2007, a Subseção Judiciária de Imperatriz/MA tem jurisdição sobre o município de Estreito/MA, local do empreendimento.

3. Ocorre que, devido à criação de vara especializada em matéria ambiental e agrária na Seção Judiciária de São Luís/MA, 8ª Vara, foram os autos redistribuídos a esse Juízo, em atenção ao Provimento COGER n. 49, de 28/06/2010, que “regulamenta a distribuição e a redistribuição de processos decorrentes da instalação da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária no Estado no Maranhão-SJMA especializada em matéria ambiental e agrária” (criada pela Lei n. 12.011/2009).

4. Dispõe a Lei n. 7.347/1985 (Ação Civil Pública) que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa” (art. 2º).

5. Na dicotomia local do dano vs vara especializada, o Ministério Público Federal privilegia o primeiro, à consideração de que “não se pode olvidar que a competência do local do dano foi fixada em lei, enquanto a competência das varas especializadas é produto de resolução, circunstância suficiente para privilegiar a primeira, em homenagem ao postulado da separação de poderes”.

6. Deve prevalecer, no caso concreto, o caráter funcional da competência do foro do local do dano, definido em lei, em contraposição ao Provimento

COGER n. 49/2010, pois, “considerando que o Juiz Federal... tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano” (STF, RE 228955/RS), sua proximidade com o evento danoso é providência que aumenta a eficiência da prestação jurisdicional.

7. Sobre a questão, decidiu o STJ: “Qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão ‘competência funcional’ prevista no art. 2º, da Lei 7.347/85, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova” (REsp 1057878/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/08/2009).

8. Nesse sentido também é a lição de Hely Lopes Meirelles: “A ação civil pública e as respectivas medidas cautelares deverão ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano (arts. 2º e 4º). E justifica a fixação do foro na comarca em que se der o ato ou fato lesivo ao meio ambiente ou ao consumidor pela facilidade de obtenção da prova testemunhal e realização de perícia que forem necessárias à comprovação do dano” (Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 179-180).

9. Ainda que se considere que o alegado evento danoso possa repercutir em outras áreas do Estado, ou fora dele, reúne melhores condições para instrução e julgamento da causa o juízo do local do dano, ou o mais próximo, nos termos do art. 2º da Lei n. 7.347/1985.

10. Conflito conhecido e provido para declarar competente o Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA, o suscitado.

(CC 0019527-84.2011.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Terceira Seção, e-DJF1, p. 5 de 25/07/2011, grifos acrescidos.)

Como bem ressaltado pelo Ministério Público Federal em seu parecer:

trata-se de competência funcional absoluta do juízo do local do dano, essencial para garantia da economia processual e celeridade, ante a facilitação da instrução probatória no local em que se encontra a área onde supostamente será construída a Usina Hidrelétrica após a devida obtenção do licenciamento ambiental, independente da criação de vara especializada na capital do Pará. (fls. 4/5 do parecer).

Pelo exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Subseção Judiciária de Altamira/PA, o suscitado.

É como voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória 0072234-63.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)
 Autor: Braskem S/A
 Advogados: Dr. Daniel Francis Strand
 Dr. Manoel Mota Fonseca
 Dra. Maria Cláudia Freitas Sampaio
 Dra. Fernanda Rocha Taboada Fontes
 Dra. Carolina Wanderley Landim
 Dra. Taís Mascarenhas Bittencourt
 Ré: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 10/10/2011, p. 38

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Verba honorária fixada em ação ordinária tributária sem fundamentação e em descompasso com o art. 20 do CPC. Feito admissível. Pedido procedente: Redução.

I. CPC (art. 485, V): a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei.

II. Ainda que, em primeiro olhar, se possa concluir que as sentenças e os acórdãos passíveis de questionamento pela via da ação rescisória sejam apenas aqueles que ostentem conteúdo de mérito, o que aparenta conspirar contra a admissão de demanda ventilando redução de honorários advocatícios, a leitura mais sistemática da jurisprudência do STJ evidencia que não é que não se possa ajuizar ação rescisória para majorar ou reduzir honorários advocatícios; tal leito apenas é incompatível com pleitos fundados (causa de pedir) em pura e simples pretensão de *injustiça de critérios*; se, porém, a causa de pedir – denotando violação ao art. 20 do CPC (*caput* e §§) – atina com alegação de que [a] a verba não foi fixada (omissão) ou [b] restou explicitada em aparente ofensa frontal aos critérios legais (considerada a realidade *objetiva* da demanda), ou, por fim, [b] foi delimitada sem qualquer fundamentação, a ação rescisória é meio próprio.

III. O acórdão embargado fixou os honorários advocatícios sem qualquer explicitação dos seus fundamentos, maltratando o art. 20, *caput* e §§, do CPC, e, ainda, o art. 93, IX, da CF/1988, tanto mais em feito que reúne *nota de singularidade* e no qual, até onde consta, dado o equívoco no dispositivo da sentença, a apelação da ré era, a bem dizer, dispensável, como anotou-se no voto-condutor, o que reduz a intensidade do labor e, de consequência, da remuneração do operador. Não se está dizendo da necessidade de fundamentação *extensa ou prolixa*, mas, sim, de alguma fundamentação hábil, ainda que, quando em vez, em nível lógico ou implícito.

IV. Reduz-se, a níveis compatíveis, razoáveis e proporcionais, sanando a violação a preceito de lei (art. 485, V, c/c art. 20, *caput* e §§, do CPC), os honorários fixados sem atenção aos vetores legais, notadamente porque quando a demanda em si é do tipo *estereotipada* (ensejando contestação e recurso padronizados) e sem importância a apelação, revelando que o montante dos honorários soa descompassado do *grau de zelo*, do *lugar de prestação do serviço* e da *natureza e importância da causa* (aliada ao tempo e dificuldades do advogado); as mesmas razões, aliada à celeridade da tramitação do feito, se estendem (*cum grano salis*) à rescisória.

V. Pedido rescisório procedente: acórdão rescindido em parte, honorários advocatícios reduzidos para 1% do valor da causa atualizado pelo INPC.

VI. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 21 de setembro de 2011, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, admitir a ação rescisória e, por maioria, julgar procedente o pedido para fixar os honorários advocatícios em 1% do valor da causa atualizado (INPC).

4ª Seção do TRF 1ª Região – 21/09/2011.

Juiz Federal *Renato Martins Prates*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates:
— Mediante ação rescisória ajuizada em 16/11/2010, Braskem S/A (sucessora de PPH – Companhia Industrial de Polipropileno), alegando violação literal a preceito de lei (art. 485, V, do CPC), pleiteou, formulando pedido de antecipação de tutela suspensiva do cumprimento de sentença, rescisão do acórdão do TRF1 em AC que dera provimento, em parte, ao apelo da FN para julgar improcedente o pedido formulado na AO 95.0000725-8/DF (compensação de prejuízos fiscais acumulados) e, ao final, inverteu os ônus sucumbenciais, imputando-lhe honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

A autora sustenta que, transitada em julgado a demanda, foi intimada (08/11/2010), sob pena da multa de 10% (art. 475-J/CPC), para pagamento em 15 dias da sobredita verba, que sustenta exorbitante (R\$ 1.223.058,72) porque, violando o § 4º do art. 20 do CPC, fora fixada *de forma aleatória*, sem apreciação eqüitativa. Argumenta que o patamar da verba não é razoável ou proporcional, tanto mais por se tratar de causa em que ausente condenação, devendo, assim, ser reduzido.

VC = R\$ 1.223.058,72. Trânsito em julgado em 23 abr. 2009. Custas (fl. 24: R\$ 1.915,38) e depósito prévio (R\$: 61.152,94) recolhidos.

Antecipada a tutela, para suspender o cumprimento da sentença (fl. 164), sem recurso, nestes termos:

4 - O art. 489 do CPC (atendidos os requisitos do art. 273 do CPC) permite ao julgador, se o caso, suspender a execução ou o cumprimento do julgado:

O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.”

5- Apesar de a autora ser, de fato, devedora da correspondente verba honorária (como mera inversão daquela antes imputada à FN) e tal fato ser indiscutível, dada sua condição de sucumbente na demanda originária, manter a eficácia imediata do julgado no contexto, em que ela ajuizou demanda

que será apreciada oportunamente pelo Colegiado, resultará em, no mínimo, prejuízo à rescisória.

Em contestação, a ré-FN (fl. 170/4) sustentou, em preliminar, o não cabimento da ação, que deve, pois, ser extinta (art. 267/CPC), porque manejada como “sucadâneo de recurso não interposto no momento oportuno”. Evocou precedente do STJ (REsp 1.105.134/PR) para afirmar que a demanda também não viceja porque objetiva redução de honorários, meros consectários, o que não atende ao *caput* do art. 485 do CPC, que exige “decisão de mérito”. Quanto à questão de fundo, argumenta que os honorários foram fixados em atenção aos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Com réplica (fl. 179/180), sem fatos novos, insistindo em que cabível a demanda (consoante julgados do STJ que cita, examinando a questão dos honorários pela via da ação rescisória), e procedente o pedido.

A FN não especificou provas; a autora aludiu a prova testemunhal, que (fl. 359) indeferi por não especificada nem justificada e, ainda, impertinente por se tratar de matéria eminentemente jurídica (sem recurso).

Sem razões das partes, que não especificaram outras provas.

A PRR opinou (fl. 216) pela extinção do feito (art. 267/CPC), pois a ação rescisória não se presta à *reapreciar a justiça ou injustiça* da decisão judicial rescindenda.

É o relatório.

Voto-Preliminar/Destaque*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates:
— Na ação primitiva (AO 95.0000725-8), ajuizada em janeiro/2005 para, em síntese, obtenção de ordem judicial de compensação da não inclusão, no cômputo do lucro real, dos prejuízos fiscais acumulados no ano-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado).

base de 1990 (derivado das diferenças percentuais entre as variações do INPC e da BTN-F), consignou-se o valor da causa como sendo de R\$ 4 milhões, sem oportuna impugnação.

A sentença foi de procedência do pedido, condenando-se a ré-FN em honorários de 10% da condenação (fl. 62/3: mar. 1998).

O acórdão (ora rescindendo), dando provimento, em parte, à apelação da FN e à remessa oficial, julgou improcedente o pedido, asseverando que, na verdade, o dispositivo da sentença estaria equivocado, pois nenhuma das pretensões da autora fora acolhida. Estipulou, ao final, sem agregar quaisquer fundamentos, que os honorários advocatícios a cargo da sociedade autora ficariam *estipulados em dez por cento do valor atualizado da causa*.

O CPC aponta que:

Capítulo IV – Da Ação Rescisória

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar literal disposição de lei;

Vê-se, pois, que as sentenças e acórdãos passíveis de questionamento pela via da ação rescisória são aquelas que ostentam conteúdo de mérito o que, em primeiro olhar, induz apressada conclusão de que, tratando-se de demanda objetivando novo julgamento quanto aos honorários advocatícios (consectários), a via seria imprópria.

A jurisprudência, todavia, conquanto vacilante, não é assim tão cartesiana, ora apontando em um rumo, ora noutra direção, consoante a *causa de pedir* da ação rescisória e a situação fático-jurídica do processo de onde se originou o *decisum* rescindendo).

O STJ (REsp 1.099.329/DF, rel. p/acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, T3, Dje 17/05/2011), por exemplo, entende, no julgado mencionado que:

Em sede de ação rescisória, há possibilidade de reforma não apenas de questões relativas ao mérito (questões principais), como também em relação a questões acessórias, como honorários advocatícios. Possibilidade de ajuizamento de ação rescisória para discussão de questão (verba honorária) que não tenha sido objeto de anterior irresignação recursal. Trata-se de hipótese em que o tema dos honorários não foi objeto de anterior debate recursal.

Mais recentemente (25/05/2011) e por outro órgão colegiado (S1, competente em tema tributário), o STJ (AR 3840/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques), porém, afirmando correto, do ponto de vista formal, o

julgado rescindendo (recurso especial) ter revisado os honorários advocatícios, e afirmando a inadequação da via para corrigir supostas distorções ou injustiças na fixação dos honorários, fato não caracterizado do art. 485, V, do CPC:

[...]. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. SUPOSTA VIOLAÇÃO LITERAL DO ART. 20 DO CPC. HONORÁRIOS [...] FIXADOS NO 1º PROCESSO (QUE TRANSITOU EM JULGADO). REDUÇÃO EM SEDE DE RESP [...] NOS AUTOS DE AÇÃO RESCISÓRIA. TÉCNICA DE JULGAMENTO DE RESP QUE NÃO CARACTERIZA [...] OFENSA AO ART. 20 DO CPC. PRETENSÃO DE SE DISCUTIR A JUSTIÇA DA DECISÃO RESCINDENDA, QUE LEVOU EM CONSIDERAÇÃO CRITÉRIOS DE EQUIDADE. IMPOSSIBILIDADE, EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA.

1. [...] a jurisprudência desta Corte, em inúmeros julgados, admite a revisão do valor relativo aos honorários advocatícios, em sede de recurso especial, quando fixada a verba honorária em valor irrisório ou excessivo, para que seja observado o juízo de equidade [...].

[...]

3. [...], “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”. [...]. Assim, o fato de a verba honorária na demanda rescisória superar o montante da verba honorária fixado no primeiro processo não caracteriza violação literal ao art. 20 do CPC. [...].

4. *Além disso, o exame da presente ação rescisória deve levar em consideração o pedido nela contido — condenar-se o INSS, no primeiro processo, ao pagamento de honorários advocatícios de 5% sobre o valor fixado para a causa originária —, ou seja, a pretensão é tão-somente para que seja revisto o critério de justiça adotado pelo acórdão rescindendo. Entretanto, a ação rescisória não serve para reapreciar a justiça ou injustiça da decisão rescindenda.*

5. Ação rescisória improcedente.

Dito isso, resta claro que não é que não se possa ajuizar ação rescisória para majorar ou reduzir honorários, mas, sim, que tal leito é incompatível com pleitos fundados (causa de pedir) em pura e simples pretensão de *injustiça de critérios*; se, contudo, na inteligência da posição do STJ, a causa de pedir atina com alegação de que [a] a verba não foi fixada (omissão) ou [b] restou explicitada em aparente ofensa frontal ao art. 20 do CPC (considerada a realidade *objetiva* da demanda), ou, por fim, [b] foi delimitada sem qualquer fundamentação, a ação rescisória é meio próprio.

Pelo exposto, admito a ação rescisória.

É como voto.

Voto-Mérito

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: — Lendo-se o acórdão embargado (relatório, votos e ementa), conclui-se que a fixação dos honorários advocatícios se deu *sem qualquer explicitação dos seus fundamentos*, o que maltrata, de fato, o art. 20, *caput* e parágrafos, do CPC, e, ainda, o art. 93, IX, da CF/1988 (dever constitucional de motivação expressa), tanto mais em feito que reúne *nota de singularidade* e no qual, até onde consta, dado o equívoco no dispositivo da sentença, a apelação da Fazenda era, a bem dizer, dispensável, como anotou-se no voto-condutor (fl. 76), o que reduz a intensidade do labor e, de consequência, da remuneração do operador de direito:

Por conseguinte, declarando a constitucionalidade da substituição do BTNF pelo IPC, e afastada a possibilidade de condenação quanto à postergação da compensação de créditos, a União efetivamente em nada é sucumbente na presente lide, donde o pedido formulado na Inicial deve ser considerado improcedente e a sucumbência invertida.

Não se está dizendo da necessidade de fundamentação *extensa ou prolixa*, mas, sim, de alguma fundamentação hábil, ainda que, quando em vez, em nível lógico ou implícito.

Os honorários como fixados, da ordem de R\$1,22milhões não atendem, dito isso, aos vetores do CPC, notadamente porque a demanda em si é do tipo *estereotipada* (ensejando contestação e recurso padronizados), revelando que o montante dos honorários soa descompassado do *grau de zelo*, do *lugar de prestação do serviço* e da *natureza e importância da causa* (aliada ao tempo e dificuldades do advogado); é ler-se:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...].

§3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior

Dado o valor atualizado da causa para hoje (da ordem de R\$13,5milhões), consideradas as especificidades da demanda (matéria-padrão e apelação desimportante à luz do conteúdo da sentença recorrida) e a posição jurisprudencial da S4/TRF1, a verba honorária merece redução, para que sanada a violação literal (art. 485, V do CPC) ao art. 20 do CPC: honorários reduzidos para 1% do valor atualizado (INPC) da causa; pelas mesmas razões, em sentido inverso, e dada a celeridade a que se imprimiu à rescisória, a verba honorária aqui se fixa em patamar inferior.

Pelo exposto, *julgo* procedente o pedido rescisório para *rescindir*, em parte, o julgamento havido na AC 1998.01.00.053639-7/DF apenas no ponto da fixação dos honorários advocatícios; de consequência, em rejuízo, *fixo-os* em 1% do valor da causa atualizada pelo INPC.

Na rescisória, custas pela ré em ressarcimento, que pagará honorários advocatícios de 0,5% do valor da causa atualizado pelo INPC.

Autorizo a autora a, após o trânsito em julgado, *levantar* o depósito prévio (art. 488, II, do CPC).

É como voto.

Voto-Vogal Preliminar (vencido)

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — Senhor presidente, peço licença ao ilustre relator para dele discordar porque o art. 485 do Código de Processo Civil é muito claro ao especificar que só cabe ação rescisória contra sentença de mérito transitada em julgado. Evidentemente, os honorários de advogado não fazem parte da sentença de mérito.

De outro lado, da forma como foi posta, parece-me que se está querendo corrigir uma injustiça que talvez tenha sido cometida na sentença, e a injustiça da sentença ou a má apreciação da prova não autorizam ação rescisória. E nós temos a apoiar tal entendimento a Revista Trimestral de Jurisprudência 125/928; Revista dos Tribunais 141/236, 623/68, 707/139, 711/142 e 714/177 e Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 107, 366, 115 e 214.

Com essas considerações, não admito a ação rescisória na espécie.

Voto-Vogal Mérito (vencido)

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — Senhor Presidente, volto a insistir que o que se quer discutir aqui não é a violação literal de lei, mas, simplesmente, a justiça e a injustiça da condenação. A autora da rescisória achou, perfeitamente justo, e compatível com o serviço quando esses mesmos honorários lhe foram fixados em 1ª instância; de repente, como num passe de mágica, eles passaram a ser exorbitantes quando o Tribunal, dando provimento ao recurso, simplesmente, inverteu a sucumbência. Então, não entendo por que, quando a beneficiam, os honorários são compatíveis com o trabalho e são justos, e, quando lhe causam ônus, passam a ser exorbitantes.

A autora alega que o valor dos honorários é excessivo; só não disse a razão pela qual os considera excessivos. O valor de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) poderia parecer muita coisa. Contudo, não devemos perder de vista que o valor da causa é de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais). Não me impressiona o fato de se dizer que a causa é comum, que a causa é corriqueira, porque o trabalho do advogado é sempre o mesmo: ele tem que vigiar a atuação do advogado da parte contrária, do juiz e do escrivão; é uma causa como outra qualquer. O fato de ela ser uma causa que se poderia dizer corriqueira não diminui seu trabalho, que continua o mesmo. Aqueles que, como eu, durante muitos e muitos anos, sem as benesses do computador — em que basta apertar um botão e se tem toda a situação da causa, foi obrigado, cotidianamente, e hoje isso ainda ocorre, apesar do computador, senão não se consegue que o processo ande —, *a bater com a barriga no balcão*, sabem a importância dos honorários de advogado.

Ora, reduzir os honorários de advogado de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) para R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) numa causa de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), sem dúvida, é aviltá-los. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido, reiteradamente, que os honorários de advogado não podem ser aviltados; tanto que permite que sejam fixados em valores superiores, às vezes, duas, três vezes o valor da causa. Há não muito tempo, o próprio Superior Tribunal de Justiça elevou a percentagem de honorários de advogado, que tinham sido fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para R\$ 1.500.000,00

(um milhão e quinhentos mil reais), exatamente, para evitar esse aviltamento.

A autora não disse — eu não vi, pelo menos, e não pude deduzir do memorial que me foi apresentado — onde estaria a violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Todo mundo sabe que a fundamentação, em matéria de honorários de advogado, é decorrência do que ocorre no processo, salvo se o recurso for, especificamente, em relação a eles, e, no caso, não é; tanto que, como noticiou o senhor relator, não houve nem recurso nessa questão. Eles são fixados em um parâmetro estipulado no próprio art. 20, em que já é incluso o parâmetro fixado ali e todas as suas especificidades: local do trabalho, demora na condução do processo e outros pormenores que ali estão. E, simplesmente, a autora entrou com essa rescisória como uma aventura, na base do *se pegar, pega; se não pegar, paciência*. Não pude depreender da fundamentação do senhor relator nenhuma razão para que esses honorários fossem reduzidos ou que houvesse a violação do art. 20. O próprio relator encontrou dificuldade em arranjar-lá. Por quê? Porque é de caráter, eminentemente, subjetivo. O motivo maior de que é, eminentemente, subjetivo é que, quando os honorários favoreceram a autora, ela concordou com eles; tanto que não houve recurso; ela não recorreu da fixação; quando foram alterados na inversão, passaram a ser exorbitantes. Então, é questão de justiça ou injustiça da condenação, portanto, meramente, subjetiva, e não se pode desfazer uma decisão transitada em julgado por simples sentido de justiça ou injustiça porque, se assim ocorrer, jamais se poderá ter segurança jurídica em relação a qualquer matéria e, principalmente, em relação a honorários de advogado. Se houvesse, pelo menos, alguma indicação de violação ou a razão da violação, se, por exemplo, o juiz ou o tribunal tivesse fixado, numa causa de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), os honorários em 25%, 30%, 50%, estaria fora dos parâmetros, haveria realmente a violação, mas ele fixou dentro dos parâmetros do art. 20, fixou em 10% sobre o valor da causa. Logo, 10% sobre o valor da causa pouco importa, o que interessa é o valor da causa, e o valor da causa não foi atribuído pela ré. A autora, na ocasião em que ajuizou a ação, foi quem deu o valor. Portanto, se o valor econômico perseguido na demanda foi em torno de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), tem que suportar os ônus da sucumbência, que foram fixados equitativamente pelo juiz em 10%. Se eu estivesse julgando esta causa, não fixaria em 10% — acho que o juiz foi parcimonioso —, mas em, pelo menos, 15% porque entendo, ao contrário do que muitos pensam, que os honorários de advogado não

são gratificações, nem benesses, mas remunerações pelo trabalho desenvolvido. Muitos advogados vivem, única e exclusivamente, dos seus honorários. Se passarmos a reduzir os honorários com simples alegações subjetivas, e essas alegações encontrarem guarida no campo de uma rescisória, ou seja, com a força de afastar uma decisão transitada em julgado, os advogados podem procurar outra profissão e utilizar a advocacia, tão somente, como *bico*, na certeza de que o que receberão como honorários não será jamais remuneração pelo seu trabalho, mas, apenas, uma gratificação pelo exercício da profissão ou, como prescreve a Constituição Federal, pela colaboração essencial à Justiça, apenas isso, independentemente, do valor da causa.

O valor da causa não foi fixado pela ré, volto a frisar, mas pela autora, que poderia levantar o problema: foram estabelecidos em R\$ 1.200.000,00 (um milhão e

duzentos mil reais) porque o valor da causa foi de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), mas os R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais) foram fixados pela própria autora. Portanto, Excelência, seria forçar demais querer reduzir os honorários de advogado para R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), aviltando o trabalho do causídico. Pouco importa quem seja a parte, se é órgão público ou parte privada. Aqui, para efeito de honorários, parte é parte, independentemente, da sua natureza. Não podemos nos esquecer de que quem está tentando esta rescisória é uma empresa fortíssima e poderosíssima e que está se utilizando do Judiciário para deixar de pagar a justa remuneração do trabalho do advogado, escondendo-se atrás de uma rescisória de duvidosa procedência.

Assim, peço licença ao ilustre relator para dele discordar e julgar improcedente o pedido.

Primeira Turma

Numeração única: 0017995-90.2007.4.01.3500

Apelação Cível 2007.35.00.018048-5/GO

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques
Apelante: Eliane Leão
Advogados: Dra. Denise Silva Dias de Pina e outros
Apelada: Universidade Federal de Goiás – UFG
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 30/09/2011, p. 307

Ementa

Administrativo. Abono de permanência. Termo inicial. Aposentadoria proporcional. Emenda Constitucional 41/2003. Requisitos. Não cumpridos. Efeitos retroativos. Impossibilidade.

I. “A contagem do tempo de afastamento decorrente de licença para interesse particular [...] vai de encontro à nossa Carta Magna, que veda a contagem de tempo ficto nos casos de aposentação de servidores públicos, nos termos do seu art. 40, § 10º.” (STJ, RMS 13.140/GO, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 12/06/2006.)

II. *In casu*, não há como reconhecer o direito ao abono de permanência retroativo à data da publicação da Emenda Constitucional 41/2003, pois a autora não cumprira todos os requisitos necessários à concessão da aposentadoria proporcional.

III. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 03/08/2011.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Trata-se de apelação interposta por Eliane Leão contra a r. sentença de fls. 54–57 proferida pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que julgou improcedente o pedido, cujo objetivo é a declaração do direito “[...] de receber as diferenças vencimentais relativas ao abono permanência retroativamente à data de 26/12/2003 até 15/05/2007”, bem assim a condenação da Universidade Federal de Goiás (UFG) a pagar à autora as referidas diferenças, devidamente atualizadas e acrescidas de juros moratórios a partir da citação.

Sustenta a apelante, em síntese, que o fato de ter recolhido ao INSS o valor das contribuições relativas ao período de afastamento, ocorrido entre 05/08/1997 e 24/02/1998, não lhe retiraria o direito à retroação dos efeitos financeiros decorrentes do pedido de abono de permanência, pois já teria preenchido todos os requisitos legais para a concessão de aposentadoria voluntária proporcional em 26/12/2003.

Contrarrazões apresentadas às fls. 73–80.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Inicialmente, cabe ressaltar que o abono de permanência foi solicitado pela autora em 27 de abril de 2007, com pedido de efeitos retroativos a partir da data em que completou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, conforme documento à fl. 11.

Todavia, conforme Portaria 1.207, de 25 de maio de 2006, à fl. 13, fora proferido acórdão pela Segunda Turma deste Tribunal nos autos da Apelação Cível 1999.35.00.014275-3, que negou provimento à apelação da autora para ver averbado como tempo de serviço o período de 05/08/1997 a 24/02/1998 em que permaneceu em frequência a curso de pós-graduação na Universidade de Auburn, Alabama, EUA, tendo o voto-condutor do referido acórdão as seguintes razões de decidir:

[...]

No mérito, observo que a discussão cinge-se em saber se a autora deve ter reconhecido como tempo de serviço o período em que permaneceu no

exterior em frequência a curso de pós-doutorado na Universidade de Auburn, Alabama, EUA.

Observa-se dos autos que a autora cursou Doutorado no período de 01º/03/93 a 30/06/96, sendo 02 anos na Unicamp e o restante na Purdue University School of Education, EUA, o que é atestado pelos documentos de fls. 157/160.

Em 23/12/96 a autora formulou novo pedido de afastamento, dessa vez para desenvolvimento de projeto de pesquisa, com bolsa de pós-doutorado do CNPq, junto a Universidade de Auburn. A pretensão, entretanto, foi indeferida pela Escola de Música da UFG em 20/02/97.

Diante do indeferimento, a autora requereu licença-prêmio por assiduidade, nos termos do art. 87 da Lei nº 8.112/90, o que lhe foi deferido para o período de 03/03 a 02/06/97. Com a licença conferida, iniciou ela o seu curso de pós-doutorado.

Conforme deixa a autora bem claro em sua petição inicial, findo o período de licenciamento não retornou ela às suas funções, motivo pelo qual foi instaurado Processo Administrativo Disciplinar por abandono de cargo.

É absolutamente insubsistente a tese da autora na qual afirma que no período em que permaneceu afastada das suas funções, sem autorização da unidade que prestava serviço, estava representando a UFG no exterior. Ora, a representação pressupõe que a instituição a ser representada anua com a situação. O simples fato de ser a autora docente da requerida não implica que todas as atividades extracurriculares sejam realizadas em favor desta.

O art. 95 da Lei nº 8.112/90 estabelece requisito para o afastamento do servidor do País para estudo, que é a autorização do chefe do Poder a que está vinculado.

Entretanto, na hipótese em tela, o que se tem é situação inteiramente diversa. A autora, mesmo diante da recusa da UFG em lhe conceder licença para mais um curso de pós-graduação, houve por bem se afastar das funções que lhe competiam.

É sabido que a concessão de licenças desse jaez encontra-se sujeita à inteira discricionariedade da Administração, não se consubstanciando em direito subjetivo do servidor. Se o afastamento pretendido foi negado, cumpria a autora ter retornado imediatamente às suas funções assim que esgotada a licença-prêmio.

É certo que a requerente alega a existência de problemas conjugais que lhe impediram de retornar ao país. Entretanto, se tal fato realmente existiu – uma vez que nenhuma prova foi apresentada nesse sentido – decorreu inteiramente da incuria da autora. Ademais, tais alegações já beneficiaram por demais a servidora, posto que o Processo Administrativo Disciplinar instaurado não concluiu pelo abandono do cargo justamente em virtude das propaladas ameaças de morte que dizia sofrer.

¹ Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão e Néviton Guedes.

Na verdade, a situação foi gerada única e exclusivamente pelo comportamento antecedente da servidora que, mesmo diante do indeferimento do pedido de licença para cursar o pós-doutorado, serviu-se de uma licença-prêmio, a que tinha direito, para iniciar os seus estudos que, de antemão, já sabia não ser possível concluir ante a imperiosa necessidade de reassumir o seu trabalho junto a Escola de Música da UFG.

Me parece, em verdade, que a requerente acreditou que, diante da situação consolidada, ou seja, iniciado o curso, a ré, revendo a negativa inicial, lhe concederia a licença pretendida.

Se não foi essa a intenção da autora, com certeza preferiu ela, diante da oportunidade ímpar, correr os riscos advindos do não retorno ao Brasil a perder a chance de cursar o pós-doutorado. Nessas condições, deve ela arcar com as conseqüências próprias da situação que, diga-se de passagem, foram bastantes tênues, uma vez não ter a Administração reconhecido o abandono de cargo, conforme art. 132, inc. II da Lei nº 8.112/90.

Reconhecer a procedência do pedido seria permitir ao servidor desprezar as decisões sujeitas à discricionariedade da Administração segundo sua conveniência e interesse pessoal, relegando o interesse público para um segundo plano.

Na melhor das hipóteses, já que a comissão disciplinar concluiu pela não configuração do abandono de cargo, é de se interpretar a ausência da autora ao serviço como licença para trato de interesses particulares, conforme art. 91 c/c art. 102 e 103, todos da Lei nº 8.112/90, o que não gera direito a contagem de tempo de serviço e nem tampouco a remuneração.

Destarte, verifico que a autora, embora tenha recolhido contribuições para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) no período de 1º/08/1997 a 28/02/1998, conforme documentos às fls. 7–8, esta não tinha condição de segurada no aludido período, haja vista estar frequentando curso de pós-graduação na Universidade de Auburn, Alabama, EUA.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é vedada a contagem de tempo ficto decorrente de licença para tratar de assuntos de interesse particular, senão vejamos:

Previdenciário. Aposentadoria. Contagem do tempo de afastamento decorrente de licença para interesse particular. Impossibilidade. Inconstitucionalidade do § 2º do Art. 20 do ADCT da Constituição do Estado de Goiás. Recurso provido

(STF, RE 227.158, Tribunal Pleno, relator Min. Ilmar Galvão, relator p/ acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 22/11/2000, DJ de 06/08/2004.)

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE LICENÇA POR INTERESSE PARTICULAR PARA FINS DE APOSENTADORIA. TEMPO FICTÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. PARÁGRAFO 2º DO ART. 20 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS. DISPOSITIVO JULGADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A contagem do tempo de afastamento decorrente de licença para interesse particular, prevista na Constituição Estadual de Goiás, vai de encontro à nossa Carta Magna, que veda a contagem de tempo ficto nos casos de aposentação de servidores públicos, nos termos do seu artigo 40, § 10º.

2. Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, quando do julgamento do RE n.º 227.158-8/GO, Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim, declarou inconstitucional o § 2º do art. 20 do ADCT da Constituição Estadual de Goiás, que dava suporte à pretensão recursal. Ausência de direito líquido e certo.

3. Recurso desprovido.

(STJ, RMS 13.140/GO, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 12/06/2006.)

Portanto, observo que a autora não possuía todos os requisitos para a concessão de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição quando da publicação da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, pois não possuía 25 anos de contribuição até 30/12/2003, faltando-lhe 204 (duzentos e quatro) dias para cumprimento do referido requisito, o que impossibilita o reconhecimento do direito à retroação dos efeitos financeiros.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0005500-96.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.005503-0/DF

Relatora:	Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelantes:	Renaud da Rocha Bueno e outros
Advogados:	Dr. Fábio Soares Janot e outros
Apelante:	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
Advogados:	Dr. César Harasymowicz e outros
Apelante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Apelante:	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador:	Dr. Adriano Antônio de Sousa
Apelados:	os mesmos
Remetente:	Juízo Federal da 3ª Vara/DF
Publicação:	e-DJF1 de 07/10/2011, p. 219

Ementa

Administrativo. Servidor público. Reposicionamento funcional. Classe inferior. Inocorrência de prescrição. Redução de vencimentos. Obrigatoriedade de instauração de processo administrativo. Restituição ao erário. Desnecessidade. Verba alimentar percebida de boa-fé.

I. Não tendo transcorrido cinco anos entre a data de edição da Lei 9.784/1999 e a data em que a Administração comunicou a revisão nos proventos dos autores, não está configurada a decadência.

II. A supressão de vantagem, por mais relevantes que sejam os motivos, ainda que sob o impulso do dever de a Administração anular atos ilegais, tal conduta, por estancar, abruptamente, efeitos de caráter patrimonial verificáveis há anos, deveria inexoravelmente ser antecedida, lógica e curialmente, do devido processo legal, o que não ocorreu na espécie.

III. Recebido de boa-fé pelos autores, tendo em vista que o pagamento foi efetuado pela Administração sem a participação deles, em decorrência de erro, como claramente ficou demonstrado nos autos, fica afastada a necessidade de restituição ao erário dos valores recebidos, em razão do enquadramento funcional incorreto, que gerou diferenças a maior.

IV. Fazem jus os autores ao restabelecimento da situação funcional original, até que lhes seja assegurado o direito ao devido processo legal, com as garantias da ampla defesa e do contraditório, e a restituição das diferenças provenientes da redução dos vencimentos, que lhe foram descontadas, corrigidas e acrescidas de juros de mora.

V. Apelação da União, do INSS, da ECT e dos autores desprovidas.

VI. Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento às apelações e dar parcial provimento à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 04/04/2011.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Renaud da Rocha Bueno e outros propuseram ação ordinária contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, o INSS e a União Federal, a fim de que

[...] seja acolhida a preliminar de decadência do ato administrativo de revisão das aposentadorias” ou, em caso contrário, “seja julgada a presente ação para reconhecer a ilegalidade da alteração procedida no enquadramento funcional e, conseqüentemente, a ilegalidade dos descontos, condenando-se os réus a restituírem aos autores os valores indevidamente reduzidos e descontados.

Sentença proferida pelo juízo federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, afastando a decadência pleiteada e a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo INSS e pela União, julgou procedente o pedido para,

[...] reconhecendo a ilegalidade do ato questionado, condenar os réus a restituírem aos autores os valores porventura descontados a esse título de seus benefícios previdenciários, monetariamente corrigidos, conforme definido na Lei 6.899/1981 e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação.

