

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

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Agosto/2010

Número 8 Ano 22

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Paulo Souza da Silva – Supervisor/SEREV

Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Paulo Souza da Silva

Pedro Eugênio Azevedo Lima

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Entrevista

Pedro Eugênio Azevedo Lima

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Luciana Fernandes Menezes

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Confecção de fotolitos

Ryobi Gráfica e Editora Ltda.

Colaboração

Divisão de Jurisprudência (pesquisa)

Coordenadoria de Taquigrafia (degravação/entrevista)

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-Geral:

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 *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor-Geral:

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 *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

1ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargadora Federal *Neuza Alves*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

2ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

3ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

4ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

1ª Turma

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – Presidente
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

2ª Turma

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

3ª Turma

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

4ª Turma

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

5ª Turma

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

6ª Turma

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

7ª Turma

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

8ª Turma

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – Presidente
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Oindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Vice-Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Corregedor-Geral
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

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

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* – Suplente

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

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Membro
Desembargador Federal *Souza Prudente* – Membro
Professor *Tarcísio Vieira de Carvalho Neto* – Membro (UnB)
Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* – Membro (OAB)

Comissão de Regimento — art. 83, RITRF1

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico — art. 84, RITRF1

Desembargador Federal *Carlos Eduardo Moreira Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

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

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Revista do Tribunal

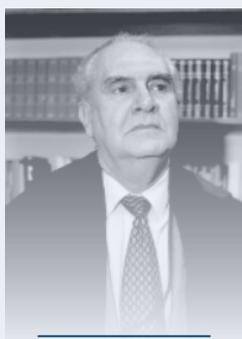
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – 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
Luciano Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009



Desembargador Federal
Carlos Moreira Alves
a partir de setembro/2009

| | |
|---|-----------|
| Editorial | 15 |
| Juramento | 17 |
| Epígrafe | 19 |
| Ponto de Vista | 21 |
| Os maiores desafios do Estado na reforma do Código de Processo Civil Jorge Amaury Maia Nunes | |
| Artigos Doutrinários | 27 |
| Processo Civil contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva, 27 Danilo Nascimento Cruz e Karine Rodrigues Piauilino Cruz | |
| Liquidação, execução e cumprimento da tutela coletiva referente aos direitos individuais homogêneos: uma análise a partir do direito posto e do direito projetado, 39 Roberto Luis Luchi Demo | |
| Tópicos Jurídicos | 55 |
| A lei penal, o projeto do novo CPP e a realidade brasileira, 55 Tourinho Filho | |
| Os benefícios previdenciários anteriores à Medida Provisória 1.523-9/1997 e o prazo decadencial para a revisão do ato administrativo de concessão, 62 Gabriel Brum Teixeira | |
| Inovações Legislativas | 69 |
| Lei 12.195, de 14 de janeiro de 2010, 69 Altera o art. 990 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal conferido ao cônjuge supérstite, quanto à nomeação do inventariante. | |
| Lei 12.258, de 15 de junho de 2010, 70 Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. | |
| Lei 12.291, de 20 de julho de 2010, 72 Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. | |

Corte Especial – Concurso público. Critérios para arredondamento de vaga. Limites legais. Ordem de nomeação de candidato portador de deficiência, 73

Numeração única: 0000161-06.2004.4.01.0000

Mandado de Segurança 2004.01.00.000032-8/DF

Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus

Primeira Seção – Conflito negativo de competência entre juízes de Juizado Especial Federal Cível pertencentes à mesma seção judiciária. Competência declinada para a turma recursal do Juizado Especial Federal correspondente, 78

Numeração única: 0057229-35.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.059549-7/BA

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Segunda Seção – Competência. Ação de improbidade. Atos de improbidade praticados em Mato Grosso. Emendas parlamentares apresentadas na Câmara de Deputados do Distrito Federal, 79

Conflito de Competência 0015026-24.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Tourinho Neto

Terceira Seção – Civil. Conflito de competência. Inexistência, 81

Numeração única: 0045022-04.2009.4.01.0000

Conflito de competência 2009.01.00.046772-1/DF

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)

Quarta Seção – Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Devedor domiciliado em comarca que não é sede de vara federal. Competência. Competência delegada. Art. 109, § 3º, da CF. Art. 15, I, da Lei 5.010/1966. Instalação de vara federal em sede de comarca diversa daquela do foro do domicílio do executado. Competência do juízo suscitado. Agravo regimental improvido, 84

Agravo Regimental no Conflito de Competência 2009.01.00.034673-2/MT

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Primeira Turma – Pensão por morte de servidor público. Filha maior casada. Invalidez superveniente. Separação de fato não demonstrada. Dependência econômica não comprovada, 87

Numeração única: 0006434-43.2001.4.01.3900

Apelação Cível 2001.39.00.006451-4/PA

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado)

Segunda Turma – Gratificação Especial de Localidade. Pagamento a membros do Ministério Público. Possibilidade. Precedentes. Base de cálculo. Valor do vencimento do cargo. Transformação em VPNI. Observância do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.527/1997. Correção monetária. Juros de mora, 90

Numeração única: 0025160-18.1998.4.01.3400

Apelação Cível 1998.34.00.025199-7/DF

Relatora: Juíza Federal Solange Salgado (convocada)

Terceira Turma – Restituição de coisa apreendida. Caminhão e toras de madeira. Propriedade do caminhão comprovada. Inexistência de justa causa para a manutenção da apreensão. Nomeação de fiel depositário do bem, 93

Numeração única: 0007130-77.2009.4.01.4101

Apelação Criminal 2009.41.01.004215-4/RO

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo

Quarta Turma – Operação Ouro Verde. Falsificação de documentos públicos federais. Autorização de transporte de produtos florestais – ATPF's. Art. 297 do Código Penal. Transporte ilegal de cargas de madeira com utilização de ATPF's falsas. Arts. 46, parágrafo único, e 69, ambos da Lei 9.605/1998. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Dosimetria das penas corretamente fixadas na sentença. Prescrição do crime ambiental. Reconhecimento, **96**

Numeração única: 0000385-10.2006.4.01.3900

Apelação Criminal 2006.39.00.000385-2/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Quinta Turma – Cancelamento de registro de medicamento. Produtos com nomes similares e princípios ativos analgésicos diferentes. Possibilidade de risco ao consumidor. Prazo insuficiente concedido pela Anvisa para alteração do nome do medicamento que entrou por último no mercado, **104**

Agravo de Instrumento 10748-77.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

Sexta Turma – Cade. Processo administrativo. Imposição de multas e publicação em jornais do extrato da decisão. Lei 8.884/1994. Paralelismo de conduta. Cartel. Acordo de preços. Enganosidade, **106**

Numeração única: 0000087-73.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.000088-4/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Sétima Turma – Tributário. Execução fiscal. IPTU. Embargos da CEF. Ilegitimidade da executada. Não proprietária do imóvel. Locatária, **121**

Numeração única: 0033305-04.2000.4.01.3300

Apelação Cível 2000.33.00.033308-4/BA

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Oitava Turma – Embargos à execução fiscal. Penhora insuficiente. Ausência de reforço. Extinção sem resolução do mérito. Descabimento, **123**

Apelação Cível 2006.01.99.044029-0/GO

Relator p/ o acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente

Decisões Monocráticas

127

Suspensão da exigibilidade das contribuições previstas nos arts. 25 da Lei 8.212, de 24/07/1991, e 25 da Lei 8.870, de 15/04/1994, incidentes sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de associados à Aprosoja/MT, **127**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0029131-06.2010.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Suspensão dos efeitos de liminar. Município de Macapá. Nomeação para os cargos de chefia das procuradorias especializadas e para as assessorias jurídicas setoriais dos advogados municipais de seu quadro efetivo, exonerando-se, em consequência, os advogados que não pertencem ao quadro efetivo de procuradores e advogados municipais, **129**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0040290-43.2010.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Juizados Especiais Federais. Constitucional. Competência. Art. 109. Constituição Federal. Competência da Justiça Federal. Recurso provido, 133

Numeração única: 46564-06.2009.4.01.3800

Recurso 2009.38.00.715865-2/MG

Relatora: Juíza Federal Sônia Diniz Viana

Administrativo. Civil. Vale do Javari. Funai. União Federal. Danos morais e materiais. Competência dos Juizados Especiais Federais. Legitimidade *ad causam* da União. Abalo psicológico. Prejuízos materiais. Indenização cabível. Prescrição. Ausência, 134

Numeração única: 805-39.2010.4.01.3200

Recurso: 2010.32.00.700094-6/AM

Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza

Civil. Plano de saúde. Hospital das Clínicas. Ausência de comunicação acerca da invalidade do título. Prescrição. Inocorrência. Ressarcimento de valores pagos à UFG. Notas promissórias. Taxa Selic. Recurso provido, 135

Numeração única: 0035286-69.2008.4.01.3500

Recurso Inominado 2008.35.00.902473-5/GO

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araújo

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.jus.br).

Conflito negativo de competência. Adequação das cobranças dos serviços de telefonia fixa à lei e ao contrato de concessão. Competência da Terceira Seção. Regimento Interno, art. 8º, 3º, inciso III.

Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Inocorrência. Anulação de ato de demissão. Denúncia anônima. Possibilidade. Demissão ancorada no procedimento administrativo disciplinar.

Conflito negativo de competência. Caixa Econômica Federal. Saque fraudulento em conta corrente, por meio da internet. Configuração de furto qualificado mediante fraude. Consumação no local onde se localiza a agência da conta lesada.

Sentença confirmada, por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento.

IPI. Creditamento. Princípio da não cumulatividade. Matéria-prima e insumo isentos ou sujeitos à alíquota zero. Produto final onerável. Operações realizadas com empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade. Pedido rescisório improcedente.

Servidor público estatutário ex-celetista. Reconhecimento de tempo de serviço especial. Médico. Preliminar de carência de ação rejeitada. Preliminar de ilegitimidade da União rejeitada.

Servidor público. Incorporação de *quintos* ou *décimos*. Exoneração do cargo, a pedido do servidor. Quebra do vínculo funcional. Reincorporação da parcela no retorno posterior ao serviço público, em outro cargo de provimento efetivo, quando já se achavam revogadas as normas legais de que decorria o direito à incorporação.

Crime de dano qualificado. Prejuízo patrimonial de pequena monta. Possibilidade de ressarcimento do dano, na esfera cível, e de eventual responsabilização administrativa do réu, condutor da motocicleta oficial. Caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. Princípio da insignificância. Aplicabilidade.

Falsificação e uso do documento falso pelo próprio falsificador. *Post factum* impunível. Estabelecimento particular de ensino superior. Interesse da União. Não ocorrência. Incompetência da Justiça Federal. Apelação prejudicada.

Busca e apreensão de menores. Pai italiano e mãe brasileira. Crianças retidas pela mãe, no Brasil. Repatriação. Processo extinto, sem exame do mérito. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Legitimidade ativa do genitor.

Constitucional. Usucapião constitucional urbano. Requisitos preenchidos. BR 354. Faixa de domínio da União. Exclusão da área litigiosa da posse do autor.

Ordem dos Músicos do Brasil. Registro de músicos profissionais, independentemente do nível de escolaridade. Pagamento de anuidades. Exigência legal.

Autarquia. IPTU. Imunidade tributária recíproca. Art. 150, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Repositórios oficiais de jurisprudência**143**

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista**145**

A reforma do Código de Processo Civil tem sido um dos temas mais discutidos no âmbito da moderna doutrina processualística brasileira e em razão disso foi escolhida como assunto da nossa entrevista do mês de agosto.

Os novos tempos exigem um processo civil mais ágil e dentre as novidades trazidas pelo novo projeto consta um incidente de coletivização de litígios de massa, previsto para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência, analisado por nosso entrevistado na seção Ponto de Vista. Nesta seção, são examinadas também outras modificações significativas constantes do projeto de reforma do CPC, como as relativas ao sistema recursal, de onde se pretende suprimir os embargos infringentes e o agravo retido.

O Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes, nosso entrevistado, faz um exame dessas inovações, ressaltando que não é possível imaginar que um novo CPC possa tornar o processo mais ágil sem a imposição de outros implementos de responsabilidade do Estado, como a criação de uma estrutura mais adequada para o funcionamento da máquina judiciária.

Na seção Artigos Doutrinários, a Revista traz uma abordagem dos principais aspectos da liquidação, cumprimento e execução da tutela coletiva referente aos direitos individuais homogêneos. O processo civil contemporâneo e seus aspectos conceituais também são tratados nessa seção.

A edição deste mês traz, também, um estudo sobre os benefícios previdenciários anteriores à Medida Provisória 1.523-9/1997 e sobre a decadência do direito de revisão do ato de concessão do benefício previdenciário surgido anteriormente à sua vigência, os quais são objeto de análise na seção Tópicos Jurídicos, que ainda oferece ao leitor um artigo com esclarecimentos sobre a reforma do Código de Processo Penal.

Confira, ainda, nesta edição, os julgados mais recentes que compõem o repertório da jurisprudência desta Corte Federal.

Boa leitura.

"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".



*"Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla
speranza di un serio progresso."
Chiovenda*

La riforma del procedimento civile, Roma, 1911, p. 4.

Os maiores desafios do Estado na reforma do Código de Processo Civil

Jorge Amaury Maia Nunes*



A Justiça pode ser célere, sem vulnerar a segurança jurídica e a qualidade da prestação jurisdicional. Todavia, qualquer que seja a versão do novo Código de Processo Civil, a garantia da duração razoável do processo vai continuar à espera de outros implementos de responsabilidade do Estado.

Revista: O projeto do novo Código de Processo Civil foi elaborado com o objetivo de simplificar o processo e tornar a Justiça mais ágil. Quais as diferenças entre esse projeto e as modificações anteriores?

Jorge Amaury Maia Nunes: Eu queria fazer primeiro uma observação: o Código de Processo Civil anterior, de 1973, vinha sendo reiteradamente modificado por leis esparsas, mais precisamente um conjunto de leis que começou a ser editado mais ou menos no ano de 1992, numa espécie de surtos legislativos, visando ajustar o Código de 1973 à realidade da sociedade atual, uma sociedade plural, cheia de problemas de classes, cheia de problemas de massa. Tudo isso fez com que o Código de 1973 ficasse superado rapidamente. Esse conjunto de leis esparsas no tempo veio tentar reorganizar o Código. Conclusão: não conseguiu reorganizar e tirou do Código a ideia de sistema. Justamente porque essa colcha de retalhos não conseguia mais retratar o sistema – e cada vez que se mexia numa coisa prejudicava-se outra –, foi necessário rever a estrutura

processual civil brasileira. O resultado foi a criação dessa comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil. O que há de diferente na estrutura do Código? Primeiramente, essa ideia que nasce agora – e que pretende ser o novo Código de Processo Civil – traz uma parte geral que o Código anterior não possuía, de conteúdo principiológico, retratando certos princípios que estão encartados na Constituição, e traz para a legislação infraconstitucional a fim de que o juiz saiba: *eu tenho de utilizar isso*. É claro que todo juiz tem obrigação de olhar a Constituição, tem de saber o que está na Constituição, mas aquilo é uma carta de recomendação ao juiz: utilize esse princípio, esse princípio é ajustável ao Código de Processo Civil e às relações que são dirimidas por meio do Processo Civil. Esse é o primeiro aspecto, aspecto principiológico, que está muito mais bem sedimentado no anteprojeto.

De outra sorte, no Código atual há um Livro III, relativo ao processo cautelar, que desaparece no anteprojeto. A ser aprovado tal como se encontra, não se tem mais um livro relativo ao processo cautelar. Tem-se uma parte geral, depois o processo de conhecimento, depois o processo de execução e, depois, processo nos tribunais. Essa parte final não me parece que case com as duas outras partes anteriores (não são espécies do mesmo gênero; mas foi uma escolha que o anteprojeto

*Professor da Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Autor do livro *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010 (série IDP).

fez e que teremos que respeitar. Vê-se, entretanto, alguma ideia de sistema e, nos conteúdos dos fragmentos legislativos, percebe-se, a todo instante, essa preocupação com a efetividade do processo, com a entrega rápida da prestação jurisdicional. Registro que não gosto da expressão *tutela de urgência* e *tutela da evidência*, deveria ser *tutela de urgência* e *tutela de evidência*, mas esta é uma questão vernacular que pode ser corrigida a qualquer instante.

Revista: O senhor acredita que o comprometimento da sistematicidade do atual Código acabou abrindo espaço para a criação de outro?

Jorge Amaury Maia Nunes: Sim, como já de certo modo antecipei, penso que a sistematicidade ficou prejudicada e dou alguns exemplos. O primeiro deles e, talvez, o mais sensível: o Código de Processo Civil, na versão original, tinha criado um instituto, como se fosse uma correspondência biunívoca em matemática – para cada tipo de decisão, cabia um recurso próprio e adequado. Com as alterações que foram sendo realizadas no Código e, sobretudo, com a modificação que se deu no conceito de sentença muito recentemente, não sabíamos mais o que poderia suscitar a nova redação de sentença, em que momento verdadeiramente desafiaria um recurso de apelação ou em que momento ela seria uma falsa sentença a desafiar o recurso de agravo de instrumento, máxime porque, em algumas circunstâncias, víamos sentenças que não tinham o condão de pôr termo ao processo; então, o processo teria que continuar tramitando no 1º grau de jurisdição; mas eram sentenças. Ora, não existe no Brasil a apelação por instrumento, o que dificulta sobremaneira para o operador do Direito o entendimento dessa nova modalidade. Em conclusão, sim, as alterações, sobretudo quando a sentença deixou de pôr termo ao processo, comprometeram seriamente a sistematicidade do Código de Processo Civil brasileiro.

Revista: Levando-se em conta que um novo Código pressupõe uma alteração de estrutura sistemática, com essa reforma, haverá, de fato, um novo Código?

Jorge Amaury Maia Nunes: Sim, acredito que haverá um novo Código que traz algumas coisas muito interessantes. O julgamento coletivo, por exemplo, que seria mais ou menos assim: tem-se uma ou algumas ações processuais inicialmente com um autor ou poucos autores e que podem gerar uma espécie de precedente sobre a coletividade, de tal sorte que toda a coletividade

comece a ingressar com ações semelhantes, com ações iguais. É possível, no âmbito do tribunal, promover uma espécie de incidente de coletivização de maneira que aquela ação que começou individual sirva de mote para o julgamento de todas as demandas que sejam de igual natureza. Tenho sugerido na UnB uma cadeira chamada *Teoria Geral do Processo Coletivo*, justamente por perceber que a sociedade mudou, que os problemas da sociedade mudaram. Então, é preciso, também, que tenhamos um instrumento que acompanhe essa mudança – por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor –, em que seja possível uma tutela coletiva de direitos individuais e uma tutela de direitos coletivos. Todas as duas coisas precisam ter o amparo de uma legislação sistemática. Nesse sentido, a alteração que se pretende fazer torna possível o Código de Processo Civil se ajustar à sociedade existente, que temos chamado de pós-moderna.

Revista: Existe alguma queixa recorrente que não foi contemplada no novo projeto?

Jorge Amaury Maia Nunes: Eu não lembraria se há uma queixa que não tenha sido contemplada; o que tenho, em certo sentido, é uma preocupação com algumas soluções que foram alvitradas nesse anteprojeto, por exemplo: o sistema recursal brasileiro, pelo anteprojeto, será enxugado, e eu concordo que deva ser assim. Entretanto, com todos os meus colegas de academia, da vida forense e da vida prática que eu converso, a resposta sempre vem assim: *se não couber recurso para a situação x ou y, vou ingressar com um mandado de segurança*. Quer dizer, o mandado de segurança vai ser a panaceia para todas as sofrências, para todos os males do sistema recursal. Isso é uma lástima, porque, a prevalecer a tese, nunca conseguiremos ter um sistema recursal expedito, rápido e que só atenda àquelas demandas que sejam realmente necessárias. Mas vejo, com alegria, que pelo menos alguma coisa está sendo feita no sentido de tentar diminuir o número de recursos e de criar um ônus para aquele que recorre indevidamente, até mesmo imputando-se sanções de natureza pecuniária, condenação em verba honorária superior, quando se recorre de forma indevida. Algumas coisas estão sendo feitas, mas o sonho de minha vida era o de que mandado de segurança não servisse para hostilizar ato judicial, ato jurisdicional.

Revista: Quais outros implementos de responsabilidade do Estado seriam necessários para impedir a morosidade processual?

Jorge Amaury Maia Nunes: Bem, eu sugiro que a administração da Justiça seja realizada por profissionais da área da administração. E eu explico: juízes são preparados para julgar; não são preparados para gerir pessoas, não são preparados para gerir recursos humanos, nem recursos materiais. É preciso que haja um profissional na seara do Poder Judiciário que seja destacado especificamente para realizar esse tipo de gestão, para colocar as pessoas certas nos lugares certos, para otimizar o tempo de todo o aparelho judiciário, e, então, os processos não dormirão nas prateleiras dos tribunais. Ao lado disso, é necessário que se faça um esforço realmente verdadeiro para que o processo virtual ganhe impulso e comece a ser efetivamente implementado, tanto aqui como em todas as unidades da Federação. Às vezes, o jurisdicionado precisa da imediata proteção liminar e um funcionário administrativo é que decide isso, quer dizer, a pessoa errada no lugar errado; porque só quem poderia decidir isso seria um juiz distribuidor, um desembargador distribuidor de agravo de instrumento. Ele é que teria que fazer uma leitura primeira e rápida e dizer: *isso merece subir imediatamente*. Mas o que não pode acontecer é uma técnica de digitalização, que visa a dar maior rapidez, maior agilidade ao processo, servir como um entrave à resposta jurisdicional. Em outras palavras, é como se nós estivéssemos dando um tiro no próprio pé: melhoramos para piorar. Isso não pode acontecer.

Revista: Quando se fala em Justiça célere, surge a preocupação de se instalar uma Justiça instantânea, sem ponderação, serenidade ou equilíbrio. Como harmonizar celeridade com os princípios da segurança, do devido processo legal e da ampla defesa?

Jorge Amaury Maia Nunes: Veja, a Justiça pode ser célere, sem, entretanto, vulnerar esses princípios relativos à segurança jurídica, à qualidade da prestação jurisdicional. Não é difícil encontrarmos no direito comparado justiça imediatas em que as pessoas comparecem à presença do juiz – nos acidentes de trânsito, por exemplo –, imediatamente, independentemente de petição; o magistrado ouve as partes e delibera. Não se quer justiça a todo transe, momentânea, não é isso; mas é uma justiça que impeça, entre outras coisas, o que nós chamamos de tempo morto do processo, em que o processo passa dormitando em prateleiras, é o tempo que medeia entre a determinação do juiz da publicação de um ato e a efetiva publicação para o começo da contagem de determinado prazo processual. Quer

dizer, nós queremos, e temos obrigação de continuar querendo, uma Justiça em que o processo privilegie o contraditório, a ampla defesa, todos os institutos e todos os princípios de natureza constitucional e, ainda assim, seja capaz de eliminar o tempo morto do processo para que haja o respeito à cláusula do Pacto de San Jose da Costa Rica, que depois virou norma constitucional no sentido de entregar uma resposta processual em um tempo minimamente razoável. É disso que cogito.

Revista: Ao que tudo indica, uma das figuras de maior destaque do novo Código será o incidente de coletivização de litígios de massa, previsto para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência.

Jorge Amaury Maia Nunes: Eu já antecipei, sou fã desse instituto, acredito que o jurisdicionado tem o direito de ter uma expectativa controlável em relação àquilo que o Judiciário vai responder a ele. Então, se uma única decisão for capaz de dirimir o maior número de conflitos possível, todos os jurisdicionados saberão que, se forem ao Judiciário, a resposta quanto àquele específico caso será aquela que foi subministrada em determinado incidente de coletivização. O que não pode continuar acontecendo é essa jurisprudência lotérica, em que, se o processo for distribuído para a 6ª Vara, o resultado é um, mas, se for para a 7ª Vara, que é vizinha da 6ª, o resultado é outro completamente diferente. Esse tipo de coisa é que gera a insegurança jurídica, gera a descrença do jurisdicionado no Poder Judiciário.

Revista: Com o novo Código, a eventual relativização da coisa julgada deve seguir as mesmas hipóteses atualmente previstas. Essa questão não demandaria maiores esclarecimentos?

Jorge Amaury Maia Nunes: Sim, demandaria. Costumo dizer que a relativização da coisa julgada é um engodo teórico-doutrinário que lamentavelmente foi comprado pela jurisprudência brasileira. A partir do entendimento de que o art. 485 do Código de Processo Civil provê o jurisdicionado de hipóteses, de possibilidades nas quais a coisa julgada pode ser rescindida, percebe-se que ela não é um valor absoluto. Agora, é preciso ter em mente que quem deve ter o poder de dizer em que hipóteses a coisa julgada pode ser relativizada é a legislação, não é o julgador. A ser assim, a caber sempre na ideia do julgador que a coisa julgada pode ser relativizada, sempre haverá uma nova possibilidade de relativizar a coisa julgada e, depois que ela foi relativizada a primeira vez, poderá sê-lo a segunda, a terceira, a quarta, e a quinta, e nenhum processo jamais terá a possibilidade

de fazer coisa julgada material, porque sempre haverá, a qualquer tempo, a possibilidade de alguém revolver defuntos insepultos há anos, anos e anos.

Revista: Quem garante que as decisões subsequentes serão melhores que as anteriores?

Jorge Amaury Maia Nunes: Quem garante? Não há essa possibilidade. Então, acredito que a coisa julgada pode ser relativizada desde que haja a previsão legislativa específica para a hipótese. E eu lembro que, na seara do processo penal, existe, por força de previsão legal, a revisão criminal, que é uma espécie de ação rescisória que não possui prazo decadencial, não é verdade? Então, se houver uma previsão desse tipo no Código de Processo Civil, muito bem, mas deixar isso ao alvedrio do julgador para o caso concreto me parece muito pouco salutar.

Revista: Em homenagem à segurança jurídica, o projeto prevê que o prazo decadencial para a ação rescisória seja reduzido para um ano. Considera acertada essa modificação?

Jorge Amaury Maia Nunes: O prazo para ação rescisória já foi de cinco anos, já foi de dois e agora está sendo reduzido para um. Não precisamos de um prazo extremamente longo para perceber que houve um equívoco brutal, uma lesão à literalidade da lei, uma ofensa à coisa julgada. Quanto mais cedo se cristalizar o entendimento do Judiciário a respeito de determinado assunto, melhor para a sociedade, que poderá seguir seu caminho com a certeza de que aquilo não será mais revolido. Então, sempre digo que a coisa julgada é uma necessidade de paz social; quanto antes se esgotarem todas as medidas possíveis contra ela tanto melhor.

Revista: Com essa reforma, serão extintos os embargos infringentes e o agravo retido. Até que ponto essas supressões poderiam comprometer o princípio da ampla defesa?

Jorge Amaury Maia Nunes: Segundo penso, a ponto nenhum. Explico: os embargos infringentes são um recurso de origem portuguesa que rigorosamente só prevalecem no Brasil; eles não somam nada, e já foram várias as tentativas de acabar com esse recurso. Não importa se foi dois a um, se reformou ou não reformou, o que importa é que a deliberação da maioria do órgão colegiado há de prevalecer. Se a pessoa que atua num dos polos da relação processual não está conformada com a deliberação do órgão por dois a um, que recorra, se for o caso, à instância de superposição, mas criar mais um recurso não gera nenhum benefício para ninguém;

só tem uma virtude: diferir a entrega da prestação jurisdicional para dois, três, quatro anos depois. Não vejo, portanto, com relação aos embargos infringentes, nenhum ganho. Com relação ao agravo retido, digo a mesma coisa, basta que se preveja que a decisão interlocutória, decisão bem clara, proferida no curso da relação processual, não gere preclusão. Neste caso, não há óbice nenhum que todos os recursos sejam aviados em um único momento, todas as inconformações sejam objeto de um único recurso, melhor dizendo, recurso de apelação, quando for entregue à prestação jurisdicional. Não vejo nenhum problema com relação a isso.

Revista: Por que as reformas já ocorridas no sistema recursal não foram suficientes?

Jorge Amaury Maia Nunes: Bem, a primeira hipótese – e vou trabalhar por hipótese – é que essas soluções alvitradas nas reformas que estão contidas na pergunta o foram por sugestões das mais diversas origens, com os mais diversos interesses, diga-se de passagem. E depois, nós sabemos, às vezes, é muito mais complicado, muito mais difícil você mexer em uma casa velha do que fazer uma casa nova. O que me parece que aconteceu foi isso. O Código de Processo Civil tinha uma ideia, uma estrutura que decorria do pensamento do Min. Alfredo Buzaid; melhor dizendo, decorria do pensamento de Liebman a respeito das modalidades possíveis de tutela jurisdicional, e aquele desenho, que era um desenho de gabinete, não sugeria possibilidades de alteração; haveria a necessidade de derrubar o edifício novo e limpar o terreno para construir um outro edifício no lugar. As reformas, realmente, não encontravam espaço fértil para florescer.

Revista: O novo Código uniformiza os prazos para as manifestações da Fazenda Pública, fixando-os em dobro para todas as hipóteses. Essa modificação assegura o equilíbrio entre os litigantes?

Jorge Amaury Maia Nunes: Essa questão é controvertida. Recordo-me que, desde que veio a lume a Constituição de 1988, houve várias manifestações da doutrina sobre os prazos alargados a que tem direito a Fazenda Pública, e um dos ataques foi justamente ao prazo em quádruplo para a contestação que está encartado no art. 188 do atual Código de Processo Civil. Se passar o anteprojeto, não teremos o prazo em quádruplo, mas continuará havendo um prazo privilegiado – vou colocar assim, num primeiro momento –, favorecido para a Fazenda Pública.

Devo dizer que sou francamente favorável aos prazos mais elásticos para a Fazenda Pública. Sou advogado privado, mas entendo a necessidade de que haja prazos favorecidos, especiais, porque a Fazenda Pública é advogada de um cliente que tem muitas causas: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios. Eles são, vamos colocar assim, clientes preferenciais do Poder Judiciário a todo instante. Se a Fazenda Pública tivesse apenas os prazos simples que são atribuídos a um cidadão, que tem uma, duas, três causas no foro, isso seria desigualar as partes. Então, é preciso, sim, que a Fazenda Pública, que defende um cliente complicado, tenha prazo diferenciado, até porque, quando a Fazenda Pública perde, quem perde somos todos nós, que pagaremos as custas do processo, as verbas sucumbenciais etc. Tudo isso vai ser pago com as nossas contribuições, via aumento da alíquota do Imposto de Renda etc. Então, é preciso que a Fazenda Pública seja bem defendida, até para que possamos economizar os nossos recursos.

Revista: As universidades tiveram participação nos trabalhos que deram ensejo ao projeto do novo CPC?

Jorge Amaury Maia Nunes: Lamentavelmente, não. A Universidade de Brasília, por exemplo, tentou, por diversas vezes, contato com a comissão. No momento

das audiências públicas, ninguém da sociedade civil, absolutamente ninguém, tinha conhecimento do que estava sendo escrito pela Comissão. É possível que, agora, já divulgado o anteprojeto, as pessoas comecem a debater com mais intensidade isso e possam prestar o seu contributo. Nós mesmos, na Universidade de Brasília, temos um grupo de pesquisa cuja atividade neste momento é exclusivamente estudar o anteprojeto vis-à-vis o Código de Processo Civil que está em vigor para tentar oferecer sugestões ao Senado, às vezes, sugestões de natureza redacional. Em alguns momentos, ao qual tece elogios ainda há pouco, em alguns momentos, repito, o anteprojeto claudica até no uso da Língua Portuguesa. É preciso que haja uma depuração adequada para que ele seja um instrumento hábil a realmente ensinar a prestação jurisdicional efetiva e de qualidade.

Revista: As audiências públicas promovidas pelo Senado foram suficientes para colher as sugestões mais urgentes?

Jorge Amaury Maia Nunes: Não, não me parece que tenham sido suficientes, e acho mesmo que neste momento é que a sociedade civil vai se armar para municiar tanto o presidente da comissão, que examina, quanto o relator, das sugestões necessárias a que esse seja o instrumento tão esperado por nós todos.

Processo Civil contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva.

Danilo Nascimento Cruz*

Karine Rodrigues Piauilino Cruz**

Sumário

O Processo Civil constitucionalizado – uma introdução necessária; 2. O Direito de ação no Estado constitucional; 3. Princípios da adequação e da adaptabilidade do procedimento – por uma conformação procedimental; 4. Jurisdição e processo no Estado constitucional; 5. Alterações trazidas pela Lei 11.187/2005 conferindo nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento – uma reforma em busca de efetividade; Conclusão.

O Processo Civil constitucionalizado – uma introdução necessária

O traço característico da constitucionalização do Direito¹ consubstancia-se pela irradiação do conteúdo substancial e valorativo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido das normas infraconstitucionais.

Alguns juristas já procuraram até mesmo elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito, dentre tais condições se incluem uma Constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da Constituição; a *sobreinterpretação* da Constituição (sua interpretação

extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação das leis conforme a Constituição; a influência da Constituição sobre as relações políticas.²

Não obstante a importância de tal catalogação, o cerne de real importância para a compreensão do processo de constitucionalização do Direito é o papel de implementação de uma ordem objetiva de valores.

Assim, não se permita confundir a presença de normas infraconstitucionais na Constituição com a real ideia de constitucionalização, qual seja, a Constituição passa ser um filtro no qual deve passar todo o sistema jurídico, consagrando os valores nela insculpidos.

E como todo o ordenamento jurídico pátrio, o processo civil brasileiro também passou e ainda passa por um processo de constitucionalização.^{3 4}

Não se vive mais a onipotência legalista positivista, tradição em nosso ordenamento jurídico como um todo, bem como assente no Direito Processual Civil

* Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI; Especialista em Direito do Estado (Constitucional, Tributário e Processo) pela Universidade Católica de Brasília – UCB (*Subárea de concentração – Direito Constitucional Processual*); Membro Associado da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí – TRE/PI; Foi coordenador (2006) e professor (2006, 2007, 2008) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI/Campus Dom José Vasquez Diaz; *home page*: www.piauijuridico.blogspot.com; *e-mail*: dnc_pi@hotmail.com.

** Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA/CE; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE; Advogada – OAB/PI 3356; Foi professora da Universidade Estadual do Piauí – UESPI e da Academia de Polícia Civil do Estado do Piauí – ACADEPOL/PI; Exerceu a função de juíza leiga do JECRIM/TJPI – “*Tabelião Orlando Ferreira Piauilino*”

¹ Conferir dentre outros: CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do Direito*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região / RJ 2010 – v. 13, n. 1, pp. 205/224, mai. 2010.

² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 70, jul/dez. 2006.

³ Os reflexos do movimento de constitucionalização do Direito Processual Civil podem ser vistos no anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado na data de 8 de junho de 2010 ao presidente do Senado, José Sarney, pelo presidente da comissão de juristas, Min. Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Seguem alguns destaques constante na exposição de motivos: “*Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. (...) A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. (...) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. (...) Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material (...)*”.

⁴ Eduardo Cambi denomina tal movimento de constitucionalização do Direito processual de *Neoprocessualismo*.

pátrio (art. 126 do CPC). Uma nova reinterpretação sob a ótica constitucional sobre o sistema de ritos cível brasileiro permite observar quão comprometido está o processo civil pátrio com o Estado Democrático, com a tutela jurisdicional e com um Poder Judiciário eficiente, sendo este último deveras importante na criação judicial do Direito⁵.

A mudança de paradigma ocorrida na seara do Estado Constitucional, com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico como filtro axiológico, promoveu o reposicionamento, com certo destaque, de alguns princípios na estrutura constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo, representa uma repersonalização imposta a partir da Constituição de 1988 que deve levar em consideração a sua prevalência em relação às relações jurídicas patrimoniais.

Ora, se temos o homem como ator principal no centro desse filtro axiológico que é a Constituição Federal, é fatídico que todas as relações materiais que o tenha como sujeito devam ser de alguma forma asseguradas, e assim serão, efetivamente, pelo Direito processual.

Ocorre que o Direito material mudou, a Constituição Federal de 1988 erigiu outra orientação. A chamada Constituição Cidadã elevou, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). Trouxe para o início do texto constitucional o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, originalmente relegado ao seu final. Essa nova ordenação topológica não é ausente de significação. O capítulo foi fortemente influenciado pelos ideais propostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e tem se denunciado, à evidência na doutrina, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial, ali afirmados. É a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação desses direitos. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta

indicar um rol de direitos fundamentais é preciso efetivá-los.⁶

O Direito processual, em especial o Direito Processual Civil, mantém intrínseca relação com o Direito Constitucional. Afinal, por se tratar de um ramo do Direito Público, necessariamente, muitos de seus institutos e princípios são tratados nas linhas basilares da Constituição Federal.

Tal condensação sistêmica processual na Carta Constitucional promoveu na doutrina nacional um questionamento mais didático que efetivamente científico no âmbito do Direito Processual sobre se o paralelo existente daria ensejo a um Direito Processual Constitucional ou a um Direito Constitucional Processual?

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas de uma opção metodológica, onde o Direito Processual Constitucional abrange tanto os princípios fundamentais do processo como a chamada jurisdição constitucional numa chamada tutela constitucional do processo.⁷

Nelson Nery Junior prega a seguinte classificação:

Existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.^{8,9}

⁵“O juiz, esse ‘ente inanimado’, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional. Essa participação do juiz na renovação do Direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imóvel.” In CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956, p. 24.b.