Condenou, ainda, os réus ao pagamento de honorários advocatícios, que fixou em 5% sobre o valor da condenação, *pro rata* (fls. 253-263).

Apelam os autores (fls. 266-268) do percentual de honorários advocatícios, pedindo que sejam fixados entre 10% e 20% sobre o valor da condenação.

Apelam também a ECT (fls. 271-286), a União (fls. 292-296) e o INSS (fls. 299-304), sustentando o direito de a Administração anular o ato de enquadramento, com os mesmos argumentos expendidos nas contestações, pleiteando a reforma do julgado.

Contrarrazões dos autores, da União e do INSS a fls. 307-315, 318-321 e 323-324, respectivamente.

Custas pagas.

Houve remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido de ilegalidade das alterações

efetuadas nos proventos dos autores, condenando os entes públicos à devolução dos valores descontados.

Os autores, aposentados celetistas da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo se integrado aos seus quadros até 31 de dezembro de 1976, originários do extinto Departamento de Correios e Telégrafos, passaram a receber complementação da aposentadoria paga pela Previdência Social, por força da Lei 8.529/1992. Todavia, passados mais de cinco anos, foram comunicados pela ECT que após revisão realizada nos processos dos aposentados e pensionistas, constatando “*supostos equívocos relacionados a referência salarial, posicionamento e valores de função*”, “*seria providenciado um complemento negativo*”, pelo que foi determinada a redução dos benefícios, além de um desconto mensal incidente sobre o valor da complementação devida pela União e paga pelo INSS.

Em síntese, os autores além de sofrerem redução em seus proventos, em razão de revisão nos enquadramentos, passaram a descontar a título de reposição ao erário, os valores supostamente pagos a maior.

A sentença julgou procedente o pedido por entender que não foi assegurado aos autores o devido processo legal.

O exame da questão envolve os seguintes pontos: a decadência do direito de a Administração modificar a situação funcional do servidor passados mais de cinco anos da data em que se deu o referido fato, o direito de não ter descontado de sua remuneração verba indevida percebida de boa-fé e o direito à garantia do devido processo legal na supressão de vantagem.

Quanto à decadência, nos termos da orientação estabelecida no âmbito da Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a interpretação final em matéria de legislação infraconstitucional, o art. 54 da Lei 9.789/1999, que regula a prescrição administrativa, *deve ter aplicação a partir de sua vigência* (DOU de 1º/02/1999), e não a contar da prática dos atos eivados de ilegalidade, realizados antes do advento do referido diploma legal.

Assim, considerando que o ato que beneficiou os autores ocorreu antes da edição da Lei 9.784/1999, a contagem do prazo prescricional para anulação do referido ato começou a correr a partir dessa data, não havendo se esgotado nas datas em que começaram a se efetivar as revisões, em 1999, 2000 e 2001, como corretamente decidiu a sentença.

Agiu com acerto a ilustre julgadora de primeiro grau quando decidiu pela impossibilidade de revisão

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti e Mônica Sifuentes.

dos proventos sem a observância do devido processo legal.

De fato, a supressão de vantagem, por mais relevantes que sejam os motivos, ainda que sob o impulso do poder-dever de a Administração anular atos ilegais, tal conduta, por estancar, abruptamente, efeitos de caráter patrimonial verificáveis há anos, deveria inexoravelmente ser antecedida, lógica e curialmente, do devido processo legal, o que não ocorreu na espécie.

Como se sabe, a garantia constitucional em seu sentido processual, insere no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que tem como consectários a ampla defesa e o contraditório, exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, não atue de maneira abusiva ou arbitrária para garantia da legitimidade de seus atos.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial do Colendo Supremo Tribunal Federal, da qual podemos aplicar analogicamente à hipótese dos autos a Súmula Vinculante 3, *in verbis*:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Portanto, não pode a Administração apoiar-se em seu poder-dever de revisão em louvor à legalidade e, unilateralmente, rever situações consolidadas. Antes, deveria instaurar procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, tendente a ajustar a situação alegadamente ilegal.

Este Tribunal também tem se posicionado na mesma linha de entendimento, conforme se vê das ementas abaixo transcritas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPRESSÃO DE PARCELA DE APOSENTADORIA - ALEGAÇÃO DE ERRO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - SENTENÇA MANTIDA.

1. A garantia constitucional ao devido processo legal exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, não deve atuar de maneira abusiva ou arbitrária para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica.

2. A supressão de parcela dos vencimentos da impetrante, sob a alegação de erro administrativo somente pode ser feita após regular procedimento administrativo em que seja assegurado o direito

à ampla defesa com os recursos a ela inerentes. Precedentes (AC 1997.01.00.041074-3/PI, rel. Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo (convocado), publ. no *DJ-II* de 04/09/2000, p. 8) e (AC 2000.01.00.037034-4/PI, rel. Des. Federal Assuete Magalhães, publ. no *DJ-II* de 30/06/2000, p. 51).

3. Apelação e remessa oficial, às quais se nega provimento.

(AMS 2001.38.00.010281-1/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, *e-DJF1* p. 328 de 08/04/2008).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SUPRESSÃO DE PARCELA DE PROVENTOS. NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Tribunal e do eg. STJ, na esteira de precedentes do col. STF, que levaram à edição da Súmula nº 473, reconhece que é facultado à Administração anular os próprios atos, quando ilegais, ou revogá-los, por razões de conveniência e oportunidade.

2. A redução de vencimentos só pode ser efetuada após assegurado ao servidor o direito de defesa, por aplicação do disposto no art. 3º, inciso III, da lei nº 9.784/99, segundo o qual é direito do administrado “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

[...]

(AC 2000.34.00.029700-2/DF, rel. Des. Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, *e-DJF1*, p. 68, de 21/01/2010).

Por outro lado, a questão da devolução ao erário de valores recebidos por servidor encontra-se pacificada segundo a firme jurisprudência desta Corte e do STJ no sentido de que, para que a percepção de verba indevidamente paga não imponha o ônus da restituição, é necessária a ocorrência simultânea de três circunstâncias: a) que o servidor tenha percebido as sobreditas verbas de boa-fé; b) que ele não tenha concorrido para a sua percepção e c) que o pagamento efetuado tenha decorrido de erro da Administração na interpretação da norma aplicável ao caso concreto.

Transcrevo, nesse passo, os seguintes precedentes, adotando como razões de julgar as diretrizes neles contidas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO ATO QUE SUPRIME O PAGAMENTO DE VANTAGENS. ATO ADMINISTRATIVO DE EFEITO CONCRETO. DECADÊNCIA. SERVIDOR. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. VERBA ALIMENTAR PERCEBIDA DE BOA-FÉ.

[...]

4. Decorrendo o pagamento de ato da administração e havendo boa-fé do servidor, não se mostra necessária a devolução ao erário da verba de natureza alimentar indevidamente percebida.

5. Prejudicada a Apelação das Impetrantes, em face da decadência operada.

6. Apelação da UFMA desprovida.

7. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida.

(TRF1, AMS 2001.37.00.006435-0/MA, rel. Des. Federal Neuza Alves, Segunda Turma, DJ de 31/05/2005, p. 27).

MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. LESÃO DE TRATO SUCESSIVO. ADMINISTRATIVO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. BOA-FÉ.

1. Em se cuidando de reposição ao Erário, mediante descontos mensais, a lesão se renova mês a mês, nada importando, para fins de decadência, o tempo do ato administrativo que ordenou a restituição dos valores pagos indevidamente ao servidor público.

2. “Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiado.” (REsp 645.165/CE, rel. Min. Laurita Vaz, in DJ 28/03/2005).

3. Ordem concedida.

(STJ, MS 10.740/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 09/08/2006, DJ 12/03/2007 p. 197).

De fato, os princípios da segurança das relações jurídicas, da boa-fé, da confiança e da presunção de legitimidade dos atos administrativos justificam a adoção dessa linha de raciocínio, porque confiando o servidor ou o pensionista deste na regularidade do pagamento operacionalizado pela administração, passam eles a dispor dos valores percebidos com a firme convicção de estar correta a paga implementada, de que não há riscos de virem a ter que devolvê-las.

Logo, recebido esses valores de boa-fé, tendo em vista que foram efetuados sem a participação dos beneficiários, unicamente em decorrência de erro da Administração, como claramente ficou demonstrado nos autos, fica afastada a necessidade de restituição ao erário dos valores recebidos a esse título.

Assim, fazem jus os autores ao restabelecimento dos proventos nos moldes em que vinham recebendo, até que lhes seja assegurado o direito ao devido processo legal, com as garantias da ampla defesa e do contraditório. Fazem jus, ainda, a restituição das diferenças provenientes da redução dos vencimentos que lhe foram descontadas desde dezembro de 2002 corrigidas e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária obedecerá às normas fixadas pela Lei 6.899/1981, conforme disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, desde o momento em que cada prestação se tornou devida.

Os juros de mora, no entanto, devem ser reduzidos ao percentual de 0,5%, devendo fluir a partir da citação para as prestações a ela anteriores e da data dos respectivos vencimentos, no tocante às posteriormente vencidas.

Quanto à fixação dos honorários advocatícios, também merece ser mantida a sentença. Este Tribunal tem entendido que, quando se trata de causa singela, que versa sobre matéria repetida e eminentemente de direito, não exigindo maior esforço e tempo do profissional a fixação da verba honorária em 5% (cinco por cento) do valor da condenação se revela suficiente para a condigna remuneração dos patronos dos autores, combinando-se o critério estatuído no § 3º com o § 4º do art. 20 do CPC.

Em face do exposto, *nego* provimento à apelação da União, do INSS, do ECT e dos autores; dou parcial provimento à remessa oficial para reduzir os juros de mora ao percentual de 0,5%.

É o voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0003583-85.2002.4.01.4000

Apelação Criminal 2002.40.00.003584-6/PI

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
 Apelante: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Marco Tulio Lustosa Caminha
 Apelado: João Batista Andrade da Fonseca
 Defensora: Defensoria Pública da União
 Publicação: e- DJF1 de 23/09/2011, p. 98

Ementa

Penal e Processo Penal. Apropriação indébita previdenciária. Art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal. Crime omissivo formal. Desnecessidade de demonstração de dolo específico. Materialidade e autoria comprovadas. Provas de graves e profundas dificuldades financeiras da empresa gerida pelo réu. Inexigibilidade de conduta diversa. Prova idônea. Apelação desprovida. Manutenção da absolvição.

I – Não há *abolitio criminis*, por ter o art. 3º da Lei 9.983, de 14/07/2000, revogado o art. 95 da Lei 8.212/1991, pois o tipo penal, descrito anteriormente, passou a ser previsto, de maneira idêntica, no art. 168-A do Código Penal, acrescentado pela referida Lei 9.983/2000. Precedentes jurisprudenciais.

II – Na esteira do entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *AgRg no Inq 2537/GO* (rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, unânime, em 10/03/2008, *DJe* de 13/06/2008), diversos julgados das Turmas que compõem a 2ª Seção do TRF/1ª Região (*inter plures*: RSE 2006.34.00.023860-1/DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-*DJF1* de 07/11/2008, p. 62; ACR 2001.36.00.006738-6/MT, rel. Juíza Federal convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-*DJF1* de 03/11/2008, p. 77) passaram a considerar o delito do art. 168-A do Código Penal como *delito omissivo material*, e não simplesmente formal, exigindo-se, para a sua configuração, a constituição definitiva do correspondente crédito tributário.

III – Conquanto a matéria tenha sido apreciada e julgada, à época (em 2008), pelo Plenário do colendo STF, conforme esclarece o voto condutor da eminente Min. Cármen Lúcia, no julgamento do *HC 96.902-8/SP*, o fundamento, efetivamente acolhido por todos os ministros que participaram daquele julgamento, para declararem a necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário, como condição para a persecução penal, no caso específico, não autoriza a implementação do mesmo entendimento a todos os casos de apropriação indébita previdenciária, razão pela qual o mencionado julgado tornou-se precedente isolado, não sendo este, inclusive, o posicionamento atualmente adotado pela 1ª e 2ª Turmas da Corte Suprema, que mantêm, igualmente, o entendimento de ser o delito do art. 168-A do Código Penal, *crime formal, sem a necessidade de dolo específico (animus rem sibi habendi) para a sua configuração*, sendo a *AP 516* (relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, *DJe* de 03/12/2010) o novo precedente do Plenário da Suprema Corte, nesse sentido.

IV - Materialidade e autoria delitivas comprovadas.

V – Para que as dificuldades financeiras sejam reconhecidas como de extrema gravidade, não bastam meras alegações. É necessária a efetiva comprovação de que a atividade empresarial do réu passava por profundos problemas financeiros, capazes de impedir o repasse das contribuições à Previdência. Uma vez demonstrado, nos autos, que as graves e profundas dificuldades financeiras da empresa gerida pelo réu foram o motivo ensejador para a prática do delito previsto no art. 168-A do Código Penal, configura-se, na espécie, hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, como excludente da culpabilidade do acusado.

VI – Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, negar provimento à apelação, à unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 23/08/2011.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 448–451) contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, que absolveu, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal, o réu João Batista Andrade Fonseca da imputação de prática do crime previsto no art. 168-A do Código Penal, pelo fato de ter deixado de recolher aos cofres públicos, durante o período de outubro de 1994 a dezembro de 1998, no prazo definido em lei, as contribuições descontadas da remuneração paga aos empregados da pessoa jurídica Indústria e Comércio de Esquadrias AJB Ltda., de que era responsável legal, ao tempo dos fatos.

Arguiu o apelante ser incabível, no caso sob análise, a incidência da inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade do réu, em razão do período em que não foram recolhidas as contribuições devidas à Previdência Social ser incompatível com o momento em que o réu sofreu as execuções fiscais e ações trabalhistas relatadas nos documentos presentes nos autos, os quais objetivavam comprovar a sua situação financeira precária. Dessa maneira, aduz o *Parquet* a falta de provas documentais relevantes capazes de atestar de forma cabal a impossibilidade do réu cumprir a obrigação previdenciária à qual estava submetido.

Requer, por fim, o provimento do recurso e a reforma da sentença, com a condenação do réu João Batista Andrade Fonseca (fls. 448–451).

Contra-razões ao recurso, pugnano pela manutenção da sentença (fls. 462–471).

A PRR 1ª Região opina pelo improvimento do recurso (fls. 476–478).

É o relatório.

Ao eminente revisor.

Quando da inclusão do processo em pauta de julgamento, intime-se, pessoalmente, a Defensoria Pública da União, que defende o apelado, perante o Tribunal (fls. 462–471).

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: — Como se viu do relatório, cuida-se de apelação, interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 448–451), contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, que absolveu, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal, o réu João Batista Andrade Fonseca da imputação de prática do crime previsto no art. 168-A do Código Penal, pelo fato de ter deixado de recolher aos cofres públicos, durante o período de outubro de 1994 a dezembro de 1998, no prazo definido em lei, as contribuições descontadas da remuneração paga aos empregados da pessoa jurídica Indústria e Comércio de Esquadrias AJB Ltda., de que era responsável legal, ao tempo dos fatos.

O art. 168-A e seus parágrafos do Código Penal decorre da recente evolução da legislação penal em torno da matéria que envolve crimes previdenciários, o qual, com fundamento na atual Constituição Federal (art. 194 da CF), visa proteger a fonte de custeio da Seguridade Social, a ser financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, e em especial a Previdência Social. Tanto é assim que a Lei 8.212, de 24/07/1991, a Lei de Custeio da Previdência Social, erigiu, quando da sua edição, no texto legal, o tipo penal especial, destacado e diferente da apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal. Confira-se a redação do art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212, de 1991:

Art. 95. Constitui crime:

[...]

[...] *d*) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;

O mencionado dispositivo da Lei 8.212/1991 foi revogado pela Lei 9.983, de 14/07/2000, que entrou em vigor 90 dias após a sua publicação (*DOU* de 17/07/2000) e que acrescentou o art. 168-A ao

¹ Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Guilherme Mendonça Doehler e José Alexandre Franco (convocados).

Código Penal, incluindo, no corpo da lei material, tipo penal próprio, denominado de apropriação indébita previdenciária, ao estabelecer que:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. “

Da leitura dos dispositivos legais pode-se perceber que não houve alteração substancial na conduta considerada punível por lei, uma vez que deixar de recolher contribuição previdenciária arrecadada dos segurados da Previdência Social – que integra a Seguridade Social, na forma do art. 194 da CF/1988 –, continuou sendo considerado como crime.

Vale destacar, no tema, elucidativo voto proferido na 4ª Turma do TRF 1ª Região, em que a eminente Relatora, Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, consignou:

[...] *A mera leitura dos dispositivos legais acima transcritos é suficiente para verificar que a Lei nº 9.983/00 não acarretou, em relação ao tipo penal do art. 95, 'd', da Lei nº 8.212/91, abolitio criminis, uma vez que o fato delituoso – qual seja, deixar de recolher contribuição previdenciária arrecadada dos segurados – permaneceu sendo considerado como crime.*

Na verdade, a Lei nº 9.983/00 caracteriza-se como *lex mitior*, pois, ao aperfeiçoar o tipo penal antes previsto na Lei nº 8.212/91, detalhando os fatos considerados delituosos, reduziu a pena máxima cominada em abstrato para 5 (cinco) anos de reclusão. Por se tratar de norma mais favorável ao agente, tenho que a Lei nº 9.983/00 deva ser aplicada aos fatos ocorridos na vigência da Lei nº 8.212/91, tal como prevê o parágrafo único, do art. 2º, do Código Penal.

Outrossim, merece ser ressaltada a semelhança entre os tipos penais criados pela Lei nº 9.983/00 e o até então previsto na Lei nº 8.212/91, pois tanto este, como aqueles prevêem condutas omissivas, consistindo ora

em “deixar de repassar”, ora “deixar de recolher”, ou, ainda, “deixar de pagar”.

Destaque-se que, embora o legislador tenha dado ao tipo penal do art. 168-A o *nomen juris* de “apropriação indébita previdenciária”, contudo, diferentemente da apropriação indébita prevista no caput do art. 168, do Código Penal, naquela não se exige, para a realização da conduta típica, a vontade livre e consciente de apropriar-se do bem, e não o restituir.

Ao contrário, especificamente no caso sob exame, basta, para a configuração do delito previsto no art. 168-A, do Código Penal, a conduta omissiva de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal.

Esse, aliás, é o entendimento firmado pela Quarta Turma desta eg. Corte Regional Federal, conforme se verifica da leitura das ementas a seguir transcritas:

PROCESSO PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LEI 8212/91. ART. 95 - 'D'. LEI 9983/2000. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. CRIME OMISSIVO PURO (OU PRÓPRIO).

1 - *Não há que se falar em abolitio criminis por ter o art. 3º, da Lei 9983/2000, revogado o artigo 95, da Lei 8212/91, já que conduta idêntica passou a ser prevista no art. 168-A, do Código Penal.*

2 - O simples fato de o legislador haver optado pelo *nomen juris* apropriação indébita previdenciária para o crime previsto no recém criado artigo 168-A, do Código Penal, não impõe, para a realização do tipo, a verificação do elemento volitivo consistente no *animus rem sibi habendi* (opinativo da doutra PRR 1ª Região no RCCR nº 2001.01.00.012744-0/MG).

3 - Recurso provido.

(TRF - 1ª Região, RCCR 1997.38.00.050000-0/MG, relator Juiz Hilton Queiroz, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 03/04/2001, publicado no DJ de 23/04/2001, p. 22).

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONTRIBUIÇÕES. LEI Nº 8.212/1991, ART. 95. LEI Nº 9.983/2000. REVOGAÇÃO. ABOLITIO CRIMINIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. *A conduta antes abrangida pelo artigo 95, d, da Lei nº 8.212/1991, encontra-se, agora, definida no § 1º, inciso I, do artigo 168-A do Código Penal, sob a denominação de apropriação indébita previdenciária (Lei nº 9.983/2000).*

2. O delito de apropriação indébita previdenciária não se confunde com a apropriação indébita do caput do artigo 168 do Código Penal, não sendo necessário, pois, para a sua configuração

a demonstração do *animus rem sibi habendi* (apropriar-se).

3. O objetivo do legislador ao promover as alterações, via artigo 168-A do Código Penal, foi de aperfeiçoar o tipo legal existente e não o de deixar de considerar como infração fato que anteriormente era penalmente punido.

4. Hipótese de extinção da punibilidade não configurada.

5. Recurso provido.

(TRF - 1ª Região, RCCR 1998.38.00.015282-0/ MG, relator Juiz Mário César Ribeiro, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 24/04/2004, publicado no DJ de 07/06/2001, p. 174)." (ACR 2004.38.02.002160-9/ MG, e-DJF1 de 25/04/2008, p. 232).

Com efeito, consoante enfatizado no voto transcrito, a pena máxima em abstrato privativa de liberdade, prevista na Lei 8.212/1991, foi reduzida de 6 (seis) (cf. art. 5º da Lei 7.492, de 16/06/1986) para 5 (cinco) anos (cf. art. 168-A CP) e, sendo mais benéfica ao acusado (*lex mitior*), a lei deve retroagir neste ponto, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Logo, não há *abolitio criminis*, na hipótese, segundo, aliás, também tem proclamado a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e da 3ª Turma deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI N.º 9.983/2000. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A Lei n.º 9.983/00, ao acrescentar o artigo 168-A, § 1º, ao Código Penal, revogando o art. 95 da Lei n.º 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, logo sua aplicação não configura medida mais gravosa ao agente.

2. A existência de erro na tipificação da conduta pelo órgão ministerial não torna inepta a denúncia, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante.

3. Não há falar, assim, em inépcia da peça acusatória que não obstrui o exercício da ampla defesa, porque descreve precisamente os fatos criminosos, com suas circunstâncias, e qualifica os acusados, em consonância com o disposto no art. 41, do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada. (STJ, HC 68959/SC, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJe de 24/03/2008).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA

PREVIDENCIÁRIA. REVOGAÇÃO DO ART. 95, "D", DA LEI N.º 8.212/91. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA, EM FACE DO ART. 168-A DO CP. INTERPOSIÇÃO PELA ALÍNEA "C". FALTA DE COTEJO ANALÍTICO DOS JULGADOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

1. Apesar da revogação do art. 95 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.983/2000, a descrição fática subsiste, como tipo penal incriminador no art. 168-A do Código Penal, não havendo se falar em *abolitio criminis*. Precedentes.

2. A falta de realização do cotejo analítico, nos moldes do que determina o art. 255, do RISTJ, obsta o conhecimento do apelo especial quanto à alínea "c" do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag 730252/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, unânime, DJU de 11/06/2007, p. 383).

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - ABOLITIO CRIMINIS, DOLO ESPECÍFICO E CRIME FORMAL - ESTADO DE NECESSIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 168-A DO CP (PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA) - APELAÇÃO PROVIDA.

1. Firme o entendimento dos Tribunais no sentido de que não se impõe, na espécie, para a verificação do tipo, o elemento volitivo consistente no *animus rem sibi habendi*. Mesmo porque a conduta de "deixar de recolher na época própria", hoje prevista no art. 168-A do CP ("deixar de repassar e de recolher"), é, e sempre foi, crime omissivo e formal, diverso daqueloutro capitulado no seu art. 168, que é crime comissivo.

2. Não há *abolitio criminis* se a criminalização da conduta apenas migra, no mesmo momento da revogação do dispositivo que a previa, como "tipo comum" para a lei penal geral (CP), deixando de ser crime especial. Ao revogar o art. 95 da Lei 8.212/91 e criar o art. 168-A do CP, a Lei 9.983/2000 buscou aperfeiçoar o tipo legal e não descriminalizar a conduta.

3. As excludentes de ilicitude previstas no CP, entre elas o "Estado de Necessidade", são causas que excluem a ilicitude do fato típico, isto é, "não há crime" (art. 23 do CP). A despeito das grandes dificuldades financeiras que assolam o mundo globalizado, hoje e sempre, aliás, não há justificativa para a prática do crime de apropriação indébita previdenciária, que, em última análise, desestabiliza toda a estrutura previdenciária do país, causando incomensuráveis prejuízos à sociedade e principalmente à camada social menos favorecida economicamente, que dela mais precisa.

4. Não há confundir a sanção penal pela prática do delito de apropriação indevida das contribuições previdenciárias descontadas dos funcionários e não repassadas ao INSS com prisão civil por dívida.

5. Apelação provida. (TRF 1ª Região, ACR 1999.38.01.001915-3/MG, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, DJU de 31/08/2007, p. 12).

Este Tribunal, em inúmeros precedentes – como alguns dos acima colacionados –, vinha entendendo que, diferentemente do tipo descrito no art. 168 do Código Penal (apropriação indébita), que exige o *animus rem sibi habendi* (a vontade livre e consciente de ter a coisa para si), o simples fato de “deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional”, estipulado no art. 168-A, já constitui crime. A conduta do agente de descumprir a norma legal que exige o recolhimento ou o repasse de contribuições, desde que agindo livre e conscientemente, constitui, por si, o fato delituoso, independentemente de qualquer fim específico ou resultado naturalístico. Tratava-se o crime, portanto, como omissivo formal, em que,

para configuração do delito previsto no art. 168-A do Código Penal, basta a intenção de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal. Conduta essencialmente omissiva. (ACR 2002.32.00.003666-6/AM, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, DJU de 06/07/2007, p. 21).

Entretanto, tal entendimento foi alterado em diversos outros julgados das Turmas que compõem a 2ª Seção do TRF 1ª Região (*inter plures*: RSE 2006.34.00.023860-1/DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 07/11/2008, p. 62; ACR 2001.36.00.006738-6/MT, rel. Juíza Federal convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 03/11/2008, p. 77), que passaram a considerar o delito do art. 168-A do Código Penal como *delito omissivo material*, e não simplesmente formal, exigindo-se, portanto, para a configuração do mesmo, a constituição definitiva do correspondente crédito tributário, tudo na esteira do entendimento firmado, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *AgRg no Inq 2537/GO*, de relatoria do eminente Min. Marco Aurélio, julgado em 10/03/2008, à unanimidade, pelo Tribunal Pleno, e publicado no DJe de 13/06/2008.

Conquanto a matéria tenha sido apreciada e julgada, à época (em 2008), pelo Plenário do colendo STF, conforme esclarece o voto condutor da ilustre Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do *HC 96.902-8/SP*, o fundamento efetivamente acolhido, por todos

os Ministros que participaram daquele julgamento², para declararem a necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário, como condição para a persecução penal, no caso específico, não autoriza a implementação do mesmo entendimento a todos os casos de apropriação indébita previdenciária, razão pela qual o mencionado julgado tornou-se precedente isolado, não sendo este, inclusive, o posicionamento atualmente adotado pela 1ª e 2ª Turmas da Corte Suprema, que mantêm, igualmente, o entendimento de ser o delito do art. 168-A do Código Penal *crime formal, sem a necessidade de dolo específico (animus rem sibi habendi) – a ser demonstrado por meio da constituição definitiva do crédito tributário – para a sua configuração*.

Veja-se, nesse sentido, ementas de julgados de ambas as Turmas do colendo STF, nos anos de 2009 e 2010:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (*ANIMUS REM SIBI HABENDI*). IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ORDEM DENEGADA.

1. *É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o animus rem sibi habendi (cf., por exemplo, HC 84.589, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004), “bastando para nesta incidir a vontade livre e consciente de não recolher as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual responde o agente” (HC 78.234, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 21.5.1999). No mesmo sentido: HC 86.478, de minha relatoria, DJ 7.12.2006; RHC 86.072, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.10.2005; HC 84.021, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.5.2004; entre outros).*

2. A espécie de dolo não tem influência na classificação dos crimes segundo o resultado, pois crimes materiais ou formais podem ter como móvel tanto o dolo genérico quanto o dolo específico.

3. *Habeas corpus denegado.* (STF, HC 96092, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 02/06/2009, DJe de 30/06/2009)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIMINAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO RESTRITA AO

² A inviabilidade da coexistência da persecução penal – aí englobados inquérito, ação penal e processo-crime – com o processo administrativo que concluiu pela suspensão da exigibilidade do tributo previdenciário.

ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DESNECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO.

1. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: Als 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 114.548-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

2. *De mais a mais, o acórdão impugnado afina com a jurisprudência desta nossa Corte, que, em sede de habeas corpus, assentou o entendimento de que não se exige a configuração do dolo específico para caracterização do crime de apropriação indébita previdenciária. Precedentes: RHC 86.072, da relatoria do ministro Eros Grau; HC 96.092, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; e HC 87.107, da relatoria do ministro Cezar Peluso.*

3. *Agravo desprovido. (STF, AI 699103 AgR, rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, julgado em 17/08/2010, DJe de 16/09/2010)*

No mesmo ano de 2010, o *Plenário* do Supremo Tribunal Federal voltou a manifestar-se sobre a matéria, mantendo o entendimento comum, firmado nas Turmas. Veja-se, *in verbis*:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. DESCABIMENTO.

1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados,

relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP referentes a remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados. Valores consolidados em 14 de março de 2003, respectivamente, em R\$ 259.574,72 (duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos de setenta e quatro reais e setenta e dois centavos) e R\$ 618.587,06 (seiscentos e dezoito mil, quinhentos e oitenta e sete reais e seis centavos).

2. A materialidade delitiva ressaí do procedimento fiscal já encerrado, acompanhado de farta de documentação, que resultou nos valores indevidamente apropriados e sonogados, detalhados nas notificações fiscais de lançamento de débito lavradas pela autoridade fazendária e não impugnadas na esfera administrativa.

3. *A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como animus rem sibi habendi (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária.*

[...].

(STF, AP 516, relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe de 03/12/2010.)

Assim sendo, firme se mostra o entendimento jurisprudencial do STF, no sentido de que o elemento subjetivo do delito do art. 168-A do Código Penal não demanda dolo específico, ocorrendo com a *simples omissão do agente, que, com vontade livre e consciente, não recolhe as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual é responsável, consumando-se o delito com a constituição definitiva do crédito tributário.*

A prova da autoria resulta do exame do contrato social da empresa, em que se verificam os poderes de gestão e administração, observando-se os eventuais afastamentos, temporários ou definitivos, bem como as alterações societárias.

Em que pese a configuração da materialidade e autoria, alegam-se, como excludente de ilicitude ou de antijuridicidade, nos termos do art. 24 do

Código Penal³, as dificuldades financeiras pelas quais, eventualmente, pode passar o réu, sob o fundamento de estado de necessidade, em face da crise econômica brasileira e que fazem parte do dia-a-dia das empresas neste país.

Na linha do entendimento do TRF/1ª Região, para que as dificuldades financeiras sejam reconhecidas como de extrema gravidade, não bastam meras alegações. É necessária a efetiva comprovação de que a atividade empresarial do réu passava por profundos problemas financeiros, capazes de impedir o repasse das contribuições à Previdência. Confira-se:

PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA.

[...]

3. *Dificuldades financeiras não podem, em princípio, ser alegadas com proveito como inexigibilidade de outra conduta - causa supralegal de exclusão de culpabilidade -, pois a figura exige do agente um temor insuperável na colisão de bens do mesmo valor, por analogia in bonam partem com o estado de necessidade, e que eventuais dificuldades financeiras da pessoa jurídica, em face da crise econômica por que tem passado o país, já fazem parte do cotidiano da vida empresarial.*

[...] 5. Apelação a que se nega provimento. (ACR 2002.38.00.037234-7/MG, rel. Juiz Federal César Cintra Fonseca (convocado), 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 25/04/2008, p. 218).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. DOLO. ESTADO DE NECESSIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. PENA. DOSIMETRIA. CRIME CONTINUADO.

[...]

4. *O estado de necessidade alegado não restou comprovado. Não foi juntado pela defesa demonstrativo contábil da empresa ou documentos que atestem que a mesma passava por dificuldades financeiras de elevada monta, não bastando a simples alegação para afastar a responsabilidade penal pelos delitos perpetrados.*

[...] 8. Comprovadas a autoria e materialidade, e estando devidamente fundamentada a dosagem da pena aplicada ao apelante, mister que seja mantida a sentença condenatória de 1º grau.

³ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

9. Apelação conhecida em parte e, nesta parte, improvida. (ACR 1999.43.00.002144-9/TO, rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), 4ª Turma, unânime, DJU de 02/05/2007, p.49).

Em tais circunstâncias, tem-se admitido a apresentação de vários documentos contábeis, tais como balanços patrimoniais, recibos de venda de bens para pagamento de dívidas, execuções, protestos, reclamatórias trabalhistas, pedidos de falência, certidões de registros de imóveis e do Detran, concessão de concordata, redução acentuada do quadro de pessoal, declaração de imposto de renda da pessoa jurídica, entre outros.

Há de se observar, também, que, não raras vezes, o contribuinte costuma negociar seus créditos tributários com o Fisco. A concessão de parcelamento para a empresa, nas mais diversas formas, mesmo que comprovado nos autos, não equivale ao pagamento do tributo e não tem o condão de extinguir a punibilidade do crime. Somente o pagamento integral do crédito tributário tem a capacidade de extinguir o crime. É o que já previa o art. 34 da Lei 9.249, de 1995, e o que atualmente estabelece o art. 9º, § 2º, da Lei 10.684, de 2003⁴. Veja-se a jurisprudência recente da 4ª Turma do TRF/1ª Região:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, CP). DÉBITO TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA. PARCELAMENTO. LEI N. 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRETENSÃO PUNITIVA. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO.

1. *O parcelamento do débito de tributo ou contribuição social não extingue a punibilidade, o que ocorre somente com o pagamento integral.*

2. *O parcelamento do débito administrativo enseja a suspensão da pretensão punitiva e do lapso prescricional.*

3. Recurso parcialmente provido. (RCCR 2005.39.02.001538-5/PA, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 05/12/2008, p. 53).

⁴ Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º *Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

Após estas considerações sobre o tipo penal previsto no art. 168-A e parágrafos, do Código Penal, cumpre analisar o caso concreto.

A sentença recorrida decidiu o mérito da controvérsia nos seguintes termos:

[...] Com efeito, a conduta delituosa atribuída ao réu consiste na omissão em promover o repasse, para os cofres da previdência social, dos valores descontados da folha de pagamento dos empregados da empresa da qual era titular, vindo, então, o INSS a lavrar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito no valor consolidado de R\$ 3.246,02.

Do exame dos autos, forçoso é reconhecer que a materialidade do fato e a sua autoria restam plenamente evidenciadas.

A primeira decorre dos documentos que instruíram o processo administrativo fiscal levado a cabo pelo INSS, notadamente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, as Folhas de Pagamento, constando as deduções para o INSS, bem como as declarações prestadas pelo próprio réu, elementos suficientes para demonstrar a ocorrência do efetivo desconto das contribuições de seus empregados e a inação na consecução do respectivo repasse.

A segunda, da mesma forma, afigura-se bem delineada porquanto o réu era, à época dos fatos, o responsável pela administração da empresa sob enfoque, conforme estatui o seu ato constitutivo juntado aos autos, devendo a conduta criminosa, portanto, ser a ele imputada. Ademais, o acusado reconheceu em juízo que “efetou o desconto da contribuição previdenciária da remuneração de seus empregados, mas não repassou para a previdência” (fl. 388)

Evidenciada a ocorrência de um fato típico penal, cumpre analisar a existência de eventual causa excludente da culpabilidade, como condição necessária à aplicação da pena.

Impõe-se observar que existe plausibilidade na pretensão defensiva do réu, notadamente no que tange à inexigibilidade de conduta diversa, decorrente das dificuldades financeiras que abalaram a empresa, tornando inviável o cumprimento da obrigação relativa ao repasse das contribuições previdenciárias.