⁶ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no Processo Civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Porto Alegre, 2005, fls. 251/252. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.

⁷GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 85.

⁸NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 19.

⁹“Esta distinção [Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual] é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos pelas seguintes razões: por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’. Por outro lado, no Brasil, apesar de algumas vozes discordantes, o controle de jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência

Hermes Zaneti Junior coerentemente leciona:

Esta distinção se mostra meramente metafórica; portanto, mesmo que acobertada sob o pálio de didática revela-se desnecessária e deve ser repudiada frente à possibilidade de mitigação da importância do tema e sua diluição em discussões meramente terminológicas, de menor importância. Por outro lado, a divisão estanque representa mais um elo na cadeia de raciocínios do paradigma anterior. Olhando bem, vê-se que a separação procura deixar claro que parte do Direito é predominantemente Processual (ações), parte é Constitucional (princípios), reforçando a noção de que nem todo o processo é constitucional (sic.). Por outro lado, (...) o termo processo constitucional é preciso e suficiente para abarcar os princípios constitucionais processuais, as ações constitucionais, a jurisdição constitucional stricto sensu e as normas sobre organização judiciária que estão na Constituição.

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.¹⁰

2. O direito de ação no Estado constitucional

À época do Estado liberal o direito de ação era visto de forma restrita, pois servia apenas como direito de pedir à Jurisdição a realização do Direito material não adimplido.

Vivia-se um momento de neutralidade da ciência processual, e de plena dissociação do Direito material. Esse distanciamento entre o Direito Processual e o Direito material possibilitou o reconhecimento do Direito Processual enquanto ciência autônoma ao tempo que demonstrou o quão ineficaz é o processo – meio, apartado do Direito material – fim, pois, a interrelação simbiótica entre ambos mostra-se como a fórmula mais adequada para a promoção da justiça.

constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira. Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro *modelo constitucional do processo*, estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderando, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.” in CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212.

¹⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 25.

Não se tinha ainda a ideia da tutela específica até porque não se pensava no processo sob a ótica do Direito material e nas formas diferenciadas de tutela para a mais rápida e célere satisfação desse Direito material, a busca da anulação do poder do juiz, que tinha sua figura associada à nobreza estatal (um claro opositor à ascensão burguesa), era o combustível para a criação de um procedimento neutro e genérico, que pudesse atender o anseio por uma prestação jurisdicional, independente de sua efetiva realização.

Nessa quadra, consubstanciava-se a regra de se exprimir em dinheiro o valor da lesão, o Estado concebia a transformação do direito em pecúnia e limitava a proteção jurisdicional à tutela pelo equivalente em dinheiro, aceitando que os direitos e as pessoas eram iguais ou admitindo a sua falta de responsabilidade à proteção específica das diferentes posições sociais e das diversas situações de Direito material.¹¹ Afinal, é a investigação do caso concreto que possibilita a busca no Direito Processual da forma mais adequada para o tratamento do Direito material correspondente.

No Estado Constitucional ao juiz não cabe obstaculizar a atuação jurisdicional, nem mesmo o legislador deixar de criar as mais adequadas técnicas de tutela diferenciada.

O direito de ação não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do Direito material. É óbvio que o direito de ação tem como corolário o direito de influir sobre o convencimento do juiz e, assim, o direito às alegações e à prova. Isto, porém, é praticamente inquestionável em sede doutrinária e jurisprudencial, não exigindo maior atenção. O que realmente importa destacar é a circunstância de que, se as tutelas prometidas pelo direito substancial têm diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional. É por isto que o direito de ação exige a estruturação de técnicas processuais idôneas, aí incluídas a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos.¹²

A tutela prestada pelo Poder Judiciário deve ser verdadeiramente efetiva sob pena de tornar-se um

¹¹MARINONI. Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, p. 3.

¹²MARINONI. Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, p. 8.

estelionato estatal. A prescrição constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito deve ser satisfeita e decorre do fato de a ordem jurídico-constitucional assegurar aos cidadãos o acesso ao Judiciário numa concepção maior, onde engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.¹³

E até que ponto se consubstancia os reflexos da efetividade constitucional no processo civil contemporâneo? Ora, se devemos ter uma Constituição efetiva, também devemos ter toda uma legislação infraconstitucional também efetiva, afinal, sempre é bom lembrar que a Constituição Federal serve como um filtro axiológico pelo qual todo o ordenamento deve se submeter; nestes termos, se devemos conceber o Direito Processual sob o enfoque do Direito material e possibilitar a efetiva tutela jurisdicional, é cediço que devam ser criados procedimentos técnicos processuais que concretizem a tutela do Direito material ameaçado ou propriamente violado.¹⁴

Mas o direito de ação não depende apenas de prestações estatais destinadas a remover os obstáculos econômicos que impedem o acesso à justiça, mas igualmente de prestações normativas instituidoras de técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito substancial. O direito de ação não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do Direito material. (...) O que realmente importa destacar é a circunstância de que, se as tutelas prometidas pelo direito substancial têm diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional. É por isto que o direito de ação exige a estruturação de técnicas processuais

idôneas, aí incluídas a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos.¹⁵

Como exemplo de procedimentos diferenciados, temos a tutela específica e a tutela inibitória prevista no art. 461 do CPC e art. 84 do CDC.¹⁶

3. Princípios da adequação e da adaptabilidade da procedimento – por uma conformação procedimental

Ao analisarmos o art. 5º, XXXV, CF/1988 que preceitua *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* observa-se que num primeiro momento, utilizando apenas uma interpretação precária, como a literal, é possível pensar que tal comando normativo fora exclusivamente dirigido ao legislador (por mencionar que a lei...), onde na verdade ela fora dirigida tanto ao legislador quanto ao juiz. Pois a nenhum dos dois cabe obstaculizar o acesso do cidadão ao Judiciário. Nesse sentido, é impreterível tratarmos de dois princípios do processo: princípio da adequação e o princípio da adaptabilidade.

O princípio da adequação, direcionado ao legislador, tem como razão a capacidade de promover criação legislativa (procedimento) que se amolde às particularidades do Direito material que se pretenda defender em juízo de forma efetiva e/ou sob os auspícios de uma tutela de urgência.

Fredie Didier explica:

Três são, basicamente, os critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: um, a natureza do Direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; o segundo, a forma como se apresenta o Direito material no processo; o terceiro, a situação processual da urgência. São exemplos do primeiro critério as possessórias, os alimentos, a busca e apreensão em alienação fiduciária, a liminar em ação civil pública etc. Do segundo critério, exsurtem o mandado de segurança, ação monitória e a tutela antecipada genérica do art. 273, CPC, recentemente implementada no Direito brasileiro. São exemplos

¹³ RE 158.655, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/1997.

¹⁴ “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao Direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do Direito material.” in BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo.” in São Paulo, v.27, n.105, pp. 183/190, jan./mar. 2002, p. 181.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, p. 8.

¹⁶ Para um aprofundamento sobre o tema é impreterível a obra: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do Direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

de tutela de urgência os procedimentos especiais de alimentos, mandado de segurança preventivo etc.

(....)

Com a nova redação do princípio da inafastabilidade, feita pela Constituição de 1988, com a inclusão da tutela da ameaça – inexistente na ordem anterior –, constitucionalizou a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. A Constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva. Grande evolução. A proliferação das “cautelares satisfativas” – medidas urgentes de mérito concedidas mediante o procedimento cautelar – é a demonstração prática da necessidade de adequação às situações de urgência; é a resposta da comunidade jurídica à ausência legislativa de uma medida adequada à tutela dos direitos em estado de periclitación.¹⁷

Já o princípio da adaptabilidade, direcionado ao magistrado, permite-lhe diante das peculiaridades do caso concreto, conformar o procedimento de forma à melhor amparar o Direito material em questão¹⁸. Deste modo o procedimento posto à disposição do magistrado, tolera que este se movimente flexivelmente dentro da correta técnica tendo como meta a melhor consecução do processo numa perspectiva instrumentalista (*meio adequado para*). Por exemplo, temos, a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo (a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *ope iudicis*, preenchidos certos requisitos), de acordo com o art. 6º, VIII, CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, CPC)¹⁹

Arremata o Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira sugerindo uma reforma legislativa onde se estabeleça o princípio da adequação formal:

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001, pp. 7, 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

¹⁸ Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do Direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 68/70.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

(....) facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.²⁰

4. Jurisdição e processo no Estado constitucional

A jurisdição em sua concepção clássica seja na visão de Chiovenda, ao afirmar que aquela se resumia na aplicação da lei ao caso concreto pelo modelo subsuntivo onde a lei genérica e abstrata não considerava a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, numa típica visão do Estado liberal, ou na visão de Carnelutti em que o juiz criava norma individual para regular o caso concreto com fundamento na norma geral, não é o bastante para que possamos compreender a concepção de jurisdição no Estado constitucional.

Deve-se ter por certo que o Estado constitucional prezou pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais como corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana; deste modo, houve um reenquadramento das funções típicas estatais, executiva, legislativa e jurisdicional a um dimensionamento obediente à Constituição, seja não contrariando a Constituição, seja procurando interpretar todo o ordenamento sob o filtro constitucional.²¹

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. RePro, São Paulo: RT, 1999, 96:59-69. O referido professor menciona dispositivo do Código de Processo Civil português a respeito do assunto: “Art. 265-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

²¹ A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais. Nenhuma lei pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais e, por isso mesmo, quando as normas ordinárias não podem ser interpretadas de acordo, têm a sua constitucionalidade controlada a partir deles. A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. Trata-se, desse modo, de uma forma de

Não que a lei tenha perdido seu valor, ou sua importância no Estado contemporâneo tenha tornado-se diminuta, na verdade apenas mudou-se de paradigma com o fito de adequar a aplicação do ordenamento à realidade social e às necessidades naturais, sob a ótica da dignidade humana, ou de um mínimo existencial à vida do homem em sociedade.

Cabe ao juiz, então, depois de perceber as peculiaridades do caso concreto e apreendê-lo sob a prescrição da legislação ordinária, procurar o significado desta norma à luz da Constituição e atribuir-lhe o significado constitucional sempre embebecido pelos princípios de justiça e pelos direitos fundamentais. Logo, antes de objetivar atribuir significado aos valores da Constituição, a interpretação visa conferir significado ao Direito material.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni:

Assim como o juiz deve dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da Constituição, o juiz não pode tentar encontrar a lei do caso concreto olhando apenas para a Constituição. Para a prestação da tutela jurisdicional é imprescindível a consideração das necessidades do Direito material. Isso é mais fácil de evidenciar do que a própria ideia de que a lei deve ser conformada segundo os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. É que a tutela – ou a proteção – jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao Direito material. A tutela jurisdicional, antes de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do Direito material, uma vez que as normas constitucionais apenas servem para ajudar o juiz a atribuir sentido ao caso concreto e a conformar a norma capaz de regulá-lo. É por isso mesmo que a teoria que afirma que a jurisdição tem o objetivo de concretizar os valores constitucionais não é bastante para explicar a complexidade da função do juiz. Na verdade, a jurisdição tem o objetivo de dar tutela às necessidades do Direito material, compreendidas de acordo com a lei colocada à luz das normas constitucionais.²²

A jurisdição também deve ser vista e estudada a partir da perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Corroborando com o que foi explanado no tópico sobre o direito de ação,

o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide também sobre o legislador e o juiz, adequando e adaptando o procedimento e consequentemente o processo.

As técnicas processuais incidirão sobre as particularidades do caso concreto identificando as tutelas e conduzindo à melhor forma de proteger o direito jurídico-material, onde a omissão do legislador não legitima a omissão do juiz.

Assim, a identificação das necessidades do caso concreto e a escolha da técnica processual apropriada para lhe dar resguardo devem ser justificadas mediante argumentação racional capaz de convencer. Na verdade, leciona Luiz Guilherme Marinoni, mais do que definir as necessidades do caso e explicar o motivo pelo qual escolheu a técnica processual utilizada, o juiz deve estabelecer uma relação racional entre as necessidades do caso concreto, o significado da tutela jurisdicional no plano substancial (que nada mais é do que a expressão da tutela prometida pelo Direito material, ou seja, a tutela inibitória etc.) e a técnica processual.²³

José Carlos Barbosa Moreira²⁴ aponta cinco requisitos para que o processo possa atender as condições de efetividade: (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica, inclusive aos direitos fundamentais positivados na forma de princípios e aos direitos fundamentais adstritos (implícitos); (ii) estes instrumentos de tutela devem ser praticamente utilizáveis por todos os titulares de direitos, indiscriminadamente, sejam eles sujeitos individuais ou uma coletividade (direitos difusos e coletivos); (iii) deve-se assegurar o direito à ampla produção de provas capazes de influir no convencimento do julgador, bem como o juiz deve adotar uma postura ativa na atividade instrutória; (iv) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo efetivo do bem da vida a que tem direito – essa perspectiva remete à clássica formulação chiovendiana “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e Proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*” – e, por fim, (v) o processo deve atingir o

filtrar as interpretações possíveis da lei, deixando passar apenas a que melhor se ajuste às normas constitucionais. in MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, p. 65.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, pp. 77/79.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, pp. 80/86.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo*. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33.

melhor resultado possível com o mínimo dispêndio de tempo e energia.²⁵

Márcia Brandão Zollinger explica:

Nesse sentido a doutrina processual civil contemporânea passou a versar sobre questões de acesso à Justiça, instrumentalidade do processo e efetividade da tutela jurisdicional, numa verdadeira mudança paradigmática do objetivo do processo que, deixando de constituir um fim em si mesmo, passa a preocupar-se com a concretização, na realidade fática, das aspirações consagradas nas normas de Direito material, em especial nas normas jusfundamentais. O objetivo do processo é, pois, tornar efetivo o Direito material. Dessa forma, o direito a um procedimento adequado, que possibilite a plena materialização do comando normativo no mundo dos fatos, passa a ser reconhecido como elemento essencial para a realização dos direitos fundamentais, constituindo ele próprio, também, um direito fundamental, como se verá.²⁶

Necessário não deixarmos de destacar a importância da legitimação da atuação jurisdicional por meio do procedimento sob a ótica dos direitos fundamentais.

O procedimento enquanto exteriorização material do processo é importante instituto do Direito Processual que legitima a decisão do juiz pela participação das partes. Essa legitimação decorre da atuação do legislador que ao criar a norma de rito própria à atuação do Poder Judiciário onde as partes judicantes atuarão opostamente, permitirá que se profira a mais adequada solução a dirimir o conflito e a promover a paz social.

Ressalta-se apenas que, mesmo a atuação jurisdicional sob o crivo do procedimento elaborado pelo Legislativo – isso significa aprovado pela população –, ao juiz não se permite a inércia mental em não sorver do caso sob apreciação a condição propícia para aplicação do conteúdo material dos direitos fundamentais.

²⁵ “A preocupação subjacente à doutrina da efetividade do processo consiste justamente em conceber um processo plenamente aderente à realidade sócio-jurídica e que sirva de instrumento à efetiva realização do Direito material.” in WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, pp.19/21.

²⁶ ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Curitiba, 2005, fls. 121. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

Tal diferença, acima mencionada, é destacada pela doutrina americana em *primary proceduralism* e *derivative proceduralism*.²⁷

A participação no procedimento em nenhuma hipótese deve se contrapor à proteção do conteúdo substancial dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da decisão judicial, afinal esse processo participativo não é capaz de permitir que se deixe de lado o poder-dever (*rectius*: dever-poder) de o juiz apontar para o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para dar tutela jurisdicional aos direitos.

A observância do procedimento ou a participação não são suficientes para conferir legitimidade à decisão. É preciso que a jurisdição tenha o poder de apontar para o fundamento material do direito fundamental para poder negar a lei que com ele se choca, ou para comungar numa sistêmica interpretação do ordenamento.²⁸

Explica Luiz Guilherme Marinoni:

(...) processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É o conduto que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário, e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto

²⁷ “A distinção entre procedimentalismo genuíno (*primary proceduralism*), posição para a qual o emprego do processo relevante é tanto indispensável quanto determinante de qualquer resultado que possa ser considerado legítimo, e procedimentalismo derivado (*derivative proceduralism*), para o qual os resultados são em última instância determinados e legitimados por algo mais fundamental, ou logicamente antecedente, em relação ao processo relevante, é elaborada por Michel Rosenfeld (Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? *In Habermas on Law and Democracy* (Michel Rosenfeld, Andrew Arato (Ed.)), Berkeley: University of California Press, 1998, p. 90)”. *apud* MARINONI. Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, p. 24.

²⁸ MARINONI. Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009, p. 25.

à discussão do Direito material, com os direitos fundamentais materiais.²⁹

5. Alterações trazidas pela Lei 11.187/2005 conferindo nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento — uma reforma em busca de efetividade

Toda digressão feita anteriormente terá a sua exemplificação prática no presente tópico.

Trataremos da nova sistemática do agravo, seja ele na modalidade retido ou por instrumento.

A análise das alterações, no recurso do agravo, foi escolhida justamente por demonstrar que o direito processual contemporâneo exige um tratamento célere, oral, que ampare as tutelas de urgência de forma adequada e efetiva.

Analisaremos a alteração legislativa trazida pela Lei 11.187/2005, comentando seus artigos e a influência por ela trazida na busca de uma tutela jurisdicional concreta.

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

O recurso de agravo, que é cabível contra decisão interlocutória proferida por juiz de primeiro grau de jurisdição, com a reforma legislativa, passou a ser aplicado em regra em sua modalidade retida no âmbito do processo judicial que tramita no juízo *ad quo*. Antes da reforma, sua utilização tanto na modalidade retida como por instrumento dava-se indiscriminadamente, afinal, não havia previsão legal de obrigatoriedade entre uma ou outra modalidade.³⁰

Desse modo deve-se observar que, sempre que a decisão for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, o agravo se dará na modalidade por instrumento. Passa a haver um policiamento processual maior em verificar se o agravo interposto tem por fundamento alguma situação que demande uma tutela de urgência. Hipóteses (processuais)

que bem ilustram a tal situação são as decisões que concedem ou negam pedido de liminar ou tutela antecipada, além da própria aferição da situação de Direito material *sub judice*, à exemplo, uma demanda possessória.³¹

O tratamento do prazo legal de dez dias para sua interposição, bem como as situações legais de inadmissão da apelação e efeitos em que a apelação é recebida, que dão azo à aplicação do agravo de instrumento direto no tribunal, ficaram inalterados pela reforma.

Percebe-se assim, que a simples prestação da tutela jurisdicional na ótica positivista do Estado liberal em apenas conceber um rito para que o cidadão tivesse direito à uma sentença, não importando qual fosse o resultado, não mais vigora. O rito deve ser propício à tutela do direito e condizente com um prestação da tutela jurisdicional mais célere.

Temos na apreciação deste artigo traços do princípio da adequação e da celeridade processual.

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

(...)

§ 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

O atual art. 523, § 3º, do CPC determina que se interponha o agravo na forma oral, na audiência de instrução e julgamento, devendo o respectivo recurso ser reduzido a termo.

Diferentemente do que prescrevia a antiga redação do citado artigo³², a faculdade permissiva deu lugar a determinação cogente da interposição do agravo na forma oral, em obediência ao princípio da oralidade. No tocante à restrição de se permitir apenas na audiência de instrução e julgamento, não é possível apreender sua razão de ser.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. de 2009, p. 30.

³⁰ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 873.

³¹ “A urgência, portanto, passa a ser um critério fundamental, e quase sempre imprescindível, para admissibilidade do agravo de instrumento.” in JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 174/175.

³² “... das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão.” in ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 236.

Alexandre Freitas Câmara discorre:

Temos que *lex minus dixit quam voluit*, isto é, a lei menos disse do que queria. Não há qualquer razão aceitável para excluir-se a admissibilidade da interposição oral do agravo retido contra decisões proferidas na audiência preliminar, ou em qualquer outra audiência que não a de instrução e julgamento. Pensamos, assim, que esse dispositivo deve ser interpretado extensivamente e que só será admitido o agravo retido oral contra decisões proferidas em audiência (de qualquer natureza).³³

Observe-se que no momento da arguição do recurso oralmente na audiência de instrução e julgamento, bem como na redução a termo do mesmo, o agravante deve expor as razões que fundamentam seu recurso, devendo com clareza expor o(s) ponto(s) da decisão que merecem reforma, porquanto a fundamentação (ou motivação) é um dos pressupostos recursais do agravo. No que tange à obrigação da utilização da forma oral, José Eduardo Carreira Alvim entende que, na prática, pode até não ser na forma oral, desde que o juiz solicite ao advogado do agravante que elabore a peça por escrito fazendo-se juntar aos autos, daí não resultando nenhuma nulidade ou prejuízo ao recorrente.³⁴

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator

(...)

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa.

A previsão de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa, promoveu uma adequação da legislação processual à tão debatida ideia de uma prestação jurisdicional efetiva.

Parte minoritária da doutrina critica a alteração legislativa alegando ofensa a princípios processuais de ordem constitucional, como por exemplo o

princípio do acesso ao juiz natural, utilizando como argumento que nos casos de competência recursal dos tribunais, o relator, quando decide singularmente, atua como delegado do colegiado, e o faz por economia processual, sem, entretanto, anular a competência originária do ente coletivo.³⁵

Bruno Dantas Nascimento também critica o referido dispositivo:

(...) a irrecorribilidade estatuída pelo parágrafo único do art. 527 terá duas faces, nenhuma delas construtiva para a ciência processual brasileira: uma inconveniente e outra inconstitucional. De um lado, inconveniente quando a *vexata quaestio* encerrar direito líquido e certo, pois o novo dispositivo ensejará a impetração do mandado de segurança contra o *decisum* do relator, que, como dissemos alhures, trará todo um cabedal de recursos propícios a assoberbar, ainda mais, nossos tribunais. De outro, inconstitucional pois a subtração do exame do recurso do colegiado, que é seu juiz natural, culmina em flagrante inconstitucionalidade.³⁶

Vejam, é cediço na doutrina majoritária que o princípio do juiz natural atua em duas frentes, (i) uma direcionada ao juízo enquanto competência constitucional e legalmente delimitada; (ii) outra, frente ao juiz quando se exige imparcialidade na sua atuação, além dos casos da não criação dos tribunais de exceção.

Nesse sentido: Nelson Nery Junior³⁷ e Leonardo Greco³⁸.

³⁵ A anterior redação do inciso II do art. 527 do CPC assim preceituava: “II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente”.

³⁶ NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei 11.187/2005*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1104, 10 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>. Acesso em: 3 mar. 2009.

³⁷ “Nelson Nery Junior reputa necessárias para a observância do princípio do juiz natural: 1) exigência de determinabilidade, ou seja, “prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais”; 2) garantia de justiça material, consubstanciada na “independência de imparcialidade dos juízes”; 3) fixação de competência, por meio de “estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes”; 4) observância da divisão funcional interna. Assevera que a análise dessas condições explicita o conteúdo material do juiz natural, ao exigir independência e imparcialidade do órgão julgador, bem como a imposição de critérios objetivos na distribuição de competência e prévia constituição do juízo.” in SILVA, Carlos Augusto. *O princípio do juiz natural*. Revista Ajuris, Porto Alegre: n. 89, pp. 9/28, março/2003.

³⁸ “(...) o juiz natural é o juiz legalmente competente, aquele a quem a lei confere *in abstracto* o poder de julgar determinada

³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil V. II*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.

³⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 238.

Vemos claramente que, a partir de uma leitura sistemática da Constituição e da legislação processual infraconstitucional, temos uma competência fixada, um juiz individualizado, os critérios de divisão funcional observados. A reforma em nada feriu as bases teóricas do Processo Civil, portanto qualquer crítica não pode prosperar.

Então: 1) possuímos uma lei ordinária federal disciplinando o recurso do agravo que teve o correto trâmite nas casas legislativas obedecendo ao devido processo legislativo; 2) esta mesma lei respeitou ao princípio do devido processo legal substantivo que, pela vertente do princípio da proporcionalidade, um meio que representa *restrição* a um direito fundamental pode ser empregado, desde que, *cumulativamente*: *i*) seja adequado para prestigiar um outro direito fundamental (que deve ser apontado); *ii*) seja necessário para tanto, vale dizer, não existam outros meios que também sejam adequados e que não impliquem restrição ao direito fundamental de que se cuida; e *iii*) seja proporcional em sentido estrito, vale dizer, seu emprego, além de adequado ao prestígio de um direito fundamental, e necessário, na medida em que não existam outros também adequados e menos gravosos, *traga mais vantagens do que desvantagens*, ou, dizendo de uma outra forma, traga maior acréscimo à efetividade do princípio que visa a efetivar do que decréscimo àquele que por ele é restringido³⁹; 3) teve como bússola norteadora o princípio da razoável duração do processo, prestigiando o desafogamento do Judiciário.

Portanto, acreditamos, particularmente, que o legislador foi feliz, pois também reverenciou, dentre outros, o respeito ao princípio da adequação bem como ao da instrumentalidade do processo.

Nomesmo sentido, mas com outros fundamentos, José Eduardo Carreira Alvim:

A alteração do inciso II do art. 527 do CPC objetivou harmonizá-lo com o disposto no art. 522, adotando a mesmíssima redação, na conversão do agravo de instrumento, inadequadamente interposto, em agravo retido. A diferença fica por conta da faculdade processual antes conferida ao relator (...) para o dever processual. (...) Seja como

causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie." In GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Jurídica, 305, mar/2003.

³⁹ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Alguns questionamentos em torno da execução fiscal*. In: Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). *Execução fiscal*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2008, v. 14, pp. 269/292.

for, a restrição (...) tem sua razão de ser, pois a experiência dos pretórios demonstra que, no Brasil, se recorre (agrava-se) de toda e qualquer decisão interlocutória(...) ⁴⁰

Temos Fredie Didier:

Em vez de determinar o não conhecimento do recurso, o legislador cria regra de aproveitamento do ato processual indevidamente praticado, em nítida aplicação ao princípio da instrumentalidade das formas. ⁴¹

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinênti, o relator:

(...)

V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial.

A intimação do agravado, dando-se por ofício dirigido ao advogado ou mesmo por publicação no diário oficial, preza impecavelmente pelo princípio da publicidade, bem como está presente também o princípio do contraditório e paridade das armas, ao conceder o prazo de dez dias para resposta do agravado.

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinênti, o relator:

(...)

VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do *caput* deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Nos casos especificados na prescrição legal, abrir-se-á vista dos autos ao Ministério Público. É necessário frisar que o Ministério Público não atuará em todo e qualquer processo que tenha a interposição de um agravo, mas apenas naqueles em que o recurso

⁴⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. pp. 243/244.

⁴¹ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – v. 3. 3ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2007. p. 126.

tiver sido interposto e a intervenção ministerial seja obrigatória.

Luiz Guilherme Marinoni ao apreciar a atual sistemática do recurso entende que a decisão liminar do relator, nos casos dos incisos II e III, é irrecorrível, somente podendo ser objeto de pedido de reconsideração, dirigida ao próprio relator, sendo apreciada pelo colegiado apenas por ocasião do julgamento do agravo (art. 527, parágrafo único, do CPC).⁴²

Assim, a supressão do agravo interno dá maior credibilidade ao relator, afirmando que fora um retrocesso a previsão do agravo interno na medida em que permitia a duplicação de recursos cabíveis, eliminando a intenção de celeridade buscada por aquela modificação.

Conclusão

Superou-se o Estado legalista e impôs-se o Estado constitucional. O homem de mero coadjuvante passa a ser ator principal traduzido em sua dignidade. Institutos clássicos do processo civil são redimensionados sob a ótica dos direitos fundamentais. Ao Estado não cabe mais o papel burocrático de garantir ao cidadão uma sentença inerte e ineficaz; cabe-lhe agora promover a proteção apropriadamente concreta sob a nomenclatura de tutela jurisdicional efetiva adequada e adaptável ao Direito material *sub judice*.

Nesse quadro, é necessário percebermos que a repercussão reflexiva da atuação das normas constitucionais sobre os demais ramos do Direito, em especial sobre o processo civil, revela-se apropriada e necessária.

Assim, nos é permitido afirmar que a evolução do processo civil com suas novas tendências está trilhando um caminho evolutivo e de mão única, com o escopo de se chegar a uma justiça social célere e efetiva.

Bibliografia

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. In: Temas de Direito Processual, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo. In São Paulo, v. 27, n. 105, pp. 183/190, jan./mar. 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do Direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da EsmeC/ Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, pp. 18/19, jul./dez. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil V. II*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Lições de Direito Processual Civil V. III*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do Direito*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – Emarf. Rio de Janeiro: Emarf - TRF 2ª Região / RJ 2010 - v. 13, n. 1, pp. 205/224, mai. 2010

_____. *Notas sobre a evolução do processo e o inciso II do art. 527 do CPC*. Blog Piauí Jurídico, Teresina, ano 2. Disponível em: <<http://piauijuridico.blogspot.com/2008/09/notas-sobre-evolucao-do-processo-e-o.html>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - v. 3*. 3ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2007.

_____. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, 7, outubro, 2001, pp. 7/9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Jurídica, 305, mar/2003.

⁴² Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2 – Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 547/548.

JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2 - *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

_____. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

_____. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei 11.187/2005*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1.104, 10 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. RePro, São Paulo: RT, 1999.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Alguns questionamentos em torno da execução fiscal*. In: Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). *Execução fiscal*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2008, v. 14, pp. 269/292.

SILVA, Carlos Augusto. *O princípio do juiz natural*. Revista Ajuris, Porto Alegre: n. 89, pp. 9/28, março/2003

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Porto Alegre, 2005, pp. 251/252. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Curitiba, 2005, p. 121. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

Liquidação, execução e cumprimento da tutela coletiva referente aos direitos individuais homogêneos: uma análise a partir do direito posto e do direito projetado

Roberto Luis Luchi Demo*

Sumário

Prolegômenos; 2. Regras gerais aplicáveis a liquidação e cumprimento/execução de sentença referente aos direitos individuais homogêneos; 3. Legitimidade ativa; 4. Competência; 5. Antecipação de tutela e execução provisória; 6. *Astreinte*; 7. Custas e honorários advocatícios; 8. Concurso de créditos de direito individual homogêneo e de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*); 9. Prescrição da execução; 10. *Fluid recovery*; 11. Liquidação e cumprimento/execução no âmbito da prevenção e reparação extrajudicial de danos; 12. Liquidação e cumprimento/execução no mandado de segurança coletivo; 13. (Inexistência de) liquidação e cumprimento/execução nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; Epílogo; Referências bibliográficas.

Prolegômenos

A tutela dos direitos coletivos, aí compreendidos os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, é uma das mais importantes questões relacionadas ao acesso à Justiça¹ no atual estado do Processo Civil, mormente quando se considera a relativa incapacidade de o Processo Civil tradicional, baseado numa concepção individualista e regulado basicamente pelo Código de Processo Civil de 1973, viabilizar uma resposta adequada aos conflitos inerentes a uma sociedade de massa e globalizada², a despeito das diversas reformas legislativas por que tem passado nas últimas décadas. Daí, a

necessidade de adequar o Processo Civil brasileiro às exigências dos tempos modernos, no que se refere ao tratamento molecular dos litígios, evitando destarte o processamento de inúmeros processos individuais repetitivos ou atomizados que assoberbam, às centenas, milhares e até milhões, o Poder Judiciário e comprometem a qualidade e a celeridade da prestação jurisdicional, realidade fenomênica que não pode ser olvidada para o aperfeiçoamento do sistema e não foi olvidada no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que criou o incidente de resolução de demandas repetitivas³.

O subsistema de processo coletivo brasileiro é composto basicamente pela Lei da Ação Popular – LAP (Lei 4.717/1965), Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei 7.347/1985)⁴, Código de Defesa do Consumidor

³O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas sob a presidência do Min. Luiz Fux e relatoria de Teresa Arruda Alvim Wambier, foi entregue ao Presidente do Senado Federal no dia 8 de junho de 2010 e prevê, consoante sua exposição de motivos, o “incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente.” (in <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>, acesso em 24 jun. 2010.)

⁴A ação civil pública está prevista também em diversas outras leis, v.g., Lei 7.853/1989 para a defesa de direitos e interesses de pessoas portadoras de deficiência; Lei 7.913/1989, referente a danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários; Lei 8.069/1990,

* Juiz Federal Substituto – Seção Judiciária do Distrito Federal/TRF1.

¹ Na doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a tutela dos direitos coletivos está abrangida pela segunda e terceira ondas renovatórias. A propósito, vide CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988, p. 31

² Como salientado por Adroaldo Furtado Fabrício, “Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação” (“*As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do juiz*”, in *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, v. 7, julho-setembro de 1993, p. 30).

– CDC (Lei 8.078/1990), nova Lei do Mandado de Segurança – LMS (Lei 12.016/2009)⁵, bem assim, consoante alguns doutrinadores, pela Lei da Ação Direta de Constitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade – LADC (Lei 9.868/1999) e Lei da Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental – LADPF (Lei 9.882/1999), aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil⁶. Alguns dos instrumentos processuais previstos nestas leis visam à tutela exclusiva dos direitos transindividuais, especialmente os difusos, como a ação popular e a ação de improbidade administrativa. Outras ações servem tanto à defesa dos direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*) como daqueles individuais homogêneos, a exemplo da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e da ação civil coletiva. Já as ações que traduzem o controle concentrado de constitucionalidade, além de tutelarem diretamente a ordem jurídica, tutelam indiretamente direitos individuais homogêneos, em virtude da eficácia vinculante das decisões⁷.

Nesse contexto em que as modificações legislativas ganham destaque, a fim de viabilizar mais um passo rumo à necessária efetividade da prestação jurisdicional relacionada particularmente à massifi-

cação e aos direitos individuais homogêneos, é que surgiu, no âmbito do subsistema de processo coletivo, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América aprovado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual em 28 de outubro de 2004 e os anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo de Antonio Gidi (que inclusive foi o idealizador e um dos relatores do referido Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América), da Universidade de São Paulo – USP (coordenado por Ada Pellegrini Grinover e que teve também a contribuição do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP) e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ em conjunto com a Universidade Estácio de Sá – Unesa (coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes)⁸.

Do mesmo modo, o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo⁹, no seu item 3 (*Acesso universal à Justiça*), subitem 3.2 (*Revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa*), está sendo concretizado por intermédio do Projeto de Lei 5.139/2009, que “disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos e dá outras providências”, o qual foi encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional em 29 de abril de 2009 e incorpora, ainda que modestamente, algumas normas inovadoras

referente às crianças e aos adolescentes; Lei 10.741/2003, referente às pessoas idosas e Lei 11.340/2006, referente à violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo regulada entretanto pela Lei 7.347/1985, salvo eventuais normas específicas previstas nestas leis.

⁵ A Lei 12.016/2009 é aplicável não só ao mandado de segurança coletivo como também ao mandado de injunção coletivo, pois, como já tivemos oportunidade de enfatizar, “o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa cujo exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja inviabilizado por conta da inércia legiferante, admitindo-se inclusive o mandado de injunção coletivo, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da CF, a exemplo da impetração por sindicato em favor de seus membros ou associados” (in *As medidas provisórias do Poder Judiciário. O novíssimo perfil constitucional do mandado de injunção a partir da histórica sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 7 de junho de 2006*, Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal 35, de dezembro de 2006, p. 36).

⁶ “Deve assim ser reconhecida a existência de um sistema único coletivo, ou seja, os diversos textos legais formam todo um sistema interligado. Havendo a lacuna ou ausência de disciplina normativa em um texto legal, aplica-se a norma de outra lei pertencente ao sistema único coletivo, somente podendo ser invocado o Código de Processo Civil na ausência de qualquer disciplina específica ou caso haja expressa previsão legal” (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações*, Revista de Processo 176, outubro de 2009, p. 176).

⁷ Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*, Saraiva, 2003, p. 157.

⁸ Vale salientar que algumas normas inovadoras trazidas pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e pelos anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo vão paulatinamente deixando o plano teórico para ganhar espaço no mundo da realidade. Assim é que o art. 37, parágrafo único, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), utilizou o conceito jurídico indeterminado da *representatividade adequada* para autorizar a dispensa do requisito da pré-constituição de associação na análise da sua legitimidade ativa para a demanda coletiva na defesa dos direitos transindividuais da mulher, muito embora, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e nos anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo, a “representatividade adequada” traduza um *plus* na análise da legitimidade ativa, como se infere, por exemplo, do art. 20, I, do anteprojeto de Código de Processo Coletivo da USP, *verbis*: “São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado”

⁹ Assinado pelos Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal em maio de 2009.

trazidas pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e pelos anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo. Sobre este projeto de lei, vale salientar também que

com a proposta, a futura Lei da Ação Civil Pública passará a ser a norma disciplinadora de todo o sistema único coletivo, atuando como regra geral e, salvo regra específica em outros diplomas (Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança) terá aplicação ampla de forma integradora e sistemática¹⁰,

o que se justifica no fato de esta ser a ação por excelência para a tutela dos direitos coletivos.

De outra parte, a prestação jurisdicional não se esgota com a definição do direito aplicável, ou seja, não se esgota simplesmente com a prolação da sentença e seu trânsito em julgado, mas abrange também e principalmente a concretização do comando sentencial no mundo dos fatos, que se realiza por meio de atos executivos, salvo na hipótese de cumprimento espontâneo da obrigação pelo réu. Daí, a liquidação e o cumprimento/execução referente ao processo coletivo também devem ser efetivos, o que pressupõe a adequação das normas que regulamentam estes institutos. Assim, este trabalho propõe uma breve análise da atual legislação sobre a liquidação e o cumprimento/execução no âmbito do processo coletivo referente aos direitos individuais homogêneos, a fim de verificar sua adequação ou eventual deficiência a ser cotejada com a legislação projetada sobre o assunto, especialmente no Projeto de Lei 5.139/2009, o qual, embora tenha sido rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 17 de março de 2010, está pendente de recurso no Plenário daquela casa, merecendo por isso mesmo ser mantido o debate para consequente aprimoramento científico destes institutos no direito processual coletivo brasileiro.

2. Regras gerais aplicáveis a liquidação e cumprimento/execução de sentença referente aos direitos individuais homogêneos

Antes de tudo, é de se frisar que a referência às normas do Projeto de Lei 5.139/2009 é feita, neste trabalho, levando em consideração sua redação

original, ou seja, conforme a versão apresentada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. Desse modo, pode haver e há mesmo algumas mudanças de redação e de numeração dos artigos e parágrafos em relação à versão atual, o que, entretanto, não prejudica a compreensão do assunto nem o debate, até porque todas as normas aqui mencionadas foram mantidas no substitutivo final apresentado pelo deputado Antônio Carlos Biscaia.

Pois bem. Como salientado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier,

é bastante complexa a regulação de mecanismos adequados a tutelar, eficazmente, todas as categorias de direitos coletivos (em sentido amplo). Não bastasse, dentro desta categoria incluem-se direitos de variadas naturezas e magnitudes, relacionados ao ambiente, ao consumo, à saúde pública etc. Obviamente, a liquidação da sentença coletiva será realizada em consonância com as características e peculiaridades de cada um dos direitos lesados¹¹.

Ademais, uma mesma sentença coletiva pode abranger direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* conjuntamente com direitos individuais homogêneos, como no exemplo citado por Guadalupe Louro Turos Couto e consubstanciado em uma ação civil pública que tenha como causa de pedir o resgate de 50 trabalhadores submetidos a condições análogas a de escravo, a qual pode abranger condenação na obrigação de não submeter mais trabalhadores a condições análogas a de escravo sob pena de multa ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (direito difuso) e na obrigação de pagar as verbas rescisórias dos 50 trabalhadores resgatados (direitos individuais homogêneos)¹². Isso não impede, entretanto, que se reconheçam regras gerais aplicáveis à liquidação e ao cumprimento/execução referentes, de um lado, aos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu* e, de outro lado, aos direitos individuais homogêneos que representam os processos repetitivos ou de massa e são o foco deste trabalho.

¹⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério, *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações*, Revista de Processo 176, outubro de 2009, p. 180.

¹¹ *Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas, in Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords), RT: São Paulo, 2007, p. 261.

¹² *A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos, in Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (...)*, p. 297.

Analisemos então os direitos individuais homogêneos, em relação aos quais a atual legislação determina que a sentença de procedência proferida na ação civil pública e na ação civil coletiva fixará apenas a responsabilidade do réu pelos danos causados, ou seja, será sempre genérica (art. 95 do CDC) e beneficiará as vítimas e seus sucessores (art. 103, §3º, do CDC). O direito projetado, por sua vez, autoriza e inclusive prefere a sentença líquida, em detrimento da sentença genérica, como se infere do art. 29 do projeto de lei:

Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

O que significa um avanço significativo na perspectiva do acesso à justiça e da satisfação do direito material tutelado, na medida em que dispensa assim a execução coletiva – bastante demorada, às vezes, mercê da situação peculiar de cada beneficiário a ser analisada para definição do dano - como as execuções individuais – que muitas vezes, devido ao custo ou à complexidade, sequer são propostas pelas vítimas - para a efetivação do direito reconhecido na sentença.

A liquidação da sentença condenatória genérica proferida em ação civil pública ou ação civil coletiva, que abrange o *cui debeat* (quem é o titular do direito) e o *quantum debeat* (montante da prestação devida), é feita nos termos do art. 475-A e seguintes do CPC, dada a ausência de norma específica no subsistema de processo coletivo, a qual, diga-se de passagem, é mesmo desnecessária. Como, de regra, há necessidade de alegar e provar fatos novos, a liquidação será por artigos (art. 475-E do CPC). Esse regime é mantido no projeto de lei, o qual estabelece esses fatos novos, no seu art. 42, como sendo o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização. Por exemplo, na liquidação de sentença coletiva que condene uma empresa a indenizar as despesas médicas de pessoas que consumiram um determinado medicamento, o liquidante há de comprovar que consumiu referido medicamento¹³ bem assim as despesas médicas daí decorrentes.

Pode acontecer, no âmbito da liquidação: [i] sua extinção sem resolução de mérito; [ii] a improcedência do pedido, quando, por exemplo, não restar

comprovado o nexo de causalidade; [iii] a liquidação de *valor zero*, quando se verificar que nenhum valor é devido concretamente ao beneficiário; e [iv] a procedência do pedido com a determinação do valor devido. Na primeira hipótese (extinção sem resolução de mérito), a liquidação é extinta, podendo porém ser renovada. Nas hipóteses de improcedência do pedido e de *valor zero*, a liquidação é extinta definitivamente, de modo que o cumprimento/execução da sentença tem seu curso trancado. Somente na última hipótese, qual seja, procedência da liquidação, é que se avança para o cumprimento/execução da sentença.

Neste último caso, após a liquidação julgada procedente com a determinação do valor devido, em se tratando de obrigação de pagar quantia certa, o cumprimento da sentença far-se-á por execução. Assim, se o devedor for particular, a execução far-se-á nos termos do art. 475-I e seguintes do CPC; se o devedor for a Fazenda Pública, aplica-se o procedimento previsto no art. 730 do CPC.

Há situações em que a liquidação da sentença coletiva depende apenas de cálculo aritmético, a exemplo do que ocorre nas ações revisionais previdenciárias, em que não há controvérsia sobre a titularidade do benefício previdenciário e, com base no histórico de créditos que pode ser obtido pelo interessado em qualquer agência da Previdência Social, é possível o beneficiário calcular o valor da condenação. Neste caso não haverá necessidade de liquidação propriamente dita, cabendo ao credor lançar mão diretamente da execução, nos termos do art. 475-B do CPC, o que já ocorria na prática desde a modificação do art. 604 do CPC pela Lei 8.898/1994. Assim, o art. 43 do projeto de lei, que dispõe expressamente neste sentido, nada tem de inovador, embora se lhe reconheça o mérito de evitar qualquer dúvida sobre a questão.

Por sua vez, o art. 27, §4º, do projeto de lei apresenta uma novidade ao prever que

quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

Essa possibilidade de o juiz, na sentença condenatória, fixar o valor devido às vítimas (ou seja, proferir uma sentença que não seja genérica) e determinar o respectivo pagamento diretamente, vale dizer, “de ofício e independentemente de execução,

¹³ Ou seja, deverá comprovar sua legitimidade para a liquidação, pois como ensina Luiz Rodrigues Wambier, “a prova da condição de legitimado para a liquidação constituirá parte do próprio mérito do processo” (in *Liquidação da sentença civil individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2010).

valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogoratórias” (art. 26 do projeto de lei), é uma inovação bastante alvissareira para a célere efetivação no mundo dos fatos do direito reconhecido na sentença, dado que evita a propositura de execuções multitudinárias, as quais inviabilizam o próprio serviço judiciário¹⁴.

Oportuno destacar, neste passo, que embora a sobredita regra consubstancie uma novidade em termos de legislação, não se trata de novidade na prática forense. Muito pelo contrário. Algumas sentenças judiciais proferidas em ação civil pública ou ação civil coletiva já determinam que o réu promova o pagamento do valor devido a cada vítima em certo prazo, independentemente de execução. A propósito, analisando recurso especial contra sentença proferida em ação civil pública que, reconhecendo direito a diferenças de correção monetária provenientes de planos econômicos nos valores depositados em caderneta de poupança, determinou à instituição financeira que depositasse os valores da condenação independentemente do ajuizamento de processo de execução individual, o STJ considerou que esse procedimento não é vedado pela legislação atual, assentando que

mesmo sendo incontroverso que os consumidores possam propor execução individualmente, não se pode concluir que seja vedado ao juízo determinar que o banco devedor efetue o depósito das diferenças de correção monetária nas contas de seus clientes. Explica ser contraditório imaginar o fato de alguém ter seu direito reconhecido, mas haver impossibilidade de determinação da satisfação desse direito¹⁵.

Portanto, a inovação legislativa vem para espancar qualquer dúvida sobre a legitimidade dessa boa prática jurisdicional.

De outra parte, na ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, cuja sentença se caracteriza como executiva *lato sensu*, após eventual liquidação aplica-se o art. 84 do CDC e o art. 461 do CPC – artigo este que, é sempre bom lembrar, foi praticamente copiado daquele pela Lei 8.952/1994 –,

segundo os quais o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, sendo que a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Aí se privilegia a maior coincidência possível entre a prestação devida e a prestação jurisdicional, coincidência esta que tem seu grau elevado ainda mais no projeto de lei, que inova para efeito de só permitir a conversão em perdas e danos na hipótese de inviabilidade da tutela específica ou da obtenção do resultado prático correspondente (art. 24, §1º).

Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz impor multa diária ao réu, independente de pedido do autor, bem assim determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial e outros. Importante destacar, neste passo, que a impossibilidade de celebrar transação na ação coletiva versando direito indisponível não impede que, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, seja ajustado com o réu o modo de cumprir a prestação exigida, regra que é positivada no art. 19, §3º, do projeto de lei.

No seu turno, para a ação que tenha por objeto a entrega de coisa, cuja sentença também se caracteriza como executiva *lato sensu*, há de ser observado o art. 461-A do Código de Processo Civil, em virtude da ausência de norma específica no subsistema de processo coletivo. O projeto de lei praticamente mantém esse regime no seu art. 24, com a alteração acima mencionada em relação à conversão em perdas e danos.

Em regra aplicável a todas as modalidades de obrigação, o projeto de lei estabelece que

para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função (art. 27, §2º).

Essa norma permite uma maior efetividade à tutela coletiva, na medida em que o juiz muitas vezes não detém conhecimento técnico nem tempo necessário para exercer essa fiscalização, cuja complexidade inerente ao processo coletivo é acentuada quando se

¹⁴ “O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo” (art. 27, §5º, do projeto de lei)

¹⁵ STJ, REsp 767.741, Min. Sidnei Beneti, J 15/12/2009, Informativo STJ 420, de 14 a 18 de dezembro de 2009.

trata de direitos individuais homogêneos, podendo então se louvar em pessoa qualificada para esse fim.

3. Legitimidade ativa

A liquidação e o cumprimento/execução da sentença genérica podem ser promovidos, mediante ação de cumprimento, individualmente pela vítima e seus sucessores ou coletivamente pelo autor da ação coletiva ou outros legitimados coletivos (art. 97 do CDC). Essa regra é mantida no art. 36 do projeto de lei.

Se as vítimas ou seus sucessores forem autores de ações individuais, devem requerer a suspensão destas no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de a sentença de procedência nesta ação coletiva não as beneficiar (art. 104 do CDC). Em se tratando de mandado de segurança coletivo, há regra específica determinando que

os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva (art. 22, §1º, da LMS).

Essa regra específica se justifica diante da natureza estreita do mandado de segurança, que não serve de sucedâneo de ação de cobrança, nos termos das Súmulas 269 e 271, do STF.

No ponto, o direito projetado impõe ao réu, na ação individual, o dever de informar ao juízo sobre a existência da demanda coletiva, a partir de quando a ação individual fica automaticamente suspensa¹⁶ até a prolação da sentença na ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo (art. 37 do projeto de lei). Do mesmo dispositivo, infere-se também que em caso de improcedência do pedido na ação coletiva, a ação individual será extinta, salvo se a referida improcedência decorrer de insuficiência de provas. Assim, a sentença coletiva no direito projetado somente não beneficiará a vítima ou seus sucessores que forem autores de ações individuais, se eles exercerem expressamente o direito de exclusão em relação ao processo coletivo,

que está previsto no art. 13 do projeto de lei e pode ser exercido até a prolação da sentença na ação coletiva, situação em que sua ação individual terá normal prosseguimento após a mencionada sentença. Nessa hipótese de exercício do direito de exclusão, a sentença coletiva no direito projetado também não prejudicará a vítima ou seus sucessores.

De se mencionar também que, por força do art. 16 da LACP, alterado pela Lei 9.494/1997, e do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, incluído pela MP 2.180-35/2001, a sentença de procedência na ação coletiva somente beneficia as vítimas e seus sucessores com domicílio nos limites geográficos da competência territorial do órgão prolator. Essa limitação da eficácia subjetiva da sentença proferida em processo coletivo, muito criticada pela doutrina, é extinta no direito projetado, a prever que “A sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados” (art. 32 do projeto de lei). Trata-se de inovação que, conjugada com a simplificação das regras de competência para o processo de conhecimento (arts. 4º e 5º, do projeto de lei), racionaliza e potencializa a efetividade da prestação jurisdicional referente aos direitos individuais homogêneos e privilegia os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

O cumprimento da sentença genérica promovido individualmente pela vítima e seus sucessores far-se-á

com a apresentação de certidão da sentença genérica perante o Juízo competente, ensejando a este uma cognição suficiente para chegar-se a provimento constitutivo integrativo da sentença genérica, permitindo-lhe, pois, a execução.¹⁷

Sobre a possibilidade de o autor da ação coletiva ou outros legitimados coletivos atuarem como substitutos processuais no cumprimento da sentença referente a direitos individuais homogêneos, como bem salientado por Guadalupe Louro Turos Couto,

apesar de parte da doutrina ainda ser resistente à legitimidade de o Ministério Público e de as associações (entre as quais se enquadram os sindicatos), na qualidade de entes coletivos, iniciarem as liquidações em defesa dos interesses individuais, a maior parte da doutrina parece admiti-la¹⁸.

¹⁶ Essa suspensão é medida bastante promissora a fim de diminuir o número de processos em tramitação na Justiça, que poderá então imprimir maior celeridade a outros processos.

¹⁷ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 136.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 304.

O mesmo se pode dizer na perspectiva da jurisprudência, especialmente a partir do julgamento do RE 213.111 pelo Plenário do STF, quando ficou vencido o entendimento de que esses legitimados coletivos (no caso, tratava-se de sindicato) somente poderiam atuar no cumprimento da sentença em regime de representação processual, ou seja, sem a titularidade do direito de ação e necessitando, por isso mesmo, de autorização dos substituídos¹⁹. No mesmo sentido, a Corte Especial do STJ já assentou que

os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação e execução das ações em que se discute direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados²⁰.

Na linha da doutrina e jurisprudência dominantes, o projeto de lei estabelece como um dos princípios do processo civil coletivo a “preferência da execução coletiva” (art. 3º, IX), salientando que

sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores (art. 40, parágrafo único).

Ou seja, o projeto de lei admite expressamente a possibilidade de liquidação e execução em regime de substituição processual pelo autor da ação coletiva ou qualquer outro legitimado coletivo, valendo ressaltar que o autor coletivo que promoveu a ação de conhecimento tem sempre preferência sobre os demais legitimados coletivos para a liquidação e cumprimento/execução da sentença. Isso vale também para o Ministério Público, ou seja, naquelas hipóteses envolvendo direitos individuais homogêneos nas quais o *parquet* tem legitimidade para ajuizar ação civil pública – tema controvertido na doutrina e na jurisprudência, que desborda do escopo

deste trabalho²¹ –, terá também legitimidade para promover sua liquidação e execução coletiva²².

Para efeito de resguardar o direito de cada beneficiário e emprestar celeridade à satisfação do crédito na execução coletiva, o projeto de lei determina, no seu art. 44, que

os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários

e

será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

4. Competência

No que se refere à competência para a liquidação e execução/cumprimento da sentença proferida em ação coletiva, se se tratar de execução coletiva, ou seja, aquela promovida em substituição processual pelo autor coletivo que promoveu a ação de conhecimento ou por qualquer outro legitimado coletivo, a competência é do juízo da ação coletiva condenatória, nos termos do art. 98, §2º, II, do CDC. Vale salientar que, nos termos do art. 475-P, parágrafo único, do CPC, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, sendo que, havendo neste local juízo especializado no processamento e julgamento de ações coletivas²³, este será o

¹⁹ O acórdão está assim ementado: “Processo Civil. Sindicato. Art. 8º, III da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido. O art. 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (STF, RE 193503, rel. p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJ 24/08/2007).

²⁰ EREsp 1082891, rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 06/05/2009, DJe 21/05/2009.

²¹ Vale aqui registrar que já tivemos oportunidade de abordar este tema, ainda que de forma superficial, em artigo doutrinário intitulado *A legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em matéria previdenciária*, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária n. 233, novembro de 2008, pp. 58/66.

²² Neste sentido: GRECO, Leonardo. *Execução nas ações coletivas*, Revista Forense n. 369, setembro-outubro de 2003, p. 123. Em sentido contrário, Elton Venturi enfatiza que após a prolação da sentença genérica, cessa o incidente de coletivização do direito individual homogêneo, de modo que “descabida revela-se a legitimação do Ministério Público em representar vítimas e sucessores na busca de reparações individualizadas, não obstante integre o *parquet* o rol do art. 82 do CDC, pois contrapor-se-iam a atividade que estaria desempenhando na defesa de direitos individuais e suas missões institucionais” (*in Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 132).

²³ Esta especialização inclusive está prevista no art. 64 do projeto de lei.

competente. No particular, o projeto de lei apenas consolida essas regras no seu art. 40, que não traz nenhuma novidade. Se a execução coletiva abranger desde já todos os substituídos, será processada nos autos principais. Entretanto, se abranger apenas uma parcela dos substituídos, deverá ser processada em autos próprios, a fim de não provocar tumulto processual com as execuções a serem posteriormente ajuizadas para os demais substituídos.

Em relação às execuções individuais, o CDC determinava, no seu art. 97, parágrafo único, que

A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante.

Ocorre que este dispositivo foi vetado. A partir daí surgiu controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre ser possível a liquidação no domicílio do liquidante ou somente no juízo da ação condenatória. Compartilho, no caso, o entendimento de Teori Albino Zavascki, para quem não se aplica a regra do direito processual civil tradicional segundo a qual o juízo da ação também é o juízo da execução, até porque

a concentração de todas as ações de cumprimento num único juízo acarretaria não um melhor desempenho, e sim o emperramento da função jurisdicional. Ademais, dependendo das circunstâncias de fato, sua adoção deixa o titular do direito subjetivo em condições piores do que se tivesse promovido desde logo sua demanda individual. É o que ocorre, por exemplo, com os demandantes cujo domicílio é outro que não o do juízo da ação coletiva²⁴.

²⁴ *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 3ª ed., 2008, p. 207. No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ. Ilustrativamente: “2. A sentença coletiva (condenação genérica, art. 95 do CDC), ao revés da sentença que é exarada em uma demanda individualizada de interesses (liquidez e certeza, art. 460 do CPC), unicamente determina que as vítimas de certo fato sejam indenizadas pelo seu agente, devendo, porém, ser ajuizadas demandas individuais a fim de se comprovar que realmente é vítima, que sofreu prejuízo e qual o seu valor. 3. O art. 98, I, do CDC permitiu expressamente que a liquidação e execução de sentença sejam feitas no domicílio do autor, em perfeita sintonia com o disposto no art. 101, I, do mesmo código, que tem como objetivo garantir o acesso à Justiça. 4. Não se pode determinar que os beneficiários de sentença coletiva sejam obrigados a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada e julgada, sob pena de lhes inviabilizar a tutela dos direitos individuais, bem como congestionar o órgão jurisdicional.” (CC 96682/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 10/02/2010, DJe 23/03/2010). Em sentido contrário, pode-se citar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Por exemplo: “1. As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo

A competência para as execuções individuais então é de ser determinada pelas regras gerais do Código de Processo Civil, tal como ocorre para a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença arbitral e da sentença estrangeira (art. 475-P, III, do CPC). Em reforço a este raciocínio, pode-se citar o art. 98, §2º, I, do CDC, segundo o qual é competente para a execução o juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual. E, adotando esse posicionamento, o *caput* do art. 41 do projeto de lei prevê que

É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária,

acabando definitivamente com a celeuma que só fazia e faz atrasar e onerar a prestação jurisdicional, impedindo sua efetividade. Ademais, como não há prevenção do juízo da ação coletiva originária, ainda que a execução individual seja proposta no mesmo foro do processo de conhecimento, deverá ser distribuída livremente entre todos os juízos do foro, com eventual exclusão do juízo da ação coletiva originária se este for especializado no processamento e julgamento de ações coletivas.

5. Antecipação de tutela e execução provisória

A antecipação de tutela prevista genericamente no art. 273 do CPC trata-se de instrumento processual que confere, observados certos limites, a imediata fruição do bem da vida reclamado, de sorte que antecipa os efeitos executivos que podem decorrer da futura sentença de procedência, ou seja, viabiliza antes mesmo da sentença, uma espécie de execução provisória. A propósito, como bem salientado por José Miguel Garcia Medina,

obviamente, nestes casos as medidas executivas serão manejadas pelo juiz com mais cautela, e não raro se colocará o juiz diante da contingência de realizar uma medida executiva

juízo no qual proferida a sentença condenatória por força da regra geral contida no art. 575, II, do CPC. 2. Conforme precedentes doutrinários, as disposições contidas no art. 98, § 2º, inciso II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) não prevalecem sobre a regra geral em razão do veto presidencial ao parágrafo único do art. 97 do aludido diploma legal e do critério funcional de fixação da competência (absoluta): o juiz da execução é o juiz da ação” (TRF1, CC 200601000244194, Des. Federal Selene Maria de Almeida, 3ª Seção, DJ 16/03/2007).

qualitativamente inferior àquela que poderia realizar, se estivesse atuando com base em cognição exauriente²⁵.

Após a sentença, se esta for impugnada por recurso sem efeito suspensivo, que é a regra atual, nos termos do art. 14 da LACP, e se mantém no art. 31 do projeto de lei, pode haver também liquidação, cf art. 475-A do CPC, e execução provisória, a qual corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente individual ou coletivo, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido (art. 475-O, I, do CPC).

Sobre o assunto, cumpre salientar que não há no CDC nenhuma norma expressa determinando a comunicação da antecipação de tutela ou de sentença que admita execução (provisória ou definitiva) aos interessados ou titulares dos direitos individuais homogêneos objeto da ação coletiva. A única disposição neste sentido constava do art. 96 e foi vetada. Por sua vez, muito embora os anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo tenham normas neste sentido, o projeto de lei foi silente, não tratando expressamente do assunto, embora traga como um dos princípios do processo civil coletivo a “publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade” (art. 3º, VI), o que leva a crer que os titulares dos direitos individuais homogêneos objeto da ação coletiva devem ser comunicados adequadamente de eventual antecipação de tutela e prolação de sentença. Essa seria uma interpretação que acena para um avanço no direito projetado, já que sob a égide do direito posto essa comunicação adequada não vem sendo feita, de modo que o desconhecimento da antecipação de tutela ou da sentença favorável ainda é um dos motivos que tem impedido a totalidade dos beneficiários de fruir o direito ali reconhecido. Melhor seria, no entanto, incluir no projeto de lei disposição expressa determinando essa comunicação adequada.

6. Astreinte

A multa diária ou *astreinte* tem o objetivo de vencer a obstinação do devedor em cumprir a obrigação e incide a partir da ciência da obrigação e da respectiva recalcitrância. Sobre esse importante instrumento na

tutela executiva a fim de dar efetividade ao comando judicial, dispõe o art. 12, §2º, da LACP, que

A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Essa regra, que difere no tempo a execução da multa e enfraquece sobremodo sua força dissuasória, tanto no cumprimento da tutela antecipada quanto na execução da sentença, vem sendo temperada por algumas decisões judiciais, inclusive do STJ, que admitem, mesmo no processo coletivo, a execução da multa diária ou *astreinte* antes mesmo do trânsito em julgado da sentença final condenatória²⁶. Assim, é alvissareira a regra do art. 17, §3º, do projeto de lei, segundo a qual

A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Outra novidade em relação à multa diária é, como já mencionado, a possibilidade de sua aplicação na execução de obrigação de pagar quantia certa decorrente da violação de direitos individuais homogêneos, nos termos do já mencionado art. 26 do projeto de lei, sendo que o montante da multa acresce ao valor da indenização devida às vítimas do evento lesivo. Aqui se avança no sentido de se admitir uma medida coercitiva imposta em dinheiro para o cumprimento de uma obrigação de pagar dinheiro, como há muito vem defendendo Luiz Guilherme Marinoni²⁷. Neste passo, convém registrar que, muito embora o local adequado para este avanço fosse o CPC, não se pode olvidar que boas normas introduzidas no sistema de processo coletivo foram posteriormente importadas para o processo civil tradicional, a exemplo do atual art. 461 do CPC que foi praticamente copiado do art. 84 do CDC por intermédio da Lei 8.952/1994.

7. Custas e honorários advocatícios

A isenção de custas está prevista no art. 18 da LACP para a ação civil pública e no art. 87 do CDC

²⁵ Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos. Considerações e perspectivas, à luz do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (...), p. 284.

²⁶ Por exemplo: REsp 1098028/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 02/03/2010.

²⁷ Como registrado por Sérgio Cruz Arenhart, in *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (...), pp. 228/230.

para as ações civis coletivas, sendo que o alcance desta última isenção tem sido restringida pela jurisprudência ao âmbito da defesa dos direitos dos consumidores²⁸. No direito projetado, esta isenção está prevista genericamente no art. 55, §2º, do projeto de lei, o que elimina a mencionada restrição, a fim de abranger todas as ações coletivas. Daí, a execução coletiva, ou seja, aquela promovida em substituição processual pelo autor coletivo que promoveu a ação de conhecimento ou por qualquer outro legitimado coletivo, atrai a incidência da norma justamente por se caracterizar como coletiva, vale dizer, por manter a coletivização dos direitos individuais homogêneos, que são apenas acidentalmente coletivizados, por intermédio da execução promovida em regime de substituição processual. É de se reconhecer, pois, a isenção de custas à execução coletiva. Entretanto, se se tratar de execução individual de sentença de ação coletiva, esta não se caracteriza logicamente como ação coletiva, pois cessado está, por intermédio da execução individual, o acidente de coletivização, de modo que, como salienta Paula Márcia Meinberg Mauad, “neste caso de liquidação individual, não há o benefício da isenção de custas, inerente ao processo coletivo”²⁹.

A propósito dos honorários advocatícios, no processo civil tradicional, há sua incidência no cumprimento de sentença mesmo no sincretismo inaugurado com a Lei 11.232/2005³⁰, salvo se se tratar de ação de cumprimento contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º-D da Lei 9.494/1997. Por sua vez, no processo coletivo, impende salientar que

a ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material. A regra do art. 1º-D da Lei 9.494/1997 destina-se às execuções típicas

²⁸ Exemplificadamente: “A isenção de custas e emolumentos judiciais, disposta no art. 87 da Lei 8.078/1990 destina-se facilitar a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, inaplicável, portanto, nas ações em que sindicato busca tutelar o direito de seus sindicalizados, ainda que de forma coletiva. Daí, inaplicáveis o CDC e a Lei 7.437/1985 ao caso” (STJ, REsp 876812/RS, Luiz Fux, 1ª T, DJe 1º/12/2008).

²⁹ In *Liquidação de sentença nas ações coletivas*, Revista de Processo 142, dezembro de 2006, p. 129.

³⁰ Nesse sentido: STJ, REsp 1028855/SC, Nancy Andriighi, Corte Especial, DJe 05/03/2009.

do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva³¹.

O mesmo se diga em relação à execução coletiva, onde o autor coletivo que promoveu a ação de conhecimento ou qualquer outro legitimado coletivo também deverão comprovar a individualização e liquidação do valor devido e a titularidade dos substituídos em relação ao direito material³². Portanto, no processo coletivo são sempre cabíveis honorários advocatícios, assim na execução coletiva como na execução individual.

8. Concurso de créditos de direito individual homogêneo e de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*)

Como já mencionado, uma mesma sentença coletiva pode abranger direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* conjuntamente com direitos individuais homogêneos. Na hipótese de concurso de créditos decorrentes de liquidações e execuções propostas pelas vítimas ou seus sucessores referentes a direitos individuais homogêneos, e aqueles decorrentes de liquidações e execuções propostas por qualquer dos legitimados coletivos a propósito de direitos transindividuais, as primeiras têm preferência no pagamento, nos termos do art. 99 do CDC, o qual por isso mesmo determina ainda que a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei 7.347/1985 ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas. Portanto, no direito posto,

³¹ REsp 475566/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25/08/2004, DJ 13/09/2004 p. 168

³² A propósito: “Uma leitura conjunta desse dispositivo com os arts. 97 e 98, do CDC leva à conclusão de que a execução coletiva pode ser promovida pelos mesmos legitimados a ajuizar a ação de conhecimento, daí não haver óbice a que o sindicato também atue no cumprimento da sentença como substituto processual. Doutro lado, o art. 8º, III, da CF/1988 deve ser interpretado com a máxima amplitude possível, a fim de possibilitar ao sindicato o referido cumprimento, justamente porque aquele dispositivo constitucional não faz ressalva a essa condição e não é dado ao intérprete restringir o que o legislador não restringiu no que tocar às garantias constitucionais. Porém, essa interpretação não afasta a necessidade de que, no cumprimento da sentença, indique-se, individualmente, o credor substituído e o valor devido” (STJ, REsp 760.840, Min. Nancy Andriighi, DJ 04/11/2009, Informativo STJ 414).

o concurso resolve-se pela preferência das reparações individuais sobre a coletiva, privilegiando-se, assim, os direitos subjetivos pessoais em confronto com o interesse coletivo à indenização do dano indivisivelmente considerado³³.

O projeto de lei, por sua vez, altera essa regra, determinando que “a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (art. 45, parágrafo único). Trata-se de feliz alteração que, embora não encontre arrimo no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América nem nos anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo, justifica-se na circunstância de não haver uma preferência apriorística e absoluta pelo pagamento dos direitos individuais homogêneos em todos os casos, dado que em determinadas situações o bom senso, qualificado juridicamente pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, indica justamente o contrário.

9. Prescrição da execução

Em se tratando de prescrição e considerando a ausência de norma específica na LACP – ausência essa que persiste no projeto de lei –, é cediço que o prazo para ajuizamento de ação civil pública é de cinco anos³⁴, por aplicação analógica do art. 21 da LAP. Do mesmo modo, o STJ assentou recentemente, em decisão que repercutiu bastante na mídia, que o ajuizamento de ação civil coletiva também se submete ao mencionado prazo prescricional de cinco anos³⁵.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini (...) et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9ª ed., 2007, p. 912.

³⁴ “1. A ação civil pública e a ação popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das ações civis públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da ação popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*” (STJ, REsp 727131/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008).

³⁵ “Trata-se de ação coletiva proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão (IBDCI) contra banco, sustentando o pagamento de expurgos inflacionários dos Planos Bresser e Verão. A Quarta Turma, em questão de ordem, remeteu os autos à Segunda Seção para julgar o REsp, por ser a primeira vez que se enfrenta essa questão de cobrança de expurgos inflacionários via ação coletiva. Ressaltou-se que, embora a ação tenha sido ajuizada pelo IBDCI, o recurso é do Ministério Público, questionando apenas a definição do prazo prescricional aplicável à ação civil pública que trata da

Portanto, independente da circunstância de o prazo prescricional que submete o manejo da pretensão por meio de ação de conhecimento individual ser maior, prescreve em cinco anos a ação que veicule a mesma pretensão de forma coletiva. Por exemplo, é pacífico na jurisprudência do STJ que prescreve em 20 anos o direito do poupador de reclamar em juízo o crédito de expurgos inflacionários de planos econômicos passados, mas se esse direito for veiculado por meio de ação civil pública ou de ação civil coletiva, submeter-se-á ao prazo prescricional de cinco anos. Evidente que se a prescrição da pretensão por meio de ação de conhecimento individual for menor que cinco anos, o prazo prescricional para a ação civil pública e para a ação civil coletiva também será reduzido, pois não se pode admitir, por via transversa, aumento da prescrição prevista pelo ordenamento jurídico para determinado direito.

Nessa ordem de raciocínio, impende salientar que “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação” (Súmula 150/STF). Como a prescrição da ação civil pública e da ação civil coletiva é no máximo quinquenal, como visto acima, a prescrição da execução também será no máximo quinquenal. Ademais, o termo inicial da prescrição da execução é o trânsito em julgado, seja para a execução coletiva, bem assim para a execução individual. Desse modo, se entre o trânsito em julgado e a propositura da execução se passarem mais de cinco anos – ou, se for o caso, outro prazo menor – sem qualquer diligência dos interessados, terá ocorrido a prescrição da execução. Entretanto, se dentro deste prazo tiver havido diligência indispensável à propositura da execução, não se pode admitir a prescrição da execução, mesmo que ela tenha sido proposta fora do mencionado prazo, pois a prescrição pressupõe inércia, inexistente nessa situação.

Em se tratando de mandado de segurança coletivo, sua impetração submete-se a prazo decadencial de 120 dias, assim como ocorre com o mandado de segurança individual. Esse prazo

cobrança dos expurgos inflacionários, pois o TJ acolheu a tese da defesa, aplicando a prescrição quinquenal à ação coletiva. Para o Min. relator, a prescrição é quinquenal, por analogia ao art. 21 da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). No julgamento, anotou-se que, apesar de a ação civil pública e a ação popular estarem dentro do sistema dos direitos coletivos, nesse microsistema, como não há previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, é inafastável a incidência da analogia legis, aplicando-se, assim, o prazo de cinco anos da Lei de Ação Popular”. (STJ, AgRg no REsp 1.070.896, Felipe Salomão, J 14/04/2010, Informativo STJ 430, de 12 a 16 de abril de 2010).

decadencial, entretanto, não repercute na prescrição do direito, cujo prazo se mantém como previsto pelo ordenamento jurídico para aquele específico direito, que pode ser tutelado por outros instrumentos processuais. E é justamente esse prazo prescricional que servirá de parâmetro para aferir a prescrição da execução no mandado de segurança coletivo³⁶. Ademais, merece registro que, do mesmo modo como ocorre com a ação civil pública e a ação civil coletiva, se o referido prazo prescricional for maior que cinco anos, prescreverá em cinco anos a execução do título judicial formado no mandado de segurança coletivo, para efeito de manter a coerência no subsistema de processo coletivo, que seria rompida se a prescrição fosse uma para a execução na ação civil pública e na ação civil coletiva e outra para a execução no mandado de segurança coletivo, ainda que tivessem veiculado o mesmo direito individual homogêneo.

10. *Fluid recovery*

Uma situação comum em ações coletivas propostas por órgãos públicos – a exemplo do Ministério Público e do Procon – nas quais a lesão de cada vítima traduz um pequeno valor, é o baixo número de execuções individuais³⁷, em virtude de desinteresse das vítimas – que são, muita vez, pessoas de pouca instrução e baixo poder aquisitivo, tolhidas portanto por barreiras econômicas e sociais –, inviabilidade de localizá-las ou dificuldade de provar a titularidade em relação ao direito material reconhecido na sentença coletiva, dificuldade esta que pode tornar a liquidação por artigos tão complexa e demorada quanto uma ação individual de conhecimento. Assim, para que a

ação coletiva não deixe de efetivamente penalizar o causador do dano – mormente quando se considera que, na maioria das vezes, o somatório dos pequenos valores devidos às vítimas resulta um valor elevado que representa o dano global –, o *caput* do art. 100 do CDC determina que, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderá o autor coletivo promover a liquidação e execução da indenização devida, revertendo o produto da indenização para o fundo criado pela Lei 7.347/1985. Trata-se da *fluid recovery* ou *reparação fluida*.

Diante de controvérsias na doutrina sobre a natureza do sobredito prazo, seu termo inicial e se, após seu curso, a vítima perderia ou não o direito de liquidar e executar o título judicial, o projeto de lei mantém a *fluid recovery* estabelecendo porém que

em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu (art. 45, *caput*).

Daí se infere que, ampliado o prazo a partir de quando se pode aplicar a *fluid recovery* para coincidir com a prescrição executória, as controvérsias perdem seu objeto.

Calha salientar, neste passo, que não há norma expressa estabelecendo prazo prescricional para a *fluid recovery*, seja no direito posto ou no direito projetado. Desse modo, é de se concluir que esse instituto também se submete ao prazo prescricional de cinco anos, pelas mesmas razões postas no item anterior, com termo inicial a partir de quando pode ser aplicado. Por exemplo, no direito projetado, o prazo de cinco anos começa a correr com a prescrição da execução. Essa situação no direito projetado causa, a princípio, certa perplexidade, pois impõe ao devedor o cumprimento de obrigação judicial cuja pretensão executória está prescrita. Mas a perplexidade é desfeita quando se observa que a prescrição da execução não fulmina o próprio direito reconhecido judicialmente, bem assim que é o próprio ordenamento jurídico que provê o autor coletivo, a fim de sancionar efetivamente o causador do dano, de mais essa possibilidade de realizar judicialmente o direito material reconhecido na sentença coletiva.