Frise-se que a alegação de dificuldades financeiras, para afastar a culpabilidade, no delito de apropriação indébita de contribuições, constitui tese que merece o beneplácito judicial, tendo galgado efetivo reconhecimento pela jurisprudência pátria, inclusive no âmbito do Egrégio TRF da 1ª Região, senão vejamos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME OMISSIVO. AUTORIA E MATERIALIDADE.

DIFICULDADE FINANCEIRA COMPROVADA. IMPROVIMENTO. [...]

5. Restando comprovado nos autos as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa mencionada na denúncia, impõe-se o reconhecimento da excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa (causa supralegal). 6. Absolvição mantida, com fundamento no art. 386, V do CPP. 7. Apelação criminal improvida”.

(ACR 2002.38.02.001240-3 -1/MG, rel. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, DJ de 26/04/2006, p. 28).

No caso, bem observando todo o conjunto probatório dos autos, vejo demonstrados os fatos alegados pela defesa. A esse respeito, afigura-se conveniente trazer à colação alguns excertos do interrogatório do acusado, verbis:

“[...] que a empresa do depoente, metalúrgica, quebrou, e hoje funciona com apenas 3 funcionários; que a empresa chegou a ter 70 funcionários; [...] que atualmente vive de ‘bicos’; que a empresa já não tem mais nenhuma máquina; que entregou tudo que tem para pagamento das dívidas; [...]” (fl. 388).

Militam, ainda, em favor das alegações do réu os documentos de fls. 410-413, que dão conta da existência de várias execuções fiscais (v.g 93.1045-0; 95.1919-1; 96.3393-5; 1997.1712-0; 1997.5630-0, dentre outras) e ações trabalhistas movidas contra a empresa.

Como se vê, todas as provas produzidas nos autos apontam a efetiva situação de dificuldade financeira enfrentada pelo réu, impossibilitando-o de adotar conduta diversa da que findou por ensejar a presente ação penal.

Assim, impõe-se admitir a impossibilidade da empresa, administrada pelo réu, efetuar o repasse das contribuições previdenciárias, tudo a determinar o reconhecimento, em favor deste, da incidência da figura da inexigibilidade de conduta diversa, causa excludente da culpabilidade, o que determina a sua absolvição.

[...] (fls. 439/442).

De fato, conforme reconhecido no *decisum* recorrido, a partir da análise do conjunto probatório constante nos autos não restam dúvidas quanto à comprovação da materialidade delitiva, demonstrada através dos documentos que instruem a Representação Fiscal para Fins Penais de fls. 11–79 (especialmente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 32.768.479-8 e folhas de pagamento, com as deduções relativas às contribuições dos empregados da empresa ao INSS). Ademais, houve rescisão do parcelamento especial REFIS, em nome da empresa AJB, em janeiro de 2008, por falta de pagamento (fl. 291). A autoria, por sua vez, encontra-se evidenciada pelo fato de o réu ser o único responsável pela administração da empresa, à

época dos fatos, conforme pode ser constatado no ato constitutivo da empresa (fls. 59/61) e nos depoimentos prestados por testemunhas e pelo próprio denunciado, em Juízo, no qual, inclusive, confessou a prática do delito (fl. 388):

[...] que reconhece que efetuou o desconto da contribuição previdenciária da remuneração de seus empregados, mas não repassou para a previdência; [...] (depoimento do réu João Batista, em Juízo, na fase instrutória – fl. 388).

[...] Que realizou fiscalização na empresa apontada na denúncia e ratifica todos os termos da NFLD 32.768.479-8, assim como da respectiva representação penal; que a empresa era administrada pelo acusado [...] (depoimento da testemunha de acusação Maria do Carmo Aguiar Chaves Melo, em Juízo – fl. 387)

[...] Que, segundo tomou conhecimento no curso dessa ação, a declarante fazia parte com trinta por cento da referida sociedade comercial, porém nunca participou da sua gerência ou administração, creditando que seu ex-marido apenas a colocou para compor a sociedade empresarial [...] (depoimento da testemunha Maria Neide Baldoíno da Fonseca, no Inquérito Policial – fl. 93).

Reconhecendo a incidência da excludente de culpabilidade, concernente à inexigibilidade de conduta diversa, decidiu o juízo *a quo* pela absolvição do réu, por entender que a empresa AJB – por ele administrada –, de fato, passava por graves dificuldades financeiras, consoante provado pelos documentos referentes às várias execuções fiscais e ações trabalhistas contra ela ajuizadas, conforme se vê a fls. 391 e 410–437.

Entretanto, segundo o *parquet*, as provas documentais apresentadas pela defesa não comprovaram a alegada dificuldade financeira enfrentada pela mencionada empresa, de vez que, segundo ele, não são contemporâneas ao período em que o denunciado deixou de repassar, aos cofres da Previdência Social, os valores descontados da remuneração dos empregados da empresa por ele administrada.

Observo que, embora os comprovantes de atos de execução de créditos contra a empresa AJB (como penhora, avaliação e arrematação de bens) tenham data muito posterior à apropriação indébita comprovadamente realizada pelo denunciado, no período de 10/1994 a 13/1998, da análise dos documentos apresentados (fls. 410–437) pode-se ver que as ações trabalhistas e fiscais que originaram os mencionados atos executórios já haviam sido propostas em período correspondente à época dos fatos e até mesmo antes destes, evidenciando, dessa forma, que

a alegada crise financeira foi contemporânea ao fato delituoso. Além disso, cabe mencionar indícios da gravidade dessa situação de crise, conforme descrição feita pelo réu, em trecho de seu interrogatório judicial, transcrito a seguir:

[...] que reconhece que efetuou o desconto da contribuição previdenciária da remuneração de seus empregados, mas não repassou para a previdência; que a empresa do depoente, metalúrgica, quebrou, e hoje, funciona com apenas 3 funcionários; que a empresa chegou a ter 70 funcionários; que hoje, inclusive, tem audiência na justiça do Trabalho para tratar de assuntos trabalhistas de um empregado que ainda trabalha na empresa; que atualmente vive de 'bico'; que a empresa já não tem mais nenhuma máquina; que entregou tudo que tem para pagamento de dívidas; que essas dívidas causaram inclusive grandes prejuízos a sua família, inclusive separação. (fl. 388).

Também em seu depoimento de fls. 87–89, prestado perante a autoridade policial, o réu esclareceu que

tal débito deveu-se a dificuldades financeiras em que sua empresa viveu, no período em questão; *Que*, o declarante aderiu em 04.04.2000, ao Plano de Recuperação Fiscal – Refis, do governo federal, já tendo inclusive recolhido duas parcelas, cujas cópias ora apresenta e solicita juntada aos autos, demonstrando assim, sua boa fé em regularizar tal situação junto ao INSS; *Que*, deseja acrescentar, que em nenhum momento agiu de má fé, e quando deixou de recolher os tributos, o fez em razão como já disse, de sérios problemas financeiros que passou (fl. 87).

Os documentos dos autos provam que o réu parcelou o débito em 2000 e vinha pagando as parcelas regularmente (fls. 107, 152, 225) – o que gerou a decisão de 16/05/2003, suspendendo o curso do feito e o prazo prescricional (fls. 230–231) –, até que, em 15/10/2008, a Receita Federal informou a rescisão do parcelamento, por motivo de inadimplência (fl. 291).

Prosseguindo o feito, esclareceu o acusado que

o descumprimento do parcelamento se deu em virtude dos sérios problemas financeiros enfrentados pelo réu, decorrentes da crise econômica em se encontra a sua empresa *Indústria e Comércio de Esquadrias LTDA*, a qual se revela como única fonte de renda do acusado. Note-se que a empresa chegou a atingir o irrisório faturamento de R\$ 7.000,00, tendo apenas 4 notas fiscais de compras emitidas, sem contar com os elevados gastos com funcionários e demais encargos financeiros. (fl. 320).

Provou o réu que, em 2009, possuía várias Execuções Fiscais da Fazenda Nacional contra a empresa e contra si, como sócio (fls. 391 e 403).

Depreende-se, dos fatos acima mencionados e dos documentos de fls. 410–437 que a situação de grave precariedade financeira da empresa AJB era, de fato, contemporânea à apropriação indébita praticada pelo acusado, o que dá verossimilhança ao argumento de que tal dificuldade tenha, efetivamente, colocado em risco a própria existência da empresa, não se tratando de impossibilidade financeira momentânea, capaz de ser facilmente superada.

Com efeito, o auto de penhora e avaliação, embora datado de 14/11/2006, contra a empresa do réu, foi expedido em processo da Justiça do Trabalho de 1997 (proc. 00158/97-9 - fl. 410); a notificação para o leilão na Justiça do Trabalho, de bens da empresa, em 27/06/2008, refere-se a processo de 1995 (proc. 00103-1995.001-22.00-0 - fl. 411); o auto de remoção e entrega de bens, lavrado pela Justiça Federal, contra a empresa do réu, embora datado de 30/05/2008, diz respeito a execução fiscal ajuizada em 1992 (proc. 1992.1208-6 - fl. 413), referindo-se à remoção e entrega de máquinas da própria empresa (máquina de solda elétrica, transformador, furadeira elétrica), objeto de arrematação (fls. 412 e 413), bens pelos quais o réu era depositário, conforme mandado de remoção e entrega de bens (fl. 414); o auto de penhora e avaliação, expedido em 12/12/2007, pela Justiça do Trabalho, em processo de 2005, contra a empresa do réu (proc. 00328/05 - fl. 415), demonstra que chegou a ser penhorado (certamente à falta de outros bens), 30% (trinta por cento) do faturamento da empresa, nos últimos 6 (seis) meses, apurando-se R\$ 2.140,37 (fl. 415); o mandado de reavaliação de penhora, embora expedido pela Justiça Federal em 11/12/2008, refere-se à reavaliação de bens penhorados em 30/11/94, versando sobre máquinas da empresa (prensa, viradeira manual de chapa, furadeira elétrica - fls. 416 e 417/418); na petição de fl. 419 a Fazenda Nacional, em vista da rescisão do parcelamento da empresa, ocorrida em 2008 (fl. 291), pede a reavaliação dos bens penhorados, realizada em 2000, em processo de 1990 (proc. 90.00.00548-5 - fls. 419/420), incluindo máquinas da empresa (fls. 420/421), tendo o Juízo Federal determinado a realização da reavaliação e a posterior designação de data para leilão, em 06/11/2008 (fl. 422); o auto de penhora e avaliação e o mandado de remoção de bens, conquanto datados de 08/06/2007 e 21/10/2009, respectivamente, referem-se a processo da Justiça do Trabalho de 2006 (proc. 01215.2006.002.2200-4 - fls. 423 e 429, fls. 424 e 430), sendo o réu depositário dos bens (fls. 425 e 429); o mandado de penhora, avaliação e registro, expedido em 29/11/2006, refere-se à garantia de créditos trabalhistas do processo 01217.2006.004.22.00-6 (fl.

425); o documento de fl. 426 registra débito da empresa, inscrito pela União, em dívida ativa, em 16/06/98; o auto de penhora e avaliação, expedido pela Justiça do Trabalho contra a empresa do réu, em 05/12/2006, diz respeito a processo de 2006 (proc. 01217/06 - fl. 428) e se refere a 12 (doze) coletores de lixo, com capacidade de 200 litros, dos quais o réu é depositário (fls. 428/428v); o laudo de avaliação, expedido pela Justiça Federal em 04/07/2008, diz respeito a processo de 2000 (2000.1809-2 - fl. 431) e se refere a 14 (catorze) coletores de lixo (fl. 431); a fiscalização procedida pela DRT/PI, na empresa do réu, em 2009, concluiu, em 21/10/2009, que a empresa possuía apenas 3 (três) empregados em atividade e que se encontrava em fase de dissolução e fechamento (fls. 436/437).

Tais documentos provam a grave e profunda dificuldade financeira da empresa, no tempo que antecedeu e que durou durante o período do débito – de 10/94 a 13/98 –, tendo o réu entregue até as máquinas da empresa, para pagamento de execuções fiscais e trabalhistas, não lhe sendo exigível conduta diversa, diante da grave crise financeira enfrentada pela aludida empresa.

Sobre o assunto asseverou a douta PRR/1ª Região:

Com a devida vênia, tenho que a sentença não merece censura. Com efeito, quer me parecer que, ao contrário do sustentado pelo recorrente, os fatos que ensejaram o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa por parte do acusado são contemporâneos à ausência dos repasses das contribuições previdenciárias à Previdência Social. Nesse sentido, asseverou o Juiz *a quo*:

“No caso, bem observando todo o conjunto probatório dos autos, vejo demonstrados os fatos alegados pela defesa. A esse respeito, afigura-se conveniente trazer à colação alguns excertos do interrogatório do acusado, verbis:

‘[...] que a empresa do depoente, metalúrgica, quebrou, e hoje funciona com apenas 3 funcionários; que a empresa chegou a ter 70 funcionários; [...] que atualmente vive de ‘bico’; que a empresa já não tem mais nenhuma máquina; que entregou tudo que tem para pagamento das dívidas; [...]’ (fl. 388).

Militam, ainda, em favor das alegações do réu os documentos de fls. 410–431, que dão conta da existência de várias execuções fiscais

(v.g. 93.1045-0; 95.1919-1; 963393-5; 1997.1712-0; 1997.5630-7, dentre outras) e ações trabalhistas movidas contra a empresa” - fl. 441.

Verifica-se, pois, que os processos acima mencionados tiveram início no mesmo período referido na denúncia, em que houve a ausência dos repasses das contribuições previdenciárias, qual seja, de 1994 a 1998, o que empresta credibilidade

às declarações prestadas pelo réu por ocasião do seu interrogatório judicial (fl. 388) no sentido de que a empresa efetivamente passava por dificuldades financeiras à época dos fatos. Destarte, é forçoso concluir que, in casu, o conjunto probatório constante dos autos autoriza a absolvição do réu com base na excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Do exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opina pelo improvemento do recurso.” (fls. 477/478)

Sendo assim, conforme pacífico entendimento jurisprudencial sobre o tema, uma vez demonstrado nos autos que a grave e profunda dificuldade financeira da empresa do réu foi o motivo ensejador da prática do delito previsto no art. 168-A do Código Penal, é de reconhecer-se, *in casu*, a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, como excludente da culpabilidade do réu:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. , ART. , § 1º, I, C/C O ART. 71. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. EMPRESA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. COMPROVAÇÃO. APELADO SÓCIO-GERENTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CULPABILIDADE. EXCLUSÃO. ACOLHIMENTO. ABSOLVIÇÃO. CPP, ART. 386, VI. CABIMENTO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

1. Constitui a infração descrita no art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal, deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

2. Materialidade e autoria provadas, inclusive com a confissão do apelado.

3. *Resta demonstrado nos autos que a empresa da qual o apelado era sócio-gerente na época dos fatos passava por dificuldades financeiras aptas a ensejar o acolhimento de causa supralegal de exclusão de culpabilidade.*

4. *Acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, visto que, apesar de o comportamento do apelado amoldar-se à figura prevista no art. 168-A do Código Penal e de não estar albergado por qualquer causa excludente de ilicitude, não é culpável, na medida em que não lhe era exigível portar-se de maneira diversa, em consonância com o ordenamento jurídico.*

5. *Apelação não provida.* (TRF/1ª Região, ACR 0008714-81.2005.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, e-DJF1 de 15/07/2010, p. 86)

Pelas razões expostas, entendo configurada, na espécie, a alegada causa supralegal de exclusão de culpabilidade, razão pela qual caso é de negar provimento à apelação do Ministério Público Federal, mantendo a absolvição do apelado.

Dessa forma, nego provimento à apelação.

É como voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*: — Procedi ao exame dos autos sem nada ter a acrescentar ao relatório de fl. 480.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra João Batista Andrade Fonseca, imputando-lhe a prática do delito tipificado no art. 168-A, *caput*, do Código Penal (apropriação indébita previdenciária), face ao não recolhimento, no período de 10/1994 a 13/1998, da importância relativa à Seguridade Social, arrecada de seus empregados, a título de contribuições previdenciárias.

A inicial acusatória assim descreveu os fatos (fls. 03–06):

I – DOS FATOS

Conforme demonstram as peças informativas que instruem o apenso inquérito policial – originárias do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESQUADRIAS – AJBLTDA., deixou de recolher, no período de 10/1994 a 13/1998, a importância relativa à Seguridade Social, arrecada de seus empregados.

Dessa forma, a empresa contribuinte apropriou-se de R\$ 3.246,02 (três mil duzentos e quarenta e seis reais e dois centavos), apurados através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFDL nº 32.768.476, em valores originários, não incluindo atualização monetária, multa e juros de mora.

A Fiscal de Contribuições Previdenciárias, no termo de depoimento prestado à Autoridade Policial às fls. 75, confirmou integralmente o conteúdo factual ora exposto.

O indiciado, nos sucessivos termos de declaração prestados às fls. (81, 87/88, 157 e 168/169), alegou em síntese que: requereu a inclusão do débito previdenciário no REFIS (Programa de Recuperação Fiscal) para fins de parcelamento da dívida; paga pontualmente as parcelas mensais do referido débito.

O INSS às fls. 107 e 152 ratificou a inclusão do débito, bem como a condição de optante. Entretanto, a Secretaria Executiva do Comitê Gestor do REFIS às fls. 178, indeferiu o pedido de opção.

O acusado é Sócio – gerente da referida empresa, conforme consta do contrato social e respectivas alterações (fls. 59/61), devendo, portanto, nessa qualidade, responder criminalmente pelos delitos praticados em nome da empresa.

O mesmo não se pode inferir em relação ao ex-cônjuge do acusado, visto que a mera condição de sócio sem ostentar poderes de gerência e

administração não implica responsabilidade penal, notadamente quando não há nos autos provas de sua participação, seja na gestão da empresa ou na perpetração do crime.

II – DO DIREITO

A conduta do acusado corresponde ao tipo penal referente à apropriação indébita de contribuições previdenciárias, previsto no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91, que estabelecia pena de reclusão de 2 a 6 anos.

Entretanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.983/2000, que acrescentou um novo tipo ao código Penal (apropriação indébita previdenciária, art. 168-A), estabelecendo a pena de reclusão de 2 a 5 anos.

Ressalte-se que, embora período em que a empresa deixou de recolher as contribuições previdenciárias seja anterior à Lei nº 9.983/2000, esta deve incidir no caso em tela, vez que suas alterações são mais benéficas, estabelecendo uma pena máxima menor. Aplica-se, portanto, o princípio da retroatividade da lei mais benigna (CP, art. 2º e CF, art. 5º, inc. XL).

Ainda que fosse deferido o parcelamento do Débito Fiscal, tal fato não ensejaria a extinção da punibilidade enquanto não satisfeito integralmente o pagamento da dívida tributária, nos termos do art. 34, da Lei nº 9.249/95, in verbis:

[...]

Dessa forma, à conduta do acusado aplica-se o art. 168-A, caput, do Código Penal:

“Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

III – DO PEDIDO

Pelo exposto, restando provados nos autos a materialidade do crime e a sua autoria, o Ministério Público Federal requer a instauração de processo-crime contra o denunciado supramencionado, afim de que seja processado e julgado como incurso nas penas do artigo 168-A, caput, do Código Penal e, após o recebimento da denúncia, citado para defesa e intimando para os demais atos processuais até ulterior condenação.

Regularmente instruída a ação penal, o MM. Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Piauí julgou improcedente o pedido e, com base no art. 386, V, do CPP, absolveu o réu João Batista Andrade Fonseca da imputação descrita na denúncia.

Inconformado, recorre o Ministério Público Federal (fls. 447-451), postulando a reforma da sentença, para afastar a excludente de culpabilidade acolhida pelo juízo *a quo*, condenando o apelado como incurso nas sanções do art. 168-A, *caput*, do Código Penal.

No caso dos autos, a materialidade do delito restou devidamente comprovada através da representação fiscal para fins penais (fls. 11/13), acompanhada da documentação de fls. 14/76, a revelar que o denunciado, na qualidade de responsável pela gerência e administração da empresa Indústria e Comércio de Esquadrias – AJB LTDA., deixou de recolher ao órgão previdenciário a importância de R\$ 3.246,02 (três mil duzentos e quarenta e seis reais e dois centavos), descontados dos salários dos empregados a título de contribuições previdenciárias.

A autoria também ficou provada através do contrato social (fls. 163/166), o qual evidencia que à época dos fatos investigados, a administração dos recursos da mencionada empresa estava a cargo do denunciado João Batista Andrade Fonseca.

É de ressaltar ainda não há falar em necessidade de dolo específico para a prática do delito de apropriação indébita previdenciária. A jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária se aperfeiçoa com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições sociais descontadas dos empregados da empresa, não sendo necessário o *animus rem sibi habendi* para sua configuração. Trata-se de delito omissivo puro ou próprio, que se caracteriza independentemente do fato de o acusado vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social, ou seja, não se exige nenhum resultado naturalístico, esgotando-se o tipo subjetivo apenas na transgressão da norma incriminadora, no dolo genérico.

Neste sentido encontra-se a jurisprudência do STJ e desta Corte, *verbis*:

PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TIPO PENAL (ART. 168-A DO CP) QUE EXIGE TÃO-SOMENTE O DOLO GENÉRICO. DESNECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO (*ANIMUS REM SIBI HABENDI*).

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o *animus rem sibi habendi*, exigido para o crime de apropriação indébita simples.

2. Recurso ao qual se nega provimento. (STJ - AgRg no RESP 1.019484/SC, rel. Min. Jane Silva, Des. convocada do TJ/MG, 6ª Turma, DJ 02/02/2009).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, C/C O ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE

COMPROVADAS. HIPÓTESE DE PRISÃO CRIMINAL E NÃO PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. 1. Os fatos descritos na denúncia se enquadram no delito previsto no art. 168-A do Código Penal, restando inconsistente o argumento de inconstitucionalidade desse dispositivo legal, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF/88), mas de um crime contra o patrimônio público, consistente em deixar de repassar a contribuição recolhida, não se vislumbrando vício de inconstitucionalidade da figura típica descrita, repercutindo, portanto, na esfera penal.

2. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal, deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

3. O crime de apropriação indébita não exige para sua consumação o dolo específico, consistente no animus rem sibi habendi.

4. Autoria e materialidade demonstradas.

5. A conduta delituosa caracteriza-se como crime continuado, pois a falta de repasse das contribuições previdenciárias se repetiu entre 1997 a 2003.

6. Apelação provida, para condenar o acusado nas penas do art. 168-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal. (g.n. - ACR 2003.38.00.052972-0/MG, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de C. Fonseca (convocada), 4ª Turma, DJ 27/02/2009, p. 260.)

Com efeito, não há a necessidade de demonstração de dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*), mas, tão somente, como já dito, o dolo genérico, uma vez tratar-se de crime omissivo próprio.

O próprio réu, quando interrogado perante a autoridade policial, confessou o cometimento do delito (fl. 87), asseverando que assim agiu em razão de dificuldades financeiras por que passava a empresa em questão.

Oportuno transcrever o seguinte trecho de seus esclarecimentos, nos seguintes termos, *verbis*:

Que sua empresa foi fiscalizada por auditores do INSS, nesta Capital, os quais constataram irregularidades na mesma; Que, no período de 10/94 a 13/98, foi constatado um débito junto ao INSS no valor de R\$ 3.462,02, sendo lavrada a NFLD de nº 32.768.479-8; que, tal débito deveu-se a dificuldades financeiras em que sua empresa viveu no período em questão; Que o declarante aderiu em 04.04.2000, a plano de Recuperação Fiscal – REFIS, do governo federal, já tendo inclusive recolhido duas parcelas, cujas cópias ora apresenta e solicita juntada aos autos, demonstrando assim sua boa fé em regularizar tal situação junto ao INSS; Que deseja acrescentar, que em nenhum momento agiu de má

fé, e quando deixou de recolher os tributos, o fez em razão como já disse, de sérios problemas financeiros que passou” (destaquei).

Afora o depoimento do apelado, verifico que a empresa estava, à época dos fatos, sendo executada nas esferas cível e trabalhista, conforme comprovam os documentos de fls. 410–431.

A esse respeito, o MM. Juízo *a quo*, consignou o seguinte (441–442):

No caso, bem observando todo o conjunto probatório dos autos, vejo demonstrados os fatos alegados pela defesa. a esse respeito, afigura-se conveniente trazer à colação alguns excertos do interrogatório do acusado, *verbis*:

“[...] que a empresa do depoente, metalúrgica, quebrou, e hoje funciona com apenas 3 funcionários; que a empresa chegou a ter 70 funcionários; [...] que atualmente vive de ‘bicos’; que a empresa já não tem mais nenhuma máquina; que entregou tudo que tem para pagamento das dívidas; [...]” (fl. 388).

Militam, ainda, em favor das alegações do réu os documentos de fls. 410-431 que dão conta da existência de várias execuções fiscais (v.g 93.1045-0; 95.1919-1; 96.3393-5; 1997.1712-0; 1997.560-7, dentre outras) e ações trabalhistas movidas contra a empresa.

Como se vê, todas as provas produzidas nos autos apontam a efetiva situação de dificuldade financeira enfrentada pelo réu, impossibilitando-o de adotar conduta diversa da que findou por ensejar a presente ação penal.

Assim, impõe-se admitir a impossibilidade da empresa, administrada pelo réu, efetuar o repasse das contribuições previdenciárias, tudo a determinar o reconhecimento, em favor deste, da incidência da figura da inexigibilidade de conduta diversa, causa excludente da culpabilidade, o que determina a sua absolvição.

Muito embora o Ministério Público Federal tenha sustentado em seu apelo a não comprovação dos fatos alegados pelo acusado ao tempo da prática da conduta delituosa, entendo que os elementos probatórios dos autos, quando analisados de forma contextualizada, não deixam dúvidas quanto à efetiva dificuldade financeira da empresa no período dos fatos narrados na denúncia, pelo que entendo caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE

DE CONDUTA DIVERSA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal, deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

2. O crime de apropriação indébita previdenciária, que é crime omissivo puro, não exige que da omissão resulte dano, bastando, para sua configuração, que o sujeito ativo deixe de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

3. Autoria e materialidade devidamente demonstradas.

4. *Acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, considerando que a conduta do réu, apesar de típica, visto que se amolda à figura prevista no art. 168-A do Código Penal, e de não estar*

albergada por qualquer causa excludente de ilicitude, não é culpável, na medida em que não lhe era exigível portar-se de maneira diversa, em consonância com o ordenamento jurídico.

5. Apelação desprovida.

(ACR 0000267-43-2005.4.01.3100 – AP, relator Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado), 4ª Turma, unânime, e-DJF1, p. 53, de 26/11/2010).

Assim, não obstante demonstradas a materialidade e a autoria delitiva, não merece reforma a sentença, que absolveu o apelado em razão da circunstância exculpante da inexigibilidade de conduta diversa.

Diante do exposto, nego provimento à apelação do Ministério Público Federal, mantendo a sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal 0000703-83.208.4.01.3815/MG

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)
Apelante: Justiça Pública
Procurador: Dr. Antônio Arthur Barros Mendes
Apelado: Nei Sebastião Araújo da Silva
Advogado: Dr. Philipe Fortes Lima
Publicação: e-DJF1 de 06/10/2011, p. 133

Ementa

Penal. Apelação criminal. Art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. Art. 304 c/c 299, Código Penal. Princípio da absorção. Súmula 17/STJ.

I. O crime de sonegação fiscal, mediante lançamento de despesas com acompanhamento psicológico inexistentes, ante a apresentação de recibo de pagamento falso, restando demonstrado que o crime de uso de documento falso se destinou, exclusivamente, à redução do tributo, portanto, crime-meio para atingir o crime-fim, previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, deve ser considerado por este absorvido, nele exaurindo sua potencialidade lesiva do documento falso, nos termos do enunciado de Súmula 17, do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II. Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 27/09/2011.

Juiz Federal Klaus Kuschel, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Nei Sebastião Araújo da Silva pela prática dos delitos tipificados no art. 1º, inciso I da Lei 8.137/90 (3 vezes), no art. 171, § 3º (2 vezes) e no art. 304 c/c art. 299, ambos do Código Penal, e Sérgio Luís de Campos pela prática dos delitos do art. 299, na forma do art. 71 (41 vezes) ambos do Código Penal.

Narra à denúncia que:

Consta das presentes Peças de Informação que, ao prestar suas declarações de Imposto de Renda – DIRF relativas aos anos- calendário de 2001, 2002 e 2003, o acusado NEI, com o fim de reduzir tributo, lançou deduções referentes a despesas médicas fictícias, alusivas a supostos serviços do psicólogo SÉRGIO LUÍS, os quais não foram efetivamente prestados.

Ainda, valendo-se de recibos emitidos em nome de referido profissional de saúde, o acusado NEI teve restituídos os valores pagos a título de imposto de renda nas Declarações de Ajuste Anual de 2001 (R\$ 368,00) e 2002 (R\$ 749,81).

Ao ser intimado pela Receita Federal para prestar esclarecimentos e comprovar o desembolso dos aludidos valores pagos a título de despesa psicológica, NEI apresentou os recibos de fls. 22/31 e 34/44 no dia 18/05/06 (fls. 47), com o escopo de garantir a impunidade da sonegação fiscal que havia cometido, recibos estes que continham declarações falsas acerca do pagamento de serviços que não foram prestados.

A Secretaria da Receita Federal apurou, no Processo Administrativo de Súmula n. 10640.001697/2006-58, que os recibos emitidos profissional liberal SÉRGIO LUIS DE CAMPOS são inidôneos, os quais foram comercializados com o intuito de lucro.

SÉRGIO era servidor público estadual, exercendo suas atividades no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena- CNPH/MG, onde trabalhava em horário integral. Conforme documentos constantes na Representação Fiscal para Fins Penais encaminhada pela Receita Federal, todos os argumentos apresentados por ele para justificar a emissão dos recibos caíram por terra após a realização de diligências pelos auditores fiscais, apurando-se que ele não desenvolveu atividades no endereço indicado como seu consultório (R. 13 de maio, 42 – sala 501, Ed. 13 de maio, Centro, Barbacena/MG), sendo que diversas pessoas que adquiriam seus recibos confessaram a compra daqueles com o escopo de suprimir o imposto de renda devido. Em consequência, a Receita Federal emitiu o Ato Declaratório Executivo n.22, de 07 de agosto de 2006.

Ouvido pelo auditor fiscal, o acusado NEI confirmou que os serviços psicológicos não foram prestados, tendo adquirido os recibos na residência do próprio emitente, o réu SÉRGIO, pagando-lhe cerca de R\$ 200,00 em 2001 e R\$ 300,00 em 2002 (fls. 45)

A materialidade delitiva foi comprovada através do Processo Administrativo Fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração de fls. 11/19, no qual constatou-se a sonegação do imposto de renda no importe de R\$ 2.530,00, valor este que, acrescido dos juros de mora e multa de ofício, culminou no crédito tributário de R\$ 7.976,40.

Dos elementos carreados aos autos ficou demonstrado que o acusado NEI usou perante órgão federal 41 recibos contendo declarações falsas, a fim de garantir a impunidade de sonegações tributárias por ele realizadas, recebendo ainda, a título de restituição, os valores já recolhidos ao Fisco. Comprovou-se ainda que os recibos foram firmados pelo acusado SÉRGIO.

O despacho de fl. 186 determinou o desmembramento do feito, prosseguindo estes autos em face do réu *Nei Sebastião Araújo da Silva*.

Sentenciando o feito (fls. 316–321), o MM. juiz *a quo* julgou improcedente a denúncia, absolvendo o réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o *Ministério Público Federal* interpôs recurso de apelação (fls. 333–343), sustentando a condenação do réu *Nei Sebastião Araújo da Silva*, como incurso nas sanções dos arts. 304 c/c 299, ambos do Código Penal.

Com contrarrazões (fls. 346 – 353), subiram os autos a esta Corte, onde receberam o parecer ministerial (fls. 365/373) opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Ao revisor.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — 1. Adoto o relatório de fls. 375–376.

2. Recorre o *Ministério Público Federal* da sentença que o absolveu *Nei Sebastião Araújo da Silva* da prática dos crimes previstos nos arts. 304 c/c 299 e 71, todos do Código Penal, com base no art. 386, III do Código de Processo Penal.

Sustenta o recorrente, em síntese, que, tendo sido suspensa a pretensão punitiva quanto ao crime

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990, por força de parcelamento de débito tributário junto à Fazenda Nacional, remanescem a prática dos crimes previstos nos artigos 304 c/c 299 do Código Penal, por isso que

o fato de o uso de documentos ideologicamente falsos ter ocorrido de forma desvinculada das ações que levaram à sonegação fiscal obsta que tais condutas se confundam e que se vislumbre a absorção do uso de documento falso pelo delito tributário.

Vejamos.

A r. Sentença recorrida tem os seguintes fundamentos, que destaco:

Trata-se de ação penal via da qual o MPF imputa ao acusado conduta consistente em utilizar-se de recibos falsos, emitidos por outrem, para fim de suprimir imposto de renda.

[...]

2.2 — Mesmo classificando as condutas descritas na inicial, dentre outros, no tipo penal constante da Lei 8.137/90, art. 1º, I, o MPF requereu, na própria denúncia, com fundamento na Lei 10.684/2003, art. 9º, a declaração da suspensão da pretensão punitiva e da prescrição com relação ao possível crime de sonegação fiscal. Isso porque, conforme informado na inicial, o requerido teria obtido o parcelamento da dívida tributária (f. 05). O MPF fundamentou o pedido de declaração de suspensão da pretensão punitiva e do prazo prescricional na regra constante da Lei 10.684/2003 ('É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, [...] durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento').

Restou reconhecida, portanto, pelo próprio MPF, a inexistência de motivo legítimo para a propositura da ação com relação ao eventual crime contra a ordem tributária. A referência à causa suspensiva da pretensão punitiva autoriza e impõe interpretação à denúncia que exclua a imputação pelo crime de sonegação fiscal. Tal interpretação, além de coerente com os fins do processo, confere maior agilidade à sua tramitação. Não se justificaria o adiamento da decisão com relação aos demais crimes imputados ao requerido para diligenciar sobre a permanência da situação anterior, de suspensão da pretensão punitiva com relação à sonegação.

[...]

2.3 — No julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público o TRF — 1ª Região, por sua 4ª Turma, recebeu a denúncia nos termos em que proposta (f. 170/178). Não foi analisada, naquela oportunidade, a questão relativa à classificação das condutas narradas na inicial aos tipos ali referidos, tendo o Tribunal assentado apenas

que o momento de recebimento da denúncia não é o apropriado para a análise da matéria.

Nos termos da Lei 8.137/90, art. I, IV, constitui crime a conduta de suprimir ou reduzir tributo mediante emissão ou utilização de documento falso. É flagrante, assim, a inconsistência da classificação da conduta, na denúncia, como estelionato [CP, art. 171, § 3º, que tipifica a conduta de "Obter [...] vantagem ilícita [...] induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento", com aumento da pena em "[...] um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público [...]"].

No caso presente a suposta vantagem que se obteria com o uso dos documentos contrafeitos seria a redução de tributo, conduta suficientemente tipificada na Lei 8.137/90, art. 1, IV. Não se cogitou, na denúncia, de indicar qual outra vantagem patrimonial, além daquela que decorreria da supressão do tributo, poderia ser obtida com a mesma conduta. Sem resultado material diverso do referido no tipo da sonegação fiscal, a mesma conduta imputada ao requerido não pode ser classificada em tipos diversos, simultaneamente. No conflito aparente de normas a incidência de um dos tipos penais é, necessariamente, afastada. E TRF — 1ª Região já assentou que "a vantagem patrimonial supostamente colhida pelo paciente é justamente o resultado exigido para consumação do crime de sonegação fiscal, não havendo autonomia fática que justifique a manutenção da imputação relativa ao crime previsto no art. 171 (crime contra o patrimônio), eis que atingidos apenas os interesses do Estado na sua veste fiscal." (TRF — 1ª Região. HC 2006.01.00.040476-4/MG. 3 Turma. Relator Desembargador Federal Olindo Menezes. DJ 15/12/2006).