³⁶ “No caso, o título judicial em execução advém de mandado de segurança que buscava o pagamento, em trato sucessivo e mensal, de certa gratificação a policiais civis de ex-território. Assim, a execução sujeita-se ao prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Dec. 20.910/1932), a ser contado a partir da data em que se tornou coisa julgada a decisão exequenda, a data do ato ou fato demarcador da exigibilidade da obrigação. Daí ser inegável, na hipótese, a incidência da prescrição quinquenal, pois a execução só teve início quase dez anos após o trânsito em julgado da referida decisão” (STJ, Exe MS 4.565, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, J 14/12/2009, Informativo STJ 420, de 14 a 18 de dezembro de 2009).

³⁷ Nas ações coletivas propostas por entidades associativas ou sindicatos tal situação não ocorre, pois a identificação dos credores e a relação destes com o causador do dano não representam grandes dificuldades para a liquidação e execução do julgado que, na maioria das vezes, são efetivadas pelo próprio ente que ajuizou a ação, sendo que os beneficiados disso só tomam conhecimento quando cientificados para apresentar documentos ou realizar levantamento de valores.

Outrossim, o conceito jurídico indeterminado “número compatível com a gravidade do dano” é mantido para efeito de *fluid recovery* e acrescido no direito projetado do “número compatível com a gravidade do locupletamento indevido do réu”, de modo a ampliar o alcance deste instituto. Do mesmo modo, o valor devido a título de reparação fluida é ampliado para alcançar, além da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo – de cujo valor não são subtraídos os valores referentes às liquidações individuais –, também o correspondente ao enriquecimento ilícito do réu, pretendendo-se com isso desestimular ainda mais a prática de condutas violadoras de direitos individuais homogêneos.

No regime atual, o dinheiro obtido na *fluid recovery* é destinado, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC, ao fundo estabelecido no art. 13 da Lei 7.347/1985, de natureza federal ou estadual, tal como ocorre na execução de sentença referente a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*. No âmbito federal, o referido fundo foi criado pela Lei 9.008/1995 que o nominou Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Trata-se de fundo genérico, que não exclui a existência de fundos específicos, como o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, instituído pela Lei 7.998/1990, e o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente, instituído pela Lei 8.242/1991. De se mencionar, entretanto, o problema desses fundos cujo produto, como bem salientado por Sérgio Cruz Arenhart, “ao menos na experiência atual, tem sido timidamente aplicado e com pouquíssimos reflexos para a proteção dos interesses coletivos ou de massa”³⁸.

O projeto de lei mantém o fundo no seu art. 66, estabelecendo que

as multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos (*caput*).

Não estabelece, porém, regra expressa sobre o destino do dinheiro obtido com a *fluid recovery*, pois o art. 46 refere-se somente à condenação em pecúnia originária de ação relacionada com direitos difusos e

coletivos *stricto sensu*. Trata-se de silêncio eloquente do projeto de lei, a significar a preferência na *fluid recovery* pela tutela específica, a ser realizada mediante obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa diretamente às vítimas. A despeito disso, se eventualmente houver a realização de obrigação de pagar quantia certa, dada a inviabilidade da tutela específica, é de se entender que o dinheiro assim obtido será depositado em juízo, que determinará sua aplicação na prevenção de novas lesões de mesma natureza ou o destinará ao fundo, por analogia à regra do parágrafo único do art. 66.

11. Liquidação e cumprimento/execução no âmbito da prevenção e reparação extrajudicial de danos

Importante inovação do projeto de lei é a instituição de um programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos, incentivando e valorizando os métodos alternativos de resolução de conflitos coletivos, inclusive no que se refere aos direitos individuais homogêneos. Com efeito, nos termos do seu art. 57, o demandado poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial. Essa proposta pode ser apresentada antes mesmo do processo ou a qualquer tempo no curso do processo, sendo que, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda. Ainda nos termos do projeto de lei, uma vez apresentado o programa, as partes terão o prazo de 120 dias para negociação e, na hipótese de acordo, o mesmo deve ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público, cabendo ao juiz supervisionar a liquidação e execução do programa homologado.

Outra modalidade extrajudicial de prevenção ou reparação de danos digna de nota é o compromisso de ajustamento de conduta (conhecido na prática forense como termo de ajustamento de conduta – TAC), previsto no art. 5º, §6º, da LACP, segundo o qual os órgãos públicos legitimados para propor a ação civil pública podem tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, valendo salientar que,

³⁸ A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (...)*, p. 226.

com o intuito de produzir definitividade aos pactos firmados no bojo de tais acordos, há uma prática, que há muito vem sendo empregada, de requerer a homologação judicial do TAC firmado em sede extrajudicial, nos autos do inquérito civil ou mesmo em outra sede³⁹.

O sobredito compromisso de ajustamento de conduta é mantido no projeto de lei, com sua natureza de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial (art. 49), estabelecendo ainda, o seu art. 50, que: [i] a execução coletiva – que pode ser proposta por qualquer dos legitimados coletivos, ainda que outro legitimado é que tenha tomado o compromisso – das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios; [ii] quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta; e [iii] quando o compromisso abranger direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

12. Liquidação e cumprimento/execução no mandado de segurança coletivo

A propósito do mandado de segurança coletivo, que também se presta à tutela dos direitos individuais homogêneos, impende salientar que as sentenças mandamentais contêm ordem para o impetrado, a ser atendida sob pena de imposição de algumas das medidas coercitivas acima analisadas, como a multa diária, sem prejuízo de outras sanções penais e administrativas, como expressamente adverte o art. 26 da LMS.

Entretanto, assim como ocorre nos mandados de segurança individuais, pode acontecer que a sentença proferida no mandado de segurança coletivo renda ensejo à execução de obrigação de pagar quantia certa, por exemplo, se se tratar de mandado de segurança

impetrado por sindicato pleiteando a não incidência de imposto de renda sobre uma parcela da remuneração de seus filiados, sem concessão de liminar e que ao final é julgado procedente. Nesse exemplo, haverá obrigação de pagar quantia certa referente ao imposto de renda recolhido pelos substituídos desde a impetração. Em casos deste jaez, são aplicáveis as regras gerais acima mencionadas para a liquidação e execução deste tipo de obrigação nas sentenças proferidas em ação civil pública e ação civil coletiva.

13. (Inexistência de) liquidação e cumprimento/execução nas ações de controle concentrado de constitucionalidade

Como salientado no início deste trabalho, as ações que traduzem o controle concentrado de constitucionalidade tutelam a ordem jurídica e, apenas indiretamente, tutelam direitos individuais homogêneos. Daí por que não se encaixam no conceito de processo civil coletivo *stricto sensu* nem são tratadas no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, tampouco nos anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo e no projeto de lei. Entretanto, como tutelam indiretamente direitos individuais homogêneos, é de se frisar no presente trabalho que essas ações de controle abstrato de constitucionalidade não legitimam, na perspectiva do cumprimento do julgado,

providências satisfativas tendentes a concretizar o atendimento de injunções determinadas pelo Tribunal. Em uma palavra: a ação direta não pode ultrapassar, sob pena de descaracterizar-se como via de tutela abstrata do direito constitucional positivo, os seus próprios fins, que se traduzem na exclusão, do ordenamento jurídico estatal, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição⁴⁰.

Desse modo, cabe aos interessados em cada caso concreto zelar pelo cumprimento da decisão emanada no controle concentrado de constitucionalidade utilizando-se, para esse fim, dos instrumentos postos no ordenamento jurídico, por exemplo, ação rescisória quando o ato normativo foi aplicado por sentença já transitada em julgado em seu processo individual ou coletivo, reclamação quando uma decisão judicial aplica o ato normativo após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal,

³⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha e KLIPPEL, Rodrigo, *A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental*. in *O novo processo civil coletivo*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de e RODRIGUES, Marcelo Abelha (coords), Lúmen Juríd: Rio de Janeiro, 2009, p. 216.

⁴⁰ STF, ADI-MC 732, Celso de Mello, Pleno, DJ 21/08/1992.

etc. Assim, adotando como exemplo a hipótese de ação rescisória que tenha por base a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, se o juízo rescisório reconhecer a procedência do pedido feito pelo autor na ação originária, a liquidação e o cumprimento/execução ocorrerá no bojo da respectiva ação originária.

Epílogo

Para concluir, a impressão que se tem, a partir da leitura do direito posto e do direito projetado, é que se caminha a passos largos em direção à concretização da Constituição no que se refere ao processo civil coletivo brasileiro. Deveras, como registrado por José Carlos Barbosa Moreira logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988,

além de ser digna de nota a própria opulência em si das ações coletivas no direito brasileiro, é ainda mais digno de nota o fato de que isso esteja presente na Constituição. Em regra, as Constituições dos outros países não se preocupam em prever com tanta riqueza de pormenores essa possibilidade de tutela jurisdicional coletiva; causa mesmo admiração a juristas estrangeiros essa característica da nossa atual Constituição⁴¹.

Mais recente, o Min. Carlos Britto salientou, no voto proferido no já mencionado RE 213.111, que “A coletivização do processo, tão generosamente feita pela Constituição, respondeu a duas necessidades: a primeira, social - estamos no âmago de uma sociedade pós-industrial em que os conflitos não são apenas interindividuais, são marcadamente intergrupais; são coletividades que se atritam, se friccionam, que contendem juridicamente, e era preciso dar uma resposta processual, com a coletivização do processo, que significasse aquilo que o Min. Marco Aurélio acabou de dizer: economia processual. Ou seja, causas entre as mesmas partes, com a mesma razão de pedir, já não seriam pulverizadas, e, sim, uniformizadas, unificadas. Essas causas, assim coletivizadas na sua protagonização, primariam também pela celeridade, porque fica mais fácil lutar processualmente. Então, a duração do processo fica mais célere, porque pulverizar o processo, é, sem dúvida, ofender a esses dois princípios: o da economia e da celeridade processual. Acresça-se: visou a Constituição a servir também ao Poder Judiciário e ampliar a sua eficiência. A

coletivização do processo responde a essa necessidade de o Poder Judiciário dar respostas aos jurisdicionados com mais rapidez e eficiência. Claro que o processo coletivo também cumpre esse papel fundamental”.

E essa impressão de concretização da Constituição no que se refere ao processo civil coletivo brasileiro, vem não só da atual legislação em vigor, que ocupa sem dúvida alguma posição privilegiada no direito comparado entre os países da *civil law*, como também do Projeto de Lei 5.139/2009, o qual, assimilando algumas idéias oriundas da jurisprudência, da experiência forense, da doutrina processualista, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e dos anteprojetos brasileiros de Código de Processo Coletivo, busca suprimir as deficiências verificadas na liquidação e cumprimento/execução de sentenças referentes aos direitos individuais homogêneos, algumas delas criadas por vetos equivocados a dispositivos do CDC, mal compreendidos à época, outras decorrentes da própria sistemática então adotada pelo subsistema de processo coletivo brasileiro, a exemplo da sentença obrigatoriamente genérica referente aos direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, o direito projetado há de receber uma avaliação positiva, consubstanciando um verdadeiro e indispensável avanço na perspectiva da liquidação e cumprimento/execução referentes aos direitos individuais homogêneos. Podemos concluir, portanto, que o direito projetado atende às necessidades atuais da sociedade, mostrando-se adequado para conferir funcionalidade e efetividade à tutela executiva referente aos direitos individuais homogêneos no subsistema de processo coletivo. Assim, o recurso contra a decisão da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados que rejeitou o Projeto de Lei 5.139/2009 conforme a versão final do substitutivo apresentado pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia, merece ser provido, a fim de que o Processo Civil coletivo brasileiro, que prima pelo acesso à justiça, economia processual, redução de custos, uniformização de julgados e segurança jurídica, avance para acompanhar a realidade do tempo presente. Com a palavra, o plenário da Câmara dos Deputados.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*, São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴¹ *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*, Revista de Processo 61, janeiro-março de 1991, p. 198.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*, in GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: RT, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (....).

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. Revista de Processo 77, 1995.

DEMO, Roberto Luis Luchi Demo. As medidas provisórias do Poder Judiciário. O novíssimo perfil constitucional do mandado de injunção a partir da histórica sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 7 de junho de 2006, Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal 35, de dezembro de 2006.

_____. *A legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em matéria previdenciária*, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária 233, novembro de 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*, in Revista de Direito do Consumidor, v. 7, julho-setembro de 1993.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério, *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações*, Revista de Processo 176, outubro de 2009.

GRECO, Leonardo. *Execução nas ações coletivas*, Revista Forense 369, setembro-outubro de 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini (....) et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9ª ed., 2007.

MAUAD, Paula Márcia Meinberg. *Liquidação de sentença nas ações coletivas*, Revista de Processo 142, dezembro de 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos. Considerações e perspectivas, à luz do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (....).

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha e KLIPPEL, Rodrigo, A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental. in *O novo processo civil coletivo*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de e RODRIGUES, Marcelo Abelha (coords), Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2010.

_____. e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas*, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (....).

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2008, p. 207.

A lei penal, o projeto do novo CPP e a realidade brasileira

Tourinho Filho*

O objetivo deste trabalho é procurar prestar uma colaboração aos estudos sobre a reforma do nosso Código de Processo Penal. O anteprojeto de autoria da Comissão de Juristas tem seus altos e baixos. Há muita coisa boa. Por outro lado, o nosso estatuto processual penal, nesses sessenta e nove anos de vigência, já sofreu várias reformas pontuais, algumas devendo continuar e outras merecendo melhor estudo, de que é exemplo a decretação da prisão preventiva para assegurar as medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica, mesmo porque, ainda segundo o Projeto da Comissão de Juristas, e nesse particular merece louvores, a preventiva deve ser decretada quando o criminoso estiver perturbando a instrução criminal ou para garantir a eficácia da condenação, e nenhuma dessas circunstâncias ocorre quando o juiz determina medida protetiva de urgência. Nesse caso, bem poderá o juiz, à semelhança do que se dá com o alimentante inadimplente, determinar a prisão daquele que estiver obstaculizando o cumprimento da medida protetiva de urgência. Efetivada a medida, cessará imediatamente o ato constritivo de liberdade. Entretanto, mal foi apresentado o projeto, veio a Comissão Temporária de Estudos das Reformas do Código de Processo Penal — analisando uma série de projetos que estavam ali sem andamento, conglomerou-os, e voltou a permitir a preventiva (que é medida cautelar) para *garantir a ordem pública e a ordem econômica*.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no seu art. 9º, deixou claro que

(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia (José Daniel Cesano, El nuevo derecho procesal penal, Peru: Ara Editores, 2010, p. 25).

E antes, à p. 22, observou o mestre:

(...) La prisión preventiva debe responder únicamente al resguardo de una finalidad procesal... la detención preventiva, como medida cautelar, solo puede tener fines procesales.

Qual a ligação entre ordem pública ou econômica e processo? Onde está a cautelaridade, nesse caso? Ordem pública chega a ser expressão polissêmica, tão grande a variedade de sentidos... e apresenta uma certa dose de subjetividade: crime bárbaro (ordem pública), desrespeito à autoridade (ordem pública), satisfação à sociedade (ordem pública)... E por aí vai... Enfim: há necessidade de um ajuste do nosso diploma processual penal adequado à nossa realidade, sem novidades que possam dificultar sua aplicação. O que interessa é a praticidade. O que vale a pena é a simplicidade. Elaborar a lei com os pés no chão, cientificando-se da nossa estrutura.

A nossa Lei de Execução Penal é uma pérola. Dá inveja a qualquer país. Mas a realidade é bem diversa. Diz o seu art. 85: *"O estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade(...)"*. E o que vemos diuturnamente é uma superpopulação carcerária que causa horror à pessoa mais insensível. O art. 88: *"O condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório(...). A área mínima da cela é de 6m²"*. Quanta hipocrisia! Numa cela que comporta um, ficam oito ou dez presos. Em Pinhais, próximo a Curitiba, numa cadeia que comporta 40 presos há 180. Das 1.800 unidades prisionais existentes no Brasil, apenas 100 não podem ser criticadas. As demais não possuem celas individuais. O vaso sanitário serve a 15 ou 20 presos numa cela coletiva... à vista dos demais. Em outras, são bacias turcas, em que as necessidades fisiológicas são feitas de cócoras. Numa cadeia para 80 presos ficam 250 ou mais. A reportagem da TV Record no Espírito Santo mostrou para todo o Brasil, estarecido, o tratamento dado aos presos em suas penitenciárias e contêineres... Estes são usados, também, no Paraná, Santa Catarina e Pará. Em cada contêiner há beliches, treliches e até quadriliches. Daí as sucessivas rebeliões que a imprensa televisiva quase diariamente leva aos nossos lares, deixando todos contristados.

E mesmo no Estado mais rico da Federação, a situação de precariedade das penitenciárias não é diferente. Cada uma das penitenciárias criadas pela União, em Mossoró, Catanduvas, Campo Grande, Porto Velho e Rondônia, comporta apenas 208 presos. Quando a população carcerária ultrapassa a casa dos 480 mil, percebe-se a insignificância da contribuição da União.

* Fernando da Costa Tourinho Filho é promotor de Justiça em São Paulo — aposentado, advogado militante na área criminal e professor universitário.

Não podemos nem devemos elaborar um diploma de tamanha importância para ser citado no exterior, ou viger apenas nas grandes comarcas; ele deve vigorar também nos pequenos e longínquos foros espalhados por esses brasis afora, cujos meios de comunicação, seja por via terrestre, seja por via fluvial, todos conhecemos e lamentamos.

Atento, pois, exclusivamente à nossa vida forense, apresentamos esta colaboração.

Os que conhecem a Lei de Execução Penal sabem que entre ela e a realidade brasileira há um verdadeiro abismo. É completamente diferente do que ocorre nas nossas penitenciárias. Por isso mesmo, e com muito mais razão, devemos dar aos operadores do Direito um instrumento simples de aplicação da lei penal, sem prejuízo da observância da melhor doutrina e da melhor orientação dos nossos Tribunais Superiores. Algo, enfim, que não cause uma mudança brusca, e às vezes impraticável, no dia a dia forense.

Suprimimos o juiz de garantias. Por acaso o juiz de garantias pode impedir a rudeza de alguns delegados? Poderá, tanto quanto o juiz que vai presidir a instrução. Por que complicar quando se pode simplificar? De que adiantam todos esses cuidados com o *investigado* para, após a condenação, ser o infeliz lançado como farrapo humano num ambiente insalubre e sem a menor condição de higiene, negando-se-lhe um mínimo de dignidade? A mesma dignidade proclamada no art. 1º, III, da Magna Carta como um dos seus princípios fundamentais. O art. 5º, III, da CF dispõe que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. E o Estado de Direito, com o seu regime penitenciário, respeita esse princípio e esse direito fundamental? De que servem essas garantias judiciais se a justiça, como assinala Cafferata Neres no seu *Proceso Penal y Derechos Humanos* (Buenos Aires, 2000, pp. 199/200), “se detém nas portas dos cárceres?”. Dante Alighieri, ao cuidar do Inferno (Canto III, n. 9), dizia: “*Lasciate ogni speranza, voi che entrate*” (Deixai toda a esperança, ó vós que entraís!”. E é precisamente o que ouvem aqueles que são condenados definitivamente.

O nosso Código de Processo Penal não deve conter disposições mirabolantes nem empavonadas, uma vez que a grande maioria das nossas comarcas tem apenas um juiz (quando tem...), de sorte que teríamos uma aplicação desunificada do CPP, a menos que venham a ser criados cargos de *juiz de garantias*, com evidente sangria aos cofres públicos, em detrimento do bem-estar da população carente e sofrida, que no Brasil assume proporção bem significativa, para não dizermos alarmante, e sem nenhum proveito, porquanto o

juiz de garantias é aquele que não investiga. O que investiga não julga. Aí, sim, teríamos o pretendido juiz de garantias. Esse sim é o verdadeiro juiz de garantias, e o Brasil não tem estrutura para manter um juiz para instruir o processo e outro para julgá-lo.

Mesmo que se pretenda criar esse juiz de garantias tupiniquim, preferimos, mil vezes, a lição do *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, a partir do precedente *Le Compte – Vai Leuven De Meyere vs. Bélgica: o juiz é imparcial até que se demonstre o contrário*. A propósito, Marcelo Sancinetti, *La violación a la garantía de imparcialidad del tribunal* (Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 2001, p. 18) e José Daniel Cesano (*op. cit.*, p. 37). Partindo desse princípio adotado no primeiro mundo, e sabendo nós que o nosso diploma não permite que o juiz de instrução e julgamento possa proferir sentença condenatória respaldado apenas nas investigações pré-processuais, para que esse juiz de garantias?

Para impedir o uso de algemas, desnecessariamente, em pessoas que conseguiram certa projeção? Já existe solução: ela está no art. 4º, alínea b, da Lei 4.898/1965: “Constitui também abuso de autoridade: (...) b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”; o Ministério Público que processe o desastrado policial. Foi a autoridade policial que procedeu, sem ordem judicial, à *interceptação telefônica*? Aí está o art. 10 da Lei 9.296/1996 punindo a autoridade sem freios. A autoridade policial atentou contra a liberdade de locomoção, procedeu à busca domiciliar sem autorização judicial, violou o sigilo da correspondência, atentou contra a incolumidade física do cidadão? Aí está o art. 3º da Lei 4.898/1965 para punir a autoridade despótica, discricionária(...) E evidentemente não há necessidade de um juiz de garantias para coibir esses abusos. Cumpre, isto sim, ao Ministério Público, no mínimo, levar tais fatos ao conhecimento do juiz, ou ele mesmo requisitar a instauração de inquérito contra a autoridade discricionária.

Ademais, quem conhece o sertão nordestino, o interior do norte do País, sabe que o juiz de garantias é uma utopia. Dezenas e dezenas de comarcas nem sequer têm juízes e promotores titulares. No substitutivo ao projeto, acenou-se com a possibilidade de as Leis de Organização Judiciária preverem a indicação do juiz de garantias, à semelhança do que ocorre com as substituições automáticas nos casos de impedimentos e suspeição. Esses casos são raros, e, quando ocorrem, o juiz substituto se desloca até a comarca para atuar em nome do suspeito ou impedido. Num País cujas comarcas, às vezes, distam dezenas de quilômetros de

distância uma da outra, qual seria o juiz de garantias? Houve quem dissesse que a adoção do juiz de garantias representava uma *garantia da legalidade da fase pré-processual*. Por acaso essa legalidade não é observada sem a figura do juiz de garantias? Que poderá fazer o juiz de garantias que não possa fazer o juiz a quem for distribuído o inquérito? Se o fato é grave e imprescindível a escuta telefônica, o juiz autoriza, seja ele o de garantias ou o do processo. O mesmo se diga em relação a todas as medidas cautelares. Quando o juiz profere a sua decisão fica atento para os atos instrutórios, e não para os da investigação ou inquérito. Com razão a Corte Suprema da Argentina observou:

La mera circunstancia de que un juez cumpla la función de instruir y de juzgar no significa, per se, una violación a la garantía del juez imparcial, la cuestión depende de las particularidades del caso concreto(...), *enfatizando em seguida*: las medidas cautelares dictadas durante el curso del procedimiento no importan prejuzgamiento (apud José Daniel Cesano, op. cit., p. 41).

Os mais avançados Códigos de Processo Penal do mundo, ao que nos consta, não conhecem o juiz de garantias. Não confundir o juiz de garantias com o francês. Na França há o *juge d'instruction* e o *juge de jugement*. Cabe ao primeiro colher as provas acusatórias, sem a participação da defesa, ou, como diz o art. 11 do *Code de Procédure Pénale*: (...) *la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Elle n'est pas contradictoire* (Corinne R. Brahinsky, *Procédure Pénale*, Paris: Gualino Éditeur, p. 115). A instrução não é contraditória. Entre nós as provas que são apuradas no inquérito, que é sigiloso, são repetidas em juízo sob o crivo do contraditório. Inegavelmente, nesse particular, o nosso diploma, em se tratando de tutela do direito de liberdade, supera o sistema francês. As provas que servem para a prolação da sentença são colhidas depois de *baixar a poeira*, como se costuma dizer. De imediato, com os ânimos ainda agitados e inquietos, ainda sob comoção, a colheita da prova pode sair deturpada. Entre nós, primeiro há a fase pré-processual... depois a instrutória. Esta é que vale. E é contraditória. Outrossim: nos termos do art. 155 do CPP, o juiz não pode "fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Se tudo pode e deve ser repetido na instrução, para que juiz de garantias? Por acaso o juiz do processo não vai tomar conhecimento de tudo quanto se passou na fase preambular da ação penal? Se, por acaso, a investigação coubesse a um juiz e o julgamento a outro, aí, sim, teríamos o verdadeiro juiz de garantias.

Além disso, as medidas tomadas pelo juiz de garantias, como decretação ou não decretação de prisão temporária ou prisão preventiva, a autorização ou não autorização para busca domiciliar e escutas telefônicas podem afrontar o entendimento do juiz a quem for distribuído o inquérito e criar um clima desagradável entre eles. Tudo depende da formação de um e de outro. Numa comarca em que haja dois juizes, um será o juiz de garantias do outro. Evidente que eles trocam ideias a respeito do assunto. Há um clima de amizade e entendimento entre os juizes de uma mesma comarca. Se por acaso um vier a desagradar o outro, a emenda sairá pior que o soneto... como diz um dos nossos mais velhos anexins. Embora não caiba ao juiz decretar a preventiva de ofício... o promotor pode requerer... E num mesmo ambiente de trabalho, num clima de cordialidade e entendimento... tudo vai depender do temperamento, da formação e independência de juizes e promotores.

Todos sabemos que o juiz não pode proferir sentença condenatória com respaldo exclusivamente nos autos do inquérito policial. E, se o fizer, a segunda instância corrige o exagero. Ademais, qualquer *extravagância* do juiz em detrimento do indiciado poderá ser jugulada mercê de um *habeas corpus*. O mesmo acontecerá se implantarmos o juiz de garantias. Qual seria a vantagem? Há Estados que, mesmo possuindo um orçamento respeitável, até agora não criaram o Juizado Especial Criminal. No Estado de São Paulo numerosas comarcas não têm o Juizado Especial Criminal. Em Bauru/SP, cidade com mais de 380 mil habitantes, com cinco faculdades de Direito, uma faculdade de Odontologia modelar que abriga, inclusive, alunos do exterior, quatro varas criminais, cinco cíveis e uma da infância e juventude, e três varas federais, não há Juizado Especial Criminal. O boletim de ocorrência, nas infrações de menor potencial ofensivo, é remetido ao Fórum e pode ser distribuído à 1ª, 2ª, 3ª ou 4ª Vara criminal. Em algumas comarcas são os escreventes que solucionam o problema cível e criminal... Note-se: a competência do Juizado é absoluta e vem prevista na Constituição da República. A Lei. 9.099/1995, no seu art. 95, estabeleceu o prazo de seis meses para que os Estados criassem os Juizados Especiais Criminais. Já se passaram 15 anos, estamos em 2010, e o projeto substitutivo da CCJ do Senado diz que "onde ainda não se instalou o Juizado, as funções deste serão acumuladas pelo juiz criminal (...)". *Le Brésil n'est pas encore*(...).

Quando muito, nas comarcas com mais de 1 milhão de habitantes poder-se-ia criar um órgão à semelhança do Departamento de Inquéritos Policiais

(DIPO), que existe na capital paulista, o qual, por sua vez, tem similares em Curitiba e Recife, com o nome de Centrais de Inquéritos, sem a denominação de juiz de garantias, para não dar a entender que o da instrução não o seja. Sua finalidade seria dar maior agilidade ao andamento dos inquéritos, principalmente nas concessões de prazos para a conclusão das investigações, relaxamento da prisão em flagrante, quando ilegal a prisão, concessão de liberdade provisória, quando couber, arredada, nesses casos, a prevenção.

Mas o delegado de polícia da minha querida e inesquecível Itambé/BA viajar 60 quilômetros até Conquista, Encruzilhada ou Itapetinga, com indiscutíveis gastos com a viatura, para submeter ao juiz de garantias pedido de dilação de prazo ou apresentar cópia do auto de prisão em flagrante, isso é querer complicar o que pode ser simples, e ferir mais ainda os sofridos e maltratados cofres públicos, com mais despesas inúteis. A comarca mais próxima de Oiapoque, no Amapá, é Calsoene, distante 400 quilômetros uma da outra. Em estrada não pavimentada. Para baixo de Macapá está Tartarugalzinho, 100 quilômetros. No Amazonas e Pará, a distância entre a grande maioria das comarcas se mede em dias de viagem de barco. No Acre, quando chove e os rios transbordam, o meio de transporte é o avião. O resto já sabemos como é.

O atual Código de Processo Penal precisava e precisa de uma atualização, tal como ocorreu com a *StPO* de 1877 e o *Code de Procédure Pénale* de 1808. Não é da nossa cultura atribuir ao juiz penal poderes para fixar valores pertinentes aos danos decorrentes de crime. Tampouco criar a figura da *partie civile*. O ingresso da vítima no processo penal para postular apenas a satisfação do dano, pode causar tumulto e arrastar o processo por mais tempo. O nosso Código de Processo Penal do Império, seguindo a orientação do *Code d'Instruction Pénale* de 1808, dispunha no seu art. 269, § 5º, que o juiz de Direito, além de outros quesitos, indagava dos jurados “se havia lugar à indenização”. As consequências foram tão desastrosas que a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, no seu art. 68, revogou aquela disposição, nestes termos: “A indenização em todos os casos será pedida por ação cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá porém questionar mais sobre a existência do facto, e sobre quem seja o seu auctor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

O Código Penal de 1990 e todos os Códigos de Processo Penal que havia nos Estados seguiram aquela

orientação, que se consumou com o advento do Código Civil de 1916, cujo art. 1.525 reproduziu a parte final do art. 68 daquela Lei Imperial. Já em 1941, quando ocorreu a unificação dos Códigos de Processo Penal, o Min. Francisco Campos, um dos mais cultos ministros de Justiça que tivemos em toda a República, e que coordenou a feitura dos Códigos Penal e de Processo Penal, chamava a atenção para esse fato: o problema da satisfação do dano fica afeto ao Juízo Cível, que, em razão da matéria, é o competente.

Já perfilhamos posição diversa tão logo surgiu a Lei 9.099/1995. E hoje, meditando sobre o assunto, passamos a entender que o problema da indenização material ou moral deve ficar afeto a um magistrado mais familiarizado com o Direito Civil. Embora o fato gerador das responsabilidades penal e civil seja o crime, e não obstante a prevalência da decisão penal sobre a civil, o certo é que os juízes cíveis estão mais afeitos com o problema. Além do mais, a postulação da indenização dentro no processo penal, vale a pena repetir, pode castrar a celeridade que se procura dar a esse processo.

Quanto à supressão da ação penal privada, embora tenha a desvantagem da impossibilidade de o ofendido poder exercer o *jus accusationis*, por outro lado lhe retira o ônus de contratar advogado ou, se for pobre, requerer ao juiz a nomeação de um. Ademais, se o Estado é o titular do direito de punir, a acusação deve ficar a seu cargo. Quando muito, em razão dos efeitos deletérios que o *strepitus fori* possa causar à vítima, ou mesmo para preservar um eventual e futuro congraçamento entre autor e vítima, permitir a esta o direito de julgar da conveniência ou não quanto à persecução criminal, à semelhança do que ocorreu com a reforma do CPP italiano de 1930, seja previsto o instituto do perdão quando a ação penal estiver subordinada à representação. Se o Ministério Público, para promover a ação penal, nesses casos, depende de uma manifestação da vítima ou quem de direito, se, mesmo concedida a permissão, quem fez a representação pode retratar-se antes da oferta da denúncia, tal como dispõe o art. 25 do atual CPP, se no Juizado Especial Criminal a satisfação do dano é causa extintiva da punibilidade, nos crimes cuja ação penal se subordine à representação, parece-nos não haver uma razão lógica para não conceder ao ofendido o direito de perdoar até antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Na Itália é assim. Muito a propósito o art. 152 do *Codice Penale*: *Nei delitti a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato*. A impossibilidade da concessão do perdão seria para castigar a vítima pelo fato de ter feito a

representação e depois de um ano ter-se arrependido, dando trabalho a juízes e promotores? Poder-se-ia impedir o perdão, depois de instaurado o processo, se a vítima for menor de 18 anos e os seus interesses e os do seu representante legal forem colidentes. Aí, sim, o nosso superaria, nesse particular, o italiano.

O inquérito, a ação penal, a ação civil, a competência são institutos que precisam somente de um ajuste. No inquérito, apenas quatro observações: a) abolir a requisição judicial visando à instauração do inquérito; b) dar nova redação ao § 2º do art. 5º, que fala em “recurso ao chefe de polícia”, antiga denominação dada ao secretário da Segurança Pública, visto que não havia outra autoridade abaixo do secretário e acima do delegado; c) alterar o art. 22, dizendo que a regra se estende às comarcas contíguas; e, d) aumentar de dez para 30 dias o prazo para a conclusão do inquérito, quando preso o indiciado, e de 30 para 90, se solto estiver, tal como ocorre na Lei de Drogas.

Quanto à ação penal, excluir a ação penal privada propriamente dita e a personalíssima, e ajustar o capítulo de conformidade com a Lei 11.719/2008, substituindo o art. 43 pelo 395 e revogando os arts. 44, 45 e os demais que digam respeito à ação privada. Não há por que excluir a requisição do ministro da Justiça em certos crimes, por exemplo, os cometidos contra a honra dos presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de chefe de governo estrangeiro. Nesses casos, deve o ministro da Justiça aquilatar das vantagens e desvantagens da propositura da ação penal. Não fosse a inteligência e habilidade do Min. Hermes Lima, quando da injúria cometida contra João Goulart, pela oratória incendiária de Carlos Lacerda, talvez tivéssemos uma convulsão social.

Os capítulos do nosso CPP sobre ação civil e competência nem sequer devem ser alterados, salvo para incluir o contido na Súmula 122 do STJ no inciso IV do art. 78 e dizer, no parágrafo único do art. 64, que proposta a ação penal o juiz do cível deve sobrestar o andamento da ação civil até o julgamento da ação penal, para evitar decisões contrastantes. O capítulo das Questões incidentais não merece a menor censura, salvo para acrescentar no art. 117, ao lado do STF, o STJ e demais tribunais, e resolver o problema do conflito de atribuições entre membros do MP, quando integrarem Ministérios Públicos sob a chefia do procurador-geral da República e procuradores-gerais de Justiça. Como se trata de hipóteses raras, nada impede se atribua essa função ao STJ com um número bem maior de ministros.

As causas que geram o impedimento e suspeição dos juízes e membros do Ministério Público devem ser estendidas aos delegados de Polícia, dando-se nova redação ao art. 107 do CPP.

No capítulo da Prova (arts. 155/250), manter com a redação dada pelas Leis 11.690/2008 e 11.900/2009, com estas alterações: a) cuidar do reconhecimento fotográfico, exigindo que a autoridade exiba quatro ou cinco fotografias de pessoas que guardem certa semelhança com a pessoa que vai ser reconhecida; b) acrescentar, no corpo do art. 206, o *companheiro*, quando houver união estável; c) estabelecer que as partes devem ser notificadas para a audiência de testemunhas e vítima no juízo deprecado; d) dar nova redação ao art. 241, excluindo a figura da autoridade policial, em face do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal; e) acrescentar no capítulo dos Sujeitos processuais o defensor público; f) estabelecer que o assistente da acusação só pode recorrer nos casos de absolvição, impronúncia, extinção da punibilidade ou rejeição da denúncia; g) reservar a prisão especial para ministros de Estado, governadores, prefeitos municipais, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e delegados de Polícia, mesmo porque certos privilégios em nome do interesse público não maltratam o princípio da isonomia e, ademais, o convívio com aqueles que foram investigados, processados e condenados não é recomendável; h) permitir a prisão preventiva apenas para preservar a instrução criminal ou a investigação policial e para tornar eficaz a aplicação da pena; i) revogar o inciso IV do art. 313.

No capítulo da Liberdade provisória, excluir os arts. 321 e 322, os incisos II e IV do art. 323 e a parte final do inciso II do art. 324 (prisão *administrativa ou militar*), mesmo porque não temos mais prisão administrativa e a Justiça Militar desconhece o instituto da fiança. Quanto ao valor da fiança, é inacreditável que a CCJ do Senado se houvesse valido do salário-mínimo para a fixação do *quantum*, em afronta à parte final do inciso IV do art. 7º da *Lex Mater*, que veda sua vinculação para qualquer fim. Excepcionalmente, a Suprema Corte dele se tem valido para efeito de pensão alimentícia.