2.4 — O tipo positivado através da Lei 8.137/90, art. 1, IV ["Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo [...]"] através da conduta de "elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexo" também é especial em relação aos previstos no CP, art. 299 e 304 (falsidade ideológica e uso de documento falso). Referidos crimes somente restariam caracterizados de forma autônoma se o fato imputado ao requerido não se enquadrasse no tipo legal da sonegação fiscal.

É desarrazoada a argumentação no sentido de que, por não ser exigida a apresentação concreta dos documentos contrafeitos ao Fisco para consumação do crime contra a ordem tributária, os crimes de falsificação e/ou de uso de documento falso seriam caracterizados pela apresentação posterior dos recibos, quando da intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos e/ou para fazer prova das despesas lançadas na declaração anual de ajuste do imposto de renda. De acordo com essa tese os delitos de falsificação e/ou de uso de documento falso se consumariam após a suposta prática da supressão de tributo, quando da apresentação dos

recibos falsos ao Fisco em atendimento àquela intimação.

A só entrega da declaração de ajuste, supostamente elaborada com base nos recibos falsos, implica no uso dos mesmos para fim de eliminação do imposto, dada a efetiva possibilidade e previsibilidade da Fazenda averiguar as informações ali prestadas e intimar o contribuinte para apresentação das provas das despesas declaradas. A apresentação ao Fisco dos recibos falsos, portanto, caracteriza mero exaurimento do possível crime contra a ordem tributária. “A sonegação absorve a falsidade e o uso de documento falso, quando empregados para a prática do delito tributário. (...) A apresentação de recibo falso à repartição da Receita (relativo à despesa com tratamento odontológico, efetivamente não realizada), ainda que posterior à indicação da despesa como dedução para o imposto de renda, não constitui delito autônomo em relação ao crime de sonegação fiscal (previsto na Lei nº 8.137/1990, art. 1º, 1)”. (TRF — 1a Região. RCCR 2006.38.03.004345-1/MG. 3 Turma. Relator Desembargador Federal Olindo Menezes. DJ 16/02/2007).

2.5 - A caracterização dos crimes de falsificação e/ou de uso de documento falso de forma autônoma em concurso com a sonegação fiscal, portanto, à luz da especialidade do tipo da sonegação fiscal mediante uso de documento falso, pressupõe a expressa imputação ao requerido, na denúncia, do uso do documento para outro fim que não a supressão do tributo.

Não teria amparo na ordem jurídica a eventual interpretação extensiva do tipo para penalizar aquela conduta de forma autônoma. É desarrazoada, assim, e não serve para corroborar a acusação, a argumentação no sentido de que os recibos falsos poderiam ser utilizados para outras finalidades, tal como para reembolso de despesas médicas perante seguradora ou órgão público. O Código Penal, art. 304, delimita a conduta considerada criminosa, qual seja, “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os artigos 297 a 302”. A só potencialidade lesiva da detenção do documento que se afirma falso (até o seu recolhimento e apreensão pelo Fisco), ou a mera possibilidade de se fazer uso dele, por si, não caracteriza o uso e não é não se enquadra no tipo penal.

Além da imprescindibilidade da imputação expressa do fato ao requerido, o acolhimento do pedido de condenação dar-se-ia, exclusivamente, se provado o uso do documento para finalidade diversa da sonegação fiscal. No caso presente, além de não imputada ao requerido uma segunda conduta de uso dos documentos, diversa daquela voltada para a redução ou supressão do tributo, não se produziu nenhuma prova nesse sentido.

Também não foi provado que os recibos ideologicamente teriam sido confeccionados em momento posterior à apresentação das declarações de ajuste (produzidos não com a finalidade de

dar lastro às declarações anuais, mas de manter em erro a Receita Federal). A argumentação no sentido de que os recibos não teriam sido utilizados para a elaboração das declarações de ajuste, mas exclusivamente para manter em erro a Administração Tributária, em momento posterior à consumação da sonegação fiscal, decorre de conjectura, de interpretação subjetiva dos fatos. Não pode ser adotada para fim de atribuição de tipicidade penal às condutas, sob pena de violação do princípio da legalidade estrita. Impõe-se, portanto, a rejeição da denúncia. (fls. 316/321)

Pois bem, sustenta o recorrente a autonomia dos crimes previstos nos arts. 304 c/c 299, ambos do Código Penal, em relação ao crime de sonegação fiscal, haja vista que, desvinculada das ações que levaram à sonegação fiscal, não se vislumbra a absorção do uso de documento falso pelo delito tributário.

No caso, o crime do art. 304, do Código Penal, conforme narra a própria denúncia:

[...] ficou demonstrado que o acusado NEI usou perante órgão federal 41 recibos contendo declarações falsas, a fim de garantir a impunidade de sonegações tributárias por ele realizadas, recebendo ainda, a título de restituição, os valores já recolhidos ao Fisco. (fl. 5)

Com se vê, de fato, houve o crime de sonegação fiscal mediante lançamento de despesas com acompanhamento psicológico inexistentes, ante a apresentação de recibo de pagamento falso, restando demonstrado que o crime de uso de documento falso se destinou, exclusivamente, à redução do tributo, portanto, crime-meio para atingir o crime-fim, previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, devendo ser por este absorvido, nele exaurindo sua potencialidade lesiva do documento falso, nos termos do enunciado de Súmula 17, do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, sobre a matéria assim tem decidido esta Corte:

A jurisprudência majoritária dos tribunais é no sentido de que o *crime de falso constitui crime-meio* em relação à sonegação de que trata o artigo 1º, IV, da Lei n. 8.137/90.

(HC n. 2004.01.00.003254-7/PA, 3ª Turma, rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, DJ 02.04.2004 – grifei)

Demonstrado que o uso de documento falso se destinou exclusivamente à redução do tributo, resta este delito absorvido pelo crime de sonegação fiscal (artigo 1º, inciso IV, última figura, Lei n. 8.137/1990), por se tratar aquele de *crime-meio para o atingimento deste último*.

(HC 2006.01.00.029231-1/MG, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 28/02/2007 – grifei)

E, nesse mesmo diapasão, podem ser mencionados, dentre outros, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CRIME MEIO PARA A SONEGAÇÃO FISCAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO.

I - 'A sonegação fiscal absorve a falsidade, quando esta e o meio fraudulento empregado para a prática do delito tributário' (RHC 1.506/SP, rel. Min. Carlos Thibau).

II - A extinção da punibilidade do réu, no tocante ao crime de sonegação fiscal, porque efetuado o pagamento do tributo, e decisão que motiva o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, relativamente aos co-réus que se utilizavam do crime de falso para realização do delito tributário.

III - Ordem concedida.

(STJ, HC 4547/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 07/04/1997)

[...]

IV - Em princípio, o crime de sonegação fiscal e os de falsidade ideológica e uso de documento falso apresentam existência autônomas, ainda que, ocasionalmente, se possa reconhecer a ocorrência somente do crime contra a ordem tributária.

V - Os delitos constantes dos arts. 299 e 304 do CP, somente são absorvidos pelo crime de sonegação fiscal, se o falso teve como finalidade a sonegação, constituindo, em regra, meio necessário para a sua consumação. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

VI - Na hipótese, os crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso estão indissociavelmente ligados a descrição de um potencial crime contra a ordem tributária, razão pela qual são por ele absorvidos.

(STJ, HC n. 75.599/SP, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, DJ 08.10.2007)

[...]

Descabe confundir o meio para a prática do crime com a autonomia desta última. *Na sonegação fiscal, o falso não se mostra crime autônomo, mas meio relativo à prática do primeiro.* Precedente: Recurso em Habeas Corpus n. 1207/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro ASSIS TOLEDO, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de junho de 1991.

(STF, HC n. 76.847/MG, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/09/1998 - grifei)

Isto posto, *nego provimento ao recurso de apelação.*

É como voto.

Voto-Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Recebido o presente feito no gabinete em 14/09/2011 (fl. 377), procedo ao exame da matéria posta nos autos, sem nada a acrescentar ao relatório de fls. 375–376.

Cuida-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 316–321) contra sentença de fls. 316/321, que, se reportando a julgado da Terceira Turma desta Corte, absolveu o réu sob o fundamento de que

a sonegação absorve a falsidade e o uso de documento falso, quando empregados para a prática do delito tributário [...] A apresentação de recibo falso à repartição da Receita (relativo à despesa com tratamento odontológico, efetivamente não realizada), ainda que posterior à indicação da despesa com dedução para o imposto de renda, não constitui delito autônomo em relação ao crime de sonegação fiscal [...] (fl. 320).

Inconformado, o Ministério Público Federal requer a reforma da sentença, nestes termos:

Por todo o exposto, vem o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requerer a reforma da r. sentença de fls. 316/321, de modo a que seja expedido decreto condenatório em face de Nei Sebastião Araújo da Silva como incurso nas sanções dos artigos 304 c/c 299 do Código Penal, na forma do artigo 71, do mesmo Código, como medida de imperiosa Justiça. (fl. 343).

Passo à apreciação do recurso.

Em entendimento majoritário a que anteriormente aderi, alinhando-me à compreensão da 3ª Turma quanto ao tema, a 4ª Turma vem decidindo de acordo com o que explicita o julgado abaixo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, IV, DA LEI 8.137/90. FALSO. ARTS. 298 E 304 DO CÓDIGO PENAL. ABSORÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Em ocasião anterior, esta Corte Regional Federal já se posicionou no sentido de que o crime de falso, quando realizado com a finalidade exclusiva de consumir o crime de sonegação fiscal, é por este absorvido, pois se constitui no meio necessário para a prática do delito final.

2. Em face do narrado na denúncia, tem-se, no caso em exame, que o suposto uso dos documentos contrafeitos teria se dado em momento posterior à entrega da declaração de imposto de renda, circunstância essa que leva à conclusão de que o delito de falso não foi o meio necessário ou normal fase de execução do delito de sonegação fiscal, razão pela qual não poderia ser aplicado, na hipótese

dos autos, o princípio da consunção, por se tratar, na espécie, de crimes autônomos. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal.

3. Recurso criminal provido.

(RCCR 2005.38.03.003659-0/MG, TRF 1ª Região, Quarta Turma, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada), DJ de 07/03/2007, p. 32).

Evoluindo na análise do tema, considero que, em relação à acusação irrogada ao contribuinte, está correta a decisão recorrida.

É que o uso de documento falso pelo contribuinte, conforme consta da denúncia, teve como único fim a execução do crime de sonegação fiscal, afora do qual não guarda mais potencialidade lesiva, subsumindo-se ao descrito no inciso IV do art. 1º da Lei 8.137/1990, que dispõe:

Art. 1º Constitui Crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...]

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.

Assim, a falsificação e o uso de documento falso, conforme descrito na denúncia, configura, na verdade, o delito descrito no art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990 e não o do art. 304, c/c o art. 299, do Código Penal, atribuídos ao denunciado, que é o contribuinte, em razão do princípio da especialidade.

Trago à colação julgamento desta Quarta Turma, ementado nestes termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, I E IV, DA LEI Nº 8.137/90). PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS DELITOS DOS ARTIGOS 304 C/C O ARTIGO 299, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, TÃO SOMENTE QUANTO AO RECORRIDO, QUE É CONTRIBUINTE.

1. O uso de documento falso pelo recorrido, conforme consta da denúncia, teve como único fim a execução do crime de sonegação fiscal, sem mais potencialidade lesiva para além do crime de lesar a ordem tributária, caso em que se configura o crime descrito no inciso IV do art. 1º da Lei 8.137/1990 e não os dos arts. 299 e 304, ambos do Código Penal, em razão do princípio da especialidade.

2. Sendo o desígnio do recorrido um só, qual seja, o de suprimir ou reduzir tributo mediante a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, e a utilização do documento falso somente atinge a ordem tributária, no que se

refere à supressão ou redução do tributo mediante informação falsa, não há que se aplicar o concurso material entre os crimes descritos nos incisos I e IV do art. 1º da Lei 8.137/1990.

3. Pertinência da acusação de terem infringido, em princípio, o art. 299 do Código Penal, de referência aos outros denunciados, que não são contribuintes, isso porque não lhes é atribuída a prática de sonegação fiscal, atendendo a denúncia às exigências do artigo 41 do CPP, ausentes motivos que autorizem sua rejeição (cf. art. 395 do CPP).

4. Recurso parcialmente provido, mantendo-se a decisão recorrida tão somente quanto ao recorrido, que é contribuinte, sendo pertinente a deflagração da persecução criminis quanto aos demais denunciados, nos termos da denúncia.

(TRF1, RSE 2007.38.02.000943-8/MG, 4ª Turma, do qual fui relator, e-DJF1 10/03/2009, p. 553).

Nesse sentido, é o entendimento consolidado na 3ª Turma desta Corte Regional:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - SONEGAÇÃO FISCAL - ART. 1º, IV, DA LEI 8.137/90 - USO DE DOCUMENTO FALSO - ART. 304 DO CÓDIGO PENAL - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - DELITO ÚNICO - REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA - DEFERIMENTO DO PARCELAMENTO DO DÉBITO - SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO E DO PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 9º, E § 1º, DA LEI 10.684/2003. I - 'Ao fazer uso dos recibos objeto de contrafação perante a Receita Federal, a indiciada visou a fins exclusivamente fiscais, não havendo potencialidade lesiva para além do intuito de lesar a *ordem tributária*. Não existe razão, portanto, para não dar aplicação ao princípio da especialidade na hipótese, quanto mais tenha restado evidente que os fatos narrados orientam-se para a consecução do fim visado pelo agente, qual seja, a redução do tributo. Os recibos falsos também foram objeto de preocupação do legislador quando da elaboração da Lei nº 8.137/90, sendo intuitivo que a supressão ou redução de tributo - fato atribuído à recorrida - pode manifestar-se materialmente de diversas formas, arroladas nos incisos no art. 1º da referida lei penal, dentre elas a falsidade ideológica praticada na declaração feita ao Fisco, falsificação de documentos e o uso dos mesmos, e o estelionato, dentre outras.' (RCCR 2007.38.15.000463-2/MG, Rel. convocado Juiz Federal César Fonseca, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, e-DJF1 de 07/03/2008, p. 123).

II - Com efeito, se, nos crimes *contra a ordem tributária*, a supressão ou redução do tributo, mediante a contrafação ou o uso do falsum, foram erigidos, pela Lei 8.137/90, em elementos constitutivos de outro ilícito, tem-se, na espécie, delito único, que é o de suprimir ou reduzir tributo, mediante aquelas ações referidas no art. 1º, IV, da mencionada Lei 8.137/90, afastando-se, na espécie,

pelo princípio da especialidade, o crime previsto no art. 304 do Código Penal.

III - Ademais, a legislação do imposto de renda determina que o contribuinte que lançar deduções em sua declaração deverá estar de posse dos respectivos comprovantes para apresentação posterior à autoridade administrativa, quando solicitado. A simples entrega da declaração de ajuste anual, elaborada com base em recibos falsos, que não corresponderam à efetiva prestação de serviços, com a indicação do beneficiário no informe de rendimentos pagos, implica no uso dos respectivos recibos, para o fim de eliminação ou redução do tributo, dada a efetiva possibilidade de a Receita Federal averiguar as informações ali prestadas e intimar o contribuinte para a apresentação das provas das despesas declaradas. Assim, a apresentação, ao Fisco, dos recibos falsos, usados na anterior declaração de rendimentos anual, constitui mero exaurimento do *crime contra a ordem tributária*.

IV - A prova da realização de parcelamento do débito tributário impõe a suspensão da pretensão punitiva do Estado e do prazo prescricional (Lei 10.684/2003, art. 9º e § 1º), quanto ao crime do art. 1º, IV, da Lei 8.137/90.

V - Recurso improvido.

(TRF1, RSE 2007.38.12.000770-8/MG, 3ª Turma, rel. Des. Federal Assuete Magalhães, e-DJF1 17/07/2009, p. 47).

PENAL.CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. IMPOSTO DE RENDA. CONSUNÇÃO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ART. 9º, § 2º, LEI 10.684/03.

1. Os crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso, em princípio, são autônomos em relação ao delito de sonegação fiscal.

2. A apresentação de recibos falsificados à Receita Federal, com o intuito de comprovar despesas

médicas supostamente realizadas, in casu aparece no contexto de possibilitar o proveito econômico com o crime de sonegação fiscal, conduzindo ao entendimento de que houve absorção do primeiro pelo segundo.

3. O momento da produção e apresentação dos citados recibos parece ser irrelevante nessa quadra de fatos, porque o pressuposto é o de que, no momento da feitura da declaração ao Fisco, os documentos que ali são mencionados já possuem existência material. Se a fabricação ou apresentação dos mesmos é posterior ou simultânea ao ato de declaração é questão de somenos importância para os fins de adequação típica da conduta (Juiz Federal César Cintra Fonseca).

4. O parcelamento do débito junto à Receita Federal tem o condão de suspender a pretensão punitiva estatal, nos estritos termos do § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03.

5. Recurso em sentido estrito não provido.

(TRF1, RCCR 2007.38.02.000949-0/MG, 3ª Turma, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 18/04/2008, p. 102) (grifos nossos).

Por fim, é de se ressaltar que o desígnio do recorrido (contribuinte) foi um só, qual seja, o de, em tese, suprimir ou reduzir tributo mediante a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, caso em que a utilização do documento falso somente atinge a ordem tributária, no que se refere à supressão ou redução do tributo mediante informação falsa, não havendo, assim, o concurso material entre os crimes descritos nos incisos I e IV do art. 1º da Lei 8.137/1990.

Em assim sendo, mantenho a absolvição do apelado proclamada na sentença recorrida.

Por tais razões e fundamentos, nego provimento à apelação do Ministério Público Federal.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0005345-15.2006.4.01.3801

Apelação Cível 2006.38.01.005366-7/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelado: Francisco Fernandes de Oliveira
 Advogados: Dra. Sheila Delduca Tavares e outro
 Publicação: e-DJF1 de 23/09/2011, p. 153

Ementa

Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Regime militar. Perseguição política, Prisão civil. Grupo dos onze. Caráter subversivo. Não ocorrência de prescrição. Provas documentais. Danos morais. Responsabilidade do Estado. Art. 37, §6º, CF/1988. Relação de causalidade demonstrada. Indenização devida.

I. As dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, prescrevem em cinco anos, consoante art. 1º do Decreto 20.910/1932. Quando a questão envolve danos que atentam contra o direito à dignidade da pessoa humana e ao exercício da cidadania, condições essenciais para liberdade, justiça e paz, num período marcado pela repressão ideológica, perseguição política e submissão do cidadão a atos de tortura, como aponta o autor na sua inicial, a pretensão é imprescritível.

II. Para configurar o dever de indenizar é cediço a exigência da comprovação do dano, da atuação do agente público e do nexos causal entre ambos. Consta nos autos, o ofício 6-C do major comandante da 4ª Companhia de Polícia, de Juiz de Fora/MG, que comprova a detenção civil do requerente e de outras pessoas, em 06/04/1964, como medida preventiva, por serem “elementos considerados de tendência esquerdista que vinham desenrolando constantes trabalhos de aliciamento e agitando pessoas dos diversos setores”. Extrai-se por informação da referida autoridade a apuração de que o requerente juntamente com outras 10 (dez) pessoas foram identificadas como participantes do “Grupo dos 11”.

III. Os autos trazem também a cópia da denúncia proposta pela promotoria da auditoria da 4ª Região Militar, colacionada às fls. 18-19, que culminou na acusação do autor nas penas do art. 2º, item III e art. 24, da Lei 1.802/1993, Lei de Segurança Nacional. Está acostada a cópia da Resolução 3 da Prefeitura Municipal de Santos Dumont que culminou a cassação do mandato de vereador e suplentes, entre os quais figurava o requerente.

IV. O Grupo dos Onze era o nome de organização de caráter paramilitar, composta por “onze companheiros”, cuja liderança competia a Leonel Brizola, em fins de novembro de 1963. Por meio dela, pregava-se a organização de pequenas células – cada uma composta por onze cidadãos, em todo o território nacional – para a organização da força popular, com o fim de colocar o país em uma nova linha política.

V. Muito embora a Lei 10.559/2002 preveja a possibilidade de reparação econômica pela via administrativa, não exclui o interesse do demandante de continuar o pleito na via jurisdicional, com o escopo de obter a indenização no valor que considera devido, ainda que a fixação do referido valor fique a critério do magistrado.

VI. O dano moral, na hipótese dos autos ocorreu. Cumpre notar, apenas, que inexistente parâmetro legal definido para a fixação da sua reparação, devendo ser mantido valor estipulado na sentença, qual seja, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente a partir da sentença, quantificado segundo os critérios de proporcionalidade e moderação, submetidos ao razoável entendimento judicial, de acordo com as peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame, não podendo ser ínfimo, muito menos que saia da órbita da razoabilidade, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido.

VII. Entendo que são devidos juros moratórios que devem ser arbitrados da seguinte maneira: (i) 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso até a vigência do Código Civil de 2002, de acordo com o art. 1.062 CC/16; (ii) taxa Selic, desde a entrada em vigor do CC/2002 até a Lei 10.960/2009, por incidência do art. 406 do CC/2002; (iii) 0,5% (meio por cento) ao mês, da alteração trazida pela Lei 10.960/2009 até o efetivo pagamento, nos moldes da art. 1º-F, da Lei 9.494.

VIII. A fixação da verba honorária deve atender aos princípios da razoabilidade e da equidade, bem como remunerar o trabalho desenvolvido pelo causídico, principalmente por ter efetivado a defesa da parte. Na hipótese, reformo a sentença para fixar a verba honorária em R\$ 1.000,00 (mil reais), quantia estipulada em conformidade com os termos do § 4º, art. 20, do Código de Processo Civil, tendo em vista a complexidade da ação.

IX. Apelação a que se dá parcial provimento apenas para alterar a fixação dos juros moratórios, nos seguintes termos: (i) 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso até a vigência do Código Civil de 2002, de acordo com o art. 1.062 CC/16; (ii) taxa Selic, desde a entrada em vigor do CC/02 até a Lei 10.960/2009, por incidência do art. 406 do CC/02; (iii) 0,5% (meio por cento) ao mês, da alteração trazida pela Lei 10.960/2009 até o efetivo pagamento, nos moldes da art. 1º-F, da Lei 9.494.

X. Remessa, tida por interposta, prejudicada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação da União.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 14/09/2011.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de apelação interposta pela União contra a sentença que, proferida nos autos de ação ordinária proposta por Francisco Fernandes de Oliveira, julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, nos seguintes termos:

Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos do autor condenando a União a pagar indenização ao autor a título de danos morais, fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), devendo tais valores ser corrigidos monetariamente a partir da data desta sentença, utilizando-se dos índices de correção estabelecidos na Tabela do Conselho da Justiça Federal, acrescido de juros legais de 0,5% ao mês, contados da data do fato, ou seja, 06 de abril de 1964, até a vigência de art. 406 do Novo Código Civil c/c 161, §1º do CTN(1), data na qual o juros passam para 1,0% ao mês até a data do efetivo pagamento, uma vez que se trata de responsabilidade extracontratual.

Condeno a ré ao pagamento dos honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor da condenação. (fls. 88-89)

No apelo, a União levanta, preliminarmente: (i) ausência de interesse de agir, pois o autor deveria ter requerido de modo prévio, administrativamente, à Comissão de Anistia a declaração de anistiado político e (ii) prescrição fulmina a pretensão do autor lastreada nos arts. 3º e 9º da Lei 10.559 e art. 8º do ADCT, uma vez que os fatos ensejadores da indenização teriam ocorrido no ano de 1964 e, somente, em 2006, ou seja, 42 anos depois, a ação foi proposta.

Quanto ao mérito, a União sustenta, em síntese, que não está caracterizada a sua responsabilidade civil no caso: a) inexistem provas nos autos que comprovem os fatos alegados pelo autor; b) o autor não faz jus à reparação econômica por não ter ingressado com requerimento da Comissão de Anistia; c) não estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil; d) a situação de sofrimento psíquico do recorrente não foi comprovada a ensejar o dano moral. Impugna, ademais, o valor arbitrado a título de dano moral, caso se entenda pela manutenção da indenização, pleiteando que deve ser reduzido.

Por fim, sustenta que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser reduzido de 10% para 5% e os juros de mora devem ser fixados em percentual igual ou inferior a seis por cento ao ano.

Requer, assim, que sejam acolhidas as preliminares levantadas e, caso ultrapassados os vícios, seja julgado improcedente o pedido autoral. Subsidiariamente, requer a União que seja reduzido o valor arbitrado a título de dano moral, bem como os juros moratórios e os honorários advocatícios nos moldes do art. 20, §4º, do CPC.

Apresentadas contrarrazões às fls. 119-122.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — 1. Preliminar e prejudicial

Quanto a preliminar de falta de interesse de agir, verifico que a questão se confunde com o próprio mérito do recurso, mas analiso, desde logo a arguição da União, no que diz respeito à necessidade de declaração prévia da Comissão de Anistia para caracterização da condição de anistiado político.

Mesmo após a Lei 10.559/2002, que estipula valor e forma de pagamento das indenizações aos anistiados políticos, não há necessidade de requerimento prévio administrativo.

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal alberga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa maneira, é direito constitucionalmente garantido o acesso ao Poder Judiciário a todos que tiverem direito violado ou ameaçado. Não é possível que o Estado se esquive da prestação jurisdicional àqueles que buscam solução para o seu litígio.

No caso, embora a Lei traga parâmetros para indenização o cidadão tem direito de contestar

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado).

as estipulações pré-estabelecidas. Aliás, impedir a caracterização de responsabilidade civil do Estado por falta de declaração obtida administrativamente afrontaria claramente o princípio da inafastabilidade. Nesse sentido, já entendeu a Corte Superior de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PRISÃO INJUSTA. ACUSAÇÃO EQUIVOCADA. DANOS MORAIS. PRISÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO FIXADA COM FULCRO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO STJ.

1. Ação Ordinária de Indenização interposta por autor que sofreu danos morais em decorrência de prisão injusta perpetrada pela Polícia Militar, com fulcro em denúncia anônima, porquanto acusado de ter participado de homicídio de pessoa desconhecida, tendo sido mantido recolhido em delegacia por um dia, liberado após a constatação de que não participara de qualquer evento delituoso.

2. A negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor na exordial - em especial no que se refere à configuração da responsabilidade estatal - restou examinada pelo Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, é insindicável nesta instância processual, à luz do óbice constante da Súmula 7/STJ.

3. In casu, a Corte de origem confirmou integralmente a sentença a quo, condenando o Estado ao pagamento da indenização pleiteada, com fulcro na Responsabilidade Objetiva do Estado, calcado na seguinte fundamentação, in litteris: Restou comprovado nos autos pelo depoimento da vítima e informações das testemunhas, bem como pelos diversos documentos, a veracidade dos fatos relatados na inicial, tornando evidente a ocorrência de ação anormal por parte dos policiais, que excederam os ditames legais e as prerrogativas e deveres a eles conferidos, vez que não existe nos autos sequer o nome da vítima do suposto homicídio, tendo o Delegado Otacílio Medeiros comunicado ao Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública da impossibilidade de instaurar o inquérito policial, já que “faltava a objetividade e materialidade deletivas.

4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem 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.

5. Ad argumentandum tantum, no mérito melhor sorte não lhe assistiria, isto por que a Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados,

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

6. Conseqüentemente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

7. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais mezesinhos deveres estatais, consistente em manter-se alguém custodiado de forma injusta e desarrazoada, sem direito à defesa.

8. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, escoreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 9. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os conseqüentários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se acusado de forma arbitrária pelo Estado incumbido de sua proteção?

11. *Anoto-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que “a exigibilidade a qualquer tempo dos conseqüentários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”.* (REsp 612.108/PR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03/11/2004) 12. Recurso especial não conhecido.

(REsp 881.323/RN, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 31/03/2008) grifamos.

Quanto a prescrição, destaca-se que as dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem como

todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, prescrevem em cinco anos, consoante art. 1º do Decreto 20.910/1932. Entretanto, quando a questão envolve danos que atentam contra o direito à dignidade da pessoa humana e ao exercício da cidadania, condições essenciais para liberdade, justiça e paz, num período marcado pela repressão ideológica, perseguição política e submissão do cidadão a atos de tortura, como aponta o autor na sua inicial, entendo que a pretensão é imprescritível. Adoto aqui o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

PROCESSIONAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. A dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, experimenta os mais expressivos atentados quando engendradas a tortura e a morte, máxime por delito de opinião.

2. Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” “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;

[...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” 3. Destarte, o egrégio STF assentou que: “...o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade

da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.” (HC 70.389/SP, rel. p. acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001) 4. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

5. Conseqüentemente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

6. Outrossim, a Lei 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

7. Ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento de danos materiais e morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do pai dos autores, bem como na sua tortura, cujas conseqüências alega irreparáveis.

8. A prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando contra a dignidade da pessoa humana.

9. A indenização pretendida tem amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Precedentes.

10. Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

11. A dignidade humana desprezada, in casu, decorreu do fato de ter sido o autor torturado revelando flagrante violação a um dos mais singulares direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

12. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

13. A Constituição federal funda-se na premissa de que a dignidade da pessoa humana é inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

14. O egrégio STJ, em oportunidades ímpares de criação jurisprudencial, vaticinou: “RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO, TORTURA E MORTE DO PAI E MARIDO DAS RECORRIDAS. REGIME MILITAR.

ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEI N. 9.140/95. RECONHECIMENTO OFICIAL DO FALECIMENTO, PELA COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS, EM 1996. DIAS A QUO PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

A Lei n. 9.140, de 04.12.95, reabriu o prazo para investigação, e conseqüente reconhecimento de mortes decorrentes de perseguição política no período de 2 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1998, para possibilitar tanto os registros de óbito dessas pessoas como as indenizações para reparar os danos causados pelo Estado às pessoas perseguidas, ou ao seu cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes ou colaterais até o quarto grau.

omissis [...] em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes.

O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática” (REsp n. 379.414/PR, rel. Min. José Delgado, in DJ de 17.02.2003).

Recurso especial não conhecido.” (REsp 449.000/PE, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, DJ 03/06/2003) 15. Recurso especial provido para afastar *in casu* a aplicação da norma inserta no art. 1º do Decreto n.º 20.910/32, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para que dê prosseguimento ao feito.

(REsp 1165986/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011).

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INDENIZAÇÃO

POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABUSOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DA DEMANDA.

I – As ações em que se busca o pagamento de indenização em face de tortura supostamente praticada por agentes do Estado, durante o regime militar, não se sujeitam ao prazo prescricional previsto no Decreto n.º 20.910/32, por se tratar de direito fundamental assegurado na Constituição Federal. Precedentes.

II – Afastada a prescrição reconhecida na sentença monocrática e não concluída a instrução processual com vistas no esclarecimento da situação fática em que se funda a pretensão deduzida, como no caso, afigura-se inaplicável a regra do artigo 515 § 3º, do CPC, devendo o feito retornar ao juízo a quo, para fins de regular prosseguimento.

III – Apelação provida. Sentença reformada.

(AC 2000.35.00.008751-1/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ de 27/06/2005, p.93).

Desse modo, adotando o entendimento acima esposado, não há que se falar em prescrição.

2. Mérito

No tocante à inviolabilidade dos direitos universalmente protegidos e constitucionalmente garantidos pela Constituição Federal, assegura-se o direito de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, de acordo com a teoria do risco administrativo, o qual intitula o dever do Estado de indenizar os danos causados a terceiros, pelos seus agentes, no exercício de suas funções, independentemente da existência de culpa, consoante § 6º do art. 37 da CF, estendendo-se, inclusive, aos anistiados que foram punidos com fundamento em atos de exceção, institucionais ou complementares, ou sofreram punição disciplinar, sendo estudantes durante o período de repressão do Regime Militar, consoante a Lei 10.559/2002, a qual regulamenta o artigo 8º do ADCT.

Outrossim, para configurar o dever de indenizar é cediço a exigência da comprovação do dano, da atuação do agente público e do nexos causal entre ambos.

No caso em tela, muito embora se verifiquem dificuldades materiais de se juntar provas da época ditatorial, reputo plenamente idônea a documentação juntada aos autos.

Consta nos autos, o ofício 6-C do Major Comandante da 4ª Companhia de Polícia, de Juiz de Fora/MG, que comprova a detenção civil do requerente e de outras pessoas, em 06/04/1964, como medida preventiva, por serem “elementos considerados de tendência esquerdista que vinham desenrolando

constantemente trabalhos de aliciamento e agitando pessoas dos diversos setores” (fl. 33). De fato, extrai-se dos autos por informação da referida autoridade a apuração de que o requerente juntamente com outras 10 (dez) pessoas foram identificadas como participantes do “Grupo dos 11” (fl. 32).

Os autos trazem também a cópia da denúncia proposta pela promotoria da auditoria da 4ª região militar, (fls. 18-19), que culminou na incursão do autor nas penas do art. 2º, item III e art. 24, da Lei 1.802/1993, Lei de Segurança Nacional.

De igual modo, verifico a validade da cópia da Resolução 3 da Prefeitura Municipal de Santos Dumont que culminou a cassação do mandato de vereador e suplentes, entre os quais figurava o requerente (fl. 31).

Por meio do relatório da Auditoria Militar acostado aos autos, extraem-se as seguintes informações (fls. 49-52):

10) Ouvidos como testemunhas e classificados como indiciados:

- Carlos Costa (Vereador PTB); Agnaldo Adelino de Paula (Suplente Vereador PR) e Francisco Fernandes de Oliveira (Suplente Vereador PTB)

a) Aspecto subversivo

Grupo dos Onze (item 2 folhas 211. item 4 folhas 214. item 31 folhas 237. item 3 folhas 247. item 1 folhas 447. item 4 folhas 152)

Ficou claro que os acima mencionados faziam parte do referido Grupo de espontânea vontade, já que sabiam, de antemão, políticos que eram, das suas finalidades subversivas. Assinaram a relação com pleno conhecimento de causa não seduzidos pela macia do Conego Maximiano.

- Participação em Comícios

- Palestras pelo Rádio (item 7, folhas 247; itens 2 e 6 folhas 447; e, apoio às idéias do Sr. Leonel Brizola.

Reunião Ferroviária (item 2, folhas 247; item 4 folhas 448)

- O Sr. Carlos Costa e o Sr. Francisco Fernandes de Oliveira – participaram dessa reunião, ultimamente classificada contrária aos princípios democráticos, aplaudindo os oradores que, acintosamente, desejavam pressionar os seus dirigentes, através os Sindicatos, para que seus interesses fossem vitoriosos

Enquadramento: art. 24 da Lei de Segurança Nacional e Art. 10º do Ato Institucional.

Deverão ser suspensos os seus direitos políticos por dez anos pois que seus mandatos legislativos já foram cassados, conforme resolução nº 3 de 2 de maio do ano corrente, às folhas 161 e 162 do presente IPM.” (fl. 51).

Destarte, verifica-se que os autos estão presentes provas da ocorrência de prisão e de

perseguição do autor, realizadas pela apelada por meio de seus agentes atuantes à época em que se instituiu no Brasil o regime militar, simplesmente porque o autor possuía tendência esquerdista, tendo sido considerado subversivo por que integrante do Grupo dos Onze.

O Grupo dos Onze era o nome de organização de caráter paramilitar, composta por “onze companheiros”, cuja liderança competia a Leonel Brizola, em fins de novembro de 1963. Por meio dela, pregava-se a organização de pequenas células – cada uma composta de onze cidadãos, em todo o território nacional – para a organização da força popular, com o fim de colocar o país em uma nova linha política. Nesse contexto, procuravam-se, na cidade de Santos Dumont, onze pessoas com tendência esquerdista, ligadas à Brizola, fato que culminou na prisão do requerente, com intuito de obstar um possível levante.