Expungir do processo todos os institutos que de há muito foram extintos: a) prisão administrativa (arts. 319/320); b) aplicação provisória de interdições de direito e medida de segurança (arts. 373/380); c) excluir os arts. 503/512, hoje objeto de lei especial; d) excluir os arts. 549/555 (aplicação de medida de segurança por fato não criminoso); e) substituir os arts. 556/562 por aqueles que tratam da competência originária (Leis 8.038/1990 e 8.658/1993). Os capítulos sobre sentença

e procedimentos comum e sumário devem permanecer tal como estão nos arts. 381/392, já com a sua nova redação (excluindo-se o 393); os arts. 394 a 405 devem ser mantidos com a redação dada pela Lei 11.719/2008. O capítulo do Júri deve ser mantido tal como está na Lei 11.689/2008, com as seguintes alterações: a) quando da convocação dos 25 jurados, deverão ser remetidas, para cada um deles, cópias da pronúncia e do relatório; b) o recrutamento dos jurados deve ser feito da seguinte forma: o juiz-presidente requisita do Cartório Eleitoral um número *x* de eleitores, excluindo-se os analfabetos e aqueles que já foram processados, sem prejuízo de ser investigada a idoneidade de cada um deles. Explica-se: quando o juiz oficia às entidades de classe, universidades e outros órgãos os nomes indicados são de pessoas de alto nível, quase todas com formação universitária, elitizando-se o júri; c) quando do momento das recusas peremptórias, indagar-se-á por primeiro à acusação e em seguida à defesa. Não se deve deslembrar que o júri está no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem; d) na contagem das cédulas, quando da votação de qualquer quesito, se a decisão for unânime, deve o juiz contar até a 4ª cédula, mantendo-se o sigilo do voto; e) quando do juramento, maltrata o princípio da soberania, o pedido de julgar de acordo com as provas dos autos. Os jurados julgam de acordo com a sua íntima convicção. Se os jurados devessem fundamentar suas decisões, aí, sim, não poderiam afastar-se das provas dos autos. Não é o caso. Se a Constituição quisesse que os jurados julgassem de acordo com as provas dos autos, para que serviria o júri? O capítulo das Nulidades permanece como está no Projeto. No capítulo dos Atos e prazos processuais, estabelecer o critério para a contagem do prazo quando fixado em minutos e hora. Quanto às citações e intimações por mandado, o prazo se inicia com a sua efetiva juntada, o mesmo ocorrendo se realizadas por precatória ou rogatória; neste último caso, que se suspenda o prazo prescricional. No capítulo do *Habeas Corpus*, um reparo: tanto na primeira como na segunda instâncias o órgão do Ministério Público deverá dispor de dois dias para se manifestar sobre o pedido. Salvante isso, o CPP, no particular, deve ficar inalterado.

Não há por que retirar do júri os crimes conexos. Temos muito bem convivido, desde fevereiro de 1948, com esse sistema. A *perpetuatio jurisdictionis* implica celeridade e economia processuais. Se o júri julga o homicídio, por que não o desacato, a resistência, a lesão grave e outros quando conexos com aquele, se todos eles estavam no mesmo contexto fático? Evidente que cessada a competência do Tribunal popular, em face

de uma desclassificação, os crimes conexos passarão para o juiz-presidente.

Se ninguém pode ser julgado senão pelo juiz constitucionalmente competente ao tempo do fato, *como está no projeto*, evidente que a pessoa com direito a foro privativo, se perder o cargo ou a função, depois de haver praticado a infração, nem por isso se afasta do seu juiz natural, sob pena de haver *contradictio in adjectis*. Ademais, nesses casos, quando a autoridade não quiser ser julgada pelo seu juiz natural, renunciará ao cargo. O capítulo da Prova merece maior reflexão tendo em vista a nossa realidade. Não há condições para se tomar o depoimento de uma criança com aquele aparato. Basta seja ouvida, com uma linguagem educada e serena, a portas fechadas. Quanto ao recurso em sentido estrito, louvável sua substituição pelo agravo de instrumento, mas é preciso que se simplifique e não se procure processualizar civilmente o processo penal. O agravo deve ser interposto perante o juiz. Se este o desacolher, deverá ser remetido ao Tribunal. Caso contrário, se a nova decisão do juiz comportar recurso, bastará ao agravado requerer o simples encaminhamento dos autos do agravo ao órgão *ad quem*. O protesto por novo júri deve ser mantido em outros termos (quando a pena imposta for igual ou superior a 25 anos, devendo o novo júri ser presidido por outro juiz, como ao tempo do Império), mesmo porque umbilicalmente ligado à instituição do júri, cuja defesa é plena, e, obviamente, com todos os recursos a ela inerentes.

Embora não houvéssimos incluído na nossa proposta o duplo grau de jurisdição obrigatório, entendemos que, na hipótese de o juiz impor ao réu pena igual ou superior a oito anos, deverá ele submeter sua decisão monocrática ao crivo da segunda instância. Isso é respeito ao direito do cidadão.

Não concebemos os sete jurados, após os debates, reunirem-se a portas fechadas para deliberar sobre a condenação ou absolvição. Ao tempo do Império era assim. Mas, àquela época, a Constituição Imperial, nos arts. 151 e 152, nem sequer diziam quais os crimes que eles poderiam julgar e muito menos falava em *sigilação da votação*. Hoje, não. Desde a Constituição de 1946 até a atual, a sigilação da votação é assegurada aos jurados. A inconstitucionalidade da disposição é visível a olho nu, uma vez que cada um deles fica sabendo qual a opinião dos demais. Evidente que, se os sete jurados trocarem ideias a portas fechadas, o mais instruído ou o mais convincente altera o julgamento. Seria bom rever o velho filme *Doze homens e uma sentença*, com Henry Fonda.

Itália, Alemanha, França e Portugal, entre outros países da Europa, adotam o escabinado: dois ou três juízes togados e quatro ou seis juízes leigos integram o órgão julgador, os quais, após os debates, reúnem-se a portas fechadas para deliberar. E os autores espanhóis, sarcasticamente, denominam essa instituição Júri tutelado... , tamanha a influência dos togados sobre os leigos. Também na contagem dos votos pertinentes a qualquer quesito, havendo unanimidade, conta-se até a cédula quatro, preservando-se desse modo o sigilo do voto. Quando do sorteio dos jurados, no momento da indagação sobre as recusas peremptórias, por primeiro indaga-se à acusação e em seguida à defesa. Louvável

a abolição da carta testemunhável. O procedimento do agravo na hipótese de inadmissão de recursos extraordinário e especial, como está no Projeto, agiliza e muito o andamento desses recursos.

Os procedimentos introduzidos pela Lei 11.719/2008 deram ao processo penal uma vitalidade nunca vista e por isso deve ela ser acolhida pelo Projeto. Contudo, entendemos, no intuito exclusivo e único de procurar atualizar o nosso Código de Processo Penal, devam ser simplificados alguns institutos, deixando o nosso estatuto processual penal como um instrumento de fácil manejo, sem perder a modernidade e a eficácia. Uma lei feita com os pés no chão...

Os benefícios previdenciários anteriores à Medida Provisória 1.523-9/1997 e o prazo decadencial para a revisão do ato administrativo de concessão

Gabriel Brum Teixeira*

Introdução

O egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que

O prazo decadencial estabelecido no art. 103 da Lei 8.213/1991, e suas posteriores alterações, não pode retroagir para alcançar situações pretéritas, atingindo benefícios regularmente concedidos antes da sua vigência¹.

Recentemente, essa jurisprudência veio novamente à baila em notícia veiculada pelo sítio virtual daquela Corte², oportunizada pelo recente julgamento

*Juiz Federal Substituto — Subseção Judiciária de Aparecida de Goiânia/SJGO/TRF1.

¹ EDcl no REsp 527.331/SP, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 23/06/2008.

² “Revisão previdenciária anterior a junho de 1997 pode ser pedida a qualquer tempo

É firme no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prazo decadencial (para que se exerça um direito) para pedir revisão de benefícios previdenciários incluído na Lei de Benefícios (Lei 8.213/1991) em 1997 não atinge as relações jurídicas anteriores. O entendimento está pacificado nas duas turmas da Terceira Seção há mais de uma década.

Já em 2000, o Min. Hamilton Carvalhido, quando integrava a Sexta Turma do STJ, definiu: “Não possui eficácia retroativa o art. 103 da Lei 9.528/1997 quando estabelece prazo decadencial, por intratáveis o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil)”.

Também nesse sentido, o Min. Jorge Scartezini, da Quinta Turma, afirmou durante o julgamento de um recurso do INSS realizado em 2001 (REsp 1147891): “O prazo decadencial instituído pelo art. 103 da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Medida Provisória 1.523/1997, não se aplica aos pedidos de revisão de benefícios ajuizados antes de sua vigência, por não ter o novo regramento aplicação retroativa”. A Medida Provisória 1.523/1997, convertida na Lei 9.528/1997, deu nova redação ao caput do art. 103 da Lei dos Benefícios, instituindo o prazo de decadência de dez anos para todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

A nova redação também determina que prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, conforme dispõe o Código Civil.

A questão foi muito bem esclarecida pelo atual corregedor nacional de Justiça, Min. Gilson Dipp, quando integrava a Quinta Turma (REsp 254186). Segundo ele, “antes da nova regra, o segurado podia, a qualquer tempo, buscar a revisão do cálculo de sua renda

de agravo regimental atravessado nos autos do Agravo de Instrumento 927.330³, realizado pela colenda Sexta Turma.

Não raro, porém, correntes jurisprudenciais ganham corpo sem que todos os aspectos relevantes e pertinentes à discussão tenham sido devidamente enfrentados. Quanto mais importantes se entremostrem as consequências resultantes do posicionamento dos Tribunais sobre a vida dos cidadãos e o interesse da coletividade, maior a necessidade de que sejam aprofundadas as vertentes da decisão.

Em relação à questão atinente à existência ou não de prazo decadencial a fulminar o direito potestativo de buscar a revisão do ato administrativo que fixou os valores representados pelos benefícios previdenciários, não obstante as inúmeras decisões da Corte constitucionalmente incumbida do magno mister de zelar pela uniforme aplicação da legislação federal (CF, art. 105), nota-se, pela atenta leitura desses precedentes, que alguns pontos passaram ao largo das discussões ocorridas nas sessões de julgamento das Quinta e Sexta Turmas, responsáveis pela apreciação de demandas envolvendo Direito Previdenciário. De todos os pontos que se poderia cogitar como relevantes para um melhor equacionamento da controvérsia, e que não foram em momento algum enfrentados, há um, particularmente, que merece destaque: os

mensal inicial, embora tivesse prescritas as diferenças ocorridas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação”. O instituto da decadência foi incluído na nona edição da MP 1.523, publicada em 27 de junho de 1997.

Inicialmente, explica Gilson Dipp, o prazo foi fixado em dez anos, porém com a edição da Lei 9.711, ele foi reduzido para cinco anos, igualando-se ao da prescrição. “O prazo decadencial de revisão, em se tratando de direito material, atinge apenas os benefícios concedidos após a MP 1523, isto é, 27/06/1997, pois a norma não é expressamente retroativa, sendo de 10 (dez) anos, para os benefícios concedidos entre 28/06/1997 (MP 523/1997) e 20/11/1998 (Lei 9.711/1998) e de 5 (cinco) anos, a partir de 21/11/1998”.

O Min. Dipp explicou, ainda, que a regra não alcança o direito de ajuizar ações revisionais que busquem a correção de reajustes de benefícios, que continuam atingidas apenas pela prescrição quinquenal.”

(http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96058, acessado em 25/02/2010.)

³ AgRg no Ag 927.300/RS, Sexta Turma, rel. Des. conv. Celso Limongi, DJ de 19/10/2009.

fundamentos dos precedentes emoldurados no seio das Turmas que integram a Terceira Seção vão de encontro à jurisprudência pacificada pela colenda Corte Especial daquele Sodalício, formada a partir do julgamento do Mandado de Segurança 9.112⁴, quando em jogo a possibilidade de aplicação do novel prazo de decadência instituído pela Lei 9.784/1999 aos atos administrativos praticados anteriormente à sua vigência.

A temática que ora suscito neste despretenso artigo foi objeto de debates por ocasião da I Jornada de Direito Previdenciário organizada pela Escola da Magistratura Federal da 1ª Região, cujos trabalhos se desenvolveram na agradável capital mineira, entre os dias 27 e 29 de outubro de 2009. O relato de várias decisões judiciais que ainda insistem em tese diversa àquela até agora acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça – vindas seja da primeira instância e de todas as regiões da Justiça Federal, seja, também, de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais⁵ –, muito antes de significar uma injustificada resistência à jurisprudência cristalizada por aquela respeitada Corte, espelha uma salutar preocupação com o fato de não terem sido devidamente abordados aspectos cruciais para o mais aperfeiçoado destrinçamento da controvérsia jurídica em tela. O contexto, mais propriamente, faz avultar o propósito da magistratura de primeira e segunda instâncias em colaborar com o amadurecimento da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, à conta dos inegáveis e importantes reflexos que está a produzir sobre *milhões* de ações judiciais que existem e que seguramente continuarão a existir *por décadas* mercê do entendimento hoje acolhido pelas Turmas que compõem a Terceira Seção. É oportuno mencionar, a propósito, que a discussão aqui agitada ainda não foi objeto de deliberação em sede de recurso repetitivo⁶, à luz do rito tracejado pelo art. 543-C do Código de Processo Civil e, pois, sob os cuidados da composição conglobante própria

aos julgamentos das seções que se agregam àquela augusta Casa de Justiça.

II – A divergência com o posicionamento da Corte Especial do STJ

Não se desconhece, como dito, a existência de inúmeros precedentes, inclusive no âmbito das Turmas que formam a egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça e da colenda Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, reconhecendo que, por versar a decadência tema jungido aos domínios do direito material, não deverá incidir frente a benefícios previdenciários concedidos antes de 27/06/1997, data na qual editada a Medida Provisória 1.523-9⁷, que deu novo rosto à cabeça do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituindo este prazo extintivo.

Sem embargo, não são poucas as decisões judiciais que aplicam a nova redação do *caput* do art. 103 da Lei 8.213/1991 inclusive em relação à pretensão de revisar o ato de concessão de benefício previdenciário nascido antes de 27/06/1997, contando-se o prazo decadencial, contudo - para evitar a inaceitável aplicação retroativa de lei posterior - desde a data da vigência do Diploma Normativo que deu vida ao instituto da decadência em tema de revisão do valor da RMI de benefício previdenciário.

Ao fazê-lo, agarram-se essas decisões ao pacífico entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e dos egrégios Tribunais Regionais Federais⁸ em torno da aplicabilidade imediata de lei nova que institui prazo decadencial relativamente a certo direito de índole potestativa.

Devo iniciar, pois, demonstrando esse magistério jurisprudencial que, na visão de muitos – os quais gozam da consoladora companhia, como se verá adiante, de doutrinadores do peso de *Pontes de Miranda*, *Galeno Lacerda*, *Câmara Leal* e *Barbosa Moreira* – representa o pensamento mais correto ao enfrentar-se a conturbada problemática do direito intertemporal em matéria de instituição de prazo decadencial:

⁴MS 9.112/DF, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14/11/2005.

⁵Merece menção, aqui, a Súmula 63 publicada pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cujo enunciado é o seguinte: “Em 1º/08/2007 operou-se a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário instituído anteriormente a 28/06/1997, data de edição da MP 1.523-9, que deu nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/1991”.

⁶E nem mesmo foi decidida pelas Quinta e Sexta Turmas em julgamento conjunto pela Terceira Seção, ao pálio da reunião de todos os seus ministros integrantes.

⁷Convertida, ao depois, na Lei 9.528/1997.

⁸TRF 1ª Região, AMS 2000.34.00.040799-1/DF, Primeira Turma, rel. Juíza Federal convocada Sônia Diniz Viana, DJ de 05/11/2007; TRF 3ª Região, AMS 2000.60.00.003496-3, Décima Turma, rel. Juiz Federal Galvão Miranda, DJ de 18/01/2006; TRF 4ª Região, EIA 2005.71.00.024448-1, Segunda Seção, rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, DJ de 05/03/2008; TRF 5ª Região, REOMS 2001.81.00.016237-1, Terceira Turma, rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJ de 28/02/2008.

Administrativo. Ato administrativo: revogação. Decadência. Lei 9.784/1999. Vantagem funcional. Direito adquirido. Devolução de valores.

Até o advento da Lei 9.784/1999, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF.

A Lei 9.784/1999, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54).

A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado. Ilegalidade do ato administrativo que contemplou a impetrante com vantagem funcional derivada de transformação do cargo efetivo em comissão, após a aposentadoria da servidora. Dispensada a restituição dos valores em razão da boa-fé da servidora no recebimento das parcelas.

Segurança concedida em parte. (STJ, MS 9.112/DF, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14/11/2005.)

Direito Administrativo. Servidor público distrital. Pensão por morte. Vantagens. Ilegalidade no pagamento. Decadência administrativa. Não ocorrência. Art. 54 da Lei 9.784/1999. Recurso especial conhecido e provido.

I. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei 9.784/1999 também estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal de que trata seu art. 54. Todavia, nesses casos, tem-se como termo a quo a entrada em vigor de referido diploma legal.

II. Hipótese em que a ilegalidade da percepção de vantagem pela recorrida, pensionista de servidor público distrital falecido, decorre do ato de aposentadoria dele, ocorrido em 1990, antes da entrada em vigor da Lei 9.784/1999, e o cancelamento do seu pagamento ocorreu 2001, de modo que não há falar em decadência administrativa no presente caso.

III. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 882.342/DF, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10/03/2008.)

A identidade jurídica entre as discussões em cotejo é inegável.

Tem-se, de um lado, novo prazo decadencial trazido pelo art. 103 da Lei 8.213/1991, e, de outro, novo prazo decadencial plasmado pelo art. 54 da Lei 9.784/1999.

Ambos irradiam-se sobre o direito de revisar atos administrativos: o primeiro tangencia o direito à revisão do ato administrativo cujos efeitos jurídicos cingem-se à concessão de um benefício previdenciário; o segundo concerne ao direito à revisão de um ato administrativo em geral, sem conteúdo especificado pela lei. Mesmo

que um dos prazos dirija-se aos beneficiários da Previdência Social (art. 103 da Lei 8.213/1991) e o outro esteja voltado aos agentes da Administração Pública (art. 54 da Lei 9.784/1999), não há como deixar de enxergar que, tanto num quanto noutro caso, está em disputa o direito potestativo a revisar um ato administrativo, que, até certa altura, não se sujeitava a prazo decadencial algum.

Em relação ao art. 103 da Lei 8.213/1991, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ reputam-no inaplicável – *de que modo for*, ou seja, ainda que a contagem dos dez anos somente tivesse início a partir do nascimento da norma que o instituiu – ao direito de revisar os atos administrativos anteriores à sua vigência. Em relação ao art. 54 da Lei 9.784/1999, a Corte Especial daquele mesmo Tribunal o considera aplicável ao direito de revisar qualquer que seja o ato administrativo, *mesmo os anteriores à sua vigência*, contando-se o prazo decadencial, contudo, somente a partir da data em que entrou em vigor.

III - Três razões que justificam a aplicação do novel art. 103 da Lei 8.213/1991 aos benefícios concedidos anteriormente à vigência da Medida Provisória 1.523-9, de 26 de junho de 1997, contando-se o prazo decadencial a partir da data em que entrou em vigor

Três razões, basicamente, conduzem à convicção de que esta é a melhor forma de lidar com o prazo decadencial ilustrado no art. 103 da Lei 8.213/1991 – à vista da conformação imprimida pela MP 1.523-9/1997 –, diante da questão ligada à sua aplicação intertemporal.

1. Primeira razão: o prazo decadencial a atacar o direito à revisão do ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário tem a mesma natureza ontológica do prazo decadencial relativo à revisão de ato administrativo de conteúdo diverso.

De logo, insta observar que a decadência, qualquer que seja a área do Direito em que introduzida – Civil, Administrativo, Tributário, Previdenciário etc. –, encerra a mesma natureza ontológica. Fomentada pela necessidade de promover a estabilidade social, presta-se a extinguir determinado direito quando ultrapassado longo lapso temporal sem que seu titular o tenha exercido. Estamos diante, é certo, de instituto jurídico de direito material que se engasta na chamada Teoria Geral do Direito. Ainda que sua presença seja verificada em diversos segmentos da ciência jurídica,

ainda que nestes transpareçam contornos um pouco distintos, não há dúvida de que sua essência é a mesma, sempre. Trata-se de ferramenta depositada nos cofres da segurança jurídica, voltada, repita-se, à manutenção de situações estáveis, já consolidadas.

Daí não existir razão legítima para dar tratamento jurídico diferente à decadência do art. 54 da Lei 9.874/1999 e à plasmada no art. 103 da Lei 8.213/1991. Ambas dirigem-se a estabilizar relações jurídicas quando ultrapassado considerável espaço de tempo, a primeira mirando contra atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis ao administrado, a segunda perseguindo um ato administrativo específico, qual o ato de concessão de um benefício do RGPS. Não há diferença substancial entre uma e outra.

2. Segunda razão: a aplicação do art. 103 da Lei 8.213/1991 aos benefícios previdenciários concedidos anteriormente à edição da MP 1.523/1997 não hospeda situação de retroatividade da norma.

Por outro lado, não se vislumbro a anunciada retroatividade da MP 1.523/1997 quando se analisa a decadência do direito de revisão do ato de concessão do benefício previdenciário surgido anteriormente à sua vigência.

De fato, haveria retroatividade se esses dez anos correspondentes ao prazo inercial fossem contados desde a edição daquele ato de concessão. Sabia-se, antigamente, que não havia prazo decadencial algum para o exercício do direito de revisá-lo. A situação era essa, e alterá-la, fazendo a contagem ter início desde a gênese do ato, conspurcaria, sem dúvida alguma, a segurança jurídica que anima a garantia ilustrada no art. 5º, XXXVI, da Carta Maior.

Bem diferente é o panorama quando a contagem da decadência não retroage à data da edição do ato de concessão do benefício previdenciário, mas começa a fluir daqui para frente, ou seja, somente a partir da vigência da lei que a instituiu. A bem da verdade, não há retroação da norma, mas sua incidência imediata. E sem prejudicar ninguém, pois *os dez anos valem para todos*. Aliás, para aqueles que tiveram seus benefícios outorgados antes da nova lei que definiu o prazo decadencial, ter-se-á, entre o ato de concessão e o termo *ad quem* da decadência, mais do que esses dez anos, naturalmente. Mas assim deve ser para não violentar a segurança jurídica, pois, do contrário, aí sim, estar-se-ia abrindo as portas ao indesejado *efeito surpresa*.

3. Terceira razão: a isonomia entre os beneficiários da Previdência Social.

O terceiro motivo que leva à adoção desse pensamento, por fim, está associado ao peso que devemos atribuir à isonomia entre os diversos beneficiários do RGPS.

Por que blindar os benefícios concedidos anteriormente à MP 1.523-9/1997, assegurando-lhes a possibilidade de, *ad aeternum*, serem revistos judicialmente no que se refere ao ato de que importou na sua concessão, e reconhecer a fluência da decadência àqueles deferidos após este marco? Não se vê como decisivo o fato de uns serem anteriores a 27/06/1997 e outros serem posteriores a essa data; nem parece legítimo tão simplório fator de discrimen. Sobretudo quando àqueles benefícios mais antigos os dez anos serão contados tão somente a partir vigência da nova lei, *pro futuro*, sem surpresa a ninguém porque a contagem não retroagiu de modo algum.

Se a uns não é permitido discutir judicialmente o ato de concessão do seu benefício quando já consolidada a situação relacionada com o valor de sua RMI após a passagem de longos dez anos, não há como, a outros, permitir-lhes *eternamente* discutir. O tratamento já é diverso na medida em que aos benefícios anteriores a 27/06/1997 a decadência resultará em prazo superior aos dez anos, uma vez que a sua contagem apenas se iniciará a partir desse dia; essa diferenciação, porém, tem um fundamento legítimo, qual a preservação da estabilidade do período onde não existia prazo decadencial algum, sob pena de a contagem retroativa surpreender e, com isso, entrar em rota de colisão com o valor albergado no alto do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Agora, dizer que o valor da RMI, alcançada no ato de concessão de um benefício previdenciário gerado em 26/06/1997, pode ser discutido *a qualquer tempo e quantas vezes forem*, ao passo que o valor da RMI referente a outro benefício que despontou um dia depois, em 27/06/1997, não poderá ser revisado mercê da decadência operada com o ajuizamento de demanda judicial depois de decorridos dez anos disso, esconde tratamento que não é razoável nem se traduz em diferenciação escorada em fundamento legítimo.

IV - A constitucionalidade do art. 103 da Lei 8.213/1991, na redação dada pela Medida Provisória 1.523-9, de 26 de junho de 1997

Como se viu, não há como estabelecer a *eternidade* como o marco final do prazo para alguém discutir judicialmente o ato de concessão de seu benefício previdenciário, sobretudo quando em relação

a outros beneficiários existe um prazo de dez anos para que o façam, sob pena de estabilizar a situação já consolidada. Do contrário, teremos, sim, a eternização do litígio, do conflito, conflito esse que gira em torno de um ato administrativo que já se materializou há muito, mas há muito tempo mesmo. Estaremos discutindo em demandas judiciais o ato de concessão de um benefício previdenciário que veio à baila há 15, 20, 25, 30, 35, 100 anos... e assim o será *para sempre*.

É bom notar, por oportuno – haja vista existir na doutrina vozes em sentido contrário –, que a previsão da decadência no art. 103 da Lei 8.213/1991 não afugenta qualquer norma constitucional. Com efeito, a segurança jurídica é um dos mais caros princípios que orientam o Estado Democrático de Direito moldado pela Carta de 1988.

Ademais, é plenamente razoável o lapso de dez anos para o segurado ou dependente revisar o ato de concessão do seu benefício. Veja-se, não há decadência alguma para alguém ter reconhecido o seu direito fundamental a um benefício previdenciário e começar a recebê-lo. O legislador traçou, tão somente, um período de tempo bem razoável (dez anos) para que o seu titular venha a revisar o *valor* desse benefício. Nada há de inconstitucional nisso. Aliás, fosse assim e inúmeros prazos decadenciais articulados na legislação civil, consumerista ou tributária também estariam fadados a desaparecer, tendo em vista que também se relacionam com direitos fundamentais.

V - Outros exemplos que elucidam a melhor forma de lidar com a criação ou alteração de prazo decadencial ou prescricional

Há espaço para enfatizar, outrossim, que é nesta mesma fonte que o legislador tem matado sua sede de dar correta aplicação intertemporal a prazos decadenciais ou prescricionais que são reduzidos por lei posterior – ao que se equivale a instituição de um prazo inercial até então inexistente, por absoluta similaridade nos seus efeitos.

Deveras, o Código Civil, em seu art. 2.028, não determinou que os novos prazos prescricionais ou decadenciais não se aplicariam aos fatos anteriores à sua vigência. Apenas deixarão de incidir se a contagem segundo a lei antiga já houvesse transposto a metade do prazo antigo e mais amplo. Do contrário, é a nova lei que deve imperar, operando eficácia *ex nunc* – tal qual se propõe em relação ao novel art. 103 da Lei 8.213/1991.

Cabe mencionar, também, que, em se tratando de Direito Tributário, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao assistir a assustadora tentativa de carregar com força retro-operante a redução do prazo da repetição do indébito implementada pelo art. 3º da LC 118/2005 – ao que, repita-se, se equivaleria a novel instituição de decadência até então inexistente –, chancelou a aplicação da nova sistemática de contagem a partir da vigência da LC 118/2005 quando não resultasse em prazo superior àquele que se teria segundo a lei antiga. Deveras, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp 644.736/PE⁹, quando reconhecida por aquela honorável Casa de Justiça a incompatibilidade vertical do art. 4º da LC 118/2005 com o Texto Magno, o eminente Min. Teori Albino Zavascki, em seu magistral voto, seguido à unanimidade pelos seus eminentes pares, citou que esse raciocínio acerca da aplicação da lei nova que diminui um prazo prescricional (ou decadencial, por certo) goza da honrosa companhia de juristas do porte de *Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, Tomo VI, p. 359)*, *Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1976, v. V, pp. 205/207)*, *Galeno Lacerda (O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp. 100/101)* e *Câmara Leal (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1978, p. 90)*, de fora parte ter sido acolhido em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal. É sua a seguinte conclusão, acompanhada da habitual cintilância: “Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09/06/2005), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova” (grifei).

A síntese desse raciocínio foi feita, com maestria, pelo saudoso Min. Luiz Galloti, quando do julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, do RE 37.223, realizado na assentada de 10/07/1958:

Prescrição extintiva. Lei nova que lhe reduz prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga, se o seu prazo se consumir antes que

⁹Corte Especial, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU, ed. 27/08/2007. Importa assinalar que o voto aludido é aquele confeccionado no julgamento tomado pela própria Primeira Seção, não aqueloutro que sobreveio na Corte Especial após decisão do STF reconhecendo a necessidade de observância à reserva de plenário (CF, art. 97).

se complete o prazo maior da lei nova, contado da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse a resultado oposto, de ampliá-lo.

Conclusão

Arrematando, não se antevê nenhum inconveniente em aplicar o razoável prazo decadencial de dez anos para a revisão do ato de concessão de todos os benefícios previdenciários, desde que, em relação àqueles que são anteriores à sua instituição, a contagem se inicie somente após a vigência do corpo normativo que estabeleceu a decadência (27/06/1997)¹⁰. Nisso, a bem da verdade, (i) não há nenhuma irretroatividade; (ii) dá-se tratamento isonômico a todos os beneficiários do RPGS que queiram revisar o valor inicial – RMI – do seu benefício; e (iii) se evita a *perenização do litígio*, que seria fruto do reconhecimento de que a decadência

não se aplicaria aos benefícios concedidos antes de 27/06/1997 – entendimento que outorgaria, a seus titulares, a faculdade de, até a eternidade, discutir, e tornar a discutir em juízo quantas vezes desejassem, o *quantum* inicial da prestação que a Previdência Social mensalmente lhes vem endereçando há um punhado de anos.

Referências bibliográficas

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1998, Tomo VI.

MOREIRA, José Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1976, v. V.

LACERDA, Galeno. *O novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Forense, 1974.

LEAL, Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. Forense, 1978.

¹⁰ Medida Provisória 1.523-9/1997.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.195, de 14 de janeiro de 2010

Altera o art. 990 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal conferido ao cônjuge supérstite, quanto à nomeação do inventariante.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera os incisos I e II do *caput* do art. 990 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, com vistas a assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal já conferido ao cônjuge supérstite no que se refere à nomeação de inventariante.

Art. 2º Os incisos I e II do *caput* do art. 990 da Lei 5.869, de 1973 (Código de Processo Civil), passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 990.

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;

.....” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 14 de janeiro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
Luís Inácio Lucena Adams

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.258, de 15 de junho de 2010

Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º (Vetado)

Art. 2º A Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 66.....

V -

i) (Vetado);

.....” (NR)

“Art. 115. (Vetado).

.....” (NR)

“Art. 122.....

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.” (NR)

“Art. 124.....

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra.” (NR)

“Art. 132.....

.....

§ 2º.....

.....

d) (Vetado)" (NR)

"TÍTULO V

.....
CAPÍTULO I

.....
Seção VI

Da Monitoração Eletrônica

Art. 146-A. (Vetado).

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (Vetado);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (Vetado);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (Vetado);

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III - (Vetado);

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

III - (Vetado);

IV - (Vetado);

V - (Vetado);

VI - a revogação da prisão domiciliar;

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

I - quando se tornar desnecessária ou inadequada;

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave."

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a implementação da monitoração eletrônica.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de junho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI 12.291, de 20 de julho de 2010

Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º São os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços obrigados a manter, em local visível e de fácil acesso ao público, 1 (um) exemplar do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 2º O não cumprimento do disposto nesta Lei implicará as seguintes penalidades, a serem aplicadas aos infratores pela autoridade administrativa no âmbito de sua atribuição:

I - multa no montante de até R\$ 1.064,10 (mil e sessenta e quatro reais e dez centavos);

II - (VETADO); e

III - (VETADO).

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de julho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Corte Especial

Numeração única: 0000161-06.2004.4.01.0000

Mandado de Segurança 2004.01.00.000032-8/DF

Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus
Impetrante: Edielson Araújo da Cunha
Advogada: Dra. Kennia Pinheiro da Silva
Impetrado: Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação: e-DJF1 de 02/08/2010, p. 2

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Critérios para arredondamento de vaga. Limites legais. Ordem de nomeação de candidato portador de deficiência.

I. Segundo dispõe o art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/1999 c/c o art. 2º da Resolução 155/1996-CJF, caso a aplicação do percentual de reserva de vagas estabelecido no edital para portadores de deficiência resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

II. Tendo em conta, de um lado, os precedentes do STF que já trataram sobre os critérios a serem utilizados para nortear o arredondamento de fração quando o percentual de vagas reservado aos portadores de deficiência não correspondesse a um número inteiro (ver RE 227.299/MG, MS 25074 MC/DF e MS 26.310-5/DF), e, de outro lado, os limites fixados pela lei, tem-se que a melhor exegese a ser utilizada é aquela que somente admite ser possível realizar tal arredondamento quando a fração corresponder a, no mínimo, 20% dos cargos a serem preenchidos, sob pena de se extrapolar o limite máximo de reserva de vagas para deficientes fixado no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990.

III. Daí decorre que, em concursos públicos destinados à formação de cadastro de reserva, com previsão, no edital, de destinar 5% das vagas a candidatos portadores de deficiência, impõe-se promover o arredondamento de vaga para um número inteiro todas as vezes que o número de vagas existente estiver compreendido entre cinco e 19.

IV. A utilização do critério aqui proposto para o arredondamento da primeira vaga a ser destinada a candidato portador de deficiência não implica em ampliação do percentual de reserva previsto no concurso, pois, uma vez que o 1º colocado entre os portadores de deficiência tenha tomado posse, o 2º colocado somente poderá ser nomeado quando surgir nova vaga inteira, nos termos do percentual previsto no edital. Assim sendo, por exemplo, se o percentual reservado foi de 5% e existem apenas cinco vagas, deverá o 1º colocado entre os deficientes tomar posse na 5ª e o 2º colocado somente terá direito de tomar posse na 25ª.

V. Entretanto, a reserva de vagas prevista na Constituição Federal não constitui, necessariamente, garantia de nomeação do candidato portador de deficiência antes de outros candidatos que obtiveram melhor nota na classificação geral do certame. Mesmo porque há concursos que atribuem aos melhores colocados o direito de escolha de lotação antes dos classificados em posição inferior, sem contar que, em muitas carreiras, a antiguidade é um dos elementos levados em consideração para acesso a promoções.

VI. Assim sendo, se existem 18 vagas para o concurso e o candidato aprovado em 1º lugar entre os portadores de deficiência não logrou obter nota que o classificasse entre os 18 primeiros colocados da listagem geral, por força da norma que lhe garante o direito à reserva de vaga e permite o arredondamento de número fracionário, deve ser ele nomeado para ocupar a 18ª vaga.

VII. Ordem concedida, em parte, apenas para garantir ao impetrante o direito à nomeação na 18ª vaga.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, conceder, em parte, a ordem.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 1º/07/2010.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Trata-se de mandado de segurança impetrado por Edielson Araújo da Cunha em face do Ato Presi 630 – 1.067, de 15 de dezembro de 2003 (fls. 49), da lavra do Des. Federal Catão Alves, que nomeou, em segunda convocação, 9 (nove) candidatos para o cargo de técnico judiciário, área administrativa, nível intermediário, classe “A”, padrão 01, da Seção Judiciária do Estado do Amapá.

Cumpra destacar que, em primeira convocação, foram nomeados 3 (três) candidatos para o aludido cargo.

Sustenta o impetrante ter sido violada a ordem de classificação, uma vez que o edital reservou aos portadores de deficiência 5% (cinco por cento) das vagas e, por isso, teria ele direito de ser nomeado, pelo menos, na 10ª (décima) posição, o que não ocorreu no prazo de validade do certame, não obstante ter logrado o primeiro lugar como deficiente.

Em suas informações, a autoridade coatora afirma que: a) a nomeação de candidatos da lista de portadores de deficiência dar-se-ia, tão somente, a partir do 20º (vigésimo) colocado da lista geral, pois os 5% (cinco por cento) editais só representariam 1 (uma) vaga inteira a partir da 20ª (posição); b) a Administração nomeou apenas 18 (dezoito) candidatos, por isso que o impetrante não foi alcançado em sua expectativa de acesso ao cargo.

Opina o douto órgão do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Almeja o impetrante sua nomeação para o cargo de técnico judiciário – área administrativa, na Seção Judiciária do Amapá, uma vez que obteve o primeiro lugar na listagem concernente aos portadores de deficiência, para os quais o Edital reservava 5% (cinco por cento) das vagas.

Sobre o assunto, o art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3.298, de 20/12/1999, que regulamenta a Lei 7.853/1989, assim dispôs:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Deve-se ter em mente, ainda, que o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990 estabeleceu um limite máximo de 20% de reserva de vagas para ocupação por portadores de deficiência.

Art. 5º (...)

§ 2º As pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Ora, a jurisprudência é pacífica no sentido de que, havendo apenas uma vaga, será ela destinada ao 1º colocado não portador de deficiência física¹. Também é certo que o percentual mínimo de 5% das vagas corresponde a um número inteiro somente a cada 20 (vinte) vagas, levando-se em consideração o número de vagas em relação ao quantitativo de cargos ou de empregos públicos em cada unidade administrativa. Assim é que, quando se tem múltiplos de 20, sempre haverá uma vaga inteira destinada a deficiente a cada vintena.