Assim, os fatos e elementos encontrados nos autos são capazes de afirmar que o autor sofreu danos morais. Teve seus direitos políticos suspensos, cassado seu mandato, sido indiciado e denunciado além de ter a prisão decretada, pelo mero argumento de que participava de reunião de caráter subversivo com tendência comunista e ter aplaudido um orador em seu discurso, em um período em que se sabiam exatamente os maus tratos destinados aos presos na mesma situação do autor.

Julgo, portanto, ser devida a reparação pleiteada.

Muito embora a Lei 10.559/02 preveja a possibilidade de reparação econômica via administrativa, não exclui o interesse do demandante de continuar o pleito na via jurisdicional, com o escopo de obter a indenização no valor que considera devido, ainda que a fixação do referido valor fique a critério do magistrado.

Confira-se a jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DITADURA MILITAR. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, PRISÃO E TORTURA DE ESTUDANTE ENTRE 1969 A 1971. NÃO-OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 515, 3º, CPC. PROVAS DOCUMENTAIS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, 6º, CF/88. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. Cuida-se de AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS em face da UNIÃO. Afirma o Autor que foi vitimado por atos de injusta violência praticada por agentes da ré. Sustenta que, como militante político do movimento estudantil, em abril de 1969 ‘acabou sendo preso, sem arma ou resistência, às margens do Rio Manhuaçu, perto da localidade de Santo Antônio, quando os militares chegaram com sua mãe como refém’ (sic). Ressalta que, por trinta e dois meses de prisão, foi privado de viver em liberdade - sendo torturado, física e psicologicamente (dano moral)

- e de trabalhar (dano patrimonial). Notícia que, em razão do decreto 477/69, desligado do curso de Ciências Sociais da UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais). Ficando impedido de rematricular-se pelo período de três anos, entre junho/70 e junho/73. Diz que 'depois de barbaramente torturado (...), foi absolvido em 29/11/71, pelo Conselho Permanente de Justiça do Exército' (sic). Indica o livro 'Brasil: Nunca Mais' (2ª ed., Vozes, 1985, páginas 40 e 233) como fonte de registro de seu interrogatório, que narra a crueldade da sevícia a que se submetera na prisão. Assevera que um ex-tenente do Exército, em entrevista à VEJA (periódico de circulação nacional), admitiu a prática de tortura de vários militantes políticos, acrescentando o Autor que figurava entre aqueles torturados. Aponta a responsabilidade da União, invocando o disposto no §6º do artigo 37 da vigente Carta Magna.

2. O Juízo "a quo" proferiu a decisão nos seguintes termos: "Sob esses fundamentos, EXTINGUE-SE O PROCESSO COM JULGAMENTO DE MÉRITO, pronunciando a prescrição da pretensão deduzida na Ação de Ápio Costa Rosa ajuizada em face da União" Condena-se o Autor a pagar ao Réu verba honorária advocatícia, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando exonerado pelo benefício da justiça gratuita. Custas processuais ex lege".

3. Irresignado, ÁPIO COSTA ROSA apelou (fls. 153/171) sob o argumento de que a coação moral o intimidava a entrar com a ação, retardando a sua propositura. Aduz que o direito pleiteado, com o advento da Constituição de 88, passou a ser imprescritível, pois é um direito fundamental. Juntou jurisprudência em que a prescrição foi afastada em caso semelhante.

4. Diante do caso em questão, assiste razão ao apelante, quanto à inaplicabilidade da prescrição quinquenal e, reconhecendo que a matéria está pronta para julgamento, com base no art. 515, 3º, CPC, adentro no mérito da causa, conforme as considerações a seguir declinadas. - Prescrição -. As dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, prescrevem em cinco anos, consoante artigo 1º do Decreto 20.910/32. Entretanto, quando a questão envolve danos que atentam contra o direito à dignidade da pessoa humana e ao exercício da cidadania, condições essenciais para liberdade, justiça e paz, num período marcado pela repressão ideológica, perseguição política e submissão do cidadão a atos de tortura, como aponta o autor na sua inicial, entendo que a prescrição não é quinquenal, mas vintenária. Em tal caso, o termo inicial deve ser contado a partir da promulgação da Constituição da República, porque foi a partir deste marco que as liberdades democráticas e os princípios fundamentais garantiram ao povo o exercício de seus direitos e meios para resguardá-los. Precedentes: (Resp 462.840/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO,

SEGUNDA TURMA, julgado em 02.09.2004, DJ 13.12.2004 p. 283; (AC 1997.35.00.006010-0/GO, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ de 13/06/2005, p.43)- destaques não originais

5. O próprio autor pede o julgamento antecipado na lide, de modo a presumir-se que não tinha mais provas a produzir. No tocante à inviolabilidade dos direitos universalmente protegidos e constitucionalmente garantidos pela Constituição Federal, assegurando-se o direito de indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação, combinado com a teoria do Risco Administrativo, o qual intitula o dever do Estado de indenizar os danos causados a terceiros, pelos seus agentes, no exercício de suas funções, independentemente da existência de culpa, consoante § 6º do artigo 37 da CF, estendendo-se, inclusive, aos anistiados que foram punidos com fundamento em atos de exceção, institucionais ou complementares, ou sofreram punição disciplinar, sendo estudantes durante o período de repressão da Ditadura Militar, consoante a Lei 10.559/02, a qual regulamenta o artigo 8º do ADCT. Outrossim, para configurar o dever de indenizar é cediço a exigência da comprovação do dano e do nexos causal entre ele e a atuação do agente público. No caso em tela, muito embora se verifiquem dificuldades materiais de se juntar provas da época ditatorial, reputo plenamente idônea a certidão subscrita pelo Escrivão da Auditoria da 4ª Circunscrição Judiciária Militar, colacionada às fls. 50, onde consta que o apelante foi julgado pelo Conselho Permanente de Justiça do Exército, em sessão de 22/11/1971, cujos trabalhos judiciais se prolongaram até o dia 29/11/1971, tendo sido absolvido da acusação que lhe foi intentada na denúncia. Cópia autêntica do Auto de Qualificação e Interrogatório, colacionada às fls. 58/60, relata as espécies de torturas sofridas e os nomes dos prováveis torturadores. Na denúncia acostada aos autos por cópia, às fls. 61/95, foram incursas na Lei de Segurança Nacional (divergências históricas entre Moscou e Pequim, formações de entidades subversivas egressas do PCB e do PC do B) 70 pessoas, na sua maioria em idade estudantil, e dentre as quais estava o apelante, que, por sua vez, como todos os outros, foi indiciado como antigo militante do Comitê Estudantil do PCB em Governador Valadares - MG, com intuito de promover no País a derrubada do regime, através da subversão e da destruição das instituições democráticas e implantar o regime comunista (cf. fls. 74 e 95). O Ministério Público Militar na denúncia, de 07/05/1970, pede a decretação da prisão de 25 pessoas onde não consta o nome do apelante o que por consequência nos leva a acreditar que ele já se encontrava preso, tendo em vista que ele posteriormente foi absolvido conforme a certidão já mencionada, da lavra do escrivão da 4ª Circunscrição Judiciária Militar. O apelante afirma que esteve preso no período de 04/1969 a 11/1971, entretanto, a peça de fls. 51 informa que ele esteve empregado

no Banco Real de Crédito SA. entre 11/08/1959 e 19/05/1969, tendo sido demitido por abandono de emprego e readmitido em 10/1972. Denota-se de tais informações a coincidência entre o período de abril/maio de 1969, o que é explicável diante das pressões psicológicas sofridas pelo apelante à época do auge do período ditatorial, em que sofria perseguições resultando em sua prisão. Consta dos autos, à fl. 52, que o apelante esteve internado em tratamento especializado na Clínica Pinel - psiquiatria -, no período compreendido entre 17/05/1971 e 03/07/1971, o que constitui forte indício das lesões psíquicas sofridas, justificando a possibilidade da condenação à reparação material e compensatória à dor, sofrimento, menoscabo e ao abalo da honra e imagem, de acordo com o artigo 2º, inciso VII da lei 10.559/02. Esses documentos são corroborados ainda pela reportagem da Revista Veja (fls. 34/44) e de trechos do livro Brasil Nunca Mais (fls.23/24), em que o Autor dá seu depoimento acerca da tortura e do tempo em que esteve preso. Julgo, portanto, ser devida a reparação pleiteada. Muito embora a Lei 10.559/02 preveja a possibilidade de reparação econômica via administrativa, não exclui o interesse do demandante de continuar o pleito na via jurisdicional, com o escopo de obter a indenização no valor que considera devido. Nesses termos, são notórias as deletérias consequências causadas pela dor e pelo sofrimento provocados pela tortura física e psicológica da época da ditadura militar brasileira. Portanto, cumpre notar que inexistente parâmetro legal definido para a sua fixação, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade e moderação, submetidos ao razoável entendimento judicial, de acordo com as peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame, não podendo ser ínfimo, muito menos que saia da órbita da razoabilidade, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido.

6. Em alusão ao quantum material, este possui caráter de ressarcimento, vinculado aos prejuízos patrimoniais decorrentes de sua prisão. Assim, considerando a impossibilidade de trabalhar e a condição de estudante, consoante documentos que instruíram a inicial, o ressarcimento material é devido. O apelante permaneceu privado de exercer a sua atividade profissional durante o período em que esteve preso, ou seja, durante 43 meses deixou de perceber o seu salário, férias, 13º salário, FGTS, licença-prêmio, além de ter sido desligado do Curso de Filosofia e proibido de se matricular em qualquer outro estabelecimento de ensino pelo prazo de 3 anos. Calculo o dano material, portanto, multiplicando o período de 43 meses pelo valor de R\$ 1.605,55, apresentado às fls. 57, referente ao contra-cheque do apelante em 12/1998, perfazendo um total de R\$ 69.038,65, ao qual acresço três vezes aquele valor a título de 13º e mais um salário a título de férias, totalizando R\$75.460,55, ao qual deverá ser acrescido 8% referente a FGTS, importando R\$81.497,39.

7. Quanto ao dano moral a jurisprudência, em casos excepcionais, tem fixado em 500 salários-mínimos. No caso em exame, fixo a indenização em 200 salários-mínimos, correspondentes a R\$70.000,00.

8. Ante o exposto, dou provimento à apelação para afastar a prescrição quinquenal do Decreto 20.910/32. Consequentemente, aplico o art. 515, 3º, do CPC e julgo procedente o pedido para fixar o valor da indenização por danos morais e materiais, em R\$ 151.497,39 (cento e cinquenta e um mil, quatrocentos e noventa e sete reais e trinta e nove centavos), com os reajustes legais a partir da data deste julgamento.

9. Inversão dos ônus da sucumbência.

(AC 1999.38.00.011106-9/MG, rel. Juiz Federal Avio Mozar José Ferraz de Novaes, Quinta Turma, DJ de 18/12/2006, p.186)

O dano moral, na hipótese dos autos ocorreu. Cumpre notar, apenas, que inexistente parâmetro legal definido para a fixação da sua reparação, devendo ser mantido valor estipulado na sentença, qual seja, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente a partir da sentença, quantificada segundo os critérios de proporcionalidade e moderação, submetidos ao razoável entendimento judicial, de acordo com as peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame, não podendo ser ínfimo, muito menos que saia da órbita da razoabilidade, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido.

Quanto aos juros, a estipulação de sentença de juros moratórios foi de 0,5%, a partir do evento danoso (06/04/1967) até a entrada em vigor do Código Civil e, daí em diante, no percentual de 1% ao mês.

De fato, não é outro o entendimento dessa eg. Corte Superior, que restringe a incidência do percentual de 0,5% até o fim da vigência do Código Civil de 1916, sendo, posteriormente alterada, verbis:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DITADURA MILITAR. SARGENTO EXPULSO DO EXÉRCITO, PRESO ARBITRARIAMENTE E ENCONTRADO MORTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. VALOR DA INDENIZAÇÃO E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. JUROS COMPOSTOS. DESCABIMENTO. SÚMULA 186/STJ. JUROS MORATÓRIOS.

1. Cuidam os autos de Ação Ordinária ajuizada em 1973, com o fito de obter indenização decorrente do falecimento de ex-sargento do Exército, cônjuge da autora.

2. O fato ocorreu em 1966 e ficou conhecido como “o caso das mãos amarradas”. Segundo narrou a autora, em síntese, seu marido foi expulso do Exército por força do Ato Institucional 1/1964; em 11.3.1966 foi preso arbitrariamente e levado ao Dops, onde foi torturado por mais de uma semana. Depois, foi conduzido à Ilha do Presídio, de onde lhe enviou algumas cartas juntadas aos autos como prova; em 13.8.1966 foi novamente enviado ao Dops, tendo sido torturado e assassinado; em 24.8.1966 seu corpo foi encontrado boiando, com as mãos amarradas, no Rio Jacuí.

[...]

6. Ainda que tenha sido paga a indenização estabelecida na Lei 9.140/1995, subsiste interesse processual em pleitear reparação por danos morais e materiais em maior extensão. Precedentes do STJ.

7. A indenização por danos morais foi feita com base em extensa e minuciosa análise dos elementos probatórios da dor que afligiu a recorrida com a prisão e a morte do cônjuge na época da ditadura militar. A redução do valor, que não se mostra excessivo, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

8. “Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime” (Súmula 186/STJ), sendo descabida a sua imposição à União.

9. *Durante a vigência do Código Civil de 1916, os juros de mora devem incidir em 0,5% ao mês, nos termos do seu art. 1.062. Precedentes do STJ.*

10. A revisão da verba honorária implica reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso.

11. Recurso Especial parcialmente provido para afastar a incidência de juros compostos e reduzir o percentual dos juros de mora para 0,5% ao mês durante o período de vigência do Código Civil anterior.

(REsp 900.380/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 08/09/2009).

No entanto, após a vigência do Código Civil de 2002, a estipulação dos juros moratórios, regida pelo art. 406 do Código Civil, deve guardar coerência com a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, como é o entendimento da Corte Especial desse eg. Superior Tribunal de Justiça:

Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/1995, 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 e 30

da Lei 10.522/2002). (REsp 727842/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 08/09/2008, DJe 20/11/2008).

Mister destacar que a partir da vigência do CC/2002, com a incidência da taxa Selic, não poderá haver cumulação com nenhum outro índice de atualização monetária, ante a natureza dúplice dessa taxa.

Ocorre que com o advento da Lei 11.960/2009, publicada no *DOU* em 30/06/2009, foi alterada a redação do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, sendo instituído um novo regime de juros moratórios para Fazenda Pública, *verbis*:

Art. 1º-F. 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. (Redação dada pela Lei 11.960, de 2009)

Nesse sentido, confira-se o precedente do STJ:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. ANISTIADO POLÍTICO. REPARAÇÃO ECONÔMICA. EFEITOS RETROATIVOS. HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. Também tem-se admitido os aclaratórios para a correção de meros erros materiais, passíveis de conhecimento de ofício pelo órgão julgador.

2. No caso, o aresto recorrido apreciou detalhadamente todos os pontos relevantes para a solução da controvérsia, não sendo cabível o manejo dos aclaratórios para simplesmente rediscutir o mérito das questões já decididas por esta Corte.

3. Quanto à observância do art. 100 da CF e do princípio da separação dos poderes, ressaltou-se no acórdão a necessidade de inscrição da quantia devida em precatório, caso se comprove não haver recursos orçamentários disponíveis para pagamento da reparação econômica pretendida. Essa consideração soluciona o imbróglio que postergava indefinidamente o cumprimento da obrigação pelo Poder Público, fazendo-se com que o direito do anistiado político seja respeitado e, ao mesmo tempo, que a disponibilidade orçamentária seja criada por meio da inscrição do requisitório.

4. Se sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia, ficará prejudicado o pagamento do correspondente

precatório, consoante decisão unânime da Primeira Seção na sessão de julgamento de 13.04.11.

5. Nos termos dos EREsp 1.207.197/RS, de minha relatoria, que foram julgados à unanimidade na sessão de julgamento da Corte Especial de 18.05.11, acórdão ainda não publicado, definiu-se que, em todas as condenações impostas contra a Fazenda Pública, “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”, consoante a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, dispositivo que deve ser aplicável aos processos em curso à luz do princípio do *tempus regit actum*.

6. Embargos de declaração da União e do Ministério Público Federal rejeitados. Embargos de declaração do particular acolhidos, sem efeitos modificativos.

(EDcl no MS 15485/DF, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 22/06/2011, DJe 30/06/2011).

Assim, entendo que são devidos juros moratórios que devem ser arbitrados na seguinte maneira: (i) 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso até a vigência do Código Civil de 2002, de acordo com o art. 1.062, CC/1916; (ii) taxa eçoc, desde a entrada em vigor do CC/02 até a Lei 10.960/2009, por incidência do

art. 406 do CC/02 e (iii) 0,5% (meio por cento) ao mês, da alteração trazida pela Lei 10.960/2009 até o efetivo pagamento, nos moldes da art. 1º-F, da Lei 9.494/91.

Por fim, no que atine à condenação por verba advocatícia, destaco que a fixação da verba honorária deve atender aos princípios da razoabilidade e da equidade, bem como remunerar o trabalho desenvolvido pelo causídico, principalmente por ter efetivado a defesa da parte. A sentença fixou os honorários em valor módico e a União não teve razão para recorrer.

Assim, dou parcial provimento à apelação para alterar a fixação dos juros moratórios, nos seguintes termos: (i) 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso até a vigência do Código Civil de 2002, de acordo com o art. 1.062 CC/16; (ii) taxa Selic, desde a entrada em vigor do CC/2002 até a Lei 10.960/2009, por incidência do art. 406 do CC/02; (iii) 0,5% (meio por cento) ao mês, da alteração trazida pela Lei 10.960/2009 até o efetivo pagamento, nos moldes da art. 1º-F, da Lei 9.494.

É o meu voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0021413-84.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.021419-0/DF

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)
 Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dra. Daniela Alves Cruz de Carvalho e outros
 Apelados: Wagna Maria de Souza Pinheiro e cônjuge
 Advogados: Dra. Rejane Lúcia Alves de Andrade e outro
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2011, p. 610

Ementa

Responsabilidade Civil. Consumidor. Óbito do principal tomador do empréstimo. Cobrança após o óbito. Inscrição em cadastro restritivo. Indenização por danos morais. Cabimento.

I. Proposta a ação em 26 de junho de 2003 quando o cônjuge da autora já havia falecido, faz-se necessária a sua exclusão da lide, porquanto, com a morte, cessa a existência da pessoa natural e, conseqüentemente, a sua personalidade civil, nos termos dos arts. 2º e 6º do Código Civil, sendo, pois, insuscetível de figurar como parte em processo judicial. Prosseguimento do feito tendo apenas a viúva como autora, visto que o dano moral a que se refere a ação ocorreu depois da morte do marido.

II. Orientação jurisprudencial assente nesta Corte, na linha do entendimento enunciado na Súmula 297 da jurisprudência predominante no colendo Superior Tribunal de Justiça, a de que “o Código de Defesa do Consumidor

é aplicável às instituições financeiras”, sendo cabível indenização por danos materiais e morais resultantes da indevida inclusão de nome em cadastros restritivos de crédito, configurados estes *in re ipsa*.

III. Hipótese na qual a documentação constante nos autos, em confronto com as argumentações postas por autor e ré, põe em evidência que a autora e seu falecido cônjuge firmaram com a ré contrato de financiamento em 20/10/1998, vindo o cônjuge da autora a falecer em 03/06/2001 em virtude de acidente automobilístico, do que a ré foi cientificada por meio de comunicação escrita, na data de 17/07/2001. Entretanto, apesar da comunicação, a ré inscreveu, na data de 29/11/2001, o falecido e a autora, em cadastro de inadimplentes, por falta de pagamento do financiamento, conquanto a morte do devedor fosse condição do seguro para liquidação do débito.

IV. Circunstância suficiente, por si só, para caracterizar a responsabilidade civil da ré, a qual não é afastada, evidentemente, pela alegação de que a autora não cumpriu com sua obrigação de avisar a ocorrência do óbito no menor prazo possível, nem muito menos de que a parte autora poderia ter evitado os transtornos se houvesse procurado a ré para resolver a questão administrativamente.

V. Considerando o período em que o nome dos autores permaneceu indevidamente inscrito em cadastro de restrição ao crédito e as consequências causadas em razão desse registro indevido, considero razoável a fixação do *quantum* indenizatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo a atualização monetária fluir a contar do momento em que houve o arbitramento de tal valor (STJ – Súmula 362), e os juros moratórios a partir do evento danoso, a teor do enunciado na Súmula 54 da jurisprudência da predominante na Corte Superior, a qual o reputa aplicável às indenizações por danos morais. Considerando, porém, que o evento danoso ocorreu antes da entrada em vigor da atual codificação civil, devem estes fluir à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, até o início de sua entrada em vigor e, a contar de então, à taxa Selic, não acumulável, durante sua incidência, com índice de correção monetária.

VI. Recurso de apelação provido em parte.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 19/09/2011.

Juiz Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa:
— O juízo federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em ação sob rito ordinário proposta por Wagner Maria de Souza Pinheiro à Caixa Econômica Federal, acolheu parcialmente a pretensão deduzida na demanda, condenando a ré a

[...] pagar à Autora o valor de R\$ 12.467,76, a título de dano moral.

Tendo em vista a sucumbência recíproca ficam compensados os honorários advocatícios. [...] (fl. 130).

Inconformada, recorre de apelação a ré, aduzindo, em síntese, que não há nos autos prova de que tenha cometido qualquer ato ilícito, pois quem motivou a negativação da autora e de seu finado marido foi ela própria que não informou com brevidade o óbito de seu cônjuge. Além disso, alega que a autora não conseguiu provar tenha sofrido qualquer constrangimento ou humilhação, em virtude da inscrição no cadastro de inadimplentes, requisitos indispensáveis para

configurar a ofensa à honra e ensejar o pagamento de indenização. Insurge-se, ademais, contra o valor arbitrado e pede que os honorários advocatícios sejam suportados integralmente pela autora.

Contrarrazões apresentadas às fls. 146–151.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Preliminarmente, observa-se que, proposta a ação em 26 de junho de 2003 quando o cônjuge da autora Wagner Maria de Souza Pinheiro já havia falecido, faz-se necessária a sua exclusão da lide, porquanto, com a morte, cessa a existência da pessoa natural e, conseqüentemente, a sua personalidade civil, nos termos dos arts. 2º e 6º do Código Civil, sendo,

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado).

pois, insuscetível de figurar como parte em processo judicial.

No mérito, substancia orientação jurisprudencial assente nesta Corte, na linha do entendimento enunciado na Súmula 297 da jurisprudência dominante no colendo Superior Tribunal de Justiça, a de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, sendo cabível indenização por danos materiais e morais resultantes da indevida inclusão de nome em cadastros restritivos de crédito, configurados estes *in re ipsa*. A respeito, podem ser chamados à luz, dentre incontáveis outros precedentes, os julgados a seguir transcritos por suas respectivas ementas, no quanto interessa à solução da presente controvérsia:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO. DUPLICATA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ENDOSSO. MANDATO. LEGITIMIDADE PASSIVA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FIXAÇÃO DO DANO MORAL. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

[...]

II. Esta Corte já firmou entendimento que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica” (REsp 1059663/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17/12/2008).

[...]

IV. É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela.

V. O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

VI. Agravo Regimental improvido (AGRg. nos EDcl. no Esp. 928.779/TO, STJ, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 30/03/2011).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. SÚMULA 7/STJ.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à desnecessidade, em hipóteses como a dos autos, de comprovação do dano moral, que decorre do próprio fato da inscrição indevida em órgão de restrição ao crédito, operando-se *in re ipsa*.

[...]

5. Nos termos da orientação reiterada deste Superior Tribunal de Justiça, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de reparação moral em favor da ora agravada, em virtude dos danos sofridos pela inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, como bem consignado na decisão agravada.

[...]

8. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg. no Ag. 1.332.573/SP, STJ, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 24/02/2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PESSOA JURÍDICA. PROVA DO DANO MORAL DESNECESSÁRIA.

1. Nos casos de inscrição irregular em órgãos de proteção ao crédito, o dano moral configura-se *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.

2. Agravo regimental desprovido (AgRg. no Ag. 1.082.609/SC, STJ, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio Noronha, DJe de 1º/02/2011).

CIVIL (RESPONSABILIDADE CIVIL). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABERTURA DE CONTA. DOCUMENTOS EXTRAVIADOS. DEVOUÇÃO DE CHEQUE SEM FUNDOS. OMISSÃO DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. NOME DA AUTORA INCLUÍDO OUTRAS VEZES NA SERASA. NÃO AFASTAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR.

1. Terceiro, utilizando-se de documentos extraviados, conseguiu abrir conta corrente na Caixa Econômica Federal - CEF em nome da autora.

2. A estelionatária emitiu cheque, que foi devolvido por insuficiência de fundos, tendo a Caixa inscrito o nome da autora em cadastro de inadimplentes.

3. A Circular 1.528, do Banco Central, que estabelece normas para abertura, manutenção e encerramento de contas, obriga as instituições financeiras a conferir a documentação apresentada pelo cliente, determinando, especialmente, o exame dos documentos de identificação pessoal e confirmação do endereço do correntista.

4. O evento danoso não ocorreu por culpa exclusiva de terceiro, não havendo prova, também, de que a autora tenha concorrido para a fraude, porquanto, tivesse a Caixa observado o regramento

para abertura de conta, a estelionatária não teria êxito em seu intento fraudulento.

5. A omissão, no caso, constitui ato ilícito (art. 186 do Código Civil), sujeitando a instituição à reparação dos danos causados ao autor (art. 927 do Código Civil).

6. Devolução de cheque sem fundos e inscrição em cadastro de inadimplência são hábeis a causar dano moral, dispensada prova de prejuízo financeiro, sendo inequívoco o dever de indenizar da instituição bancária.

7. A utilização de documentos da autora por estelionatário e a devolução de cheque sem fundos, como se fora ela a incauta, são circunstâncias que permitem um claro dimensionamento do sofrimento da apelada.

8. A abertura de conta corrente é rotina de significativa importância na prestação de serviços bancários, merecendo cabal reprimenda a omissão da instituição.

9. “A existência de registros de outros débitos do recorrente em órgãos de restrição de crédito não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre *in re ipsa*, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Precedente” (STJ, REsp 718618/RS, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, DJ de 20/06/2005).

10. A estipulação do quanto indenizatório deve levar em conta a finalidade sancionatória e educativa da condenação. Não pode, por isso, resultar o arbitramento em valor inexpressivo, nem exorbitante. Assim, deve-se manter a quantia de R\$ 3.000,00, fixada a título de danos morais.

11. Apelação da CEF a que se nega provimento (TRF 1ª Região, AC 0002368-94.2004.4.01.4100/RO, rel. Des. Federal João Batista Moreira, 5ª Turma, e-DJF1 de 26/03/2010, p. 352).

CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE CHEQUE ROUBADO. CULPA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONCORRÊNCIA COM A DA VÍTIMA.

1. Hipótese em que a Receita Federal procedeu à venda, em leilão público, de mercadorias apreendidas, mas não recebeu o devido pagamento, já que os cheques utilizados na arrematação foram posteriormente sustados em face de roubo perpetrado contra os Correios, responsável pela entrega das folhas ao correntista.

2. A responsabilidade contratual pela compra e venda no leilão, imputável ao falsário, não afasta a responsabilidade extracontratual atribuível ao banco.

3. Havendo prova de que o talonário de cheques não foi efetivamente entregue ao correntista, por conta de roubo praticado contra os Correios, caracterizada está a culpa do banco, que optou por essa modalidade de entrega, ensejando o dano à vítima.

4. Contudo, se a União não provou ter se utilizado dos meios próprios para evitar a fraude, solicitando documentos para a conferência da real identidade do emitente da cártula, cuidado que poderia ter evitado o ilícito, contribuiu para o evento danoso, caracterizando-se a culpa concorrente na hipótese.

5. Nesse contexto, os prejuízos deverão ser suportados pelas partes na proporção de metade para cada uma. Em face do exposto, julgo procedente a apelação para condenar o BANCO ABN AMRO REAL S/A a pagar à União a quantia de R\$3.017,07 (três mil dezessete reais e sete centavos), corrigidos monetariamente.

6. Os juros de mora, por sua vez, têm início a partir da data do evento danoso, nas indenizações por ato ilícito, conforme dispõe a Súmula 54 do STJ e incidem no percentual de 0,5% (meio por cento) até a entrada em vigor do novo Código Civil, a partir de quando são devidos à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

7. Apelação da União parcialmente provida (AC 2001.33.00.001652-6/BA, TRF 1ª Região, rel. Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (convocado), 5ª Turma, e-DJF1 de 11/12/2009, p. 342).

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FURTO DE DOCUMENTOS. ABERTURA DE CONTA CORRENTE MEDIANTE FRAUDE. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. VERBA HONORÁRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Caso em que o autor teve seus documentos de identidade e CPF furtados, tendo terceiro utilizado a referida documentação para abrir conta corrente junto à CEF, mediante substituição da fotografia constante na carteira de identidade.

2. Diante da falha do serviço da CEF, que, de forma negligente, promoveu a abertura de conta corrente por falsário mediante a utilização de documentos extraviados, sem adotar todas as cautelas possíveis para evitar a fraude, é nítida a existência de dano moral indenizável, decorrente da devolução de 35 cheques emitidos em nome do autor, sem provisão de fundos, no valor de R\$174.058,80 (fls. 47/50) e da conseqüente inscrição em cadastro de inadimplentes, sendo dispensada, no caso, a prova de prejuízo financeiro. Precedentes (AC 2005.38.01.001898-4/MG; AC 2002.38.01.005810-6/MG; AC 1997.38.00.055993-3/MG).

3. Hipótese em que o autor era titular de conta corrente empresarial junto à CEF (fl. 46), o que evidencia a negligência da ré ao proceder à abertura da conta fraudulenta, porquanto, em se tratando de cliente seu, possuía, na ocasião, maiores condições de atestar a falsificação da carteira de identidade, - que se deu mediante a substituição da fotografia ali contida -, e diligenciar acerca da veracidade das informações prestadas.

4. Razoável o *quantum* indenizatório de R\$10.000,00 (dez mil reais) fixado na sentença, - dado o abalo sofrido pelo autor pela devolução de 35 cheques emitidos em seu nome, no montante de R\$174.058,80 (fls. 47/50), seguida da inscrição em cadastros de inadimplentes -, sem implicar enriquecimento sem causa da parte autora. Precedentes da Turma (AC 2002.38.01.005810-6/MG; AC 1997.38.00.055993-3/MG).

5. A correção monetária deve ser aplicada mediante a utilização dos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

6. A verba honorária deve ser reduzida para o percentual de 10% do valor da condenação, considerando-se, para tanto, a natureza da questão posta em juízo, o lugar de prestação do serviço e o tempo despendido desde o início até o término da ação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC.

7. Apelação parcialmente provida (AC 2002.38.00.041008-3/MG, TRF – 1ª Região, 5ª Turma, rel. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada), eDJF1 de 16/09/2009).

CONSTITUCIONAL, CIVIL (RESPONSABILIDADE CIVIL) E PROCESSUAL CIVIL. CÚMULO DE AÇÕES. RÉ S NÃO ELENCADAS NO ROL DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO. CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. ANULAÇÃO DE ATOS DECISÓRIOS. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ABERTURA DE CONTA CORRENTE COM DOCUMENTOS EXTRAVIADOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE DO AUTOR. PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DO SERVIÇO. REPARAÇÃO DO DANO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. O autor ajuizou ação de indenização por danos morais em face da Caixa Econômica Federal e empresas privadas não elencadas no rol do art. 109 da Constituição.

2. Irrelevante para o caso a conexão entre as diversas ações, pois “a competência absoluta não pode ser modificada por conexão ou continência”, não sendo “possível reunir ações, sob o fundamento de que o fato que as originou é o mesmo, se para uma delas a competência do Juízo é absoluta” (REsp 48609).

3. O pedido de indenização é fundado em suposta responsabilidade solidária, mas o credor teria “direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum” (Código Civil, art. 275). Não seria, pois, caso de litisconsórcio necessário (Código de Processo Civil, art. 47).

4. O Superior Tribunal de Justiça “tem jurisprudência firme no sentido da inexistência de litisconsórcio necessário, uma vez que, havendo obrigação solidária, cabe ao autor a escolha de contra quem demandar. O mesmo se dá com relação

ao pedido cominatório de obrigação de não fazer” (AG 116193/RJ).

5. Terceiro abriu conta corrente em nome do autor utilizando documentos furtados. Em face da devolução de cheques emitidos pelo falsário, o nome do autor foi inscrito em cadastros de inadimplentes.

6. A instituição financeira responde pela inscrição indevida do nome do autor em cadastro de inadimplentes (Lei nº 8.078/90, art. 43).

7. Dispensável prova de prejuízo concreto, no caso de danos morais. Precedentes.

8. Aquele cujos documentos são furtados não tem obrigação de levar o extravio ao conhecimento de todas as agências bancárias do país. 9. Afastada a hipótese de culpa concorrente.

10. Reduzido de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) o quanto da indenização, em relação à Caixa Econômica Federal, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 11. Anulação, de ofício, dos atos decisórios em relação às empresas Mispá Calçados, Romape Peças Ltda. e Marville Indústria e Comércio Ltda. (CPC, art. 113, § 2º)

13. Apelação da Caixa Econômica Federal parcialmente provida para reduzir de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) o valor da indenização.

14. Apelação da Romape Peças Ltda. prejudicada (AC 2003.38.00.063570-6/MG, TRF – 1ª Região, 5ª Turma, rel. Des. Federal João Batista Moreira, e-DJF1 de 22/09/2009).

A documentação constante nos autos põe a mostra que a autora e seu falecido cônjuge firmaram com a ré contrato de financiamento em 20/10/1998, vindo o cônjuge da autora a falecer em 03/06/2001 em virtude de acidente automobilístico, do que instituição bancária ré foi cientificada por meio de comunicação escrita, na data de 17/07/2001. Entretanto, apesar da notificação, a ré inscreveu na data de 29/11/2001, o falecido e a autora, em cadastros de inadimplentes, por falta de pagamento do financiamento, conquanto a morte do devedor fosse condição do seguro para liquidação do débito.

Essa circunstância é suficiente, por si só, para caracterizar a responsabilidade civil da ré, a qual não é afastada, evidentemente, pela alegação de que a autora não cumpriu com sua obrigação legal de avisar a ocorrência do óbito no menor prazo possível, nem muito menos de que a parte autora poderia ter evitado os transtornos decorrentes se houvesse procurado a ré para resolver a questão administrativamente. E não é afastada porque a inscrição em cadastro de inadimplência, determinante da responsabilização civil, decorreu da falta do serviço, assim da inscrição após a notificação por escrito do óbito do principal tomador do empréstimo.

Diante dos critérios de fixação e parâmetros estabelecidos, e considerando o período em que o nome dos autores permaneceu indevidamente inscrito em cadastro de restrição ao crédito e as consequências causadas em razão desse registro indevido, considero razoável a fixação do *quantum* indenizatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo a atualização monetária fluir a contar do momento em que houve o arbitramento de tal valor (STJ – Súmula 362), e os juros moratórios a partir do evento danoso, a teor do enunciado na Súmula 54 da jurisprudência da predominante na Corte Superior, a qual o reputa aplicável às indenizações por danos morais. Considerando, porém, que o evento danoso ocorreu antes da entrada em vigor da atual codificação civil, devem estes fluir à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, até o início de sua entrada em vigor e, a contar

de então, à taxa Selic, não acumulável, durante sua incidência, com índice de correção monetária.