Ocorre que o disposto no § 2º do art. 37 do Decreto 3.298/1999 deixa clara a possibilidade de se destinar uma vaga ao candidato portador de deficiência mesmo que, ao aplicar-se o percentual reservado aos deficientes pelo Edital do certame, chegue-se a número fracionário que não corresponda a uma vaga inteira.

A dificuldade interpretativa surge quando se questiona até que número seria legítimo proceder-se

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa, Francisco de Assis Betti, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Carlos Moreira Alves, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro e Souza Prudente.

¹ Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes: MS 8.417/DF, rel. Min. Paulo Medina, 3ª Seção do STJ, julgado em 12/05/2004, unânime, DJ de 14/06/2004, p. 156; AGRAGI 2004.01.00.025051-2/GO, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 6ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, DJ de 04/05/2005, p. 46.

ao arredondamento de uma fração para um número inteiro.

Em mais de uma ocasião o STF já teve oportunidade de se manifestar sobre os critérios que deveriam ser utilizados para nortear o arredondamento de fração, quando o percentual de vagas reservado aos portadores de deficiência não correspondesse a um número inteiro.

Senão vejamos. Em situação na qual só havia 8 (oito) vagas disponíveis, sendo 5% (cinco por cento) delas destinadas a portadores de deficiência, o que corresponderia a 0,4 vagas, o Supremo Tribunal Federal determinou que uma delas fosse destinada ao candidato deficiente. Depreende-se, portanto, da interpretação levada a efeito pela Corte Suprema, que descabe exigir uma fração mínima de número inteiro para que uma das vagas disponíveis seja destinada ao cumprimento eficaz da norma inscrita no art. 37, VIII, da Constituição da República. Confira-se, a seguir, o teor da ementa do precedente a que me refiro:

Administrativo. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal.

A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 227.299/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma do STF, julgado em 14/06/2000, unânime, DJ de 06/10/2000, p. 98.)

Na mesma diretriz, sobreveio a decisão proferida pelo Min. Cezar Peluso no MS 25074 MC/DF, de cujo teor transcrevo o seguinte trecho:

(...) Esta Corte, em hipótese análoga, sobre reconhecer constitucionalidade ao disposto no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, a título de regulamentação da Lei 7.853, de 1989, no sentido de que fração resultante do percentual por observar deve ser arredondada sempre para o primeiro número inteiro subsequente, desceu à substância ou à razão última da norma inscrita no art. 37, VIII, da Constituição da República. E fê-lo, ao assentar, na interpretação do art. 5º, § 2º, da Lei 8.112, de 1990, que “o art. 37, inciso VIII, da Carta Magna assegura aos portadores de deficiências percentual de cargos e empregos públicos na Administração, sendo, dessa forma, o número de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos” (Pleno, RE 227.299-MG,

rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14/06/2000). E, posto que neste juízo provisório, tenho que acertou, porque, a desconsiderar o número dos cargos e empregos para efeito de reserva, a pessoas portadoras de deficiência, de vagas em cargos e empregos públicos, teríamos algumas conseqüências práticas absurdas, das quais a mais visível seria a de, ao final de vários concursos, com uma ou duas vagas em cada um, acabarem sendo todas, ou quase todas, do quadro funcional, preenchidas por aqueles aos quais a Constituição pretendeu apenas garantir ocupem parte (percentual) do número dos cargos ou empregos de cada órgão, por conta e em rol da condição pessoal de portadores de deficiência. A limitação do número de vagas em relação ao número dos cargos ou dos empregos públicos, em cada unidade administrativa, é o único critério que, sem prejudicar o acesso dos demais cidadãos com base nos requisitos ordinários, concretiza a reserva de percentual para uma especial categoria de pessoas. Em palavras menos congestionadas, o que assegura a Constituição é que os portadores de deficiência têm direito de ocupar determinado número de cargos e de empregos públicos, considerados em cada quadro funcional, segundo a percentagem que lhes reserve a lei, o que só pode apurar-se no confronto do total dos cargos e dos empregos, e não, é óbvio, perante o número aleatório das vagas que se ponham em cada concurso. Daí, ser conforme à Constituição a interpretação dada pela Corte àquele conjunto de normas subalternas. De modo que, aplicada ao caso, em que foi garantida ao litisconsorte passivo uma (1) vaga dentro do quadro de sete (7) cargos de Procurador, não enxergo nítido ofensa a direito líquido e certo dos ora impetrantes.

Por fim, em 20/09/2007, o plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o MS 26.310-5/DF, cuja relatoria coube ao Min. Marco Aurélio, assentou, por maioria, o entendimento segundo o qual a reserva de uma vaga para deficiente, *quando o edital ofereceu apenas duas*, implicaria a majoração do percentual máximo previsto no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990 (20%), reservando-se, na prática, 50% das vagas inicialmente existentes para os candidatos portadores de deficiência.

Tendo presente a orientação do Supremo Tribunal Federal, parece-me que a melhor exegese da norma inscrita no art. 37, VIII, da CF/1988 consiste em reservar a última vaga ao candidato portador de deficiência sempre que o número de vagas existentes estiver compreendido entre cinco² e 19, pois, assim, se estará obedecendo aos percentuais mínimo (5% – Decreto 3.298/1999, art. 37, §§ 1º e 2º) e máximo

²O percentual máximo de 20% das vagas corresponde a um número inteiro somente a cada 5 (cinco) vagas.

(20% – Lei 8.112/1990, art. 5º, § 2º) de reserva de vagas estatuídos na lei.

Registro que a ordem de nomeação dos candidatos portadores de deficiência na forma aqui delineada não constitui alteração do percentual fixado no edital para reserva de vagas aos deficientes, pois, a despeito de o primeiro candidato portador de necessidades especiais aprovado tomar posse logo na 5ª vaga que surgir, o 2º somente poderá ser chamado a ocupar a 25ª vaga, o 3º, a 45ª vaga, e assim sucessivamente, o que demonstra o respeito ao percentual de 5% fixado no edital. Assim é que, quando se tem múltiplos de 20 (vinte), sempre haverá uma vaga inteira destinada a deficiente a cada vintena.

No entanto, quanto à ordem de nomeação dos deficientes aprovados dentro das vagas a eles reservadas, a lei silencia.

A respeito do assunto, a 3ª Seção do STJ, no julgamento do MS 11.983/DF, cuja relatoria coube ao Min. Arnaldo Esteves Lima, assentou que a reserva de vagas prevista na Constituição Federal não constitui garantia de nomeação do candidato portador de deficiência antes de outros candidatos que obtiveram melhor nota na classificação geral do certame.

Para tornar mais nítida a colocação, examinemos uma hipótese em que o concurso indica a existência de 100 vagas, e o edital afirma que 5% serão reservadas a deficientes. É certo que, das 100 vagas, cinco serão destinadas a candidatos portadores de deficiência. Entretanto, isso não implica que, a cada 20 vagas, uma deva ser destinada ao deficiente.

Deve-se levar em conta que há concursos que atribuem aos melhores colocados o direito de escolha de lotação antes dos classificados em posição inferior. Isso sem contar que, em muitas carreiras, a antiguidade é um dos elementos levados em consideração para acesso a promoções.

Ora, a norma inscrita no art. 37, VIII, da Constituição da República³ tem por finalidade resguardar o acesso de pessoas portadoras de deficiência a cargos e empregos públicos. Contudo, não lhe assegura facilidades nem no momento da realização do concurso, nem no momento da nomeação, nem ao longo da carreira, após a posse.

Tanto é assim que o art. 41 do Decreto 3.298/1999, que regulamenta a Lei 7.853/1999, foi explícito em dizer:

Art. 41. A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

- I - ao conteúdo das provas;
- II - à avaliação e aos critérios de aprovação;
- III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e
- IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Dessarte, embora seja feita uma lista à parte que relaciona apenas os nomes dos candidatos portadores de deficiência aprovados segundo suas notas decrescentes (art. 42 do Decreto 3.298/1999⁴, que regulamenta a Lei 7.853/1989), no momento da nomeação, deverão tais candidatos ser chamados a ocupar vaga compatível com a nota que obtiveram na classificação geral, sob pena de se conferir ao candidato portador de deficiência privilégio(s) indevido(s) ao longo da carreira, o que refoge totalmente da intenção do legislador constitucional.

Para melhor explicitar o que se reputa, neste voto, como o correto procedimento da Administração no momento de nomear os candidatos portadores de deficiência aprovados no certame, retomemos à situação hipotética anteriormente proposta: concurso em que o edital prevê a existência de 100 vagas para o cargo. Digamos que os cinco primeiros candidatos aprovados na categoria de deficientes tenham obtido notas para classificar-se, na listagem *geral*, respectivamente nas seguintes posições: 35, 70, 95, 110 e 120. No momento de proceder à sua nomeação, deverá a Administração chamar os três primeiros portadores de deficiência para ocupar, respectivamente, a 35ª, 70ª e a 95ª vaga. O 4º e o 5º colocados na categoria de deficiente, como não obtiveram nota que lhes permitisse obter classificação, na listagem geral, dentro das 100 vagas originalmente previstas para o certame, deverão tomar posse na 99ª e na 100ª vaga.

Semelhante entendimento acha-se estampado no voto do relator do acórdão anteriormente citado, que se traduz nas considerações que se seguem:

(...) entendo que a Constituição Federal assegura a reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência, e não determinada

³ VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

⁴ Art. 42. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos.

proporção a cada número de aprovados como regulares. Em outras palavras, o percentual legal incide sobre a quantidade de vagas existentes, e não proporcionalmente de acordo com o número de candidatos aprovados, a contar do 1º (primeiro) colocado.

Desse modo, na hipótese, mostra-se incabível a pretensão dos impetrantes de se posicionarem em 60º (sexagésimo) e 80º (octogésimo) lugares, respectivamente, à asserção de que teriam figurado em 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares na lista especial.

A prevalecer esse entendimento, seria conferida uma primazia sem amparo legal, na medida em que, na hipótese, o último colocado entre os portadores de deficiência figuraria na posição 120 (cento e vinte), tendo, ainda, 152 (cento e cinquenta e duas) vagas para os candidatos regulares, com notas superiores.

É oportuno registrar que o raciocínio desenvolvido pelos impetrantes apresentaria plausibilidade jurídica se houvesse 20 (vinte) vagas previstas no edital e o percentual fosse, também, de 5% (cinco por cento), por exemplo, circunstância em que a classificação geral deveria, desde o início, albergar um portador de deficiência a cada 19 (dezenove) candidatos regulares aprovados.

Essa também seria a proporção a ser observada na presente hipótese caso houvesse sido aprovado número superior a 14 (catorze) portadores de deficiência. No entanto, se assim fosse, a proporção seria contada a partir da posição 272 (duzentos e setenta e dois).

De outra parte, há violação a direito líquido e certo dos impetrantes, que merece ser prontamente corrigida.

Com efeito, a lista geral dos candidatos aprovados e classificados questionada, ao apresentar os portadores de deficiência fora do número de vagas previsto, mostra-se ilegal e inconstitucional na medida em que não reflete a ordem definitiva em que se dará a nomeação dos candidatos.

Para tanto, basta concluir que seria inconcebível que, caso fossem chamados para assumirem o cargo em exame tão-somente os candidatos classificados dentro do número de vagas previsto, os portadores de deficiência estariam excluídos, mesmo figurando como aprovados e classificados na lista especial.

Desse modo, no caso, diante da circunstância de que foram aprovados, ainda que com média inferior aos demais, menos candidatos portadores de deficiência física do que o número de vagas

para eles previsto, a Administração deveria publicar o resultado final, para dar efetividade à norma constitucional, em que os albergasse dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida.

Com efeito, a lista geral dos aprovados e classificados não deve ser elaborada com base tão-somente na nota final, quando há candidatos portadores de deficiência aprovados. Deve refletir fielmente a ordem em que ocorrerão as nomeações.

Desse modo, considerando a aprovação de 6 (seis) candidatos portadores de deficiência, as posições alcançadas pelos impetrantes na lista especial, quais sejam, 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares, e, ainda, o número total de vagas existente, 272 (duzentos e setenta e duas), tem-se que eles deveriam constar nas posições 269 (duzentos e sessenta e nove) e 270 (duzentos e setenta), respectivamente.

Como, no caso concreto, existiam 18 vagas para o cargo de técnicos judiciários – área administrativa, na Seção Judiciária do Estado do Amapá, e o impetrante foi aprovado em 1º lugar entre os portadores de deficiência, mas somente logrou obter a 23ª colocação na listagem geral, de fato, deve-se reconhecer que ele foi preterido em seu direito de nomeação, pois, de acordo com a metodologia de arredondamento de vagas aqui proposta, deveria ter sido garantia a ele a nomeação na 18ª vaga.

Ante o exposto, concedo, em parte, a segurança, apenas para assegurar a convocação do impetrante como deficiente físico, a fim de que, após verificada tal condição por Junta Médica Oficial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, possa prosseguir no concurso e, na forma legal, ser nomeado na 18ª posição.

É o meu voto.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, a interpretação dada pelo eminente relator em seu voto, diante do que consta do edital do concurso, da lei que trata do assunto e dos comandos constitucionais, só pode, evidentemente, concluir no sentido de garantir acessibilidade ao portador de deficiência, como assim já decidiu a Suprema Corte. Com essas considerações, acompanho o voto do relator.

Primeira Seção

Numeração única: 0057229-35.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.059549-7/BA

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
Autora: Carmelita Gomes Santiago
Advogado: Dr. Luciano Pereira Soares
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Suscitante: Juizado Especial Federal Cível/BA – 23ª Vara
Suscitado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA
Publicação: e-DJF1 de 29/07/2010, p. 8

Ementa

Processual Civil. Previdenciário. Conflito negativo de competência entre juízes de Juizado Especial Federal Cível pertencentes a mesma seção judiciária. Competência declinada para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal correspondente.

I. Compete à Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia apreciar e julgar conflito de competência entre juiz federal da 23ª Vara – JEF da Seção Judiciária do Estado da Bahia e juiz federal substituto do Juizado Especial Adjunto da Vara Única da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA, por estarem ambos a ela vinculados jurisdicionalmente. Precedentes desta Corte.

II. Competência declinada para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária da Bahia.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, determinar a remessa dos autos à Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 13/07/2010.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo MM. Juiz Federal da 23ª Vara – JEF da Seção Judiciária do Estado da Bahia, em face do MM. Juiz Federal Substituto do Juizado Especial Adjunto da Vara Única da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA, que, nos autos da Ação Ordinária 2008.33.00.714638-0 (fls. 4/45), declinou de sua competência, “objetivando resguardar o princípio do juiz natural e com fundamento no art. 253 do CPC” (fls. 41), em razão de o juízo suscitante ter julgado extinto, sem apreciação do mérito, o Processo 2008.33.00.701263-0, no qual o pedido, a razão de pedir e as partes são idênticas às do processo em tramitação.

O juízo suscitante entendeu ser o Juízo Federal do Juizado Especial Adjunto da Vara Única da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA competente para processar e julgar a Ação 008.33.00.714638-0, uma vez que, nos autos do Processo 2008.33.00.701263-0, ao acolher a exceção de incompetência apresentada pelo INSS, decidiu pela sua incompetência territorial, extinguindo o feito sem o julgamento do mérito.

O presente conflito foi remetido ao Superior Tribunal de Justiça, que, por decisão de fls. 52/53, não conheceu do conflito e remeteu os autos para apreciação desta Corte.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 63/64, manifestou-se pelo conhecimento do conflito para que seja declarada a competência do Juizado Federal de Feira de Santana.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Considerando que, no caso em exame, os juízes estão vinculados jurisdicionalmente à Turma Recursal da Bahia, compete a esta processar e julgar o conflito de competência.

Nesse sentido já decidiu esta Primeira Seção nos julgamentos dos seguintes conflitos de competência:

Processual Civil e Previdenciário. Conflito de competência entre juízes de Juizado Especial Federal Cível. Competência declinada para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal.

I. Compete à Turma Recursal apreciar e julgar conflito de competência entre juízes de Juizados Especiais Federais a ela vinculados jurisdicionalmente.

II. Competência declinada para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária da Bahia.

(CC 2008.01.00.026528-4/BA, Primeira Seção, Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, publicado em 20/02/2009, e-DJF1, p. 170)

Processual Civil. Ação previdenciária. Conflito negativo de competência entre Juizados Especiais Federais vinculados a uma mesma Turma Recursal. Incompetência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

I. Não estando os juízes conflitantes vinculados jurisdicionalmente a este Tribunal Regional Federal, excluiu-se a competência desta Corte para apreciar o conflito de competência respectivo

II. Nos termos da Lei 10.259/2001, o critério de competência é o da hierarquia jurisdicional e, na hipótese, estando os Juizados Especiais Federais conflitantes vinculados à mesma Turma Recursal, sobressai a competência da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária correspondente para o processamento do presente feito.

III. Competência declinada, de ofício, determinando a remessa dos autos à Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

(CC 2008.01.00.034396-0/BA, Primeira Seção, Des. Federal Francisco de Assis Betti, Publicado em 03/11/2008, e-DJF1 p. 25)

Isso posto, declino da competência para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária da Bahia, para onde determino a remessa dos autos.

É o voto.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e os Exmos. Srs. Juízes Federais Francisco Neves da Cunha e Marcos Augusto de Sousa (convocados).

Segunda Seção

Conflito de Competência 0015026-24.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Tourinho Neto
 Autor: Ministério Público Federal
 Procuradora: Dra. Ana Claudia de Sales Alencar
 Réu: Ricarte de Freitas Júnior
 Suscitante: Juízo Federal da 21ª Vara/DF
 Suscitado: Juízo Federal da 5ª Vara/MT
 Publicação: e-DJF1 de 05/07/2010, p.12

Ementa

Processo Penal. Competência. Ação de improbidade. Atos de improbidade praticados em Mato Grosso. Emendas parlamentares apresentadas na Câmara de Deputados do Distrito Federal.

A competência para conhecer do feito é do juízo suscitado, onde os atos tidos como ímprobos foram realmente praticados. No Distrito Federal, tem-se, apenas, a apresentação de emendas parlamentares na Câmara de Deputados, onde não se verificara a prática de nenhum ato ímprobo. Poder-se-ia dizer que aí houve ato preparatório, ou seja, no futuro poderia servir para a prática de ato de improbidade. Os atos tidos por ímprobos ocorreram no Estado de

Mato Grosso, para onde os recursos foram destinados, mediante convênios celebrados com vários Municípios, e aí foram realizados os procedimentos licitatórios e a aquisição de ambulâncias por preços superfaturados e feitos os pagamentos. A emenda parlamentar em si nada tem de ilicitude, ilegalidade.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o juiz suscitado, ou seja, o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 16/06/2010.

Juiz *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz *Tourinho Neto*: — O MM Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, José Pires da Cunha, não aceitou a competência para processar e julgar ação de improbidade proposta pelo Ministério Público Federal contra Ricarte de Freitas Júnior, com o seguinte fundamento:

Compulsando os autos, verifico que os atos de improbidade imputados ao requerido não são fisicamente perceptíveis, pois se confundem com o próprio exercício das funções desempenhadas pelo agente, uma vez que o mesmo teria se associado a uma organização criminosa, para a qual passou a desempenhar seu mandato, propondo emendas orçamentárias com o objetivo de beneficiar determinadas empresas, mediante o recebimento de propinas.

Desta forma, indubitoso que o dano, tanto moral, quanto patrimonial decorrentes desses atos, atingiu o Congresso Nacional e o Ministério da Saúde, que estão sediados no Distrito Federal.

Ressalto, por oportuno, que não só local do dano foi a cidade de Brasília, também a elaboração das emendas parlamentares direcionadas ao núcleo empresarial é a viabilização das mesmas pelo Ministério da Saúde lá se deram tendo em vista que tanto os fatos descritos na inicial quanto os danos deles decorrentes se deram na cidade de Brasília (...).

Foram, então, os autos encaminhados para a Seção Judiciária do Distrito Federal, mas o Juiz Federal da 21ª Vara, Hamilton de Sá Dantas, também, não aceitou a competência, e, conseqüentemente, suscitou conflito de competência. Disse S. Exª:

(...) considerando que atos ímprobos supostamente praticados pelo requerido causou dano direto às comunidades do Estado de Mato Grosso, bem como levando-se em conta que a instrução processual certamente encontrará mais facilidade naquela unidade da federação, porquanto

a base da organização criminosa, segundo as investigações se encontrava em Cuiabá/MT, entendo que a presente ação deve ter regular processamento na Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso (...).

O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Nicolau Dino Neto, opina pela competência do Juiz suscitado, ou seja, o da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz *Tourinho Neto*: — Realmente, competência para conhecer do presente feito é do Juízo Suscitado, onde os atos tidos como ímprobos foram realmente praticados. No Distrito Federal, tem-se, apenas, a apresentação de emendas parlamentares na Câmara de Deputados, onde não se verificara a prática de nenhum ato ímprobo. Poder-se-ia dizer que aí houve ato preparatório, ou seja, no futuro poderia servir para a prática de ato de improbidade. Os atos tidos por ímprobos ocorreram no Estado de Mato Grosso, para onde os recursos foram destinados, mediante convênios celebrados com vários Municípios, e aí foram realizados os procedimentos licitatórios e a aquisição de ambulâncias por preços superfaturados e feitos os pagamentos. A emenda parlamentar em si nada tem de ilicitude, ilegalidade.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso.

É o voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assuete Magalhães, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, l'talo Fioravanti Sabo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Mendonça DoeHLer (convocado).

Terceira Seção

Numeração única: 0045022-04.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.046772-1/DF

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
 Suscitante: Einco Biomaterial Ltda. ME
 Advogado: Dr. Érico Xavier Lima
 Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara/DF
 Suscitado: Juízo Federal da 8ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 02/08/2010, p. 10

Ementa

Processual. Civil. Conflito de competência. Inexistência.

I. Alega o suscitante, Einco Biomaterial Ltda ME, que o Mandado de Segurança 2009.34.00.004756-2, distribuído aleatoriamente ao Juízo da 8ª Vara/DF, deve ser redistribuído por prevenção ao Juízo da 3ª Vara/DF, ao qual foi distribuído anteriormente o Mandado de Segurança 2008.34.00.014610-3, por reputar conexas as ações.

II. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “sem que dois ou mais juízos disputem – ou recusem – o julgamento de um mesmo processo, não existe conflito de competência a ser solucionado, ainda que decisões proferidas por um e outro juízo sejam materialmente conflitantes” (CC 76219/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, DJU 24/09/2007).

III. Além disso, “não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência. A simples possibilidade de sentenças divergentes sobre a mesma questão jurídica não configura, por si só, conflito de competência” (STJ, CC 47731, rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJU 05/06/2006).

IV. Ademais, o conflito de competência, ajuizado após a prolação de sentença nos dois processos, não pode ser utilizado como sucedâneo recursal.

V. Conflito de competência do qual não se conhece.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, não conhecer do conflito de competência.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 20/07/2010.

Juiz Federal *Evaldo de Oliveira Fernandes, filho*, relator (convocado).

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: — Trata-se de conflito de competência suscitado por Einco Biomaterial Ltda., tendo por suscitados os Juízos da 3ª e da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Alega o suscitante que:

a) em 08/05/2008, impetrou Mandado de Segurança 2008.34.00.014610-3 que foi regularmente distribuído à 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e que está em tramitação. Este mandado de segurança foi impetrado contra ato

do Sr. Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, objetivando que lhe seja reconhecido o direito líquido e certo de manutenção das cerâmicas fosfocálcicas no Anexo VII, Grupo 7, a teor das Portarias SAS/MS 84 e 88 na tabela do SUS;

b) em 13/02/2009, impetrou outro Mandado de Segurança 2009.34.00.004756-2, distribuído à 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em face do Sr. Secretário de Atenção à Saúde tendo como objetivo exigir que a autoridade coatora cessasse a prática dos atos quando adquire, usa, expõe ao consumo, autoriza a importação, etc.; atos estes violadores aos direitos conferidos pela carta patente concedida à requerente;

c) a requerente, desde o primeiro momento, tenta demonstrar ao Exmo. Juiz da 8ª Vara a sua incompetência absoluta pelo equívoco do Exmo. Juiz distribuidor;

d) foram opostos embargos de declaração que estão sendo sucessivamente rejeitados sem atentar para o fato incontestável que na data da impetração, o mandado de segurança em tramitação na vara para a qual se pediu a distribuição, não havia sido sentenciado.

Informa o Juízo da 3ª Vara, às fls. 355:

(...)

Tramitam nesta Terceira Vara/SJDF os autos do Mandado de Segurança 2008.34.00.014610-3, movido por Eingo Biomaterial Ltda. ME contra ato atribuído ao Secretário de Atenção à Saúde, cuja causa de pedir e pedido são os seguintes:

Causa de pedir: afirma que desde o ano de 2000 o material produzido pela impetrante (Osteosynt), consubstanciado nas cerâmicas fosfocálcicas utilizadas para reconstrução tecidual, fora incluído na "Tabela de Órteses, Próteses e Materiais Especiais do Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde – SIH/SUS", por meio da Portaria 84, de 03/03/2000. Em 2005 foi realizada a Consulta Pública SAS/MS 5, que definiu os procedimentos das tabelas que seriam excluídos, não constando do seu rol a cerâmica fosfocálcica. A Portaria 7, da Secretaria de Atenção à Saúde, inicialmente manteve o produto inserido na tabela. No entanto, ao checar os anexos da referida portaria, que estariam disponíveis apenas no sítio eletrônico da Secretaria de Atenção à Saúde, a impetrante verificou que o produto passou a constar também do relatório dos produtos excluídos da referida tabela. Dias depois, foi novamente surpreendida com a ausência das cerâmicas fosfocálcicas no "Anexo VII – Grupo 7 – Órteses e Próteses e Materiais Especiais", diferente do que constava dias atrás. Além disso, com o mesmo código da cerâmica fosfocálcica, a tabela trazia agora um outro material – o cimento antibiótico. Perplexa com o ocorrido, a impetrante enviou correspondência ao Ministério da Saúde, não obtendo resposta até impetração do mandado de segurança em referência.

Pedido: requereu a parte impetrante a concessão da segurança para reconhecer seu direito líquido e certo à inclusão das cerâmicas fosfocálcicas no Anexo VII – Grupo 7 – Órteses e Próteses e Materiais Especiais da Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses e Próteses e Materiais Especiais do Sistema Único de Saúde – SUS, a teor das Portarias SAS/MS 84 e 88.

Quando do ajuizamento da Ação 2009.34.00.018968-9, foi a inicial encaminhada à Secretaria da Vara, a fim de que a diretora certificasse acerca da causa de pedir, pedido e fase do processo, nos termos da Portaria DIREF 533, de 30/08/2007, tendo os autos retornado ao juiz distribuidor.

Em 1º/06/2009 houve sentença de mérito o aludido processo.

(...)

O Juízo 8ª Vara manifestou-se às fls. 374-377:

(...)

Em 13/02/2009 foi impetrado o Mandado de Segurança 2009.34.00.004756-2 pela empresa Eingo Biomaterial Ltda. ME contra ato atribuído ao secretário de Atenção à Saúde (...).

Afirma que detém a patente do produto Osteosynt, ficando autorizada a produzi-lo e comercializá-lo, nos termos da Lei 6360/1976. Alega que a Anvisa estaria autorizando "a comercialização, registro e uso de produtos – aliás, vários sequer normatizados para os procedimentos de reconstrução (reparo) do tecido ósseo (doc. 5) –, em manifesta violação à carta patente da Eingo Biomaterial Ltda., ora impetrante, de acordo com o descrito e contido na aludida carta e nas Portarias 84 e 88 da SAS/MS, com relação ao produto Osteosynt e ao Complexo Morfogenético Ósseo, principalmente, e seus processos e obtenção, bem como ao art. 42 da Lei de Propriedade Industrial, verbis [...]".

Formulado requerimento junto ao órgão sanitário para que fosse "imediatamente cancelada e declarada nula a autorização de comercialização e registro de todos os produtos junto à Anvisa que se enquadrem sob qualquer aspecto que seja dentro dos princípios, características e propriedades, isoladas e/ou em conjunto com violação de 'quebra', desrespeito, ferimento ao disposto na referida carta patente, que não tenham a exigível autorização da detentora da titular da mesma para produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos, produto objeto da patente ou produto obtido diretamente por processo patenteado", a Anvisa, em resposta, afirmou que "o ordenamento jurídico não atribui à autoridade sanitária o poder de negar ou cancelar um registro pelo fato de uma possível (ou mesmo real) infração a uma patente".

(...)

Este feito foi à livre distribuição em face da análise dos documentos juntados às fls. 1830/1855 (certidão e cópia da inicial do Processo 2008.34.00.014610-3 – 3ª Vara) e às fls. 1826 (certidão de prevenção), a indicar que o processo 2006.34.00.001415-9 já havia sido sentenciado.

Após os trâmites normais, o processo foi sentenciado em 27 de abril de 2009. Foram opostos 3 (três) embargos de declaração, todos rejeitados (seguem, em anexo, as cópias dos atos sentenciais).

Em 8 de junho de 2009, a empresa Eingo Biomaterial Ltda. impetrou novo Mandado de Segurança (2009.34.00.018968-9) em face de ato atribuído ao secretário de Atenção à Saúde, objetivando seja "assegurado o direito constitucional de petição da impetrante, apresentando judicialmente os esclarecimentos, informações e

documentos que estão relacionados na interpelação entregue em 13/08/2008, cópia anexa, e reiterada em 02/10/2008”.

A impetrante afirma que solicitou informações à autoridade impetrada consistente na fundamentação e apresentação da documentação comprobatória das afirmações que justificariam a não inclusão do produto Osteosynt (cerâmica fosfocálcica) para livre comercialização na tabela do SUS, bem como das razões apresentadas.

(....)

Narra que tal produto é fabricado e comercializado por ela há anos, possuindo certificados nacionais e internacionais de gestão de qualidade e que apesar de ter sido alegada a maleficência do produto pela autoridade impetrada no mandado de segurança em trâmite na 3ª Vara Federal/DF (2008.34.00.014610-3), aduz que o mesmo está sendo licitado e disponibilizado para o uso em diversos hospitais públicos, para uso restrito, sem a universalização prevista na Constituição Federal.

Apesar de pleiteada a distribuição por dependência ao processo distribuído ao Juízo da 3ª Vara Federal/DF, o feito foi à livre distribuição, em razão de já ter havido prolação de sentença naquele feito (pedido improcedente).

Atualmente, o processo encontra-se concluso para sentença (andamento em anexo).

(....)

O Ministério Público Federal, às fls. 431/433, opinou pela improcedência do conflito, ao argumento de que:

a) da simples leitura das cópias das petições iniciais dos citados mandados de segurança, acostados às fls. 34/58 e 95/123, verifica-se que são distintos o objeto e a causa de pedir;

b) no primeiro Mandado de Segurança (2008.34.00.014610-3), a empresa suscitante pede para que seja reconhecido: '(....) seu direito líquido e certo à inclusão das cerâmicas fosfocálcicas no Anexo VII – Grupo 7 – Órteses e Próteses e Materiais Especiais da Tabela de procedimentos, Medicamentos, Órteses e Próteses e Materiais Especiais do Sistema Único de Saúde – SUS, a teor das Portarias SAS/MS 84 e 88 (....)' – fls. 58;

c) como fundamento do pedido, sustenta que a Portaria da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde 7, republicada em 19/03/2008, manteve as cerâmicas fosfocálcicas inseridas normalmente no referido Anexo VII, mas que passaram a figurar, também, no relatório de produtos excluídos (fls. 38/39). Alega, portanto, possuir direito líquido e certo de ter suas cerâmicas incluídas na relação de produtos passíveis de aquisição pelo SUS

e, por via de consequência, participar de eventuais licitações com esse objeto;

d) já no segundo Mandado de Segurança (2009.34.00.004756-2), que a empresa suscitante pretende distribuir por prevenção ao Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o pedido consiste em: d.1) *cancelar o registro de todos os produtos registrados junto ao órgão de registro de produtos para a saúde do Ministério da Saúde indicados e discriminados como capazes de favorecer e ou promover a condução e ou indução tecidual, como a óssea-cartilaginosa, principalmente aqueles ofertados e comercializados como cerâmicos fosfocálcicos e enxerto ósseo, independentemente da discriminação adotada para uso na reconstrução, reparo, remodelação, neoformação óssea, independentemente ainda da origem, composição, forma de apresentação e outras características e propriedades que violem como cópia, similaridade, total ou mesmo parcial quaisquer aspectos de composição, finalidade, apresentação, afinal de características, propriedades e demais contido, descrito na extensão dos direitos de privilégio concedido pela carta patente da impetrante;* d.2) *determinar à autoridade coatora a imposição, conseqüentemente, do cancelamento das importações e liberações alfandegárias dos produtos importados registrados na Anvisa que violem sobre quaisquer aspectos a extensão dos direitos da carta patente da impetrante, nos termos do citado acordo TRIP'S e item d.1;* d.3) *determinar aos órgãos públicos competentes que na aquisição de materiais fosfocálcicos, osteocondutores e osteoindutores para uso no preenchimento, reparo, reconstrução, remodelação óssea cartilaginosa, seja respeitado o direito de exclusividade da impetrante, a teor da carta patente de seu produto e do disposto nos arts. 15 e 24 da Lei 8.666/1993;*

e) vislumbra-se, da inicial, que a causa dos pedidos acima veiculados consiste em suposta violação do direito de patente, com o consequente direito à exclusividade de produção e comercialização das mencionadas cerâmicas.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: — Não há qualquer manifestação dos Juízos suscitados recusando ou afirmando sua competência para julgar o Mandado de Segurança 2009.34.00.004756-2, que se pretende distribuir por prevenção à 3ª Vara/DF.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro e Selene Maria de Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

Sem que dois ou mais juízos disputem – ou recusem – o julgamento de um mesmo processo, não existe conflito de competência a ser solucionado, ainda que decisões proferidas por um e outro juízo sejam materialmente conflitantes (CC 76219/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, DJU 24/09/2007).

No mesmo sentido:

Inexiste conflito de competência se não há, nos autos, qualquer manifestação do juízo suscitado, recusando ou afirmando sua competência” (CC 32.238/DF, rel. Min. Paulo Galloti, Terceira Seção, DJU 19/11/2001).

Além disso,

Não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência. A simples possibilidade de sentenças divergentes sobre a mesma questão jurídica não configura, por si só, conflito de competência (STJ, CC 47731, rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJU 05/06/2006).

Não obstante isso, segundo leitura atenciosa da cópia das iniciais dos mandados de segurança em questão (fls. 34/58 e 95/123), que deixo de transcrever para não ser repetitivo, bem como da manifestação do Ministério Público Federal, verifica-se que são distintos o objeto e a causa de pedir, o que, de consequente, afastaria a pretendida conexão.

Nesse sentido cito o seguinte precedente deste Tribunal:

*Processual Civil. Conflito de competência. (...)
Objeto e causa de pedir diversos.*

(...).

III. Embora exista identidade de partes, as ações diferem-se quanto ao objeto e a causa de pedir, o que afasta a hipótese de decisões conflitantes, pois, conforme fundamentou o Juízo suscitante, “a decisão deste Juízo pela anulação ou não do processo administrativo questionado”, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, “não importará em valoração da competência normativa da ANS, no que diz respeito às exigências contidas nas Resoluções 159 e 160”.

IV. “Não existe conexão entre esta ação e outra distribuída à 5ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, entre as mesmas partes, tendo em vista que possuem objetos e causas de pedir diferentes (CPC, art. 102)” (TRF-1ª Região; CC 2007.01.00.054723-1/PI, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Seção, e-DJF1 de 07/07/2008).

(CC 0053494-28.2008.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal convocado Jamil Rosa de Jesus; Terceira Seção, e-DJF1 de 26/04/2010.)

Ademais, o conflito de competência foi intentado após a prolação de sentença nos Processos 2008.34.00.014610-3 (consulta processual) e 2009.34.00.004756-2 (fls. 124/125), aos quais foram opostos sucessivos embargos de declaração, permanecendo, por isso, o andamento processual “conclusos para sentença”.

Vê-se, pois, que o conflito suscitado pela Einco Biomaterial Ltda. foi utilizado como sucedâneo recursal, o que não é possível.

Ante o exposto, não conheço do presente conflito de competência.

Quarta Seção

Numeração única: 0032755-97.2009.4.01.0000

Agravo Regimental no Conflito de Competência 2009.01.00.034673-2/MT

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Rondonópolis/MT
Suscitado: Juízo de Direito da Comarca de Poxoréu/MT
Ag. Regimental: Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 12/07/2010, p. 12

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Devedor domiciliado em comarca que não é sede de vara federal. Competência. Competência delegada. Art. 109, § 3º, da CF. Art. 15, I, da Lei 5.010/1966. Instalação de vara

federal em sede de comarca diversa daquela do foro do domicílio do executado. Competência do juízo suscitado. Agravo regimental improvido.

I. A instalação de vara federal no interior do Estado (Subseção Judiciária de Rondonópolis/MT), com jurisdição em diferentes municípios, não afasta a competência delegada ao juiz estadual (Comarca de Poxoréu/MT) (§ 3º do art. 109 da CF e art. 15, I, da Lei 5.010/1966), à exceção da hipótese do foro do domicílio do executado ser a sede da nova vara federal. Precedentes desta Corte.

II. A cobrança de dívida ativa da União ou de autarquias federais seja tributária ou não tributária atrai a delegação de competência da Justiça Estadual. Esta Corte já assentou que "(....) a natureza da relação jurídica de crédito é irrelevante para estabelecer a cobrança da execução fiscal" (AGRCC 2008.01.00.046497-6/PA, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv.), Quarta Seção, e-DJF1 de 08/06/2009, p. 34).

III. A Resolução 600-17/2005 do TRF1 não é aplicável à hipótese dos autos, pois não se trata de redistribuição de processos em face da criação de vara federal no interior do Estado, pois a execução fiscal em questão foi proposta quando já instalada a Subseção de Rondonópolis/MT. Assim, não há possibilidade de violação ao referido ato normativo e ao art. 96, I, da CF/1988. Precedentes desta eg. 4ª Seção.

IV. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, negar provimento ao agravo regimental.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 09/06/2010.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator (convocado).

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — Trata-se de agravo regimental interposto pelo Inmetro de decisão que declarou a competência do Juízo de Direito da Comarca de Poxoréu/MT para processar e julgar a Execução Fiscal 2006.36.02.000977-6.

Alega o agravante que na execução de dívida ativa não tributária (multa administrativa) a competência não é delegada à Justiça Estadual, eis que incide o art. 109, I, da CF/1988. Afirma que não é aplicável o art. 15, I, da Lei 5.010/1966, destinado apenas aos executivos fiscais tributários e que a interpretação deve levar em conta a distinção existente no art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964.

Argumenta que ao aplicar indevidamente o art. 15, I, da Lei 5.010/1966, a decisão recorrida violou o art. 96, I, da CF/1988, que dá sustentação jurídica à Resolução 600-17/2005 do TRF 1, que conferiu à Vara Federal jurisdição sobre a cidade em que reside o devedor.

Requer, por fim, o provimento do recurso com a reforma da decisão agravada, determinando-se que seja a execução fiscal processada e julgada na Vara Federal da Subseção Judiciária de Rondonópolis/MT.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — O agravo regimental merece ser improvido.

A decisão ora recorrida declarou competente o Juiz de Direito da Comarca de Poxoréu/MT para processar e julgar a Execução Fiscal 2006.36.02.000977-6 proposta pelo Inmetro no foro do domicílio do executado.

Com base nos arts. 109, § 3º, da CF/1988 e art. 15, I, da Lei 5.010/1966, o juiz estadual tem competência para presidir execução fiscal da União e de suas autarquias contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas.

Assim estão dispostos os referidos dispositivos:

Constituição Federal de 1988

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

(....)

§ 3º - Serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do Juízo Federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Luciano Tolentino Amaral, Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado).

que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

Lei 5.010/1966

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar vara da Justiça Federal (art. 12), os juízes estaduais são competentes para processar e julgar:

I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas.

Por sua vez, a Súmula 40 do ex-TFR reza que “a execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da Comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de vara da Justiça Federal”.

Não merece prosperar a alegação do recorrente no sentido de que não é aplicável o art. 15, I, da Lei 5.010/1966 na cobrança de multa administrativa de natureza não tributária, amparada pela distinção existente no art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964.

Esta eg. 4ª Seção já afastou a tese em referência, conforme acórdão proferido no AGRCC 2008.01.00.046497-6/PA, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv.), consignando que “a natureza da relação jurídica de crédito é irrelevante para estabelecer a cobrança da execução fiscal”. Confira-se:

Agravo regimental. Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Ibama. Dívida não tributária. Irrelevância da cobrança como execução fiscal. Execução fiscal. Autarquia. Competência. Arguição. Art. 109, § 5º, da CF c/c art. 15, I, da Lei 5.010/1966. Foro do domicílio do executado. Agravo improvido.

I. À vista dos fundamentos contidos no art. 109, §3º, CF; art. 578 do CPC e o art. 15, I, da Lei 5.010/1966 (tratam, em síntese, da delegação de competência à Justiça Estadual para processar e julgar execuções fiscais contra devedores residentes em locais onde não haja vara da Justiça Federal), é infundada a alegação da agravante de que, sendo a execução de dívida ativa não-tributária, decorrente de multa administrativa, não cabe a hipótese do § 3º do art. 109 da CF, cujo espírito dessa lei é no sentido de restringir sua aplicação apenas aos executivos fiscais tributários. Tampouco há pertinência na invocação do art. 39, §2º, da Lei 4.320/1964 e 21, XXIV, da Constituição Federal. Na verdade, a natureza da relação jurídica de crédito é irrelevante para estabelecer a cobrança da execução fiscal.

II. “A só instalação de vara federal em outra comarca não tem o condão de modificar a competência do Juízo Estadual para processar e julgar a EF ajuizada no domicílio do devedor, não sede de vara federal, ainda que a vara federal tenha jurisdição sobre a comarca, em razão do disposto

no § 3º do art. 109 da CF/1988 c/c o art. 1º, I, da Lei 5.010/1966 e, ainda, porque, investido o Juízo de Direito da competência delegada federal, a competência territorial é relativa, não podendo ser declinada de ofício.” (AGRCC 2007.01.00.022068-9, rel. conv. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, 4ª Seção, in DJ de 27/07/2007).

III. A Quarta Seção deste Tribunal consolidou entendimento no sentido de que é competente o Juízo Estadual do foro de domicílio do executado, nos termos art. 109, § 5º, da Constituição Federal c/c art. 15, inciso I, da Lei 5.010/1966, salvo se a nova vara federal for a mesma do domicílio do devedor.

IV. Precedentes: CC 2007.01.00.026343-4/BA, rel. Juiz Federal Conv. Osmane Antônio dos Santos, DJ/I de 14/09/2007; AGRCC 2007.01.00.015565-0/MG, Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, DJ/I de 31/08/2007; CC 2007.01.00.002932-7/MG, Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ/I de 09/03/2007.

V. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

(AGRCC 2008.01.00.046497-6/PA, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv.), e-DJF1 de 08/06/2009, p. 34)

Noutro ponto, a Resolução 600-17/2005 do TRF 1, que definiu a jurisdição das varas federais da Primeira Região nos estados da Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí e Minas Gerais não é aplicável à hipótese dos autos, pois não se trata de redistribuição de processos em face da criação de vara federal no interior do Estado, pois a execução fiscal em questão foi proposta quando já instalada a Subseção de Rondonópolis/MT. Assim, não há possibilidade de violação ao referido ato normativo e ao art. 96, I, da CF/1988.

Nesse sentido:

Conflito negativo de competência. Execução fiscal ajuizada contra devedor domiciliado no interior. Inaplicabilidade do Provimento Coger 19/2005. Declaração de incompetência, de ofício, pelo juízo da capital. Impossibilidade. Competência relativa.

I. A redistribuição de processos prevista no Provimento Coger 19/2005 pressupõe a implantação de nova vara ou de subseção judiciária, o que não ocorre no caso dos autos, em que a Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA já existia na data do ajuizamento da ação anulatória de débito fiscal em que foi suscitado o presente conflito.

II. A competência territorial, que é de natureza relativa, carece de provocação do interessado, por meio de exceção de incompetência, para ser modificada.

III. A regra de ajuizamento de execução fiscal no domicílio do executado define competência

relativa, não podendo ser alterada de ofício. Precedentes do STJ e desta Corte.

IV. Conflito conhecido e julgado procedente, declarando-se competente o Juízo suscitado, da 18ª Vara da Seção Judiciária da Bahia.

(CC 2006.01.00.027010-7/BA, rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Quarta Seção, DJ de 20/10/2006, p. 7)

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Criação e instalação de novas varas (subseções judiciárias). Provimento/Coger/TRF1 19, de 15/08/2005: critérios objetivos para redistribuição dos processos. Ajuizamento da ação em vara federal da capital, posteriormente à instalação de subseção judiciária com jurisdição sobre o domicílio (ou sede) do autor. Declinação de competência de ofício: impossibilidade

I. A competência funcional absoluta tem pertinência àquelas hipóteses em que, por previsão constitucional ou legal, há expressa determinação para sua aplicação, referindo matérias específicas, como a previdenciária, não sendo a regra geral, usual, de aplicação às ações comuns.

II. O Provimento/Coger/TRF1 19, de 15/08/2005 trata da redistribuição dos feitos já existentes quando da instalação das subseções judiciárias: "Art. 1º Ressalvados os processos da competência dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001, art. 25), os demais feitos em tramitação nas varas da seção judiciária abrangidos

pela competência territorial fixada na Resolução 600-17 – TRF 1ª Região, de 28 de junho de 2005, serão redistribuídos às novas varas (Resolução 600-018/2005), quando implantadas as subseções judiciárias respectivas, observadas, todavia, as vinculações previstas em lei, notadamente quanto ao disposto no art. 575, II, do Código de Processo Civil."

III. Ajuizada a ação quando já instalada a subseção judiciária, não há falar em aplicação do Provimento/Coger/TRF1 19/2005, até porque, sendo a competência territorial relativa, prorroga-se e perpetua-se no momento do ajuizamento da ação.

IV. Conflito de competência de que se conhece para declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 4ª Vara/BA.

V. Peças liberadas pelo relator, em 14/03/2007, para publicação do acórdão.

(CC 2006.01.00.038429-0/BA, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Quarta Seção, DJ de 30/03/2007, p. 8)

De outra parte, não houve fato novo ou qualquer motivo que tenha alterado a situação fática ou jurisprudencial sobre a matéria, razão pela qual deve ser mantida a decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0006434-43.2001.4.01.3900

Apelação Cível 2001.39.00.006451-4/PA

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado)
 Apelante: Vera Lúcia Maia Sampaio Chermont
 Advogados: Dr. Álvaro Brandão Henriques Maimoni e outros
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelada: Ambrosina Maia Sampaio
 Advogado: Dr. Graco Ivo Alves Rocha Coelho
 Publicação: e-DJF1 de 27/07/2010, p. 7

Ementa

Administrativo. Pensão por morte de servidor público. Filha maior casada. Invalidez superveniente. Separação de fato não demonstrada. Dependência econômica não comprovada. Dever de manutenção: ex-marido e/ou filhos.

I. A condição de inválida alegada pela parte autora é fato incontroverso e não foi o fundamento determinante para a improcedência do pedido ajuizado.

II. A dependência previdenciária, necessária para o reconhecimento de direito à pretendida pensão por morte, somente se consubstancia quando demonstrada, além da invalidez, dependência econômica em face do instituidor do benefício, fato não demonstrado nos autos.

III. A parte autora, ao tempo do óbito de seu pai, já detinha o estado civil de casada, de cuja relação nasceram três filhos, todos maiores e no exercício de atividades laborativas. Ausente, em razão disso, a dependência jurídica em relação ao pai, na medida em que o dever de mútua assistência decorre da relação matrimonial, fato que atrai a responsabilidade para o ex-marido e, subsidiariamente, para os filhos. A alegada separação de fato não foi demonstrada nos autos.

IV. Apelação desprovida.

Acórdão

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

1ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/04/2010.

Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*, relator (convocado).

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*: — Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a pretensão de Vera Lúcia Maia Sampaio Chermont, que pretende perceber cota parte da pensão deixada por seu pai, Mário Nazareno Machado Sampaio, ex-servidor público federal.

O juízo de primeiro grau, em suma, entendeu que a parte autora, ao completar 21 anos perdeu a condição de dependente do pai; nessa condição – em pleno gozo de sua capacidade física e mental – constituiu família, teve filhos, não podendo retornar a condição de dependência, ainda que a invalidez tenha sido verificada com o pai ainda vivo.

Entendeu que sendo os filhos da demandante profissionais bem sucedidos (um advogado, um promotor de justiça e outro servidor público), a eles deve ser imputado o ônus de suprir as necessidades financeiras da mãe. Não considerou, outrossim, demonstrada a dependência econômica da autora em relação ao falecido.

Recorre a parte autora afirmando sua condição de dependência, na forma do art. 217 da Lei 8.112/1990, e, parte final; aduz que a condição de dependência econômica foi demonstrada no curso do processo, sendo a invalidez incontroversa.

É o relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*: — O recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual dele conheço.

De início, observo que a autora ajuizou uma ação de idêntica causa de pedir a pedido em desfavor da Universidade Federal do Pará (AC 2001.39.00.004739-5/PA), que foi já julgada por esta 1ª Turma, estando o acórdão publicado no *DJ* de 04/11/2008, ainda sem trânsito em julgado em razão de ter sido interposto recurso especial pela parte autora.

Seria o caso de se julgarem conjuntamente ambas as demandas, já que idênticos a causa de pedir e o pedido. Entretanto, como não se observou tal circunstância oportunamente, já estando julgada a demanda citada, cumpre proceder ao julgamento em separado, *ex vi* do enunciado da Súmula 235 do STJ.

No caso concreto, verifica-se que a parte autora, após perder a condição dependente do falecido servidor público, em face do implemento da idade prevista no art. 217, II, *a*, da Lei 8.112/1990, pretende ter reconhecida sua condição de filha inválida, com a consequente reaquisição da condição de dependente econômica, em razão de doença incapacitante superveniente ao implemento da idade limite, que lhe acometeu enquanto o pai era vivo.

O ponto controvertido da lide, pois, circunscreve-se à seguinte questão: pode o filho, após a perda da condição de dependente pelo implemento da idade,

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado).

readquirir tal condição, em face do acometimento de doença incapacitante?

Para auferir benefício previdenciário necessário se faz a demonstração inequívoca da condição de dependente econômico.

Nos termos do art. 217, inciso II, letras *b* e *d*, da Lei 8.112/1990, têm direito à pensão por morte o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade e a pessoa designada que viva sob a dependência econômica do servidor até 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos; e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor, enquanto durar a invalidez.

Considero, em face de tais dispositivos legais, ser possível, em tese, a re aquisição da condição de dependente econômico, para os fins previdenciários aqui examinados, desde que seja satisfatoriamente demonstrada que tornou-se o pretendente inválido após ter atingido a idade limite prevista em lei, e, ademais, que efetivamente voltou a ser sustentado pelo servidor falecido.

Assim, em situações como a dos autos, é admissível que seja reconhecida a condição de dependente da autora, para fins previdenciários/pensão por morte de servidor, já que os fatos alegados consubstanciam hipótese capaz de justificar o reconhecimento de seu retorno à condição de dependente.

No entanto, como já salientado, torna-se necessária a produção de prova inequívoca, tanto da condição de inválida da pretendente quanto de seu retorno à condição de dependente econômica do falecido servidor.

Não se tem notícias nos autos de que a parte autora vivia sob a dependência econômica do falecido pai, razão pela qual a hipótese de pessoa designada para esse fim resta de plano descartada. Nenhuma prova foi produzida pela parte demandante no sentido de fazer tal demonstração, sendo oportuno ressaltar que, por ocasião da oportunidade de especificação de provas a autora protestou pela produção de prova testemunhal, porém não se insurgiu em momento algum contra o fato de ter o Juízo de primeiro grau simplesmente desconsiderado o pleito, passando ao julgamento da lide sem que fosse realizada nos autos audiência de instrução.

Além disso, outra circunstância evidenciada nos autos chama a atenção deste julgador: às folhas 170 consta documento que noticia que o falecido servidor, no ano de 1978, providenciou a confecção de testamento público, no qual deserdou a demandante,

em razão de alegados maus tratos, agressões, má conduta.

Ora, o servidor faleceu no ano de 2000; sua filha, a autora, tornou-se incapaz por volta de 1985, segundo informação constante do laudo por ela própria apresentado (fls. 495). Ou seja, houve tempo suficiente para que, caso pretendesse, o falecido servidor se retratasse e simplesmente retirasse de seu testamento a cláusula de deserdação. Entretanto, não o fez, denotando que não mantinha boas relações com a filha, ora autora. Logo, não se pode presumir, *data venia*, pois não seria lógico, que estivesse ele a prover o seu sustento, embora a tenha deserdadado.

Descortina-se por detrás da lide uma intrincada desavença familiar. A autora pretende obter 50% do benefício que vem sendo pago a sua mãe Ambrosina Maia Sampaio, que defende-se com veemência, apontando, em desfavor da filha, as circunstâncias já ressaltadas. Ora, estivesse ela realmente residindo em companhia dos pais, como alega, sob o sustento do servidor falecido, por qual razão estaria sua mãe se insurgindo contra sua pretensão? Não é o procedimento normal de uma mãe, que pretende sempre o melhor para os filhos, salvo hipóteses excepcionais como aquelas descritas no testamento do falecido, de agressões, maus tratos, má conduta da filha em relação aos genitores.

Releva considerar, ainda, que ao tempo do óbito de seu pai, a autora já estava casada, tendo gerado três filhos. Tendo adquirido vida própria e independente, descaracterizada restou a dependência econômica em face dos pais. Não foi produzida nos autos, deve-se consignar, prova capaz de coonestar a assertiva de que está a demandante *separada de fato* de seu marido.

Também não se evidencia a existência de dependência jurídica presumida da autora em relação ao falecido, na medida em que o dever de mútua assistência decorre da relação matrimonial e de parentesco entre pais e filhos, tornando-se os genitores da autora, em tais circunstâncias, apenas subsidiariamente responsáveis por seu sustento, em caso de impossibilidade dos responsáveis diretos. Sendo os filhos da parte autora profissionais bem sucedidos (advogado, promotor de justiça e servidor público), não há que se falar em situação de excepcionalidade. A eles caberia, em primeiro plano, responder pela manutenção da mãe, prestando-lhe os alimentos necessários para sobrevivência.

Esse entendimento encontra respaldo em jurisprudência da Turma, que firmou-se com o julgamento da ação conexa, ajuizada pela autora em desfavor da Universidade Federal do Pará:

Administrativo. Servidor público. Pensão. Cônjuge e filha maior inválida. Rateio da pensão. Ausência de dependência econômica. Filha casada. Vida própria e independente. Dever de manutenção consequente da relação matrimonial e dos filhos maiores. Apelação desprovida.

I. A condição de incapaz alegada pela autora e reiterada nas razões recursais, é fato incontroverso e não foi o fundamento determinante para a improcedência do pedido ajuizado. A dependência previdenciária, necessária para o direito à pensão por morte, em se tratando de filho maior, além da invalidez, pressupõe dependência econômica em face do instituidor do benefício. Situação de fato sem a qual a relação previdenciária não resta caracterizada e notadamente os efeitos jurídicos dela decorrentes. Esta condição não restou atendida pela autora, porquanto ao tempo do óbito de seu pai, já detinha o estado civil de casada. Portanto, vida própria e independente, o que descaracteriza a dependência econômica em face dos pais. Também não havia a dependência jurídica na medida em que o dever de mútua assistência, notadamente em caso de necessidade, decorre da relação matrimonial, fato que afasta a dependência para fins previdenciários.

II. No caso, ainda que a autora afirme estar separada de fato, da responsabilidade legal de lhe assistir não se esquivam o cônjuge, nem os filhos decorrentes daquela união matrimonial. Filhos no total de três e com trabalho estável, conforme evidenciado nos autos e destacado nas citadas razões da sentença.

III. Ante este contexto, ainda que não se possa ignorar tratar-se de pessoa portadora de doença

incapacitante, o dever de ampará-la não cabe, por imposição legal, à sua mãe, detentora do direito à integralidade da pensão e com 90 anos de idade, mas ao cônjuge e aos filhos.

IV. Apelação desprovida. (AC 2001.39.00.004739-5/PA, rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, e-DJF1 p. 43 de 04/11/2008)

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento: — Senhor Presidente, acompanhei bem o relatório, a sustentação, da tribuna, li também o memorial, e o voto do relator é muito substancial, até porque teceu detalhes no processo, acompanhou inclusive o histórico do segundo processo, que correu contra a Universidade Federal do Pará, e, realmente, o que se extrai é a prova da situação fática de dependência – o que acompanhei bem é que o ilustre relator falou que não houve nem controvérsia quanto à incapacidade, porque aqui há um laudo técnico. Esse é um dos elementos, mas o núcleo é a prova da relação fática de dependência, portanto, senhor presidente, acompanho integralmente o voto do relator.

Segunda Tuma

Numeração única: 0025160-18.1998.4.01.3400

Apelação Cível 1998.34.00.025199-7/DF

Relatora: Juíza Federal Solange Salgado (convocada)
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Apelados: Roberto Coutinho e outros
Advogado: Dr. Jorge Antônio Siufi
Apelada: Anete Vasconcelos de Borborema
Advogado: Dr. Marcelo Pereira e Silva
Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara SJ/DF
Publicação: e-DJF1 de 29/07/2010, p. 36

Ementa

Administrativo. Servidor. Gratificação Especial de Localidade. Pagamento a membros do Ministério Público. Possibilidade. Precedentes. Base de cálculo. Valor do vencimento do cargo. Transformação em VPNI. Observância do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.527/1997. Correção monetária. Juros de mora.

I. A jurisprudência desta Corte e do STJ é firme quanto ao direito dos membros do Ministério Público Federal à percepção da Gratificação Especial de Localidade, por ser ela devida de forma ampla aos servidores públicos em geral.

II. Consoante o art. 17, parágrafo único, *a*, da Lei 8.270/1991, a base de cálculo da aludida gratificação deve ser o vencimento base do cargo, afastando-se assim as demais parcelas que compõem os *vencimentos* dos autores.

III. No pagamento das prestações devidas deve ser observada a transformação da GEL em VPNI pela Lei 9.527/1997, com as ressalvas constantes do art. 2º, §§ 1º e 2º, da referida norma.

IV. Correção monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

V. Juros de mora mantidos em 0,5% ao mês, contados da citação em relação às prestações a ela anteriores, e dos respectivos vencimentos, quanto às subsequentes.

VI. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 07/07/2010.

Juíza Federal *Solange Salgado*, relatora (convocada).

Relatório

A Exma. Sra Juíza Federal Solange Salgado: — Recorre a União Federal da sentença (fls. 278/282) proferida pelo MM Juízo Federal da 4ª Vara SJ/DF que, após reconhecer a prescrição quinquenal das parcelas mais longevas, julgou procedente em parte o pedido formulado na inicial, para condenar o referido ente público a pagar aos autores que não desistiram da ação a Gratificação Especial de Localidade – GEL instituída pela Lei 8.270/1991, calculada sobre seus respectivos vencimentos-base, verba de representação e gratificações previstas em lei.

Determinada a incidência de correção monetária e juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.

Honorários em desfavor da União fixados em 10% do valor causa.

Houve remessa.

Em sua apelação de fls. 286/291, a União sustenta que os autores não fazem jus à GEL, por falta de previsão legal, e que, *ad argumentandum*, no âmbito do Ministério Público Federal ela deve ser calculada com base no vencimento padrão, e não nos vencimentos percebidos pelos membros do *parquet*, além do que a

gratificação em testilha foi extinta pela Lei 9.527/1997, sendo a partir de então transformada em VPNI.

Não houve contrarrazões.

Parecer ministerial, nesta Corte, pelo parcial provimento da apelação, de modo a se calcular a gratificação em debate com base no vencimento do cargo.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Solange Salgado: — A jurisprudência desta Corte e do STJ é firme quanto ao direito dos membros do Ministério Público Federal à percepção da Gratificação Especial de Localidade, por ser ela devida de forma ampla aos servidores públicos em geral.

A propósito, os seguintes precedentes, destacados no que mais relevante:

Direito Administrativo. Servidor público. Gratificação Especial de Localidade. Membros do

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (convocado).

Ministério Público Federal. Possibilidade de percepção. Base de cálculo: vencimento do cargo efetivo. Procedência parcial do pedido.

I. De acordo com a jurisprudência dos nossos Tribunais, a Gratificação Especial de Localidade – GEL é devida aos membros do Ministério Público da União, e incide tão somente sobre o valor do vencimento do cargo efetivo, assim entendido como a retribuição pecuniária devida ao servidor, de acordo com o padrão fixado em lei, excluindo-se qualquer vantagem pecuniária.

II. Nos termos do art. 17, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.270/1991, c/c o art. 1º, § 1º, do Decreto 493/1992, essa gratificação é devida no percentual de 15% (quinze por cento), nos casos de exercício nas capitais, como é o caso dos autos, a partir de 1º/12/1991, respeitado o início do exercício do servidor nos locais indicados no anexo do referido decreto, até a edição da Medida Provisória 1.573, de 02/05/1997, convertida na Lei 9.527/1997, oportunidade em que referida gratificação foi extinta, passando a constituir vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente de revisão geral.

(...)

(AC 0007443-79.1997.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, e-DJF1 p. 179 de 04/05/2010.)

Administrativo. Membros do Ministério Público Federal. Procuradores da República. Gratificação Especial de Localidade – GEL. Art. 17 da Lei 8.270/1991 e Decreto 493/1992. Possibilidade de extensão. Art. 287, § 1º, da Lei Complementar 75/1993.

I. A norma inserta no § 1º do art. 287 da Lei Complementar 75/1993 é cristalina, ao permitir a percepção pelos membros do Ministério Público da União de outras vantagens concedidas de forma geral ao funcionalismo público federal.

II. A GEL – Gratificação Especial de Localidade foi concedida a qualquer servidor da União, das autarquias e fundações federais que estiverem em exercício em zonas de fronteira. O seu caráter geral reside justamente no fato de que será devida a qualquer servidor público, independentemente de cargo, função, carreira, faixa salarial, ou qualquer outro critério, que estiver em exercício na referida zona de fronteira.

III. Recurso especial desprovido.

(REsp 584.774/DF, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 30/05/2008, DJe 30/06/2008.)

De fato, tratando-se de gratificação deferida aos servidores em geral, sem restrição quanto aos cargos ocupados, razão não há para que ela fosse negada aos integrantes do Ministério Público Federal, sendo essa,

inclusive, a razão para que a parcela seja devida desde a operacionalização dos efeitos da Lei 8.270/1991, observado o período de permanência na localidade que permite a sua percepção.

Contudo, a sentença proferida deve ser reformada com base no recurso voluntário contra ela interposto, em um ponto específico nele abordado, e ainda adequada à legislação vigorante à época de sua prolação.

Quanto à primeira ressalva supra, esclareço que a base de cálculo da GEL é o *vencimento do cargo* ocupado pelo servidor, e não a totalidade de seus *vencimentos*, sendo clara a necessidade de distinção desses institutos em razão do quanto disposto na própria Lei 8.270/1991, quanto à base de cálculo da gratificação, e na Lei 8.852/1994, que cuida de distinguir os conceitos de *vencimento-básico* e de *vencimentos*.

Por pertinente, observe-se o item I da ementa acima transcrita, no aresto colhido da jurisprudência desta Corte.

No que se refere à questão restante, registro que a GEL foi extinta por ocasião do advento da Lei 9.527/1997, sendo os valores a ela correlatos transformados em VPNI, de sorte que esse procedimento também deve ser observado em relação aos autores, eis porque as parcelas pretéritas a eles devidas devem ser calculadas com base nessa premissa, com estrita observância ao quanto exposto nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei 9.527/1997.

Por fim, a correção monetária das prestações devidas será feita com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, agregando-se os juros de mora estabelecidos na origem, contados da citação em relação às prestações a ela anteriores, e dos respectivos vencimentos, quanto às subseqüentes.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação para limitar a incidência do reajuste sobre o vencimento do cargo dos autores, e dou parcial provimento à remessa oficial para determinar a observância do art. 2º, §§ 1º e 2º, no pagamento dos valores devidos, bem assim para disciplinar a incidência da correção monetária e dos juros de mora nos moldes acima delineados.

É o voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0007130-77.2009.4.01.4101

Apelação Criminal 2009.41.01.004215-4/RO

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo
 Apelante: Gilberto Luiz da Silva
 Advogado: Dr. Cleodimar Balbinot
 Apelada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Daniel Fontenele Sampaio Cunha
 Publicação: e-DJF1 de 30/07/2010, p. 43

Ementa

Penal e Processual Penal. Restituição de coisa apreendida. Caminhão e toras de madeira. Propriedade do caminhão comprovada. Inexistência de justa causa para a manutenção da apreensão. Recurso provido. Nomeação de fiel depositário do bem.

I. A restituição de coisas apreendidas no curso de inquérito ou de ação penal condiciona-se a três requisitos cumulativos, quais sejam: demonstração cabal da propriedade do bem pelo requerente (art. 120, *caput*, CPP); ausência de interesse no curso do inquérito ou da instrução judicial na manutenção da apreensão (art. 118 CPP) e não estar o bem sujeito à pena de perdimento (art. 91, inciso II, CP). Este é o entendimento que vem sendo adotado no âmbito desta eg. Corte.

II. O caminhão não deve ser considerado, a princípio, instrumento de crime, uma vez que sua finalidade precípua é o trabalho e não a atividade criminosa. Ademais, veículo não constitui coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção implique em fato ilícito. Precedente: ACr 2002.30.00.002164-8/AC. Des. Federal Hilton Queiroz; 4ª Turma. DJ 07/11/2003; p. 69.

III. A apreensão de veículo por tempo indeterminado, sujeitando-o aos efeitos do sol e das intempéries, pode levar, eventualmente, à inutilidade do bem tanto para o proprietário, em caso de absolvição, como para a União, em caso de condenação. Depósito do bem que se impõe para sua devida conservação.

IV. Apelação provida. Requerente nomeado fiel depositário do caminhão. Manutenção da apreensão das toras de madeira, nos termos da Lei 9.605/1998.

Acórdão

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

3ª Turma do TRF 1ª Região – 29/06/2010.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de apelação criminal interposta por Gilberto Luiz da Silva, contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Ji-Paraná/RO, que indeferiu pedido de restituição do caminhão Mercedes Benz L 1513, ano de fabricação/modelo 1973, cor azul, placa BWC 3323, Renavam 347964109, chassi

34503317003087, apreensão que se deu em inquérito policial que investigava suposta prática de crime ambiental.

De acordo com a peça inicial, no dia 27/11/2009, o requerente foi autuado pela Polícia Federal e pela Força Nacional de Segurança, da Base Roosevelt de Pimenta Bueno/RO, por estar transportando 8 (oito) toras de madeira de Jequitibá, Angelim e Caxeta, proveniente de terras indígenas, situadas na região

do Distrito de Boa Vista do Pacarana, no Município de Espigão do Oeste/RO, sem a devida documentação legal, conforme se depreende do auto de apreensão (fls. 21).

Diante da apreensão do veículo acima descrito, Gilberto Luiz da Silva requereu a sua restituição (fls. 37/43), alegando que o bem estava largado ao relento, sujeito às intempéries climáticas, tal como chegou, com a madeira sobre sua carroceria, provocando grande desgaste ao veículo, danificando os pneus, amortecedores, molas e causando outros problemas mecânicos.

Aduziu, ainda, que o bem apreendido é seu instrumento de trabalho, essencial para a manutenção de sua sobrevivência e de sua família; que conseguiu comprá-lo com muito sacrifício, trabalhando honestamente. Fundamenta seu pedido em preceito constitucional do direito de propriedade, juntando documentos aos autos (fls. 11/15).

Em primeiro grau, o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 26/29), por entender que o bem apreendido configurava instrumento do crime, devendo ser aplicado ao caso o disposto no art. 25, § 4º, da Lei 9.605/1998.

O pedido de restituição foi indeferido, sob os seguintes fundamentos:

Nesse contexto, tenho que não há como deferir o pleito inicial.

Com efeito, embora se possa afirmar que o veículo apreendido não mais interessa ao desfecho das investigações, é possível que, ao final do procedimento penal, se confirmado o uso em atividades específicas e diretamente vinculadas à lesão do meio ambiente, poderá, dentro do critério da razoabilidade e da proporcionalidade, ser decretado o seu perdimento com suporte no § 4º do art. 25 da Lei 9.605/1998.

Inconformado, apela o requerente (fls. 37/43), pedindo a reforma da r. decisão, para que lhe seja restituído o bem, em respeito à garantia constitucional de propriedade (art. 5º, XXII, CF/1988) ou que seja determinada a sua nomeação como fiel depositário do veículo até que seja encerrado o procedimento criminal instaurado.

Contrarrazões apresentadas às fls. 47/50.

O Ministério Público Federal, nesta instância, às fls. 53/58, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Dr. Francisco Marinho, opina pelo conhecimento e desprovidimento da apelação, em parecer assim ementado:

Penal. Processo Penal. Art. 46, parágrafo único da Lei 9.605/1998. Crimes contra o meio ambiente. Pedido de restituição de coisas apreendidas. Indeferimento do pedido. Apelação. Contrarrazões. Precedentes jurisprudenciais. Parecer pelo improvidamento da apelação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Pretende o apelante Gilberto Luiz da Silva, a restituição do veículo caminhão Mercedes Benz L 1513, ano de fabricação/modelo 1973, cor azul, placa BWC 3323, Renavam 347964109, chassi 34503317003087, *diesel*, apreendido conforme TC 094/2009 (fls. 21).

No caso dos autos, impende considerar o contexto em que ocorreu a apreensão do caminhão, carregado com 8 toras de madeira, sem a devida autorização do órgão competente para o seu transporte, conforme depoimento das testemunhas, policiais militares que participaram da operação de fiscalização (fls. 17), *verbis*:

(...) Que dentre os caminhões apreendidos estava o caminhão dirigido pelo autor, o qual transportava a quantia de 8 toras de madeira, das essências Jequitibá, Angelim e Caxeta; que o autor estava acompanhado de Uvandio Brandt Windler; Que a pessoa do autor não possuía qualquer documentação da carga transportada; que o caminhão conduzido pelo autor pertence ao Autor; que o autor também não possuía documentação própria; que trabalha por frete, recebendo em média R\$ 350,00 a R\$ 400,00; Que a madeira foi carregada no Distrito de Boa Vista do Pacarana e há boa possibilidade de serem oriundas das Terras Indígenas localizadas próximas àquele local; (...)

Verificando infração à lei ambiental, o caminhão e as toras de madeira foram mantidos apreendidos, conforme decisão judicial fundamentada no art. 25, § 4º, da Lei 9.605/1998.

Necessário, *in casu*, a análise dos fatos sob a égide da Lei 9.605/1998, bem como das disposições do Código de Processo Penal e do Código Penal, cuja aplicação subsidiária encontra autorização no art. 79 da mesma Lei, de Crimes Ambientais.

No que tange às regras contidas no CPP e no CP, a restituição de coisas apreendidas no curso de inquérito ou de ação penal condiciona-se a três requisitos

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães e o Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (convocado).

cumulativos, quais sejam: demonstração cabal da propriedade do bem pelo requerente (art. 120, *caput*, CPP); ausência de interesse no curso do inquérito ou da instrução judicial na manutenção da apreensão (art. 118 CPP) e não estar o bem sujeito à pena de perdimento (art. 91, inciso II, CP). Este é o entendimento que vem sendo adotado no âmbito desta eg. Corte.

Em relação ao caminhão Mercedes Benz, descrito no relatório, restou comprovado nos autos que Gilberto Luiz da Silva é o proprietário, conforme documentos de fls. 15 – Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo e Autorização para Transferência de Veículo, sendo o requerente legitimado, portanto, para o pedido de restituição. Nesse sentido:

Processual Penal. Restituição de coisas apreendidas. Veículo utilizado, em crime ambiental, por terceiro. Inquérito policial. Ausência de indiciamento do proprietário do veículo. Comprovação da propriedade do bem apreendido. Possibilidade. Arts. 91, II, b, do Código Penal e e art. 25, § 4º, da Lei 9.605/1998. Inaplicabilidade. Precedentes.

I – Há, nos autos, prova de que o requerente é o proprietário do veículo apreendido na prática de crime ambiental, por terceiro, transportando madeira desacompanhada da devida licença, outorgada pela autoridade competente, e, na forma da jurisprudência (ACr 2004.37.01.000679-9/MA, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro), a ele não se aplica a pena de perdimento, prevista no art. 91, II, b, do Código Penal.

II – Orienta-se a jurisprudência do TRF 1ª Região no sentido de que “não foi intenção do legislador dirigir a norma do art. 25, § 4º, da Lei 9.605/1998 aos bens que ocasionalmente são utilizados nos delitos ambientais”, e, “não sendo o caminhão coisa cujo fabrico, alienação, uso ou detenção constitua fato ilícito, não há como considerá-lo, a princípio, instrumento de crime, até porque referido bem não é utilizado exclusivamente na prática de crimes” (ACr 2004.41.00.001763-1/RO, rel. Des. Federal Hilton Queiroz).

III – Ademais, não indiciado o proprietário do veículo no inquérito policial, correta a decisão que determinou a restituição do bem apreendido.

IV – Apelação improvida. (ACR 2008.36.03.003496-6/MT, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, e-DFJ1 – 31/07/2009 – p. 27)

Quanto ao fato do bem apreendido, ser ou não instrumento de crime, a jurisprudência desta e. Corte já se manifestou no sentido de que o caminhão não deve ser considerado, a princípio, instrumento

de crime, uma vez que sua finalidade precípua é o trabalho e não a atividade criminosa. Ademais, veículo não constitui coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção implique em fato ilícito. Precedentes: ACR 2002.30.00.002164-8/AC. Des. Federal Hilton Queiroz; 4ª Turma. DJ 07/11/2003; p. 69. ACR 2008.36.03.003496-6/MT. Des. Federal Assusete Magalhães. Terceira Turma. 31/07/2009 e-DFJ1 p. 27.