Pelo exposto, por ser matéria de ordem pública determino a extinção do processo sem resolução de mérito em relação a Francisco Ivan Pinheiro a teor do art. 267, VI, do CPC e dou parcial provimento ao recurso de apelação, para reduzir os danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo que a atualização monetária do valor devido flua a contar da data do arbitramento do mesmo, e para que os juros de mora, incidentes desde o evento danoso, observem a taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a data da entrada em vigor da atual codificação civil e, a partir daí, a taxa Selic, não acumulável com índice de correção monetária.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0057119-07.2007.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2007.01.00.054407-5/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
 Agravante: Luzia Giacomini Caruso
 Advogados: Drs. Cristiane Leroy Ribeiro e outros
 Agravada: União Federal (Fazenda Nacional)
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e- DJF1 de 07/10/2011, p. 492

Ementa

Processual Civil. Execução de sentença. Indeferimento por ter um dos litisconsortes, isoladamente, promovido a execução para recebimento da sua parte. Ilegitimidade.

a) Recurso – agravo de instrumento.

b) Decisão – indeferida execução de título judicial, feita por, apenas, um dos litisconsortes, para recebimento da sua parte.

I. Certificado em 27/08/2002 o trânsito em julgado da decisão exequenda e protocolizada em 23/08/2007 a petição indeferida, quando poucos dias faltavam para que a *prescrição* fosse consumada, e havendo interesses de *aposentados com domicílios diversos*, não se mostra razoável o entendimento de que a execução promovida, isoladamente, pela agravante para recebimento do que lhe é devido representa *tumulto processual*, mesmo porque, não é sua incumbência localizar todos os demais interessados para, conjuntamente, promoverem a execução do título judicial.

II. Razão assiste à agravante ao alegar que “teve cerceado o seu direito de executar o julgado, pois não pode ser prejudicada pela inércia dos demais autores, que inclusive, são representados por outro procurador”. (Fl. 4.)

III. Lídima a pretensão da agravante de promover, isoladamente, a execução da decisão transitada em julgado quanto à parte que lhe é devida pela agravada.

IV. Agravo de instrumento provido.

V. Decisão reformada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso de agravo de instrumento.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 27/09/2011.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — Vistos, etc.

1 – *Luzia Giacomini Caruso*, qualificada nos autos, interpôs recurso de *agravo de instrumento*, com pedido de efeito suspensivo, para reforma de decisão do juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que afastara sua pretensão de, *isoladamente*, mover *execução de título judicial* à agravada para recebimento da parte que lhe é devida, consoante decisão transitada em julgado.

2 – Alega que, tendo sido verificada no processo de conhecimento diversidade de autores e de representantes judiciais, a decisão agravada consubstancia cerceamento ao seu direito de ação.

3 – Sem efeito suspensivo, oferecida resposta pela agravada, os autos vieram-me conclusos para julgamento.

4 – *É o relatório.*

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1 – Insurge-se a agravante contra decisão que afastara sua pretensão de, *isoladamente*, mover *execução de título judicial* à agravada para recebimento da parte que lhe é devida, consoante decisão transitada em julgado.

2 – Alega que, tendo sido verificada no processo de conhecimento *diversidade de autores e de representantes judiciais*, a decisão agravada consubstancia cerceamento ao seu direito de ação.

3 – Ao fundamentar sua decisão, o juízo de origem asseverou:

Tendo em vista que a execução contra ente público realiza-se na forma disciplinada pelo art. 730 do Código de Processo Civil, com a citação do devedor para oposição de embargos, indefiro o requerimento de fl. 156, item 3.

PARA EVITAR TUMULTO PROCESSUAL COM A EXPEDIÇÃO DE VÁRIOS MANDADOS DE CITAÇÃO E EVENTUAL INTERPOSIÇÃO DE VÁRIOS EMBARGOS, indefiro a execução parcial, ficando os exequentes sujeitos ao ônus de terem ingressado a ação em litisconsórcio.

Reformulem os autores o requerimento da fl. 156 de modo a provocar efetivamente a execução do julgado, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo, nos termos da legislação em vigor. (Fl. 6.) (Grifei e destaquei.)

4 – Dispõem o art. 46 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil:

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Parágrafo único. *O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, QUANDO ESTE COMPROMETER A RÁPIDA SOLUÇÃO DO LITÍGIO OU DIFICULTAR A DEFESA.* O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão. (Grifei e destaquei.)

5 – Infere-se da leitura dos dispositivos legais transcritos no item anterior que as medidas determinadas pelo juízo devem possibilitar a *rápida solução do processo*, sem comprometimento do direito à defesa.

6 – Entendo, *data venia*, que, certificado em 27/08/2002 o *trânsito em julgado* da decisão exequenda, protocolizada em 23/08/2007 a petição indeferida, quando poucos dias restavam para que fosse consumada a *prescrição*, e havendo interesses de *aposentados, com domicílios diversos*, não se mostra razoável o entendimento de que a execução promovida, isoladamente, pela agravante para recebimento do que lhe é devido, representa *tumulto processual*, mesmo porque,

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado).

não é sua incumbência localizar todos os demais interessados para, conjuntamente, promoverem a execução do título judicial.

7 – À vista disso, razão assiste à agravante ao alegar que “*teve cerceado o seu direito de executar o julgado, pois não pode ser prejudicada pela inércia dos demais autores, que inclusive, são representados por outro procurador*”. (Fl. 4.) (Grifei e destaquei.)

8 – Nessa ordem de ideias, lídima a pretensão da agravante de promover, isoladamente, a execução da decisão transitada em julgado, quanto à parte que lhe é devida pela agravada.

Pelo exposto, *dou provimento* ao recurso de agravo de instrumento.

É o meu voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0067742-96.2008.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2008.01.00.067906-6/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
 Agravante: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Agravados: Strud Comércio de Frutas e Verduras Ltda ME
 Noeme da Silva Marins Peixoto
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2011, p. 836

Ementa

Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. Decisão monocrática proferida pelo STJ. Art. 543-C, § 7º, II, CPC. Execução fiscal. Indisponibilidade de bens e direitos. Art. 655-A do CPC. Bacen Jud. Juízo de retratação.

I. O art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil prevê que, em caso de ser a conclusão do tribunal de origem divergente do julgado do STJ em recurso repetitivo, os feitos sobrestados serão novamente examinados pelo tribunal de origem.

II. O STJ, em decisão monocrática no REsp 1.112.943/MA, estabeleceu que admissível a constrição por meio eletrônico, visto que a alteração do CPC pela Lei 11.382/2006 incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora e os equiparou a dinheiro em espécie (arts. 655-A e 655).

III. Nos casos em que proferida a decisão agravada após a vigência da Lei 11.382/2006, válida a constrição *on line* de valores do devedor via sistema Bacen Jud (art. 655-A do CPC), independentemente do esgotamento de diligências pelo credor.

IV. Em juízo de retratação, agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o bloqueio de ativos financeiros do devedor, via sistema Bacen Jud.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, em juízo de retratação, dar provimento ao agravo de instrumento.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 02/09/2011.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Esta 8ª Turma, nos termos do voto da minha lavra, rejeitou os embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional) à decisão que negou provimento ao agravo regimental, ao fundamento, em síntese, de que o bloqueio de importância em dinheiro, via sistema Bacenjud, é medida extrema e somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis a fim de encontrar bens do devedor passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada.

A União interpôs recurso especial contra o julgado. Em juízo de admissibilidade, a Presidência deste Tribunal determinou o retorno dos autos a esta 8ª Turma para nova análise, em juízo de retratação, em face do julgado no AG 2008.01.600.016714-1/MG pelo STJ.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— O art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, que trata da sistemática dos recursos repetitivos, prevê que os feitos sobrestados, após a publicação do recurso repetitivo no STJ, *serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.*

Este o julgado do STJ sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CIVIL. PENHORA. ART. 655-A DO CPC. SISTEMA BACEN-JUD. ADVENTO DA LEI N.º 11.382/2006. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO – PENHORA ON LINE.

a) A penhora on line, antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/2006, configura-se como medida excepcional, cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha tomado todas

as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor.

b) Após o advento da Lei n.º 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora on line, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

- Trata-se de ação monitória, ajuizada pela recorrente, alegando, para tanto, titularizar determinado crédito documentado por contrato de adesão ao “Crédito Direto Caixa”, produto oferecido pela instituição bancária para concessão de empréstimos. A recorrida, citada por meio de edital, não apresentou embargos, nem ofereceu bens à penhora, de modo que o Juiz de Direito determinou a conversão do mandado inicial em título executivo, diante do que dispõe o art. 1.102-C do CPC.

- O Juiz de Direito da 6ª Vara Federal de São Luiz indeferiu o pedido de penhora on line, decisão que foi mantida pelo TJ/MA ao julgar o agravo regimental em agravo de instrumento, sob o fundamento de que, para a efetivação da penhora eletrônica, deve o credor comprovar que esgotou as tentativas para localização de outros bens do devedor.

- Na espécie, a decisão interlocutória de primeira instância que indeferiu a medida constritiva pelo sistema Bacen-Jud, deu-se em 29.05.2007 (fl. 57), ou seja, depois do advento da Lei n.º 11.382/06, de 06 de dezembro de 2006, que alterou o CPC quando incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem da penhora como se fossem dinheiro em espécie (art. 655, I) e admitiu que a constrição se realizasse preferencialmente por meio eletrônico (art. 655-A).

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1112943/MA, relatora Min. Nancy Andrighi, DJ de 23/11/2010).

Dessa forma, adiro ao entendimento do STJ.

In casu, a decisão agravada foi proferida após a vigência da Lei 11.382/2006. Deve, assim, ser reformada.

Ante o exposto, em juízo de retratação, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o bloqueio de ativos financeiros do devedor, via sistema Bacenjud, com as cautelas de praxe.

É como voto.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0020246-61.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.020285-8/DF

Relator: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)
 Apelante: União Federal
 Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
 Apelada: Arlinda dos Santos Lima
 Advogado: Dr. Fábio Tomas de Souza
 Publicação: e-DJF1 de 28/09/2011, p. 61

Ementa

Administrativo. Constitucional. Exercício concomitante da atividade militar e cargo público civil. Ausência da qualificação técnica do cargo. EC 1/1969. Vedação. Inacumulatividade da fruição das pensões originárias do exercício de cargos inacumuláveis.

I. Embora seja firme o entendimento do STF no sentido de que o art. 11 da EC 20/1998 resguardou o direito dos servidores que se aposentaram até a data de sua promulgação a continuarem recebendo conjuntamente proventos e vencimentos de cargo público, bem como excluindo da vedação de cumulação de proventos, a percepção de uma aposentadoria civil e outra militar (RE 527714, relator o Senhor Min. Eros Grau), a constatada inacumulatividade dos exercícios dos cargos militar e civil por parte do marido da pensionista até 1986, afasta a legalidade da pretensão, afrontosa tanto ao ordenamento jurídico pretérito quanto em vigor.

II. O exercício concomitante da atividade militar e do cargo civil temporário por mais de 11 anos, afigura-se flagrantemente ilegal, à vista das disposições de foro constitucional quanto ao tema e dele, razoavelmente, não se afigura legítima a conseqüente cumulação dos proventos pela reforma militar e aposentadoria por invalidez, em situação que se revela incompatível com os §§ 5º e 6º do art. 93 da EC 1/1969, sob cuja regência se consumaram tais fatos.

III. A interpretação sistemática da regência normativa legislada da questão, impõe concluir que é pressuposto da fruição dos benefícios, de aposentadorias ou pensões delas decorrentes, a inexistência de proibição de cumulação dos cargos na atividade.

IV. Sem custas, porque a autora litiga sob o pálio da justiça gratuita. Honorários sucumbenciais fixados em R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), cuja execução fica suspensa enquanto perdurar a situação de pobreza da autora, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, quando estará prescrita a obrigação, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

V. Apelação provida para julgar improcedente o pedido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 31/08/2011.

Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: — 1. Arlinda dos Santos Lima ajuizou ação cível em face da União com vistas à reconhecimento do direito à cumulação de duas pensões pagas pelos cofres públicos, sendo uma pelo Ministério da Marinha e a outra pelo gabinete da Vice-Presidência da República.

2. Deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e o pedido de assistência judiciária pela decisão de fls. 37–38.

3. Citada, a União apresentou contestação a fls. 42–66.

4. Interposto agravo de instrumento a fls. 67–78.

5. Após analisar os autos, o juiz federal substituto da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal prolatou sentença, julgando procedente o pedido (fls. 100–106), nos seguintes termos:

Ante o exposto, ratifico a decisão de fls. 37/38 e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para reconhecer o direito da parte autora à percepção simultânea da pensão militar com a decorrente do cargo civil em que se deu a aposentadoria por invalidez do respectivo instituidor.

Condeno a União ao pagamento das parcelas suprimidas indevidamente desde 19/05/2003 até a data em que o pagamento cumulativo das pensões foi restabelecido por força da mencionada decisão, sobre as quais devem incidir correção monetária desde a data em que o pagamento era devido, segundo os índices fixados pelo Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, e juros de mora no percentual de 6% ao ano, a contar da citação (art. 1º-F da Lei 9.494/97 incluído pela MP 2.180-35/2001), compensando-se eventuais pagamentos efetuados na via administrativa. Condeno ainda a União ao pagamento da verba honorária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

6. Apelou a União (fls. 110–136), sustentando a impossibilidade de se cumular proventos decorrentes de cargos públicos inacumuláveis na atividade, caso da autora que percebia uma pensão paga pelo Ministério da Marinha e a outra pelo gabinete da Vice-Presidência da República. Requer a reforma da sentença, julgando-se improcedentes os pedidos.

7. Com contrarrazões (fls. 140–145), subiram os autos a este Tribunal em razão da apelação interposta.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: — 1. Trata-se de apelação manejada pela União no intuito de reverter a sentença que reconheceu o direito da parte autora à cumulação de pensão militar com a decorrente do cargo civil em que se deu a aposentadoria por invalidez do falecido instituidor e condenou a ré ao pagamento das parcelas suprimidas desde 19/05/2003, acrescidas de juros e correção monetária.

2. Efetivamente, a questão da possibilidade de acumulação de cargos públicos há muito já merece a atenção dos Tribunais Superiores. Sob a égide da Constituição anterior, o excelso Supremo Tribunal Federal já havia inclusive se posicionado no sentido de que a acumulação de proventos e vencimentos somente seria permitida na hipótese de cargos, funções ou empregos legalmente acumuláveis na atividade (RE 68767/MG e RE 81729/SP).

3. Com o advento da Constituição da República de 1988, tal entendimento foi preservado, frisando o Supremo Tribunal Federal que não se podem acumular proventos com remuneração da atividade, quando os cargos efetivos de que decorrem ambas essas remunerações não sejam acumuláveis na atividade (RE 163.204).

4. A Emenda Constitucional 20/1998 tornou essa orientação expressa na Constituição da República de 1988, ao acrescentar o § 10 ao art. 37, com a seguinte redação:

§10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

5. Todavia, essa não foi a única disposição relevante da Emenda Constitucional 20/1998 sobre a matéria, já que por meio de art. 11 ela reconheceu o direito dos servidores que se aposentaram até a data de sua promulgação a continuarem recebendo conjuntamente os proventos e vencimentos do cargo público, desde que retornassem à atividade mediante concurso público ou outra forma prevista na Constituição Federal, sendo-lhes, porém, vedada

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

a percepção de mais de uma aposentadoria, como se afere a seguir:

Art.11. A vedação prevista no art. 37, §10, da Constituição Federal não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo

6. Essa é a razão pela qual a procedência do direito pleiteado não está consentânea com o que prevê a Constituição, pois, embora os servidores que tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público ou pelas demais formas previstas na Constituição da República, até a publicação da Emenda Constitucional 20/1998, não estejam submetidos ao disposto no § 10 do art. 37 da Constituição da República de 1988, foi-lhes vedada a percepção de mais de uma aposentadoria e, por consequência, de mais de um benefício de pensão, pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição.

7. A exceção versada no art. 11 da Emenda Constitucional 30 trouxe a retroatividade como pressuposto de sua aplicação, já que seu dispositivo tutela justamente situações consolidadas antes de sua vigência, razão pela qual ela se aplica integralmente à hipótese em exame.

8. Sobre a matéria, confirmam-se os julgados abaixo ementados:

ACUMULAÇÃO-PROVENTOSEVENCIMENTOS.

Com o artigo 11 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 dezembro de 1998, ocorreu o afastamento da incidência da proibição de acumular proventos e vencimentos em relação àqueles que tivessem reingressado no serviço público em data anterior ao da promulgação do novo texto constitucional. AI 481022 AgR / MG ag.reg.no agravo de instrumento. Relator(a): Marco Aurélio. Julgamento: 07/04/2009. Órgão Julgador: Primeira Turma DJe-104. Divulg. 04/06/2009. Public 05/06/2009. Ement Vol-02363-07 p. 1430.

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PERCEPÇÃO DE PROVENTOS COM DOIS VENCIMENTOS (UM CARGO DE PROFESSOR E OUTRO TÉCNICO). POSSES ANTERIORES À EC 20/98. POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. De acordo com o art. 142, inciso I, § 1º, da Lei nº 8.112/90, o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à demissão ou cassação de aposentadoria do servidor,

começa a correr da data em que a Administração toma conhecimento do fato àquele imputado. O art. 11 da Emenda Constitucional 20/98 convalidou o reingresso -- até a data da sua publicação -- do inativo no serviço público, mediante concurso. Tal convalidação alcança os vencimentos em duplicidade, quando se tratar de cargos acumuláveis, na forma do art. 37, inciso XVI, da Magna Carta, vedada, apenas, a percepção de mais de uma aposentadoria. Recurso ordinário provido. Segurança concedida. RMS 24737 / DF rel. Min. Carlos Britto. Julgamento: 1º/06/2004 Primeira Turma.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. É firme o entendimento desta Corte de que o artigo 11 da EC 20/98 resguardou, sem qualquer distinção, o direito dos servidores inativos que até a data da sua publicação, em virtude de aprovação em concurso, reingressaram no serviço público. Agravo regimental a que se nega provimento. AI 401.268-AgR. rel.Min. Maurício Correa. Julgamento: 17/12/2002

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. 1 – Nos termos do art. 11, da Emenda Constitucional nº 20 (A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos), é possível a cumulação de valores atinentes a aposentadoria oriunda de emprego público com vencimentos de cargo efetivo (estatutário), assumido por meio de concurso público. Precedente do STF. 2 – Recurso provido em parte. STJ Min. Fernando Gonçalves ROMS 199900811836 3ª Turma.

9. Diante dos fundamentos acima expostos, não tem direito a postulante à cumulação de benefícios pleiteada, devendo ser reformada a sentença de primeiro grau de jurisdição.

10. Assim, dou provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido, pelas razões acima expedidas.

11. Sem custas, porque a autora litiga sob o pálio da justiça gratuita. Honorários sucumbenciais fixados em R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), cuja execução fica suspensa enquanto perdurar a situação de pobreza da autora, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, quando estará prescrita a obrigação, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

É o voto.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0030096-47.2002.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2002.34.00.030160-0/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelado: Clayton Macedo de Matos
Advogado: Dr. Wander Perez
Remetente: Juízo Federal da 15ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 05/10/2011, p. 160

Ementa

Administrativo. Concurso Público para o cargo de policial rodoviário federal. Fase de exames médicos. Demonstração de força maior no contexto de sua realização. Não aplicação do princípio da simultaneidade e da sigilosidade à etapa de exames médicos. Legitimidade do provimento jurisdicional que outorgou ao apelado nova oportunidade para apresentar os exames em questão. Ademais, o apelado foi classificado nas etapas mais complexas do certame: prova objetiva – exame de habilidades e conhecimentos; prova de capacidade física e avaliação psicológica. Precedentes do TRF 1ª Região. Adoção do pacífico entendimento jurisprudencial acerca do fato consumado. Apelação e remessa oficial desprovidas.

I. Revela-se injusta a desclassificação de candidato no concurso público para policial rodoviário federal na fase de exames médicos, pois ficou demonstrada, mediante prova pré-constituída, a ocorrência de força maior, consistente em estado de saúde circunstancialmente precário no contexto de sua realização.

II. A fase de exames médicos, ao contrário do que sucede com a primeira fase relativamente às provas objetivas de conhecimento, não se submete ao princípio da simultaneidade e da sigilosidade, de forma que, uma vez demonstrada a ocorrência de circunstância extraordinária que justifique a impossibilidade de o candidato submeter-se aos exames médicos, deverá a Administração viabilizar nova data para sua realização. Tal circunstância não poderia ser aventada na prova de conhecimento de caráter objetivo, ainda que se demonstre força maior, diante da necessidade de sua realização simultânea em ordem a não quebrar a sigilosidade e, em consequência, solapar o postulado da isonomia.

III. É oportuno assinalar também, até como corolário da não aplicação do princípio da simultaneidade e da sigilosidade, que o reconhecimento do direito do apelado a uma nova oportunidade para realizar os exames médicos não ofende ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e nem mesmo ao princípio isonômico, uma vez que a prova é de caráter pessoal, concretamente individualizada e depende única e exclusivamente das condições de saúde do candidato a fim de que a Banca Examinadora tenha condições de aferir a valoração mínima de acordo com os critérios de avaliação consignados no edital do certame.

IV. De resto, a classificação para a etapa de exames médicos pressupõe a aprovação do candidato nas fases competitivas mais complexas: I) prova objetiva – exame de habilidades e conhecimentos; II) prova de capacidade física; e III) avaliação psicológica. Tal circunstância reforça a injustiça do procedimento de exclusão do apelado da fase de exames médicos com a demonstração de ocorrência de força maior.

V. Precedentes do TRF 1ª Região.

VI. De resto, aplica-se ao caso o consolidado entendimento jurisprudencial do TRF 1ª Região no que concerne ao critério do fato consumado.

VII. Em face de tais razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 06/09/2011.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: — Cuida-se de apelação interposta pela União contra a sentença (fls. 387–389), cujo dispositivo está vazado nos seguintes termos:

Ante o exposto, ratificando a tutela antecipada às fls. 201 – 202, julgo procedentes os pedidos formulados, anulando a desclassificação do autor no exame clínico/médico, declarando-o apto na segunda chamada e, considerando o êxito nas demais etapas do concurso, reconheço a regularidade de sua investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal.

A apelante alega (fls. 393 – 493) que o autor-apelado não apresentou um lado médico de demonstrasse, de forma conclusiva, que ele estava enfermo no dia do exame médico do concurso; mesmo que o autor-apelado realmente estivesse com diarreia poderia ele ter comparecido na data e hora marcadas para realizar os exames do concurso, uma vez que esses exames seriam realizados por médicos, aptos a diagnosticar e tratar a sua diarreia e, por fim, como a posse, nomeação e exercício do cargo pelo apelado se deram meramente por força de uma decisão judicial provisória, o provimento da presente apelação tornará ilegítima, não havendo porque se adotar a teoria do fato consumado.

Há contrarrazões.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: — Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença que julgou procedente o pedido no sentido

de assegurar a nomeação e posse ao apelado no cargo de Policial Rodoviário Federal, tendo em vista a sua impossibilidade de comparecer aos exames, em razão de estar acometido de problemas de saúde (diarreia aguda e consequente desidratação), apresentando quadro clínico grave, a que não dera causa.

No presente caso, revela-se injusta a desclassificação de candidato no concurso público para policial rodoviário federal na fase exames médicos, pois ficou comprovada a ocorrência de força maior, consistente em estado de saúde circunstancialmente precário no contexto de sua realização.

A fase de exames médicos, ao contrário do que sucede com a primeira fase relativamente às provas objetivas de conhecimento, não se submete ao princípio da simultaneidade e da sigiliosidade, de forma que, uma vez demonstrada a ocorrência de circunstância extraordinária que justifique a impossibilidade de o candidato submeter-se aos exames médicos inerentes à mencionada etapa, deverá a Administração viabilizar nova data para sua realização. Tal circunstância não poderia ser aventada na prova de conhecimento de caráter objetivo, ainda que se demonstre força maior, diante da necessidade de sua realização simultânea em ordem a não quebrar a sigiliosidade e, em consequência, solapar o postulado da isonomia.

É oportuno assinalar também, até como corolário da não aplicação do princípio da simultaneidade e da sigiliosidade, que o reconhecimento do direito do apelado a uma nova oportunidade para realizar os exames médicos não ofende ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e nem mesmo ao princípio isonômico, uma vez que a etapa é de caráter pessoal, concretamente individualizada e depende única e exclusivamente das condições de saúde do candidato a fim de que a banca examinadora tenha condições de aferir a valoração mínima de acordo com os critérios de avaliação consignados no edital do certame.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado).

De resto, a classificação para a etapa de exames médicos pressupõe a aprovação do candidato nas fases competitivas mais complexas: i) prova objetiva – exame de habilidades e conhecimentos; ii) prova de capacidade física; e iii) avaliação psicológica. Tal circunstância reforça a injustiça do procedimento de exclusão do apelado da fase de exames médicos com a demonstração de ocorrência de força maior.

A propósito, precedentes do TRF 1ª Região: AC 2002.35.00.005065-0/GO, rel. Des. Federal Maria Isabel

Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, *DJ* de 26/10/2009, p. 141; AMS 2005.34.00.029851-4/DF, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Juiz Federal Avio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado), Quinta Turma, *DJ* de 10/12/2008, p. 369).

De resto, aplica-se ao caso o consolidado entendimento jurisprudencial do TRF 1ª Região no que concerne ao critério do fato consumado.

Em face de tais razões, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0012607-70.1997.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 1997.34.00.012637-2/DF

Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)
Apelante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Procuradores: Dr. Amauri Serralvo e outros
Apelada: Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal
Advogados: Dr. Othon de Azevedo Lopes e outros
Remetente: Juízo Federal da 20ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 28/09/2011, p. 101

Ementa

Direito Econômico. Tabela de honorários médicos mínimos elaborada por Associação de Médicos e Hospitais Privados. Caráter não vinculativo. Infração à ordem econômica não configurada.

I. A fixação de valores mínimos de honorários médicos por entidade representativa da classe profissional, em tabela não vinculativa, não configura infração à ordem econômica, por não se enquadrar nas hipóteses dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994. Precedentes: AMS 2002.34.00.014122-2/DF, relator Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (conv.), Sexta Turma, publ. *DJ* p.79 de 15/10/2007; AC 1999.34.00.005092-2/DF, relator Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (conv.), Sétima Turma, publ. e-DJF1 p. 240 de 20/03/2009; AMS 1999.01.00.059757-6/DF, rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro, Terceira Turma Suplementar, *DJ* de 28/01/2002, p. 132; AMS 1998.01.00.014517-7/DF, rel. Juiz Wilson Alves de Souza (conv), Terceira Turma Suplementar, *DJ* de 16/01/2003, p.100.

II. Não se conforma à jurisprudência do Tribunal a pretensão do Cade de reformar a sentença que declarou nula decisão que aplicou multa à Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF com base no art. 23 da Lei Antitruste, por suposta violação à ordem econômica.

III. Apelação do Cade e remessa oficial improvidas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 20/09/2011.

Juiz Federal *David Wilson de Abreu Pardo*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Em exame remessa oficial e apelação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em face de sentença que concedeu segurança vindicada pela Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, declarando nula a decisão tomada pelo apelante no Processo Administrativo 157/1994, que, considerando abusiva a aplicação de tabela de honorários médicos mínimos, aplicou multa à Associação impetrante no valor de R\$ 5.308,00 (cinco mil, trezentos e oito reais).

Aduz o apelante que não há direito líquido e certo a ser amparado pela ação mandamental, uma vez que o julgado impugnado obedeceu a todos os requisitos formais que regulam o procedimento administrativo, bem como aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a qual foi efetivamente utilizada pela AMHPDF.

Assevera que com a prática das condutas de infração à ordem econômica capituladas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, sujeitou-se o impetrante à pena de multa nos moldes do art. 23 da referida lei.

Alega que a atuação do Cade no caso em exame objetivou a tutela de um bem constitucionalmente protegido: a concorrência.

Sustenta o Cade que a matéria em apreço comporta dilação probatória, sendo imprópria, portanto, sua apreciação na via mandamental. Diz que o conceito de abuso de poder de mercado é essencial para a caracterização dos efeitos da conduta típica.

Argumenta que a infração reside na imposição dos valores mínimos da tabela como contraprestação dos serviços médicos e laboratoriais, “culminando numa uniformização de preços e castrando a livre concorrência”. Acrescenta que o caráter impositivo da tabela não é contestado pelo próprio impetrante, sendo este (e não a existência da tabela em si) o procedimento atacado pelo Cade.

Aduz que

[...] a uniformização de preços de serviços, que pode até ser benéfica para os médicos, afronta o soberano direito de escolha dos consumidores/usuários de plano de saúde que pagarão os mesmos preços pelos serviços que necessitarem, sejam eles prestados por um experiente ou inexperiente profissional, sejam os exames laboratoriais ou radiológicos feitos por técnicas mais modernas ou ultrapassadas, disponha o hospital de boas ou más instalações.

Ao final, afirma que as decisões do Conselho têm reiteradamente repudiado tabelas elaboradas por

syndicatos, associações e conselhos profissionais do setor de saúde, notadamente dos serviços médicos, por considerá-las como anticoncorrenciais.

Contrarrazões foram apresentadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo.

Em petição posterior, a parte autora alega coisa julgada.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Não há coisa julgada, pois a ação de mandado de segurança anterior foi ajuizada em face do secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, enquanto nesta a autoridade impetrada é o presidente do Cade.

Esta Corte Regional, em casos assemelhados, assentou o entendimento de que a fixação de valores mínimos de honorários médicos por entidade representativa da classe profissional, em tabela não vinculativa, não configura infração à ordem econômica, por não se enquadrar nas hipóteses dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (LEI N. 8.884/94, ART. 20). TABELAMENTO DE PREÇOS DE SERVIÇOS MÉDICOS. NÃO CONFIGURAÇÃO.
1. Consoante disposto no art. 20 da Lei n. 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.
2. O art. 21 do mesmo diploma legal enumera as condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, “na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos”, entre as quais obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes (inciso II).

3. Não configura infração à ordem econômica a simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo a “conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

4. A fixação de tabela de honorários profissionais como referência, não compulsória, notadamente em um mercado plural e diversificado, é regular e constitucional.

5. Apelação e remessa oficial desprovidas. (AMS 2002.34.00.014122-2/DF; rel. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado), Sexta Turma, Publ. DJ p. 79 de 15/10/2007).

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER - DIREITO ECONÔMICO - CADE - UTILIZAÇÃO DE TABELA DE HONORÁRIOS MÉDICOS (LISTA DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS) - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA.

1 - Não há qualquer evidência nos autos no sentido de que os valores previstos na Lista de Procedimentos Médicos da AMB tenham sido utilizados com o objetivo de fraudar a concorrência no setor da prestação de serviços médico-hospitalares. De acordo com a embargante os aludidos valores refletem, não um padrão resultante de conluio dos profissionais e empresas do setor de saúde, mas o mínimo aceitável pela prestação do serviço, o que se reflete, inclusive, na qualidade dos serviços prestados, em garantia do próprio usuário. Ademais, do que se extrai dos autos, os valores aplicados aos planos de saúde são livremente pactuados entre as partes (médicos, hospitais e laboratórios, de um lado, e planos de saúde, de outro).

2 - Não é razoável supor que toda a classe médica, e empresas privadas prestadoras de serviços de saúde (hospitais, clínicas e laboratórios) tenham se juntado para, de forma expressa e flagrante, mediante a elaboração de uma tabela de preços, fraudar a livre concorrência e o direito de escolha dos usuários. Tal hipótese não me parece crível.

3 - Precedentes deste Tribunal (AC 1998.34.00.013139-7/DF, Rel. Juiz Federal César Augusto Bearsi, DJ de 23.11.2007, MAS nº 2002.34.00.014122-2/DF, Rel. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão, DJ de 15.10.2007 e AMS nº 1998.01.00.014517-7/DF, Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza, DJ de 16.01.2003).
4 - Apelação do CADE e Remessa Oficial não providas.
5 - Sentença mantida. (AC 1999.34.00.005092-2/DF; rel. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado), Sétima Turma, Publ. e-DJF1 p. 240 de 20/03/2009.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (LEI N. 8.884/94, ART. 20). NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Consoante disposto no art. 20 da Lei n. 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma

prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

2. O art. 21 do mesmo diploma legal enumera as condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, “na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos”, entre as quais obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes (inciso II).

3. Não configura tal hipótese, todavia, simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo a “conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

4. Sentença reformada.

5. Apelação provida, para conceder a segurança.

(AMS 1999.01.00.059757-6/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Turma Suplementar, DJ de 28/01/2002, p.132.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA (LEI Nº 8.884/94, ART. 20). NÃO CONFIGURAÇÃO. AUTORIDADE COATORA. ÓRGÃO COLEGIADO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. REJEIÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCEITO. FATO CERTO, DOCUMENTALMENTE COMPROVADO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. É admissível a indicação de órgão colegiado no pólo passivo da impetração de mandado de segurança. Nada obstante, se o ato vergastado é defendido tempestiva e oportunamente pelo próprio representante legal do órgão do qual emanou o ato, emerge sua qualidade de autoridade coatora responsável, conforme previsto na legislação que disciplina o mandado de segurança.

2. O direito líquido e certo é aquele que emerge de fato certo, documentalmentemente comprovado no momento da impetração.

3. Na forma do disposto nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante, a exemplo da conduta de obter ou influenciar a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes (art. 21, inciso II).

4. Não se subsume à hipótese legal mera orientação para utilização da Tabela de Honorários Médicos elaborada pela AMB, que apenas sugere

aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, muito menos capitulando qualquer sanção (precedentes do STJ e da 3ª Turma Suplementar).

5. Apelação e remessa improvidas. Sentença mantida.

(AMS 1998.01.00.014517-7/DF, rel. Juiz Wilson Alves de Souza (conv), Terceira Turma Suplementar, DJ de 16/01/2003, p.100.)

Como se vê, não se conforma à jurisprudência do Tribunal a pretensão do Cade de reformar a sentença que declarou nula decisão que aplicou multa à Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF com base no art. 23 da Lei Antitruste, por suposta violação à ordem econômica.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo do Cade e à remessa oficial.

É o voto.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0003463-90.1998.4.01.3803

Apelação Cível 1998.38.03.003417-5/MG

Relator: Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (convocado)
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Apelados: João Jorge Saad e outros
 Advogado: Dr. Alan Kardec de Campos
 Publicação: e-DJF1 de 28/09/2011, p. 153

Ementa

Processual Civil e Tributário. Embargos de terceiro. Fraude à execução. Configurada. Art. 185 do CTN. LC 118 de 09/02/2005. Art. 543-C do CPC.

I. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), decidiu que, diante da redação dada pela LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, ao art. 185 do Código Tributário Nacional, para análise de eventual fraude à execução, há que se observar a data da alienação do bem, estabelecendo aquela Corte que, se a alienação foi efetivada antes da entrada em vigor da referida lei complementar (09/02/2005), presume-se em fraude à execução o negócio jurídico feito após a citação válida do devedor; caso a alienação seja posterior a 09/06/2005, considera-se fraudulenta se efetuada pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

II. Ocorrência de fraude à execução, na medida em que, quando da alienação dos imóveis em discussão (24/06/1997), o codevedor já havia sido citado (11/06/1997).

III. Apelação provida.

IV. Peças liberadas pelo relator, em 19/09/2011, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação, por unanimidade.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 19/09/2011.

Juiz Federal André Prado de Vasconcelos, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos:

— 1. Trata-se de apelação interposta pela União Federal/Fazenda Nacional contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação a João Jorge Saad e Maria Irandê Crosara Saad, decorrente da falta de legitimidade *ad causam*, condenando esses ao pagamento de custas processuais proporcionais e de honorários advocatícios, em favor da União, no importe de R\$200,00 (duzentos reais), e, ainda, procedente o pedido inicial em embargos de terceiro, em relação aos demais embargantes, para desconstituir a penhora levada a efeito nos autos da execução fiscal 96.0303634-0, que incidiu sobre os imóveis matriculados sob os números 60.045, 60.046, 461 e 56.782, no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis local, condenando a embargada ao ressarcimento das custas processuais adiantadas pelos embargantes e ao pagamento, *pro rata*, de honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais) (fls. 45–49).

2. Em suas razões recursais (fls. 52–58), a apelante sustentou, em síntese, que: a) “o débito fiscal foi apurado pela Receita Federal, inscrito pela Procuradoria da Fazenda Nacional e proposta a execução fiscal em data bem anterior às datas das alienações/registros dos imóveis (junho/julho de 1997), sendo que a demora na citação judicial da empresa e dos alienantes [...] não pode ser imputada à União (Fazenda Nacional), não podendo esta ser prejudicada pela demora da Justiça Federal e, muito menos, pela esperteza dos apelados/embargantes”; b) “a alienação dos imóveis foi realizada em fraude de execução (art. 185 do Código Tributário Nacional) e/ou fraude contra credores (Código Civil)”, sendo que “salta aos olhos a fraude para qualquer leigo, pois os imóveis foram transmitidos aos filhos (últimos apelados/embargantes) com o usufruto vitalício dos pais/alienantes/apelados [...], em verdadeiro adiantamento de herança”; c) “os apelados/embargantes não comprovaram a existência de outro (s) bem (ns) em nome da empresa e/ou do(s) co-responsáveis (alienantes), suficiente para o pagamento do débito, o que comprova a nulidade da alienação”; d) os apelados agiram com má-fé, “tanto que lavraram a escritura em outra cidade [...], distante mais de 100 quilômetros de Uberlândia”.

3. Contrarrazões às fls. 186/189.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos:

— 1. Trata-se de apelação interposta pela União Federal/Fazenda Nacional contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação a João Jorge Saad e Maria Irandê Crosara Saad, decorrente da falta de legitimidade *ad causam*, condenando esses ao pagamento de custas processuais proporcionais e de honorários advocatícios, em favor da União, no importe de R\$200,00 (duzentos reais), e, ainda, procedente o pedido inicial em embargos de terceiro, em relação aos demais embargantes, para desconstituir a penhora levada a efeito nos autos da Execução Fiscal 96.0303634-0, que incidiu sobre os imóveis matriculados sob os números 60.045, 60.046, 461 e 56.782, no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis local, condenando a embargada ao ressarcimento das custas processuais adiantadas pelos embargantes e ao pagamento, *pro rata*, de honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais) (fls. 45–49).

2. A sentença merece reparo, como passo a demonstrar.

3. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), decidiu que, diante da redação dada pela LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, ao art. 185 do Código Tributário Nacional, para análise de eventual fraude à execução, há que se observar a data da alienação do bem, estabelecendo aquela Corte que, se a alienação foi efetivada antes da entrada em vigor da referida lei complementar (09/02/2005), presume-se em fraude à execução o negócio jurídico feito após a citação válida do devedor; caso a alienação seja posterior à 09/06/2005, considera-se fraudulenta se efetuada pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa. Nesse sentido, veja-se:

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL — RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA — ART. 543-C, DO CPC — DIREITO TRIBUTÁRIO — EMBARGOS DE TERCEIRO — FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL — ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR — INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO — DETRAN —

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado).

INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO — INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA — ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N. 118/2005 — SÚMULA 375/STJ — INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat Lex generalis*), por isso que a Súmula n. 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”

3. A Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005 (09/06/2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09/06/2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo:

O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (*tempus regit actum*), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ” (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009).

Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005); (REsp 726.323/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005. (AgRg no Ag 1.048.510/SP, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008).

A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal. (REsp 810.489/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009).

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, verbis: “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08/06/2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*,

conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.

10. In casu, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008. (REsp 1.141.990/PR, rel. Min. Luiz Fux, STJ, DJe de 19/11/2010).

4. Nesta senda, para análise de eventual ocorrência de fraude à execução, há que se considerar a data da citação, eis que a alienação dos imóveis em comento verificou-se em 24/06/1997 (fls. 11–14), ou seja, antes da vigência da LC 118/2005.

5. Feitas tais considerações, verifico *in casu* a ocorrência de fraude à execução, na medida em que, quando da alienação dos imóveis em discussão (24/06/1997), o codevedor João Jorge Saad já havia sido citado (11/06/1997), como consta da fl. 15.

6. Fixo os honorários advocatícios em R\$2.000,00 (dois mil reais), conforme entendimento consolidado da 7ª Turma do TRF da 1ª Região, sendo que deverá tal verba ser rateada entre os apelados.

7. Pelo exposto, *dou provimento* à apelação.

É como voto.

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0004319-70.1997.4.01.4100

Apelação Cível 1997.41.00.004340-1/RO

Relator: Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado)
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelado: Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia – Crea
 Advogados: Dr. Manoel Rivaldo de Araújo e outro
 Publicação: e-DJF1 de 30/09/2011, p. 946

Ementa

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia contra ente federal. Possibilidade de adaptação do rito. Art. 730 do CPC.

I. A jurisprudência do STJ entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas.

II. Não se decreta a nulidade dos atos processuais sem o comprometimento para os fins da justiça do processo, mormente quando não há nos autos prova de prejuízo (Precedente: REsp 1014720/RS).

III. A jurisprudência do STJ entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 23/09/2011.

Juiz Federal *Saulo Casali Bahia*, relator convocado.

Relatório

O Exmo Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia: — Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que julgou improcedentes os embargos, com a condenação da embargante ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da execução.

Sustenta a apelante preliminares de falta de interesse processual e inadequação do rito constante da Lei nº 6.830/80, adotado pelo exequente, Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – Crea, contra a Fazenda Nacional, sustentando ser correta para executar a Fazenda Pública (União) a forma procedimental prevista no art. 730 do CPC. No mérito aduz a inexigibilidade da CDA em face da situação regular dos profissionais indicados no auto de infração, que estavam portando documentos de registro perante o Conselho de Classe.

Requer o provimento do recurso e a reforma da r. sentença impugnada, a fim de que seja cancelada a inscrição na dívida ativa do Crea/RO, por falta de amparo legal.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia: — Cuida-se de apelação interposta pela Fazenda Nacional de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução por ela opostos, bem como determinou sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da execução.

Inicialmente, entendo que deve ser rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir levantada pelo recorrente, tendo em vista que *“por força do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), não se constitui em ausência de interesse de agir o não exaurimento das vias administrativas, não subsistindo, por conseguinte, a extinção do processo, sob esse fundamento, como no caso.” (AMS 2005.34.00.034664-9, Rel. Desembargador Federal Souza prudente, TRF1, Sexta Turma, e-DJF1 Data: 04/08/2008 Página: 467)*

No que toca ao rito procedimental adotado a apelação não merece provimento.

Com efeito, em princípio, a execução fundada em título judicial ou extrajudicial contra a Fazenda Pública segue o rito do art. 730 do CPC.

A jurisprudência do STJ, todavia, entende ser admissível a execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, desde que harmonizado com os ditames do art. 730 do CPC, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA ENTE PÚBLICO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO. POSSIBILIDADE.

I - Se já não persistem dúvidas acerca da possibilidade de ajuizamento de execução fiscal contra ente público fundada em título extrajudicial, à época da propositura da presente ação de cobrança a matéria encontrava-se controvertida.

II - Restando certa a admissibilidade da execução fiscal fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, e desde que observado o cânon do artigo 730 do CPC, faz-se de rigor a adaptação do rito processual em atenção aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Precedente: REsp nº 100.700/BA, Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 31/03/1997.

III - Recurso especial provido.

(REsp 642122/PR, rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 07/12/2004, DJ de 14/03/2005, p. 218).

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ADAPTAÇÃO DO RITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 730 DO CPC. CITAÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO “PAS DES NULLITÉS SANS GRIEF”. LOCAL DO PAGAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. ART. 950 DO CC/1916. SÚMULA 7/STJ.

1. A execução fiscal é espécie do gênero execução extrajudicial, passível de ser endereçada em face da Fazenda Pública. (Súmula 279/STJ: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”).

2. Os processos fiscais intentados contra a Fazenda Pública devem ser harmonizados com a norma do art. 730 do CPC, diante das prerrogativas e princípios que ostenta a Administração, principalmente as características que guarnecem os bens públicos, fazendo-se uma necessária adaptação do procedimento especial de execução, v.g., impossibilitando a garantia de bens à penhora para o oferecimento dos embargos. Nesse sentido: “É juridicamente possível a execução contra a Fazenda, fundada em título executivo extrajudicial (Certidão

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Glaucio Maciel (convocado).

de Dívida Ativa), observadas em seu procedimento as disposições aplicáveis à espécie (art. 730 e seguintes do CPC).” (REsp 100.700/BA, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJ 31.03.1997). Precedentes: (EDcl no REsp 209.539/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 20/02/2006; REsp 642.433/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 03/04/2006; AgRg no Ag 404.504/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 09/09/2002).

2. A doutrina sobre o tema assenta que: “No Código de 1939, não havia disciplina específica das execuções contra a Fazenda Pública, limitando-se o legislador ao texto do parágrafo único do art. 918, restrito aos casos de pagamentos devidos em virtude de sentença.

Quanto aos títulos extrajudiciais, dotados de executividade, cabia-lhes a ação executiva do art. 298, eliminada no sistema do Código de 1973. A regra do parágrafo único do art. 918 do Código de 1939, aplicava-se, também, à eventualidade de alguma ação executiva que pudesse ser ajuizada contra a Fazenda Pública.

Discutia-se sobre a viabilidade dessa ação, no regime anterior, quando a penhora se tornasse inviável, pela inexistência de bens suscetíveis de apreensão judicial.

O entendimento curial, em face da natureza da ação executiva, era o que tinha por viável o procedimento ulterior para a obtenção de sentença. A inexistência de penhora, portanto, não era óbice a que se prosseguisse na ação executiva do art. 298 do Código de 1939, suprimindo-se, destarte, a apreensão judicial de bens, nos casos de sua eventual propositura contra a Fazenda Pública, segundo a regra do parágrafo único do art. 918.

No Código de 1973, eliminada a ação executiva e unificada a via executória, já agora hábil tanto para os casos de sentença condenatória quanto os de títulos extrajudiciais dotados de executividade, a disciplina do art. 730 atente às particularidades de um processo executório em que não pode haver a penhora de bens sobre os quais verse a atividade juris-satisfativa, que lhe é própria.” (Celso Neves in: Comentários aos Código de Processo Civil, vol. VII, arts. 646 a 795, págs. 206/207).

A ação executiva, de que se cogita nos arts. 730 e 731, é a de título judicial ou a de título extrajudicial. No Código de Processo Civil de 1939, o art. 918, parágrafo único, 1ª parte, apenas se falava dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, ‘em virtude de sentença’. E não havia, nem há texto constitucional que fosse e seja obstáculo a tal distinção (Constituição de 1946, art. 204; Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, art. 117). Daí ter sido acertado que o Código de 1973, nos arts. 730 e 731, não se referisse à origem (judicial ou extrajudicial) da dívida da Fazenda Pública. Se a entidade estatal, que é a devedora, demanda na ação executiva dos arts. 730 e 731, opõe embargos do devedor, tem-se de aguardar o julgamento, uma vez que houve a suspensão. Nas espécies dos arts. 730 e 731 não houve penhora, nem pode haver. A Fazenda Pública é citada para pagar ou sofrer as

medidas do art. 730, I e II, salvo se opõe embargos do devedor, cujos pressupostos são os mesmos que se exigem aos embargos do devedor se o demandado não é a Fazenda Pública.

[...] Em vez de ser citada a Fazenda Pública para pagar ou sofrer a penhora de seus bens, há a citação para opor embargos do devedor, ou (entenda-se, a despeito da falta de explicitude) pagar. Se não opõe embargos do devedor e não paga, o juiz, que deferiu o pedido da citação na ação executiva de título judicial ou de título extrajudicial, requisita (precata) o pagamento, por intermédio do Presidente do Tribunal competente.” (Pontes de Miranda in: Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo X, arts. 612-735, págs. 470/471).

3. À luz do princípio *pas des nullités sans grief*, não se decreta a nulidade dos atos sem o comprometimento para os fins de justiça do processo, mormente quando não há nos autos prova de prejuízo.

(Precedentes: REsp 1014720/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 05/03/2009; REsp 556.510/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2005, DJ 25/04/2005) 4. In casu, extrai-se o seguinte fundamento do acórdão recorrido: “Outrossim, não há que se falar em nulidade da citação, em razão do disposto no artigo 249, §1º, do Código de Processo Civil, onde se lê: ‘Art. 249. [...] §1º. O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.’ Portanto, como não houve prejuízo à Fazenda Municipal, vez que opôs seus embargos dentro do prazo que lhe concedia o artigo 16, caput, da Lei n. 6.830/80, demonstrando com isso que seus procuradores tomaram ciência regularmente do ato de fls. 06 do apenso, desnecessária seria a sua repetição, com a decretação de nulidade da citação, em atenção ao princípio *pas de nullité, sans grief* (não há proclamar a nulidade se não há prejuízo).” 5. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ.

6. In casu, o Tribunal local analisou a questão sub examine – local de pagamento e guia de recolhimento – à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado, verbis: “No que tange ao local do pagamento, entendo que a conduta da embargante foi, no mínimo, desidiosa para com o INMETRO, isso porque, desde o requerimento de confirmação de exibição do serviço prestado (documento de fls. 20), em 03/09/1.991, havia informação de emissão de “guia de pagamento” pelo Instituto embargado. Logo, deveria a embargante ter agido com presteza, informando ao INMETRO assim que tomou ciência da existência dessa “guia”, que o pagamento pelos serviços prestados já se encontrava à sua disposição, e não fazê-lo após notificada extrajudicialmente, em 19/06/1.992 (fls. 26). A regra do artigo 950 do então vigente Código Civil/1.916, que atualmente se encontra no artigo 327, caput, do Código Civil, era clara ao prescrever que o pagamento seria feito no

domicílio do devedor salvo se o contrário dispusesse a circunstância. [...] Portanto, razoável seria que a embargante tivesse pago o serviço regularmente prestado pelo INMETRO, segundo as circunstâncias do caso, ou seja, através da competente guia de pagamento, e como se manteve inerte em nome de mero formalismo sem respaldo legal, incidiu em mora, pelo que deve pagar o principal acrescido dos encargos – atualização monetária e juros – a que se refere a CDA de fls. 03 do apenso, nos termos do artigo 955 do então vigente Código Civil. 7. Precedentes: Ag 726.937/ MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 01/02/2006; REsp 39.119/BA, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 07/03/2005; REsp 225.990/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 06/12/1999.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 1000028/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 23/11/2009).

Colha-se o seguinte julgado desta Corte sobre o tema: (AC 0000537-04.2005.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 de 14/05/2010, p. 294).

Por outro lado, não se decreta a nulidade dos atos processuais sem o comprometimento para os fins da justiça do processo, mormente quando não há nos autos prova de prejuízo (Precedente: REsp 1014720/RS).

Por fim, melhor sorte não assiste a embargante quando alega que o título executivo extrajudicial é inexigível.

Na execução regida pela Lei 6.830/1980 o título executivo (extrajudicial) constitui-se na certidão de dívida ativa, que uma vez regularmente inscrita, goza da presunção de certeza e liquidez, a qual, sendo relativa, pode ser afastada por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite (Lei 6.830/80, art. 3º).

Por outro lado, incumbia a embargante, por ser prova constitutiva de seu alegado direito (CPC, art. 333, I), assim como à vista da presunção de veracidade e de legitimidade do ato administrativo, comprovar a inexistência da infração, demonstrando que os fatos não se passaram da forma como foram relatados pela fiscalização, pois a certidão de dívida ativa goza da presunção de certeza e liquidez (Lei 6.830/1980, art. 3º), que somente cede diante de prova inequívoca a cargo do executado.

No caso, a certidão de dívida ativa constante dos autos da execução fiscal, cuja cópia se vê à fl. 20, atende aos requisitos previstos no art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980, indicando com precisão os dispositivos legais aplicáveis na determinação da correção monetária e juros, bem como o fato gerador da multa em questão, ou seja, a infração ao disposto no art. 12 da Lei 5.194/1966, por estar a Ceplac – Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira operando sem registro no Crea, bem como sem a devida anotação dos profissionais a seu serviço.

Ressalte-se que nenhuma prova produziu a embargante para afastar a caracterização da infração em causa, limitando-se a reafirmar na apelação que os documentos acostados pela Ceplac ao recorrido, em 04/03/1993, seriam suficientes à comprovação de sua situação de alegada regularidade junto ao Crea, observando, com acerto, o juízo sentenciante que

[...] à vista dos documentos acostados aos autos às fls. 6–20, não se tem que a embargante tenha cumprido com o disposto no art. 60 da Lei 5.194/1966, acima transcrito ou comprovado a regularidade dos profissionais que exercem atividade naquele órgão. Até porque a atuação ocorreu na data de 28/01/1993, enquanto os comprovantes juntados correspondem aos períodos de 31/03/1987 e 04/06/1993 (fls. 15 e 19),

do que impõe sejam julgados improcedentes os presentes embargos à execução, eis que permaneceu hígida a presunção de liquidez e certeza de que goza a certidão de dívida ativa regularmente inscrita (Lei 6.830/1980, art. 3º).

Assim, não merece reparos a sentença apelada uma vez que decidiu em harmonia com a norma do art. 730 do CPC, diante das prerrogativas e princípios que ostenta a Administração, principalmente as características que guarnecem os bens públicos, fazendo-se uma necessária adaptação do procedimento especial de execução, v.g., impossibilitando a garantia de bens à penhora para o oferecimento dos embargos (fl.66).

Ante o exposto, nego provimento à apelação mantendo integralmente a sentença apelada.

É o voto.

Agravo de Instrumento 0046615-97.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Agravante: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE
Advogados: Dra. Laura Mendes Bumachar
Dr. Marcello Medeiros de Castro
Agravada: Energética Águas da Pedra S/A
Advogados: Dr. André Serrão Borges de Sampaio
Dr. Fábio Henrique Di Lallo Dias
Dr. Felipe Montenegro Viviani Guimarães
Dr. Marici Giannico
Dr. João Francisco Aguiar Drumond
Dr. Rafael Ramos Janiques de Matos
Publicação: e-DJF1 de 07/10/2011, p. 132

Decisão

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) interpõe agravo de instrumento de decisão (fls. 27-30) que, em mandado de segurança impetrado contra ato do diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e o presidente da CCEE, concedeu medida liminar (fl. 29):

[...] determinando a suspensão dos efeitos dos atos administrativos que criaram exigindo o aporte de garantias, contratação da compra de energia de terceiros, pagamento de multa e sanção bem como a possibilidade de suspender os efeitos da concessão, até o julgamento da presente ação ou ordem em contrário deste Juízo Federal.

A agravante alega que é associação civil, da qual fazem parte os agentes de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica, e tem por finalidade a viabilização da comercialização da energia elétrica no Sistema Integrado Nacional (SIN), “por meio do registro, contabilização e liquidação financeira dos acordos firmados entre os diversos agentes do mercado de energia” (fl. 9).

Afirma, assim, que não é parte no contrato de concessão celebrado entre a impetrante, Energética Águas da Pedra S.A., e a Aneel, e que não tem o menor poder de ingerência para atender ao pedido central formulado pela agravada, razão por que postula a concessão do efeito suspensivo.

Decido.

Ao que se observa da leitura dos autos, a agravada obteve o direito de construir e explorar a Usina Hidrelétrica de Dardanelos, em trecho do Rio Aripuanã no Estado de Mato Grosso, mas, para que pudesse entrar em operação, a Empresa Brasileira de Transmissão de Energia Elétrica deveria construir o sistema de transmissão para a conexão da usina hidrelétrica com a Rede Básica Nacional, fato que não ocorreu, conforme reconhecido na decisão agravada, *verbis* (fl. 27-30):

Sendo concessionária da força hidráulica da natureza identificada pelo topônimo de Dardanelos, no Estado de Mato Grosso, assumiu obrigação de construir represamento das águas fluviais e através dela gerar energia.

Para ser utilizada pelos consumidores, deveria ser transportada por rede de energia elétrica a ser construída por outra concessionária, ligando a fonte produtora à rede nacional.

Ocorreu que essa segunda empresa, cujo cumprimento dos prazos seria vital para a utilização da energia gerada no ponto hidráulico, deixou de fazê-lo e ficou inviabilizada a produção.

A imposição da agência reguladora foi de que adquirisse no mercado a energia elétrica necessária para atender as obrigações assumidas com terceiros, para então receber valores quando do cálculo para a divisão dos faturamentos.

Através de decisão deste Juízo, foi suspensa a decisão, em 4 de fevereiro de 2011, determinação contida na Comunicação da CCEE de 17 de janeiro de 2011, que exigira “o aporte de garantias financeiros e pagamento de multa.

[...]

Insiste a impetrante em receber proteção em ser protegida pelo Juízo Federal afirmando que não pode sofrer penalidades diante de ato omissivo de terceiro, que foi a concessionária de transmissão de energia elétrica, que não cumpriu os prazos, impedindo que a energia gerada pudesse entrar no sistema nacional de distribuição e consumida pela população e pela indústria e comércio.

Diz que o *writ* visa obter proteção que a dispense de adquirir energia de terceiros e que seja preservada a sua receita de venda de energia, e isentá-la de penalidades, bem como o ônus exigido de dar garantia de vultoso valor e multa, que teriam termo legal de exigência em 9 de fevereiro de 2011.

Verifico que a pretensão da impetrante num dos aspectos não poderá ser acolhida. Tendo ciência de que não havia linha de transmissão, contratou com terceiros, que não foram desvendados quem são, a venda de energia elétrica produzida na geradora de Dardanelos, a qual está sem conexão com o sistema nacional.

Essas obrigações assumidas com os terceiros, a CCEE entende que exige que adquira energia de outras geradoras ou produtoras na mesma quantidade vendida e consumida pelos contratantes, colocando o valor no caixa para que seja repartido entre os participantes.

São situações que conduzem ao absurdo. Se tem a fonte produtora em condições de gerar energia elétrica e não pode colocar no mercado consumidor por causa de outro concessionário, este quem deverá ser chamado a responder pelos danos causados aos demais integrantes do sistema e não ao que não tenha praticado a inexecução voluntária e culposa da obrigação.

O ato administrativo produzido pela autoridade coatora que é o Presidente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, ao exigir que cumpra contratos firmados quando a impossibilidade foi causada por terceiro, também concessionário do Estado, e ainda impor sanção e exigir garantias financeiras para poder continuar atuando no sistema, é teratológico.

A orientação adotada é cômoda, e deixa de lado o terceiro que praticou ato de inexecução da obrigação, o qual está sujeito a pagar perdas e danos, o qual está sujeito à fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE porque recebe pelo serviço prestado a denominada CUST que é o seu faturamento.

Fiquei convencido de que está configurado o abuso de poder, sob a modalidade de desvio, e o ato administrativo deverá ser controlado pelo Poder Judiciário.

Além do referido pressuposto, também fiquei convencido de que a permanecer a situação retratada nos autos, sofrerá prejuízo de incerta reparação.

Na linha do contido na decisão agravada, não parece lógico exigir que a impetrante entre em funcionamento e arque com o pagamento de todas as garantias pertinentes ao contrato, se a Administração não cumpriu a sua parte no ajuste, ou seja, proporcionar meio hábil para que a agravante possa se conectar à *Rede Básica* de energia elétrica para iniciar seu funcionamento.

Desse modo, ausentes concomitantemente os requisitos autorizadores para o deferimento do pleito vindicado, no caso, a fumaça do bom direito e o perigo da demora, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Dispensado o envio de informações pormenorizadas.

Intimem-se as agravadas para, querendo, apresentarem contraminuta.

Publique-se.

Brasília, 3 de outubro de 2011.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Habeas Corpus 0050658-77.2011.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Impetrantes: Walter Barbosa Bittar
Rodrigo José Mendes
Rafael Júnior Soares
Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara – GO
Paciente: Carlos Roberto da Rocha (réu preso)
Publicação: e-DJF1 de 03/10/2011, p. 272-273

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra ato do MM. juiz federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás (fls. 792–799), visando a imediata soltura de Carlos Roberto da Rocha.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal em face da inexistência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, por violação do princípio da presunção de inocência e falta de motivação concreta do ato impugnado; bem assim em face da *possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão*, previstas na Lei 12.043, de 04/05/2011.

Decido

A prisão preventiva do paciente foi decretada em 21/06/2007, por ocasião do recebimento da denúncia ofertada no Processo 2005.35.00.015041-0/GO, tendo por fundamento a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal (fls. 96–124).

Mediante a sentença de fls. 483–771, data de 16/05/2011, o paciente foi condenado nas sanções do art. 1º, inciso I, c/c o § 1º, inciso I, e § 4º, da Lei 9.613, de 03/03/1998, c/c o art. 29, § 1º do Código Penal (fl. 739), ao cumprimento da pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade e mantida a prisão preventiva decretada, à vista dos seguintes fundamentos que destaco:

[...] os fatos narrados permitem concluir que, no presente caso, mostra-se evidente a função cautelar da medida, consistente em evitar a ocorrência de reiteração da conduta, dada as características específicas e peculiares da organização criminosa, que resultaram na reciclagem de milhões de reais obtidos com o narcotráfico, como muito bem registrado pelo MPF, senão vejamos: 1) estrutura altamente complexa; 2) poder econômico altamente elevado; 3) incrível estabilidade do grupo (somente o monitoramento telefônico durou mais de dois anos); 4) atuação interestadual; 5) conexões internacionais (havia internação de moeda estrangeira enviada a partir da Europa); 6) diversificação nos métodos de branqueamento de capitais; 7) prática criminosa reiterada, uma vez que os imputados já foram condenados pela internação, no Brasil de quase 02 (duas) toneladas de cocaína; e 9) alguns integrantes do grupo vivem no exterior.

[...]

[...] convém registrar que ainda pendem vários Inquéritos Policiais em outros Estados da Federação investigando outros envolvidos no esquema de branqueamento de capitais oriundo do tráfico de drogas, não se olvidando os vários acusados soltos, inclusive ANTÔNIO DE PALINHOS e JORGE MONTEIRO que ainda estão sediados na Europa.

[...]

[...] a nota peculiar dos delitos praticados por organização criminosa, caracterizada, pela estrutura empresarial, é o lucro gerado pela atividade, resultando em expressivo proveito econômico ao sujeito ativo do delito. Em tela, o enorme volume de droga apreendida faz certa a existência de vultoso suporte financeiro para a atuação ilegal, quer pelos valores necessários à logística e ao planejamento, quer pelo número de membros do esquema, quer, ainda pela duração da empreitada criminosa, sinalizando a utilização de mecanismos sofisticados e clandestinos de suporte à megatransação, tais como a atuação de doleiros para internação de valores; o uso de paraísos fiscais; a constituição de empresas de fachada para ocultação do patrimônio amealhado; a intermediação de terceiros de modo a impedir a identificação dos beneficiários, do esquema ilegal; a compra de imóveis de luxo com valorização rápida e de fácil liquidez; a aquisição de veículos caros, com mercado cativo; e a posse de grandes somas em moeda estrangeira sem qualquer registro. Sintomático, então, que os diálogos telefônicos; as apreensões, as buscas e os seqüestros indiquem a prática reiterada de ocultação e dissimulação patrimonial relacionada a bens de natureza extremamente valiosa (automóveis de luxo, lancha, apartamentos em zonas nobres, fazendas, diversos imóveis, moedas estrangeiras em grande quantidade, entre outros), sem respaldo em atividade lícita aparente que justifique.

Por isso, a permanência dos acusados JOSÉ PALINHOS, ROCINE, MÁRCIO JUNQUEIRA, CARLOS ROBERTO e ANTÔNIO DAMASO, principais envolvidos com a prática do tráfico de drogas e cabeças no esquema da lavagem, em liberdade vai contra a preservação da ordem pública, porquanto existem fortes elementos, e não meras suposições, que continuarão perpetrando outros delitos da natureza dos autos, com o propósito de obtenção de lucro fácil, servindo a medida, também, para acautelar o meio social e a credibilidade da justiça.

[...]

Impende acentuar também que JOSÉ ANTÔNIO DE PALINHOS, JORGE PEREIRA, ANTÔNIO DOS DANTOS DAMASO, MÁRCIO JUNQUEIRA DE MIRANDA, ROCINE GALDINO DE SOUZA, CARLOS ROBERTO DA ROCHA, JORGE MANUEL ROSA MONTEIRO, ANTÔNIO PALINHOS, JORGE PEREIRA, ESTILAQUE OLIVEIRA REIS, já foram condenados por esse Juízo pela prática dos crimes de tráfico internacional de entorpecentes e de associação para o tráfico, (...).

[...]

Ademais, causaria sério gravame à credibilidade das instituições públicas permitir a liberdade dos acusados, diante da presença de organização criminoso já condenada pela prática de tráfico internacional de drogas e cujos integrantes, com participação de terceiros associados, se especializaram, há muito, na reciclagem transfronteiriça, contínua e ilegal de valores oriundos da grave conduta penal antecedente, conforme os indícios apurados.

Desse modo, a manutenção da segregação mostra-se como medida de garantia da ordem pública e do prestígio e segurança da atividade jurisdicional, além de imprescindível, para resguardar a eficácia da lei penal, sendo, por isso, imperativa a permanência de sua segregação.

[...]

(cf. fls. 758/762 – grifei)

Por decisão de fls. 792–799, *ato ora impugnado*, foi indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva, com base nas seguintes razões:

[...] pelos fundamentos expostos acima, examinando novamente a necessidade da prisão decretada, observa-se que as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, do CPP), se mostram insuficientes e inadequadas para garantir a efetividade do processo e da jurisdição penal, ou seja, para assegurar a aplicação da lei penal, não se olvidando da garantia da ordem pública em face da grande repercussão do caso no meio social.

Nos termos do art. 311, do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer tempo, sobretudo no presente caso em que a medida ordenada — prisão — não se mostra mais grave e onerosa do que o próprio resultado final da sentença condenatória.

Ademais, o requerente, a par de já se encontrar preso em função da condenação operada pelo crime antecedente, não logrou demonstrar nos autos o argumento de desnecessidade da medida nestes autos de modo a afastar o fundamento da decisão cuja revogação se pretende, não estando presentes as hipóteses do artigo 282, inciso I, do CPP.

[...]

(cf. fls. 798/799 – grifei)

Diante disso, *em exame provisório*, considerando os *motivos e fundamentos* da decisão impugnada e os termos do art. 313, inciso I, da Lei 12.403/2011, *indeferir* o pedido de liminar. I.

Requisitem-se as informações. Oficie-se com urgência

Juntadas as informações (original), encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Brasília, 2 de setembro de 2011.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Agravo de Instrumento 0053926-42.2011.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Agravante: Eliene Borges dos Santos Xavier
Advogada: Dra. Fernanda Tavares Gimenez
Agravada: União Federal
Procuradora: Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 10/10/2011, p. 133-134

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Eliene Borges dos Santos Xavier contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado nos autos da Ação Ordinária 33191-61.2011.4.01.3500, objetivando o fornecimento do medicamento Soliris (Eculizumab) pela União.

II. Consignou o MM. magistrado *a quo* que o registro do medicamento na Anvisa é condição para sua dispensação no Brasil, ressaltando que o conteúdo do direito à saúde do indivíduo não é autônomo em relação às normas sanitárias básicas do País.

III. Irresignada, a agravante afirma que é portadora de Hemoglobinúria Paroxística Noturna – HPN e necessita de tratamento com o medicamento Eculizumab – Soliris, único fármaco existente no mercado mundial para o tratamento específico do mal que padece, importado e de altíssimo custo, não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, e ressalta que não tem condições financeiras de manter o tratamento.

IV. Argumenta que deve ser levada em consideração a urgência da medida requerida, em face do risco de piora do seu estado de saúde enquanto se aguarda uma decisão favorável.

V. Autos conclusos, *decido*.

VI. À princípio, parece que razão assiste à agravante, pelo que deve, por ora, ser reformada, *data maxima venia* do entendimento contrário, a r. decisão agravada.

VII. Ocorre que, em circunstâncias como a que ora se examina, não se pode deixar de lado a situação excepcional da agravante, portadora de Hemoglobinúria Paroxística Noturna – HPN, doença rara, que pode proporcionar insuficiência renal aguda e crônica, com ocorrências de hemoglobinúria, hematúria, proteinúria, hipertensão, distúrbios de concentração urinária e repetidos episódios de trombose em microvasos aguda, fl. 60.

VIII. Ressalto que, de acordo com informações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, fls. 59–61, o Soliris – Eculizumab é medicamento órfão, assim designado por ser destinado ao tratamento de doença rara, ficando as Indústrias Farmacêuticas relutantes em desenvolvê-lo em condições normais de mercado por razões econômicas. Observo também que aquela agência informa que o referido medicamento não teve sua eficácia e segurança avaliadas pela Gerência de Pesquisas, Ensaio Clínicos, Medicamentos Biológicos e Novos da ANVISA, mas ressalta seu registro na European Medicines Agency – EMEA e na U.S. Food and Drugs Administration – F.D.A.

IX. A agravante cuidou de juntar aos autos cópia do receituário em que seu médico recomenda o uso do Eculizumab, visto que é o medicamento que melhor apresenta resposta em casos como na hipótese, fl. 54.

X. Convencido, assim, da verossimilhança das alegações da recorrente, consubstanciada em prova inequívoca colacionada aos autos, mais precisamente dos receituários médicos de fls. 54/55, ressalto ser desnecessário, diante do quadro fático, tecer considerações acerca do requisito do *periculum in mora*.

XI. Ademais, não obstante reconhecer as limitações orçamentárias do Sistema Único de Saúde, ressalto que é dever constitucional do Estado, assim entendido a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, garantir o acesso à saúde, principalmente ao paciente de baixa renda que não tem condições de custeá-lo, seja o tratamento ou o medicamento adequado, entendimento esse que encontra amparo na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Confrim-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1159382/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 1º/09/2010.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - SUS - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - HONORÁRIOS DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA – JURISPRUDÊNCIA REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

[...]

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 527.356/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21/06/2005, DJ 15/08/2005, p. 239.)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE. TRATAMENTO DE SAÚDE/FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS.

[...]

2. A responsabilidade pelo fornecimento de remédio e tratamento necessário ao cidadão, que decorre da garantia do direito fundamental à vida e à saúde, é constitucionalmente atribuída ao Estado, assim entendido a União, em solidariedade com os demais entes federativos (CF, arts. 6º, 196 e 198, § 1º).

[...]

4. Agravo interno do Estado do Piauí desprovido.

(AGTAG 0013785-15.2010.4.01.0000/PI, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.258 de 15/10/2010) (grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DECORRENTE DE CÂNCER DE MAMA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE DO ESTADO. DIREITO À VIDA. DEVER DO ESTADO.

[...]

2. O direito à saúde é garantido pela Constituição, de forma individual e coletiva (art. 196 da CF). Não podendo, o hipossuficiente, custear o medicamento necessário, sem prejuízo do próprio sustento, bem como estando ele correndo sério risco de agravamento de sua saúde, acertada a decisão de primeiro grau ao reconhecer presentes os requisitos de concessão da antecipação de tutela (art. 273, CPC). Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 0060997-66.2009.4.01.0000/PI, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, e-DJF1 p.41 de 23/08/2010)

Pelo exposto, *defiro, por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e determino o fornecimento do medicamento Soliris (Eculizumab) a Eliene Borges dos Santos Xavier, de acordo com a recomendação médica.*

Oficie-se ao eminente Juiz Federal prolator do *decisum* atacado, encaminhando-lhe cópia desta decisão.

Publique-se.

Intime-se a agravada, facultando-lhe apresentar contraminuta no prazo legal (art. 527, V, CPC).

Brasília, 29 de setembro de 2011.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Habeas Corpus 0040238-13.2011.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)
Impetrante: Banco do Brasil S/A
Advogados: Dra. Patrícia Bizerra Oliveira e outros
Impetrada: Juíza Trabalhista da 3ª Vara do Trabalho de Camaçari – BA
Pacientes: Lael Guimarães Carneiro
Ivan Evangelista de Castro
Maria Ochoa Cardoso
Publicação: e-DJF1 de 03/10/2011, p. 270

O Banco do Brasil S/A, através de seus advogados, impetra habeas corpus, com pedido de liminar, contra ato da MM. juíza trabalhista 3ª Vara do Trabalho de Camaçari, Estado da Bahia, visando a expedição de salvo-conduto em favor de Lael Guimarães Carneiro, Ivan Evangelista de Castro e Maria Ochoa Cardoso, uma vez que a autoridade impetrada “está na iminência de proferir uma ordem ilegal de prisão aos pacientes do Banco do Brasil, ora impetrante, em razão de suposto cometimento do crime de desobediência” (fl. 7).

Aduz, que o “*fato gerador da desobediência estaria no descumprimento, em tese, da determinação judicial que impôs à transferência de todos os depósitos judiciais à disposição desse juízo para a Caixa Econômica Federal, Agência TRT (1509), de acordo com o Ato 481/2010 deste Regional, divulgado no Diário Oficial do dia 27/12/2010, no prazo de 48 horas, sob pena de prisão, nos termos do art. 330 do Código Penal*” (fl. 7).

Alega que o Banco do Brasil ingressou com mandado de segurança que ainda aguarda julgamento de mérito; que a *“par da discussão judicial sobre a legalidade ou não da quebra unilateral do convênio por parte do TRT 5ª Região”*, o impetrante vem recebendo diversas ordens dos juizes do Trabalho para *“a aludida transferência dos depósitos”* acima mencionada; que *“a despeito das ordens individuais, que o montante de recursos captados e custodiados no impetrante supera a cifra de R\$ 1.350.000.000,00 (um bilhão e trezentos e cinquenta milhões de reais), repartido em milhares de contas judiciais espalhadas por agências do Impetrante localizadas pelo Estado”*; que, em razão disso, *“tal migração de recursos de uma instituição financeira para outra demanda: tempo, alocação de recursos e mão de obra dedicados exclusivamente para esse fim”*; que o impetrante *“está comprometido e focado em se desonerar deste encargo que lhe fora atribuído no menor tempo possível”* (fls. 10–11).

Ademais, alega que oficiou à autoridade impetrada indicando as dificuldades encontradas para a transferência ordenada, inclusive pela *“indisponibilidade pela qual passou o site do TRT5 (único canal disponível para geralão dos ID’s, já que a página da internet da Caixa Econômica bloqueou tal possibilidade para a nossa região) e que apresentou sucessivas panes; e a devolução das TED Judiciais enviadas, embora corretamente cadastradas, pelo motivo ‘agência ou conta destinatária inválida’.”* (fl. 11).

Sustenta, em síntese, *“que a Justiça Laboral não possui jurisdição criminal”*; que inexistiu dolo na conduta narrada acima, uma vez que *“restou comprovada de forma inequívoca e límpida a impossibilidade material e técnica do Banco proceder a migração não só da totalidade dos depósitos judiciais, como também dos pertinentes a Vara Laboral da autoridade coatora”*.

Reservou-se para apreciar o pedido de liminar (fl. 163), para após as informações que foram prestadas às fls. 165–173.

Decido

Pois bem, esta Corte, bem como o Superior Tribunal de Justiça, tem decidido que: *“O art. 114, inciso IV, da Constituição Federal não confere à Justiça Trabalhista competência para processar e julgar habeas corpus que verse sobre matéria penal”* e, também que: *“Não tendo a Justiça Laboral jurisdição criminal, o Juiz do Trabalho só pode decretar prisão em caso de flagrante delito ocorrido em sua presença. Pretendendo dar efetividade a seus julgados, incumbe-lhe, pelos meios legais disponíveis, inclusive criminais, requisitar à autoridades competentes a instauração do procedimento adequado, na hipótese de desatendimento às suas determinações”* (HC 2009.01.00.023498-2/MG, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 p. 292 de 11/09/2009).

Consta das informações que, em 11/07/2011, a autoridade impetrada concedeu *“o prazo de 48 horas para a efetivação da transferência, sob pena de prisão, nos termos do art. 330 do Código Penal”* (fl. 173).

Sustentou, ainda, a incompetência desta Corte para processar e julgar o presente *habeas corpus*, com arrimo no art. 114 da Constituição Federal.

Ante o exposto, em exame provisório, vislumbrando a alegada coação sofrida pelos pacientes, ante a perspectiva da decretação de suas prisões, antes mesmo de instaurado procedimento adequado, *defiro* o pedido de liminar. I.

Expeça-se, *in continente*, os competentes salvo-condutos aos pacientes *Lael Guimarães Carneiro, Ivan Evangelista de Castro e Maria Ochoa Cardoso*.

Comunique-se. Urgente.

Cumpra-se.

Brasília, 28 de setembro de 2011.

Juiz Federal *Klaus KuscheI*, relator convocado.

Numeração única: 0001573-81.2009.4.01.3302

Recurso inominado 2009.33.02.701110-2/BA

Relator: Juiz Federal Dirley da Cunha Júnior
Recorrente: Linésio Ferreira
Advogado: Dr. Rogério Santos Gomes Júnior
Recorridos: Caixa Econômica Federal
Município de Jacobina – BA
Advogados: Dr. Joel Nunes Victoria Júnior
Dr. Luis Gustavo Soares Alfaya
Publicação: e-DJF1 de 19/09/2011, p. 470

Ementa

Empréstimo consignado. Danos morais. Inclusão indevida em cadastro de inadimplente. Configuração. Agente consignador. Não repasse. Recurso parcialmente provido.

I. Conforme estabelece o art. 5º, § 2º, da Lei 10.820/2003, a instituição consignatária fica proibida de inserir o nome de mutuário em cadastro de inadimplente quando a prestação do mútuo for descontada do mutuário e não repassada a ela, razão pela qual mostra-se ilegal a inclusão do nome da parte e, assim, configuro dano moral suscetível de reparação pecuniária.

II. O agente consignante (empregador) fica responsável pelo repasse da prestação descontada da remuneração.

III. No que tange ao valor da indenização por danos morais, fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais), mostra-se em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade norteadores do Direito.

IV. Recurso parcialmente provido.

V. Sem honorários advocatícios, por inexistir recorrente vencido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso do autor.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia – 25/08/2011.

Juiz Federal *Dirley da Cunha Júnior*, relator.

Numeração única: 0034074-31.2008.4.01.3300

Recurso inominado 2008.33.00.714154-1/BA

Relator: Juiz Federal João Paulo Pirôpo de Abreu
Recorrente: Paulo dos Santos
Advogado: Dr. José Luiz Cafezeiro Júnior
Recorrida: Caixa Econômica Federal
Advogado: Dr. George Andrade do N. Júnior
Publicação: e-DJF1 de 19/09/2011, p. 489

Ementa

Relação bancária. Incidência das normas consumeristas. Evento danoso imputável a terceiro estranho, entendimento reinante no Colendo Superior Tribunal de Justiça. Negativação indevida, configuração de per si do dano moral indenizável. Sentença reformada. Recurso provido.

I. As relações bancárias se encontram substancialmente albergadas pelas normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, havendo, inclusive, entendimento sumulado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido (Súmula 297/STJ).

II. Na hipótese em apreço, a própria sentença hostilizada reconheceu a culpa exclusiva do terceiro estranho e falsário nos eventos que renderam azo à abertura de cota-corrente e aquisição de cartões de crédito em nome do autor/recorrente.

III. Evidenciado que a negativação indevida, por si só, já caracteriza o dano passível de indenização extrapatrimonial, impõe-se a reforma da sentença, para estender a condenação da CEF ao pagamento de indenização a título de danos morais, ainda que em importe moderado, com o escopo precípua de acautelar-se o Juízo Recursal do indesejado enriquecimento injusto.

IV. Recurso do autor provido. Sentença reformada.

V. Honorários advocatícios à base de 10% sobre o valor da condenação.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso inominado interposto pelo autor e reformar a sentença de 1º grau.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia – 17/03/2011.

Juiz Federal *João Paulo Pirôpo de Abreu*, relator.

Numeração única: 0001885-57.2009.4.01.3302

Recurso inominado 2009.33.02.701422-8/BA

Relatora: Juíza Federal Lílían Oliveira da Costa Tourinho
 Recorrente: Josenilda Teixeira de Oliveira
 Advogado: Dr. Rogério Santos Gomes Júnior
 Recorrida: Caixa Econômica Federal
 Município de Jacobina – BA
 Advogado: Dr. Fabrício de Oliveira Pinto
 Publicação: e-DJF1 de 21/09/2011, p. 955

Ementa

Responsabilidade Civil. Ausência de prova da inscrição do nome da parte autora no cadastro de inadimplentes. Irrelevância ante o fato incontroverso. Nexo causal a configurar dano moral indenizável. Recurso provido.

I. O dano de ordem moral será indenizável quando atingir ou violar valor imaterial da pessoa, estando aí incluídas ofensas à dignidade, honra e imagem (art. 5º, X, da CF/1988).

II. Compete à parte autora demonstrar, por todos os meios em direito admitidos, o fato constitutivo de seu direito, sob pena de assumir o ônus pela sua omissão (art. 333, inciso I, do CPC).

III. Todavia, quando se trata de fato incontroverso, ele deixa de ser objeto de prova (art. 334, III, do CPC).

IV. No caso, o Município confessa o não repasse dos valores descontados, em empréstimo por consignação, nos meses de outubro de novembro de 2008, à Caixa Econômica Federal. Esta, por seu turno, não nega, que tenha

procedido à inscrição do nome da parte recorrente em cadastros de restrição de crédito, o que gerou o dano indenizável.

V. O ato do Município de não realizar o repasse dos valores para a Caixa Econômica Federal deu origem, mesmo que de forma indireta, à inclusão do nome do(a) autor(a) nos cadastros restritivos de crédito.

VI. Presente a relação de causalidade, há responsabilidade objetiva do Município de Jacobina e da Caixa Econômica Federal pelo dano moral gerado ao(à) recorrente, levando-se em consideração no arbitramento o fato de ostentar outras inscrições.

VII. Havendo responsabilidade de ambos os acionados - Município de Jacobina e Caixa Econômica Federal -, cabe fixar indenização pelos danos morais em R\$ 500,00 (quinhentos reais) a ser suportada por cada um deles, considerando que a condenação por dano moral traz ínsita a função de desestimular a reiteração do ato ilícito, em especial quando envolve grande grupo de pessoas, no caso, servidores municipais de Jacobina.

VIII. Sem honorários.

IX. Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento ao recurso.

2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais Cíveis da Seção Judiciária do Estado da Bahia – 27/05/2011.

Juíza Federal *Lílian Oliveira da Costa Tourinho*, relatora.

Numeração única: 0053514-92.2008.4.01.3500

Recurso inominado 2009.38.01.705879-8/GO

Relatora: Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim
 Recorrente: Iracy Francisco dos Santos
 Advogada: Dra. Roberta dos Santos
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procurador: Dr. Pedro Moreira de Melo
 Publicação: e-DJF1 de 23/09/2011, p.1227–1228

Ementa

Previdenciário. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Osteoartrose nos joelhos. Mulher 53 anos. Diarista. Confronto entre laudo pericial e conjunto fático-probatório. Perícia com especialista. Necessidade. Sentença anulada. Recurso conhecido e provido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso para anular a sentença.

1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 14/09/2011.

Juíza Federal *Alcioni Escobar da Costa Alvim*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim — Sob análise recurso da parte autora contra sentença que julgou improcedente pedido visando ao

restabelecimento de auxílio-doença e sua conversão em aposentadoria por invalidez.

O âmago do inconformismo reside na alegação de que o perito designado não é especialista em

ortopedia, o qual apenas citou as moléstias, não as tendo analisado a fundo. Sucessivamente apresenta argumento de que o laudo é contraditório por concluir pela ausência de incapacidade e aconselhar o acompanhamento periódico com especialista em ortopedia.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim — O recurso é de ser conhecido, porquanto tempestivo e adequado à veiculação da finalidade que persegue.

Entendo que assiste razão à parte recorrente, merecendo reparo o julgado vergastado. Inicialmente, quanto à argumentação de que o laudo é contraditório, deve-se esclarecer que o fato do perito indicar acompanhamento periódico com ortopedista não é indicio de incapacidade, tampouco afronta à conclusão do exímio. Ademais, apesar de ser entendimento desta Turma Recursal que a perícia não precisa necessariamente ser feita por médico especialista, por se presumir que o profissional atuante como clínico geral detém condições de avaliar o paciente

de modo global, atentando às particularidades de cada caso; nota-se, no caso vertente, a existência de um atestado médico datado de 08/10/2008, do Dr. Arão de Araújo Rocha Filho (especialista em ortopedia e traumatologia), CRM-GO 2340, no qual conclui que a parte autora não tem condições de exercer suas atividades, encaminhando-a para perícia médica.

Assim sendo, diante da controvérsia médica levantada e em prol da parte autora que é contribuinte individual desde 01/1985, com pequenos lapsos temporais intermitentes de ausência de contribuição, fundamentado no escopo de se evitar maiores prejuízos à parte evidentemente segurada, faz-se necessária a realização de nova perícia com especialista em ortopedia para melhor elucidação do caso concreto.

A rigor, calha anotar que desde a peça vestibular e em manifestação do laudo pericial a parte recorrente tem pugnado por realização de perícia com especialista em ortopedia.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso no sentido de anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para realização de nova perícia médica com especialista em ortopedia.

Numeração única: 0011679-60.2009.4.01.3801

Recurso inominado 2009.38.01.705879-8/MG

Relator: Juiz Federal Eduardo José Corrêa
 Recorrente: Olga de Oliveira Novelo
 Advogado: Dr. Alessandro L. Torrent Batalha
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 05/10/2011, p. 868–869

I. Dispensa de relatório, nos termos do art. 38 da Lei 9.099/1995.

II. No entanto, em breve histórico, trata-se de recurso interposto contra a sentença proferida pelo Juiz Federal Substituto Ubirajara Teixeira, que julgou improcedente o pedido de restabelecimento do benefício de auxílio-doença.

III. A parte autora alega, em razões recursais, que se encontra incapacitada para suas atividades laborais.

Ementa-Voto

Previdenciário. Processual Civil. Auxílio-doença. Patologia prevista no art. 151 da Lei 8.213/1991 e na Portaria Interministerial MPAS 2.998. Requisitos preenchidos. Recurso provido. Sentença reformada.

I. Assim dispõe o art. 59 da Lei 8.213/1991: “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.”

Já o art. 42 da Lei 8.213/1991 prescreve que: “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.”

II. Através dos dispositivos acima transcritos, pode-se constatar que são quatro os requisitos para a concessão dos benefícios por incapacidade laboral, a saber: a qualidade de segurado, o cumprimento de carência de 12 contribuições, a superveniência de moléstia incapacitante para a atividade laboral e o caráter permanente da incapacidade (para o caso de aposentadoria por invalidez) ou temporário (para o caso de auxílio-doença).

III. *Data venia* as razões expostas pelo juiz sentenciante, verifica-se que o laudo pericial (fls. 30–31) atestou que a doença que acomete a autora encontra-se entre as relacionadas no art. 151, da Lei 8.213/1991 e na Portaria Interministerial MPAS 2.998, que permitem a concessão do benefício de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez independentemente de carência. Com efeito, ao responder o quesito 6, o perito judicial afirmou que a Doença de Hodgkin, da qual a autora é portadora, é uma neoplasia maligna (fls. 31).

IV. Portanto, a parte autora faz jus ao restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez, vez que preenchidos os requisitos exigidos pela legislação previdenciária.

V. Recurso provido para conceder à parte recorrente o benefício de aposentadoria por invalidez, no valor de um salário-mínimo, com DIB em 24/08/2009, data da realização da perícia médica. Quando do retorno dos autos à vara de origem, deverão ser remetidos à Contadoria Judicial para apuração do *quantum* devido, de acordo com os parâmetros deste julgado, com incidência, até a vigência da Lei 11.960/2009, de correção monetária em conformidade com a Lei 6.899/1981 e de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, aplicando-se, a partir de 1º/07/2009, os índices de correção monetária e de juros de mora aplicados à caderneta de poupança, conforme previsto no art. 1.º-F da Lei 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei 11.960/2009. Precedente desta 3ª Turma Recursal (Recurso Inominado 2006.38.02.703984-9, relatora: Juíza Federal Cristiane Miranda Botelho, Unânime, 09/09/2011).

VI. Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios, por ser vencedora a parte recorrente.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso, sem fixação de sucumbência.

3ª Turma Recursal do Juizado Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais – 23/09/2011.

Juiz Federal *Eduardo José Corrêa*, relator.

Numeração única: 0031835-54.2008.4.01.3300

Recurso inominado 2008.33.00.711915-6/BA

Relator: Juiz Federal Valter Leonel Coelho Seixas
 Recorrente: União Federal
 Procuradora: Dra. Mari Alves de Melo
 Recorrida: Daniele Borges Lima
 Advogada: Dra. Daniele Borges Lima
 Publicação: e-DJF1 de 06/10/2011, p. 399–400

Ementa

Seguro-desemprego. Ilegitimidade passiva da União. Rejeição. Indeferimento administrativo do benefício por equívoco. Danos morais. Inocorrência. O simples indeferimento não gera ofensa à esfera subjetiva da parte. Recurso provido.

I. A União detém legitimidade para ocupar o polo passivo da presente demanda, já que os recursos que custeiam o seguro-desemprego são oriundos do Ministério do Trabalho, bem como o ato que impediu a fruição do direito partiu da Superintendência Regional da Bahia do MTE. Precedente: TRF5 AC 200283000070229.

II. A jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou entendimento que o indeferimento administrativo de benefício não gera a ocorrência de dano moral. Sobre o tema:

Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana. Assim, se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. No caso em espeque não se vislumbra qualquer agressão à dignidade humana, em que pese não ter sido reconhecido, desde logo, o direito da autora à pensão previdenciária por morte. (TRF2 REO 200651170005926).

III. Percebe-se, destarte, que o simples indeferimento administrativo, ainda que por equívoco, não gera dor psicológica ou ofensa à esfera subjetiva capaz de embasar condenação em danos morais. O aludido ilícito causa contrariedade e mágoa próprias da constatação da inobservância do ordenamento e deve ser resolvido no campo da satisfação do direito em jogo, fato, inclusive, já verificado nos autos. Se assim não fosse, qualquer não prestação geraria direito a danos morais, o que seria de todo impertinente.

IV. Recurso provido. Sentença reformada para julgar improcedente o pleito de danos morais.

V. Sem honorários advocatícios por inexistir recorrente vencido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso interposto.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia – 27/05/2011.

Juiz Federal *Valter Leonel Coelho Seixas*, relator.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.jus.br)

Processual Civil. Recurso extraordinário. Despacho que determina o sobrestamento. Agravo regimental. Impossibilidade. Jurisprudência do STF. Recurso não conhecido.

I. Nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é incabível recurso da decisão que determina o sobrestamento de recurso extraordinário, tendo em vista que esse despacho não possui conteúdo decisório, por se tratar de mero ato procedimental. (AC 2574 AgR/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento: 22/06/2010, DJe 06/08/2010).

II. Agravo regimental não conhecido.

AGRREX 0000825-26.2008.4.01.4000/PI

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – Corte Especial

Processo Civil. Mandado de segurança. Agravo de instrumento. Conversão em agravo retido.

I. De acordo com o art. 37, § 2º, do Decreto-Lei 70, de 1966, é legítimo o deferimento de imissão na posse do imóvel adjudicado, se a execução extrajudicial ocorreu nas conformidades desse diploma legal. Observe-se que o imóvel em questão não mais pertence ao impetrante. Aqui, ressalte-se, não se trata de questão de posse e sim de domínio. A imissão é mera consequência da adjudicação.

II. Após a edição da Lei 11.187, de 2005, regra é a interposição do recurso de agravo em sua forma retida. O agravo por instrumento somente deve ser interposto quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação. O que não é o caso dos autos.

MS 0027032-29.2011.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – Corte Especial

Processual Civil. Conflito de competência. Juízo federal e juizado especial federal. Ação de desaposentação cumulada com pedido de indenização por danos morais. Conteúdo econômico da demanda no momento da propositura da ação.

I. Dispõe o Código de Processo Civil que (art. 259, inciso II), havendo cumulação de pedidos, o valor da causa será a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles; e que (art. 87) a competência é determinada no momento em que a ação é proposta.

II. Não é lícito ao magistrado, ainda que sob o legítimo propósito de se adotar medida de gerenciamento do próprio acervo, de antemão julgar o feito na parte que não lhe convém e, simultaneamente, declinar da própria competência. *O simples fato de o magistrado entender que se trata de pedido improcedente não lhe confere a prerrogativa de declarar, desde logo, a inépcia da inicial nesse ponto e, a partir disso, reconhecer sua incompetência para processar e julgar o feito, bem como determinar sua remessa ao Juizado Especial Federal (AI-001603839.2011.4.01.0000/MG, DJ de 23/08/2011).*

III. Como a soma dos pedidos perfaz valor superior a 60 (sessenta) salários-mínimos — ou seja, acima do limite estabelecido no *caput* do art. 3º da Lei 10.259/2001 —, a incompetência do Juizado Especial Federal ressaí evidente.

IV. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, ora suscitado.

CC 0027504-30.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes – 1ª Seção

Constitucional e Processual Penal. Mandado de segurança - suspensão de plano de manejo florestal. Paralisação das atividades. Continuidade das investigações. Não fixação de prazo para realização de perícia. Não inclusão na denúncia. Segurança concedida.

I. O presente *mandamus* objetiva afastar decisão judicial que determinou a suspensão de plano de manejo florestal, relacionado à exploração de madeira, ao argumento de que o não estabelecimento de prazo para a realização de perícia, afronta o princípio da duração razoável do processo, impedindo o impetrante de realizar suas atividades econômicas regulares, quanto mais por não ter sido oferecida denúncia contra o impetrante.

II. O Ministério Público Federal atribui a vários acusados a prática de crime ambiental, o qual consistiria na extração de madeira nobre de reserva indígena, transporte com documentos falsos, manufatura e comércio de produto ilícitamente explorado.

III. O MM. juiz *a quo* justificou a manutenção da medida, ao prestar as informações, em face da necessidade da realização de perícia *in loco* para o exame da regularidade do inventário florestal utilizado para a aprovação do Plano de Manejo.

IV. Tendo a medida suspensiva das atividades da fazenda de propriedade do impetrante ocorrido em 22 de novembro de 2010, e, até a presente data, não há registro da ocorrência de referida perícia, ou que haja data fixada para sua ocorrência, mesmo após o seu deferimento, não se afigura razoável essa verdadeira antecipação da punição, por eventual crime ambiental, ainda mais considerando que o impetrante sequer fora denunciado pelos fatos em apuração.

V. Segurança concedida. Prejudicado agravo regimental da decisão de indeferiu a liminar postulada.

MSCR 0012445-02.2011.4.01.0000/MT

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado) – 2ª Seção

Constitucional e Administrativo. Processual Civil. Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Exigência de licitação.

I. Consoante o posicionamento adotado pelo eg. STJ e pelo col. Supremo Tribunal Federal, “os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição Federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação” (RE 264621, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 08/04/2005).

II. Orientação assente deste Tribunal no sentido de que a autorização, concessão ou permissão para a exploração do serviço de transporte rodoviário de passageiros deve ser, sempre, precedida de licitação.

III. Embargos Infringentes a que se dá provimento. Agravo regimental da ANTT prejudicado.

EIAC 0012444-42.2001.4.01.3500/GO

Relator: Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado) – 3ª Seção

Agravo de instrumento. Antecipação dos efeitos da tutela. Benefício previdenciário. Auxílio-doença. Restabelecimento. Possibilidade.

I. Pleiteando a parte agravada o restabelecimento do auxílio-doença, em razão das mesmas patologias que a acometeram anteriormente e que justificaram a concessão do benefício pelo INSS, não se revela razoável o seu indeferimento, devendo ser suspensa a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

II. Se o direito invocado pela parte autora, além de se apresentar plausível, estava mesmo suscetível – dado o seu evidente caráter alimentar – de sofrer lesão grave e de difícil reparação, deve ser mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

III. Agravo de instrumento a que se dá provimento para, revogando a decisão de fls. 101–102, assegurar ao agravante o restabelecimento do auxílio-doença.

AG 0036656-73.2009.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – 1ª Turma

Processual Civil. Exibição de documentos. Excessiva morosidade administrativa. Necessidade de acionamento do aparelho judiciário. Condenação em honorários. Cabimento. Custas. Isenção do INSS nos feitos em curso na justiça federal.

I. Ainda que não exista negativa frontal à exibição administrativa dos documentos pretendidos pelo autor, a excessiva morosidade do INSS o impeliu a acionar a máquina judiciária, configurando, assim, indevida resistência à sua pretensão.

II. Correta, pois, a sentença que considerou o atendimento judicial do pleito como reconhecimento de sua procedência, com a consequente condenação da Autarquia ao pagamento de honorários sucumbenciais.

III. O INSS é isento do pagamento de custas nos feitos em curso na Justiça Federal. Reforma da sentença, quanto ao ponto.

IV. Apelação parcialmente provida.

Numeração única: 0004324-31.2007.4.01.3813

AC 2007.38.13.004325-6/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Processual Penal. Habeas corpus preventivo. Salvo-conduto para porte de arma de fogo. Feito extinto, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Manutenção do decism. Ato coator inexistente. Ausência de constrangimento iminente. Improriedade da via eleita. Apelação improvida.

I. Pretendem os recorrentes, guardas municipais, a obtenção de salvo-conduto para portar arma de fogo pessoal de uso permitido, no horário de serviço e fora dele, no território do município de Salvador/BA, desde que regularmente habilitado e registrado o armamento, nos termos da lei, impedindo-se, por consequência, a configuração de flagrante delito e a deflagração da *persecutio criminis*.

II. No caso dos autos, a ausência de demonstração de qualquer providência, adotada pela autoridade indigitada coatora, que justifique o receio de iminente violência ou coação, a ser perpetrada contra os apelantes, desprovida de situação concreta que a legitime, não enseja a concessão de salvo-conduto, em *habeas corpus* preventivo.

III. Por outro lado, a pretensão dos apelantes não se encontra amparada pela via estreita do *writ*, remédio previsto em lei para tutelar a liberdade de ir, vir e ficar do cidadão, a fim de assegurar-lhe, pois, o direito de locomoção, de forma a demonstrar a improriedade da medida.

IV. “1. A jurisprudência deste Tribunal se mostra firme quanto ao cabimento do *habeas corpus* somente quando haja real e concreta possibilidade de privação da liberdade. [...] 4. *Habeas corpus* não conhecido.” (STJ, HC 122144/SP, 5ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, unânime, DJe de 25/05/2009).

V. Apelação improvida.

ACR 0008785-91.2011.4.01.3300/BA

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado) – 3ª Turma

Penal. Tráfico internacional de entorpecentes. Art. 33, caput, c/c art. 40, inciso I, da Lei 11.343/2006. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ausência de vedação. Regime de cumprimento da pena. Progressividade.

I. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação expressa no § 4º do art. 33 e no *caput* do art. 44 da Lei 11.343/2006, ao fundamento de violação da garantia de individualização da pena.

II. Afastado o aludido óbice, é possível a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, cujo exame deverá ser feito pelo juiz da Execução.

III. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, como ocorre na hipótese em tela.

IV. Recurso parcialmente provido, para reconhecer a inexistência de óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Numeração única: 0014857-65.2009.4.01.3300

ACR 2009.33.00.014862-6/BA

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado) – 4ª Turma

Processo Penal. Habeas corpus. Crime de estelionato. Tentativa. Prisão em flagrante. Polícia Civil/DF. Juiz de direito. Declinação de competência. Autarquia federal. Relaxamento de prisão. Ato. Ausência. Ordem não conhecida.

I. A juntada de cópias do inquérito policial pelo próprio Impetrante, afasta a alegação de falta de acesso àqueles referidos autos.

II. Prisão em flagrante efetuada pela Polícia Civil/DF. Suposta tentativa de estelionato, mediante dispositivo denominado *chupa cabra*, em terminal eletrônico de autarquia federal. Declinação de competência em favor da Justiça Federal do Distrito Federal (CF, art. 109, inciso IV).

III. *Habeas corpus* impetrado perante o TRF 1ª Região contra atos supostamente praticados por promotor de justiça do MPDFT e pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Taguatinga/DF, que não possuem atribuição e competência para o feito.

IV. Ausência de indicação de quais atos, relativos às prisões atacadas, teriam sido praticadas pelas autoridades impetradas. Juntada aos autos apenas do parecer do MP/DFT e da decisão do juiz de direito que declarou-se incompetente para julgar e processar os *habeas corpus*.

HC 0025825-92.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Processual Civil. Ação monitória. Cartão de crédito. Ausência de contrato escrito assinado. Efetiva utilização do cartão. Existência de prova escrita sem eficácia de título executivo. Nulidade sentença.

I. O art.1.102-A do CPC dispõe que a ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

II. A Caixa Econômica Federal juntou com a inicial o contrato de adesão, no qual consta que a adesão dos portadores ao sistema se dará com o desbloqueio do cartão, ou no momento em que utiliza, ou ainda com o pagamento da fatura mensal.

III. Tem-se como certo o desbloqueio do cartão, bem como a sua utilização, conforme documentação acostada aos autos. Está plenamente comprovada a evolução do saldo devedor.

IV. Com a evolução da dinâmica social, não se pode olvidar a existência de formas complementares de vinculação à dívida, a exemplo das hipóteses do art. 371, III, do CPC. Assim, o aceite do cartão e sua utilização, devidamente comprovada, são suficientes para a propositura da ação monitoria.

V. Apelação provida. Sentença anulada.

Numeração única 0008617-40.2007.4.01.3200

AC 2007.32.00.008757-1/AM

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Constitucional e Administrativo. Transporte coletivo interestadual de passageiros. Estatuto do idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem. Direito fundamental social. Equilíbrio econômico-financeiro. Garantia própria de contrato celebrado mediante licitação. Fonte de custeio. Desnecessidade. Função social do contrato administrativo.

I. Dispõe a Constituição, no art. 5º, § 2º, que os direitos expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

II. A lei pode estender os direitos fundamentais sociais expressamente previstos na Constituição, aplicando os princípios constitucionais pertinentes, assim como fez ao estabelecer *benefício tarifário* para os idosos no transporte coletivo interestadual de passageiros.

III. O reequilíbrio econômico-financeiro é direito de categoria inferior e, por isso, não se pode antepô-lo ao direito fundamental dos idosos ao transporte coletivo gratuito ou incentivado.

IV. As limitações administrativas, dentro, do razoável, estão implícitas na função social da propriedade (*lato sensu*). Exigir compensação sempre que a lei restringe a potencial exploração econômica seria compelir o Estado a regular mediante compra, regime evidentemente impraticável.

V. Não houve limitação desproporcional, em nome da função social, do contrato administrativo de prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros (cuja finalidade é assegurar o direito fundamental de ir e vir), aos interesses econômicos em causa.

VI. Decidiu o STJ: “Registra-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a matéria em questão nos autos da Suspensão de Segurança 3.052/DF, já se manifestou, por intermédio de decisão proferida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, que “suposto prejuízo ou desequilíbrio de custos na equação da prestação dos serviços concedidos pode ser eventualmente superado, a partir da atuação da própria Administração, ou desta em conjunto com as prestadoras do serviço” (STJ, RESP 200800978446, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 10/12/2009).

VII. Apelação provida para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial.

VIII. Condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Numeração única: 0046786-47.2004.4.01.3800

AC 2004.38.00.047279-2/MG

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado) – 5ª Turma

Civil e Processual Civil. Empréstimo bancário resultante de fraude. Desconto indevido do pagamento de benefício previdenciário. Falha do serviço bancário caracterizada. Dano moral configurado.

I. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do art. 6º da lei consumerista” (RESP 662608/SP, Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 05/02/2007, p. 242).

II. Assim, inegável a responsabilidade da instituição financeira, independentemente de culpa, quanto à reparação de danos causados quando ocorre ineficiência do serviço prestado, situação claramente prevista no caso em exame.

III. Indenização que, pelas circunstâncias do caso, se reduz para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), na linha dos precedentes desta Turma.

IV. Recurso de apelação parcialmente provido.

Numeração única: 0000422-50.2008.4.01.3000

AC 2008.30.00.000422-5/AC

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 6ª Turma

Civil e Processual Civil. Ação de imissão de posse. Embargos de retenção. Realização de benfeitorias necessárias e úteis não comprovada. Alegação de posse de boa-fé. Irrelevância, na hipótese. Improcedência do pedido. Sentença confirmada.

I. Os embargos de retenção por benfeitoria, de acordo com o art. 745, inciso IV, do Código de Processo Civil, são cabíveis na execução de título para entrega de coisa certa.

II. Consoante disposto no art. 1.219 do Código Civil, o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, hipótese não configurada nos autos, em que, segundo a prova pericial produzida, as benfeitorias realizadas caracterizam-se como voluptuárias.

III. Sentença confirmada.

IV. Apelação não provida.

Numeração única: 0039294-72.2002.4.01.3800

AC 2002.38.00.039262-0/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Constitucional e Tributário. Mandado de segurança. Imunidade tributária. Art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal. Extensão à CPMF e à CSLL relativas a receitas decorrentes de exportação. Impossibilidade.

I. O Plenário do STF, em regime de repercussão geral (julgamento realizado em 12/08/2010), por maioria, negou provimento aos Recursos Extraordinários 474.132, 564.413 e 566.259, que debateram a extensão da imunidade sobre receitas decorrentes de exportação, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e/ou da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF).

II. A imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal não alcança o lucro das empresas exportadoras.

III. A CPMF não foi contemplada pela referida imunidade, porquanto a sua hipótese de incidência - movimentações financeiras - não se confunde com as receitas.

IV. Apelação da impetrante desprovida.

V. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial providas para denegar a segurança.

Numeração única: 0021997-24.2007.4.01.3300

AMS 2007.33.00.022006-0/BA

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado) – 8ª Turma

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região* tem como objetivo divulgar as decisões da Corte expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas. Além desse objetivo institucional, divulga a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, por meio da publicação de artigos especializados na seção *Artigos Doutrinários* e de entrevistas na seção *Ponto de Vista*, todos selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais de submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- As opiniões emitidas, bem como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos deverão ser encaminhados ao e-mail cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar – CEP 70070-040 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com: a) título em português (no máximo oito palavras); b) nome completo do autor, seguido de sua titularidade; e, c) endereço completo, telefone e e-mail do autor do artigo.

Normas de elaboração dos trabalhos

- O manuscrito deve ser apresentado da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto em negrito e utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- O nome completo do autor deverá estar logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão.
- As referências e notas bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 10520 e 6023.
- Os textos da seção *Artigos Doutrinários* deverão conter no mínimo três e no máximo 30 laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos manuscritos, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e fazer controle de texto do original encaminhado pelo autor, responsável pela estrutura e conteúdo do trabalho.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones 3314-1752 e 3314-1734 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.jus.br.