No tocante ao interesse na manutenção da apreensão para a elucidação dos fatos, de acordo o próprio *decisum* impugnado, “o veículo apreendido não mais interessa ao desfecho das investigações” (fls. 32).

Além disso, a caracterização do crime ambiental prescinde de qualquer análise ou perícia do bem em questão, razão pela qual deve ser afastado o fundamento de que o caminhão interessa ao processo e por esta razão não poderia ser liberado.

Ressalte-se, ainda, que a apreensão de veículo por tempo indeterminado, sujeitando-o aos efeitos do sol e das intempéries, pode levar, eventualmente, à inutilidade do bem tanto para o proprietário, em caso de absolvição, como para a União, em caso de condenação.

Acrescente-se a isso, ausência de notícia de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Federal, fato que justifica a conservação do bem, até que seja definida a sua destinação.

No tocante às 8 (oito) toras de madeira apreendidas com o caminhão, o apelante nada requer nesse sentido, tampouco comprova a propriedade do bem ou legalidade do transporte. Assim, a apreensão deve ser mantida sob a responsabilidade da autoridade competente, a quem caberá a destinação da madeira, nos termos das disposições contidas na Lei 9.605/1998.

Do exposto, dou provimento ao recurso interposto para nomear o apelante Gilberto Luiz da Silva como fiel depositário do veículo caminhão Mercedes Benz L 1513, ano de fabricação/modelo 1973, cor azul, placa BWC 3323, Renavam 347964109, chassi 34503317003087, *diesel*, até ulterior decisão, devendo o juiz de primeiro grau tomar as providências pertinentes à fiel execução desse julgado.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0000385-10.2006.4.01.3900

Apelação Criminal 2006.39.00.000385-2/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Apelante: Marco Antônio da Silva

Advogado: Dr. Sebastião Pinheiro Maciel

Apelada: Justiça Pública

Procurador: Dr. Ubiratan Cazetta

Publicação: e-DJF1 de 16/07/2010, p. 14

Ementa

Penal. Operação Ouro Verde. Falsificação de documentos públicos federais. Autorização de transporte de produtos florestais – ATPF's. Art. 297 do Código Penal. Transporte ilegal de cargas de madeira com utilização de ATPF's falsas. Arts. 46, parágrafo único, e 69, ambos da Lei 9.605/1998. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Dosimetria das penas corretamente fixadas na sentença. Prescrição do crime ambiental. Reconhecimento.

I. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente, nos termos do art. 119 do Código Penal brasileiro.

II. A infração ao art. 46 da Lei 9.608/1995, cuja pena foi fixada em 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção, prescreve em 2 (dois) anos. Decorridos mais de 2 (dois) anos entre o recebimento da denúncia (30/11/2005 – fls. 1.866) e a data do registro da sentença condenatória (30/06/2008 – fls. 1.185), verifica-se a ocorrência da prescrição, pela pena cominada ao delito descrito no art. 46 da Lei 9.605/1998, nos termos dos arts. 107-IV, 109-VI, 110, § 1º e 119, todos do Código Penal.

III. As provas constantes dos autos demonstram que o réu contribuiu para a prática do crime de falsificação de documentos públicos, visto que prestou auxílio a um dos corréus na contrafação das ATPF's, seja fornecendo o original (papéis), seja dando sugestão sobre a tonalidade da impressão. Assim, ainda que sua participação se classifique como de menor importância, é inegável que sua conduta aderiu à do autor na medida em que a reforçou e a garantiu.

IV. Materialidade e a autoria delitivas demonstradas nos autos pelo conjunto probatório que é convergente quanto à responsabilidade do réu na prática do crime de falsificação de documentos públicos, sem que sua defesa tenha produzido provas em sentido contrário, de forma a ilidir as imputações que lhe foram irrogadas, há de ser mantida a sentença condenatória.

V. O crime pelo qual o réu foi condenado, qual seja, falsificação de documento público, previsto no art. 297 do Código Penal, prevê, em seu preceito secundário, a pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão e multa, não se enquadrando, portanto, no conceito de delito de menor potencial ofensivo.

VI. Dosimetria das penas corretamente fixadas na sentença.

VII. Apelação do acusado improvida. Reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime ambiental, descrito no art. 46 da Lei 9.605/1998.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação e reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime descrito no art. 46 da Lei 9.608/1995, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 29/06/2010.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu Marco Antônio da Silva, à fls. 2.211/2.215, em face de sentença (fls. 2.151/2.184) que acolheu, em parte, a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal para condená-lo pela prática dos crimes descritos no art. 297 do Código Penal e do art. 46, parágrafo único, da Lei 9.608/1995, nesses termos:

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido veiculado pelo Ministério Público Federal na presente ação penal:

(...)

c) para condenar o réu Marco Antônio Silva às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, inicialmente em regime aberto, mas que substituo por 2 (duas) penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º), uma consistente na perda dos bens elencados nos itens 1 (um) e 2 (dois) do auto de apreensão de fls. 1.038, e outra a ser oportunamente fixada pelo Juízo da Execução, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela violação do art. 297 do Código Penal, e às penas de 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção, inicialmente em regime aberto, mas que substituo por 1 (uma) pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º), a ser oportunamente fixada pelo Juízo da Execução, em 16 (dezesesseis) dias-multa, fixado o valor do dia multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela violação do art. 46, parágrafo único, da Lei 9.608/1995, absolvendo-o das demais imputações, nos termos do art. 386, II do CPP, por não haver prova da existência dos fatos. (fls. 2183/2184).

Em razões de apelação, o acusado aduz que não há nos autos prova robusta e inequívoca da prática dos delitos. Alega, em síntese, que:

O recorrente jamais praticou o crime pelo qual foi condenado (fl. 2.212);

A instrução criminal comprovou a existência dos crimes, no entanto não ficou bem delineado nem provado a participação efetiva do recorrente nos crimes, nem mesmo no qual o mesmo fora condenado, qual seja, falsificação de documento público (fl. 2.213);

Em se mantendo o entendimento da sentença recorrida, deve ela ser reformada para dosar a pena, rever seu enquadramento utilizando da dosimetria com os critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal (fl. 2.213).

Ao final, requer seja reformada a vergastada sentença, para que seja absolvido dos crimes pelo qual foi denunciado e, alternativamente, a aplicação da

Lei 10.259/2001, “em razão da pena fixada estar dentro do patamar estabelecido no referido diploma legal” (fl. 2.215).

As contrarrazões foram apresentadas pelo Ministério Público Federal (fls. 2.226/2.228).

Nesta instância, a PRR/1ª Região (fls. 2.235/2.238) opinou pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Esse o teor do requerimento ministerial, iniciando o feito:

O Ministério Público Federal, por intermédio dos procuradores da República ao final indicados, vem, com base no Inquérito Policial 426/2004, e peças informativas anexas, com fundamento no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, propor ação penal pública, em face: (fls. 17)

(...)

“31. Marco Antônio da Silva (arts. 180, 297, 304, 288 do CP e arts. 46 e 69 da Lei 9.605/1998, qualificado às fls. 951 a 953” (fl. 19).

(...)

1. Da introdução necessária aos fatos

Em decorrência de investigação realizada pela Polícia Federal, que se valeu, dentre outros elementos, de interceptações telefônicas corretamente autorizadas pela Justiça Federal, foi possível descortinar uma ativa e organizada rede criminosa, armada e especializada na fraude de documentos públicos federais (autorização de transporte de produtos florestais materialmente falsificados), na corrupção de servidores públicos federais e estaduais, na falsificação de notas fiscais, no estelionato, no uso de documentos falsos, na receptação de produtos de origem ilícita no transporte ilegal de produtos florestais e, ainda, na criação de obstáculos e dificuldades à ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.

A atuação da organização criminosa dava-se em estruturas bem divididas, com distribuição de funções, formando-se diversos núcleos de atuação (no Pará – Tailândia, Jacundá, Tucuruí, Paragominas e Belém, em Goiás – Goiânia e Aparecida de Goiânia, Maranhão – Buriticupu e Itinga, Rondônia e Mato Grosso).

Tal atividade tinha como pano de fundo a exploração irracional de recursos florestais, com o enriquecimento dos envolvidos e o dano à natureza,

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais l'talo Fioravanti Sabo Mendes e Mário César Ribeiro.

em atividade lucrativa e organizada de forma empresarial.

Em face do número de denunciados e diante da necessidade de realizar o exercício do dever de acusar e do direito de defesa, esta denúncia fará a individualização das condutas, dividindo os acusados também em núcleos, mencionados nos capítulos que se seguirão.

O resumo dos fatos, todavia, pode ser feito nos seguintes termos: unindo-se ao núcleo de pessoas atuantes em Goiânia (responsáveis pela impressão de ATPF's materialmente falsas), um importante grupo de comerciantes de Tailândia/PA utilizava-se de seu poder econômico, político e de sua violência, para fornecer a madeireiros do Estado do Pará documentos inidôneos, que serviam para viabilizar o escoamento de madeira ilícitamente extraída ou carvão ilícitamente produzido, percebendo, para tanto, a remuneração decorrente do fornecimento dos documentos. Para viabilizar suas atividades, tais agentes corrompiam servidores da Secretaria de Fazenda do Estado do Pará, servidores do Ibama, policiais civis, militares e rodoviários federais. Como resultado de tais atividades, tem-se que boa parte da madeira fornecida ao Nordeste e ao Sudeste do País decorre de origem ilegal e representa uma afronta ao desenvolvimento sustentável." (fls. 19/20).

(...)

2.4. Do núcleo de Goiânia

Essencial ao desenvolvimento das atividades criminosas descritas nesta denúncia, ao núcleo de Goiânia competia a impressão das ATPFs, com a contrafação do documento e sua distribuição aos Estados do Pará, Mato Grosso, Rondônia.

A "Gráfica Cometa" é a responsável pela falsificação do documento público (ATPF) legitimador do transporte de produtos florestais (madeira e carvão).

Dando suporte a rede criminosa que atua principalmente nos Estados do Pará e Rondônia/RO foram identificados em Goiânia/GO os seguintes membros da quadrilha: (fls. 52).

(...)

Marco Antônio Silva

Mais um elo da atividade vinculada ao núcleo de Goiânia, ligado diretamente a Divino, Marco era o responsável pela remessa de ATPF's falsas para o Estado do Maranhão.

Interrogado, reconheceu adquirir ATPF's falsificadas de Divino Vicente de Oliveira, as quais eram revendidas para o Estado do Maranhão, para pessoas que atendiam por Sebastiana e Antônio Bento.

O apurado revela o cometimento, por parte de Edson Carlos Barbosa, dos ilícitos descritos nos arts. 288, parágrafo único, 297, 180, 171 § 3º do Código Penal e arts. 46 e 69 da Lei 9.605. (fls. 55).

Processada a causa, o magistrado assim a decidiu:

(...) que a presente ação penal foi desmembrada dos autos da ação principal

2005.9780-6, originalmente proposta contra um universo de 36 (trinta e seis) pessoas no âmbito da chamada *operação ouro verde*, por força da decisão que, por cópia, se encontra às fls. 3-13 (1º Volume), a pedido do MPF, por medida de racionalização da instrução processual, garantia da ampla defesa e efetividade da atividade jurisdicional. De modo que, este processo criminal diz respeito apenas aos 3 (três) réus acima identificados. (fls. 2.152).

(...)

Inicialmente, é preciso registrar minha convicção no sentido de que os autos realmente provam a existência de uma organização criminosa, no interior do Pará e com ramificações na Capital e em outros Estados, especializada em vender documentação destinada a acobertar o transporte de madeira extraída da porção paraense da floresta amazônica.

Sem qualquer tipo de pré-julgamento em relação aos demais processos referentes ao mesmo caso, frutos do desmembramento ordenado nos Autos 2005.9780-6, pois adentrarei apenas em pontos cuja análise se mostra imprescindível para o deslinde da presente lide, sem, contudo, gerar qualquer vinculação quanto aos julgamentos vindouros, posso dizer – com convicção – que a organização criminosa em foco tinha como operação central o fornecimento de ATPF's materialmente falsificadas e notas fiscais emitidas por empresas constituídas por *laranjas*: as chamadas *notas fiscais frias*. Tal documentação era comprada por pessoas que extraíam diretamente madeira da floresta, ou que compravam a madeira de quem fazia a extração, ou transformavam a madeira em carvão vegetal, mas que não tinham autorização do órgão ambiental para vender tais produtos florestais.

Como não tinham a necessária autorização ambiental, consubstanciada na ATPF, essas pessoas adquiriam as guias materialmente falsas oferecidas pela organização criminosa.

Contudo, ou essas pessoas não tinham sequer sociedades empresárias ou firmas individuais constituídas, ou se as tinham não queriam colocar o nome delas nos documentos ambientais falsos, criando assim um rastro facilmente detectável pelas autoridades, e por isso compravam – em operação *casada* – notas fiscais que também eram oferecidas pela organização criminosa.

As notas fiscais eram materialmente verdadeiras, porém ideologicamente falsas, pois a operação nelas retratada não correspondia àquela realmente ocorrida na realidade fática, eis que o vendedor de fato não era a pessoa jurídica retratada no documento tributário, mas sim o *cliente* da organização criminosa. Além disso, a pessoa jurídica emitente do documento normalmente era constituída de *laranjas*, eis que os criminosos – verdadeiros operadores das empresas – se utilizavam de pessoas humildes e sem instrução que lhes *emprestavam* o nome, às vezes em troca de pequena remuneração, ou mesmo obtinham documentos pessoais extraviados ou roubados para com eles *abrirem firmas* em nome de inocentes.

Com o esquema criminoso, os *clientes* da organização criminosa, exploradores e comerciantes de madeira à margem da legalidade, conseguiram retirar ilegalmente do Estado do Pará grande quantidade do produto florestal, remetendo-o a diversos centros urbanos no Sudeste, Sul e Nordeste, ou destinando-o para exportação.

Corroborando o que até agora afirmei, cito a presença nos autos do depoimento de Roberto Charles de Melo (fls. 520):

“Que efetuou, esporadicamente, compra e venda de notas fiscais e ATPF’s falsas para transporte de madeira, comprando-as de Chico Baratão e Dantas; (...) que as notas fiscais e ATPF’s são expedidas em nome de empresas fantasmas.”

Na mesma linha é o depoimento de Sidnei Hoffmann (fls. 669):

“Que conhece Marcos Antônio Dantas Forte, o Dantas, de falar pelo telefone, não sendo amigo do interrogado, tratando de negócios relacionados ao fornecimento de nota fiscal e ATPF, tendo este fato ocorrido umas duas vezes (...); Que a nota foi comprada por R\$ 800,00 (oitocentos reais) nas duas vezes (...).”

Marcos Antônio Gama Arrignoni, em depoimento na esfera policial às fls. 417, igualmente afirma:

“Que o interrogado reconhece que o senhor Dantas ofereceu para o mesmo uma ATPF e nota fiscal fria para guiar o caminhão até Brasília.”

José Glayston Araújo dos Santos (fls. 670) também afirma que comprou de Dantas, por duas vezes, notas fiscais frias, pagando R\$ 800,00 (oitocentos reais) por nota.

Valdira Alves de Araújo afirma peremptoriamente (fls. 429/32):

“Que há um ano atrás Dantas já promovia a venda de ATPF’s e notas fiscais na cidade de Tailândia; (...) que as cargas de madeira não pertenciam a Dantas, este apenas promovia a venda de documentos, ATPF’s e notas fiscais.”

Analu Silva da Costa diz (fls. 498):

“Que como secretária, fazia transferências bancárias, cobranças de clientes de Chico Baratão que compravam notas fiscais e ATPF’s falsas.”

Afora isso, serviram-me também para meu convencimento o relatório de fiscalização do Ibama, de fls. 68/69, e os laudos periciais de fls. 161/163, 173/177, 236/238, 256/260, 2.077/2.078, que atestam a falsidade de várias ATPF’s, além de esclarecer sobre como se deu toda a trama criminosa.

É importante fixar – e isso tem especial relevância para o julgamento específico desta Ação Penal – que a instrução efetivamente provou que a ATPF’s falsas revendidas pela organização criminosa eram fabricadas na cidade de Goiânia/GO, mais precisamente na *Gráfica Cometa*, de onde eram adquiridas pelos chamados *distribuidores* dos documentos falsos. (fls. 2.155/2.158).

E, adiante, o magistrado passou à análise da participação de cada acusado no evento criminoso, conforme passo a destacar:

3 – *Das condutas atribuídas a Marco Antônio Silva.*

No tocante ao réu Marco Antônio Silva, a denúncia narra que (fls. 55):

“Mais um elo da atividade vinculada ao núcleo de Goiânia, ligado diretamente a Divino, Marco era o responsável pela remessa de ATPF’s falsas para o Estado do Maranhão.

Interrogado, reconheceu adquirir ATPF falsificadas de Divino Vicente de Oliveira, as quais eram revendidas para o Estado do Maranhão, para pessoas que atendiam por Sebastiana e Antônio Bento.”

Da análise da peça acusatória extraio a imputação de 5 (cinco) condutas delituosas a Marco:

- a) Falsificação de ATPF’s (art. 297 do Código Penal).
- b) Participação no transporte ilegal das cargas de madeira, fornecendo as ATPF’s falsas (arts. 46, parágrafo único, e 69 da Lei 9.605/1998).
- c) Associação com os *demais* membros da organização criminosa para o fim de cometer crimes (art. 288, parágrafo único, do Código Penal).
- d) Receptação de coisa que sabe ser produto de crime (art. 180 do Código Penal).
- e) Estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal).

3.1 *Da falsificação de ATPF’s (art. 297 do Código Penal)*

A instrução logrou provar que Marco prestou auxílio a Divino na contrafação das ATPF’s, seja fornecendo o original (papéis), seja sugerindo diminuir o tom verde da impressão ou para fazer *um fundo*, tudo como resta demonstrado nas interceptações telefônicas registradas sob os nºs. 44.8236, 42.1654 e 46.9899, as quais retratam diálogos que Marco travou com Divino e Edson conforme transcrições abaixo:

“Divino pergunta sobre os papéis. Marco pergunta se as guias foram feitas em cima da origem e diz que o outro ligou ontem e disse que estava muito verde, que deveria estar mais fraco. Divino diz tem a original é que já comparou com três originais, que são iguais.

Marcos diz que está mandando um negócio para aquele amigo deles fazer um trabalho segunda-feira. Que está indo pela Barratur e chega segunda-feira cedo. Que ela (ATPF) é do modelo antigo e os dois primeiros números foram trocados. Que quer que o rapaz faça um fundo nela pra tampar aquele branco. Diz que aquela que chegou ficou boa. Que a Barratur deve ficar lá na rodoviária pequena. Pede pra ele assim pra despachar de volta a tarde mesmo.

Fala que não saca mais dinheiro no Banco do Brasil e irá precisar de seiscentos.

Marco pergunta que carro os caras o colocou dentro. Divino diz que foi o Júnior que armou uma *casinha* para ele. Marco pergunta se eles pegaram os *trem* deles. Divino diz que não. Marco diz que vai mandar o irmão dele ir lá falar com ele, mas que vi ter de dizer quem é todo mundo. Divino diz que inclusive vai colocar a mãe dele no meio. Divino diz que vai armar uma *casinha para ele*, que quando ele pedir da *pretas* ele vai levar para ele e aí o seu irmão chega e vai ganhar nós todos. Divino diz que o carro e a moto estão com um parente do Júnior (cumpadre). Divino diz que ele emprestou um dinheiro para os policiais e eles ficaram o carro dele penhorado. Marco pergunta se eles ficaram sabendo dos *nostros* negócios. Divino diz que não.”(sic).

Assim agindo, Marco se tornou partícipe do crime de falso documental.

Vale ressaltar que como Divino falsificou milhares de ATPF's, de forma continuada, eis que ficou provado que a Gráfica Cometa *produzia* cerca de 500 (quinhentas) ATPF's falsas por semana, Marco também deve responder pelo crime em sua forma continuada. É que a conduta do partícipe é acessória à conduta do autor principal, e todas as circunstâncias, exceto as de caráter pessoal, se comunicam a ele, nos exatos termos do art. 30 do Código Penal.

Desse modo, reconheço a existência de crime continuado.

Tenho como pertinente destacar que apesar de não se haver pugnado, na denúncia, pela aplicação do comando do art. 71, *caput*, CPB, não se pode olvidar de sua incidência ao caso em tela, na medida em que os crimes cometidos evidenciam aspectos característicos de crime continuado, o que desde logo se reconhece. Frise-se que, conforme entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, cabe ao réu defender-se dos fatos que lhe são imputados, pouco importando a classificação jurídica contida na denúncia, pois o juiz conhece o direito (*jura novit cúria*), bastando que lhe sejam narrados os elementos e as circunstâncias componentes da prática delituosa, de modo a que se possa aplicar o comando legal, diante do que, conforme expressa autorização prevista no art. 384 do CPP, é dado ao Juízo subsumir os fatos apresentados aos comandos legais pertinentes, independentemente de haver menção explícita a preceito legal. Assim, amparado nos argumentos trazidos a lume, reconheço, com fulcro no art. 384 do CPP (*emendatio libelli*), a ocorrência de delito continuado, devendo-se fazer incidir o comando lançado no art. 71, *caput*, do CPB.

Nada obstante, entendo que a contribuição de Marco para a falsificação das ATPF's não se mostrou essencial para a consumação da infração por parte de Divino, pelo que entendo deva incidir na espécie a regra do § 1º do art. 29 do Código Penal.

3.2 *Da participação no transporte ilegal das cargas de madeira, fornecendo as ATPF's falsas (arts. 46, parágrafo único, e 69 da Lei 9.605/1998)*

A instrução logrou provar que Marco Antônio Silva atuava fazendo a venda, a terceiros, das ATPF's *fabricadas* na Gráfica Cometa.

Formo tal convicção a partir dos depoimentos do proprietário da Gráfica Cometa, Divino Vicente, quando afirma, categoricamente, que vendeu seiscentas ATPF falsas para Marco Antônio Silva, vulgo *Marcão* (fls. 998 – policial) e que este era seu vizinho e levou três ou quatro lotes de ATPF's para vender no Maranhão (fls. 1.967 – judicial).

Tal declaração ganha credibilidade irrefutável quando alinhada às declarações prestadas por Maurício França Rêgo, que atestam a existência de elo entre Marco Antônio Silva e Divino Vicente (fls. 1.348 – policial).

Registre-se que Marco chegou a confessar a prática delituosa na esfera policial, nos seguintes termos (fls. 1.030/32):

“(....) Que Divino mostrou uma ATPF falsa para o interrogando e perguntou se não conhecia algum madeireiro interessado em adquirir as mencionadas ATPF's; que posteriormente manteve contato com uma pessoa de nome José Henrique, que meche com madeiras na região de Mato Grosso, e comentou com o mesmo a respeito das guias ATPF's e cerca de dois ou três meses após, recebeu uma ligação de uma pessoa que disse se chamar Sebastiana, residente no Maranhão, a qual alegou que tinha interesse em adquirir as guias ATPF's falsas; (...) que enviou ATPF's falsas para Sebastiana ou Negão (...) que igualmente vendeu guias ATPF's para Antônio Bento, também residente em Açailândia-MA (...); que pegava as guias diretamente com Divino (...).”

Ocorre que tal confissão foi retratada em juízo (fls. 2.064/68), pelo que não pode ser levada em conta nesse momento.

Nada obstante, entendo que o conjunto probatório restante, por si só, é suficiente para a prova inequívoca da conduta delituosa do réu.

Pois bem. No meu entender, assim agindo, Marco efetivamente prestou auxílio aos autores do crime ambiental previsto no art. 46 da Lei 9.605/1998, devendo ser responsabilizado em razão da norma de extensão típica consubstanciada no art. 29 do Código Penal.

É que, com o seu atuar, Marco possibilitou que os *clientes* das ATPF's falsas por ele vendidas fizessem o transporte de madeira sem cobertura de documento válido, eis que as cargas eram acompanhadas justamente das ATPF's falsas.

Vale ainda registrar que o réu agiu de modo continuado, sendo as condutas subsequentes mera continuação da primeira. Tenho como pertinente destacar que apesar de não se haver pugnado, na denúncia, pela aplicação do comando do art. 71, *caput*, CPB, não se pode olvidar de sua incidência ao caso em tela, na medida em que os crimes cometidos evidenciam aspectos característicos de crime continuado, o que desde logo se reconhece. Frise-se que, conforme entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, cabe ao réu defender-se dos fatos que lhe são imputados, pouco importando a classificação jurídica contida na denúncia, pois o

Juiz conhece o direito (*jura novit cúria*), bastando que lhe sejam narrados os elementos e as circunstâncias componentes da prática delituosa, de modo a que se possa aplicar o comando legal, diante do que, conforme expressa autorização prevista no art. 384 do CPP, é dado ao Juízo subsumir os fatos apresentados aos comandos legais pertinentes, independentemente de haver menção explícita a preceito legal. Assim, amparado nos argumentos trazidos a lume, reconheço, com fulcro no art. 384 do CPP (*emendatio libelli*), a ocorrência de delito continuado, devendo-se fazer incidir o comando lançado no art. 71, *caput*, do CPB.

Contudo, tal conduta – evidentemente – não configura o tipo penal descrito no art. 69 da Lei 9.605/1998.

É que são duas as condutas, em tese, criminosas, expressas no tipo penal ora em foco, a saber: *obstar* ou *dificultar*.

Na primeira situação, o agente impede, não permite, opõe-se de modo que a ação fiscalizadora do Poder Público não se efetiva. Na segunda hipótese, embora não impeça, o agente atua de maneira a embaraçar, tornar difícil o ato de fiscalizar. Em outras palavras cria empecilhos à efetividade da atuação do Poder Público, nas questões alusivas ao meio ambiente. As provas trazidas aos autos, é bom que se diga, não demonstram atuação direta ou indireta de Marco no sentido de obstar ou dificultar nenhuma ação fiscalizadora do Poder Público, quer seja do Ibama, nem de fiscais de órgãos estadual ou municipal com atribuições para cuidar de questões ambientais.

Busco suporte jurídico no princípio da estrita legalidade pilastra garantidora da inexistência de delito fora dos limites delineados pela norma penal incriminadora, sem o qual seria possível construir a tipicidade por meio de interpretação abrangente e analógica, o que é inadmissível no estado de direito –, para afirmar que nos autos não há prova de cuja análise possa me convencer da materialidade do mencionado crime ambiental em qualquer de seus núcleos de ação.

3.3 *Da associação com os demais membros da organização criminosa para o fim de cometer crimes (art. 288, parágrafo único, do Código Penal).*

Não há nos autos prova cabal e incontestável de que Marco estava efetivamente associado aos membros da organização criminosa responsável pela exploração irracional de recursos florestais existentes nesta região amazônica.

O que ficou provado, a meu ver, foi simplesmente a existência de uma ligação entre Marco e Divino e entre Marco e Edson, não ficando assim caracterizado o crime de quadrilha ou bando.

3.4 *Da receptação de coisa que sabe ser produto de crime (art. 180 do Código Penal).*

Quanto à acusação de receptação de coisa que sabe ser produto de crime, não vejo nos autos elementos capazes de me convencer da sua concreta ocorrência.

3.5 *Do estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal)*

Não ficou também provada nos autos a conduta tipificada no art. 171, § 3º, do Código Penal, eis que para sua caracterização deveria ficar explícito nos autos que Marco induziu ou manteve alguém em erro, o que a acusação não logrou demonstrar, com sucesso, em nenhum momento durante a instrução criminal. (fls. 2.168/2.172).

Aprecio o recurso.

Registre-se, de início, que no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente, nos termos do art. 119 do Código Penal brasileiro.

O réu foi condenado às seguintes penas:

– Infração ao art. 297 do Código Penal (falsificação de documento público) – pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, cuja prescrição verifica-se em 08 (oito) anos;

– Infração ao art. 46 da Lei 9.608/1995 – pena de 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção, cuja prescrição verifica-se em 2 (dois) anos;

Decorridos mais de 2 (dois) anos entre o recebimento da denúncia (30/11/2005 – fls. 1.866) e a data do registro da sentença condenatória (30/06/2008 – fls. 1.185), verifica-se a ocorrência da prescrição, pela pena cominada ao delito descrito no art. 46 da Lei 9.608/1995, nos termos dos arts. 107-IV, 109-VI, 110, § 1º e 119, todos do Código Penal.

Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — A prova da materialidade delitiva do crime descrito no art. 297 do Código Penal (falsificação de documento público) está consubstanciada nos seguintes documentos:

– Relatório de Fiscalização do Ibama, de fls. 68/69;

– Laudos Periciais de fls. 161/163, 173/177, 236/238, 256/260, 2.077/2.078, que atestam a falsidade de várias ATPF's.

No que se refere à autoria, igualmente restou demonstrada nos autos.

Alega o apelante, em síntese, a inexistência de prova a amparar a condenação que lhe foi imposta na sentença condenatória.

No entanto, o conjunto probatório demonstra de forma incontroversa a participação do réu no fato delituoso.

Com efeito, quando de seu depoimento na fase policial, confessou a prática delituosa, conforme passo a transcrever:

(...) Que Divino mostrou uma ATPF falsa para o interrogando e perguntou se não conhecia algum madeireiro interessado em adquirir as mencionadas ATPF's; que posteriormente manteve contato com uma pessoa de nome José Henrique, que meche com madeiras na região de Mato Grosso, e comentou com o mesmo a respeito das guias ATPF's e cerca de dois ou três meses após, recebeu uma ligação de uma pessoa que lhe disse se chamar Sebastiana, residente no Maranhão, a qual alegou que tinha interesse em adquirir as guias ATPF's falsas; (...) que enviou ATPF's falsas para Sebastiana ou Negão (...) que igualmente vendeu guias ATPF's para Antônio Bento, também residente em Açailândia/MA (...); QUE pegava as guias diretamente com Divino (...) (fls. 2.170).

Outros fatos que apontam a participação do apelante na empreitada criminosa são as interceptações telefônicas registradas sob os nºs 448.236 (fls. 2.140), 421.654 (fls. 2.136) e 469.899 (2.140), que registram diálogos entre o réu, ora apelante e os corréus Divino e Edson cujo teor volto a transcrever da sentença, nesses termos:

A instrução logrou provar que Marco prestou auxílio a Divino na contrafação das ATPF's, seja fornecendo o original (papéis), seja sugerindo diminuir o tom verde da impressão ou para fazer *um fundo*, tudo como resta demonstrado nas interceptações telefônicas registradas sob os nºs 448.236, 421.654 e 469.899, as quais retratam diálogos que Marco travou com Divino e Edson conforme transcrições abaixo:

"Divino pergunta sobre os papéis. Marco pergunta se as guias foram feitas em cima da origem e diz que o outro ligou ontem e disse que estava muito verde, que deveria estar mais fraco. Divino diz tem a original é que já comparou com três originais, que são iguais.

Marcos diz que está mandando um negócio para aquele amigo deles fazer um trabalho segunda-feira. Que está indo pela Barratur e chega segunda-feira cedo. Que ela (ATPF) é do modelo antigo e os dois primeiros números foram trocados. Que quer que o rapaz faça um fundo nela pra tampar aquele branco. Diz que aquela que chegou ficou boa. Que a Barratur deve ficar lá na rodoviária pequena. Pede pra ele assim pra despachar de volta a tarde mesmo. Fala que não saca mais dinheiro no Banco do Brasil e irá precisar de seiscentos." (fls. 2.168/2.169).

Ademais, conforme pode se inferir das transcrições supra, o réu contribuiu para a prática do crime em foco, visto que prestou auxílio ao corréu Divino na contrafação das ATPF's, seja fornecendo o original

(papéis), seja dando sugestão sobre a tonalidade da impressão. Assim, ainda que sua participação se classifique como de menor importância, é inegável que sua conduta aderiu à do autor na medida em que a reforçou e a garantiu.

Embora o réu tenha retratado em juízo (fls. 2064/2068) a confissão feita na fase policial (v. fls. 2.170), o conjunto probatório demonstra, de forma incontestada, a sua participação na prática delituosa.

Quanto ao pedido de aplicação da Lei 10.259/2001, sob o fundamento de a "*pena fixada estar dentro do patamar estabelecido no referido diploma legal*" (fls. 2.215), não merece acolhida, tendo em vista que o crime pelo qual o réu foi condenado, qual seja, falsificação de documento público, previsto no art. 297 do Código Penal, prevê, em seu preceito secundário, a pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão e multa, não se enquadrando, portanto, no conceito de delito de menor potencial ofensivo.

Por fim, insurge-se contra a dosimetria da pena. Alega que a "*sentença recorrida, deve ela ser reformada para dosar a pena, rever seu enquadramento utilizando da dosimetria com os critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal*" (fl. 2.213). Ocorre que, neste ponto, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, nesses termos:

3 – Dosimetria da pena de Marco Antônio Silva

3.1 Quanto à participação no crime de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal).

Nada há nos autos que incremente ou atenua a *culpabilidade* da conduta para além ou para aquém daquilo já considerado pelo legislador na fixação do marco penal correspondente ao tipo do art. 297 do Código Penal.

Os *antecedentes* do réu, do ponto de vista jurídico, são bons.

Sua *conduta social e personalidade* não apresentam características que exijam maiores considerações.

O *motivo* do crime, ao que tudo indica, reside na ambição desmedida de ganho financeiro, que fez com que o réu violasse seu dever jurídico de não delinquir.

As *circunstâncias* da infração são desfavoráveis ao réu, pois as ATPF's que foram por ele revendidas serviram para acobertar o transporte de madeira irregularmente extraída da selva amazônica, o que torna a conduta do réu merecedora de maior reprovabilidade.

As *consequências* do crime, no caso em apreço, são graves e extrapolam o conteúdo do tipo penal do falso documental na medida em que, para além de afetar a fé pública, o crime também causou

tumulto na atividade administrativa de controle da atividade de extração de madeira nesta região amazônica, o que não configura a figura autônoma do art. 69 da Lei 9.605/1998 em concurso material com o art. 297 do Código Penal, como já ficou expressamente assentado, mas torna a conduta do réu merecedora de maior reprovabilidade.

Por tudo isso, fixo a *pena-base* em 3 (três) anos de reclusão, e 30 (trinta) dias-multa.

Verifico que incide a agravante de finalidade específica – art. 62, II, *b*, do Código Penal – por ter o réu cometido o crime para facilitar a execução de outra infração. Em consequência, elevo a pena em 1/6 (um sexto), o que corresponde a acrescer-lhe 6 (seis) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa, e, diante da inexistência de outras agravantes, bem como de atenuantes, fixo a *pena provisória* no patamar de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 35 (trinta e cinco) dias-multa.

Incide, na espécie, a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal, conforme fundamentação, pelo que aumento a pena do Réu em 1/3 (um terço), levando em conta o número relativamente grande de ATPF's que foram adulteradas com a sua participação (mas não tão grande quanto o número de ATPF's falsificadas por Maurício), e assim acresço 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa à pena provisória anteriormente fixada.

Também incide a causa de diminuição da pena prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal, pelo que reduzo a pena de 1/3 (um terço), o que corresponde a subtrair-lhe 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa à pena provisória anteriormente fixada.

Inexistindo outras causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 35 (trinta e cinco) dias-multa.

Fixo o valor do dia multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, considerada a situação econômica do réu.

O regime inicial para o cumprimento da pena é o *aberto*, nos exatos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Presentes os requisitos dos arts. 43 e seguintes do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade do réu por duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º).

Desde logo, fixo a primeira pena substitutiva como sendo a perda dos bens elencados nos itens 01 (um) e 02 (dois) do auto de apreensão de fls. 1038, o que faço na forma do art. 43, *c/c* 45, § 3º, do Código Penal. No ponto, registre-se que a atividade delituosa de venda de ATPF's falsas era uma empreitada deveras lucrativas, eis que as mesmas eram compradas por valores relativamente pequenos junto à gráfica, e revendidas com alta margem de lucro, de modo que o valor dos bens cujo perdimento ora se decreta certamente é inferior

ao proveito que o réu obteve com a prática ilícita. Quanto à segunda pena substitutiva, determino que a mesma seja oportunamente fixada pelo Juízo da Execução. (fls. 2.179/2.181).

Diante do exposto, nego provimento à apelação e declaro a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime ambiental, descrito no art. 46 da Lei 9.605/1998.

É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes: — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fls. 2.247.

Inicialmente, deve ser reconhecida, *in casu*, a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal quanto ao crime previsto no art. 46 da Lei 9.605/1995, uma vez que entre a data do recebimento da denúncia (30/11/2005 – fls. 1.866/1.867) e a data da publicação da sentença (30/06/2008 – fls. 2.185), decorreu prazo superior a 2 (dois) anos, que é o prazo prescricional previsto para o montante de pena aplicada ao delito em questão (fls. 2.183/2.184).

Quanto ao crime descrito no art. 297 do Código Penal, verifica-se que a materialidade encontra-se devidamente comprovada através do Relatório de Fiscalização do Ibama (fls. 68/69) e dos Laudos Periciais de fls. 161/163, 173/177, 236/238, 256/260 e 2.077/2.078.

No que se refere à autoria, tem-se que restou ela demonstrada, na forma em que visualizou a v. sentença *a quo* (fls. 2.168/2.169).

Faz-se necessário também mencionar não haver que se cogitar na aplicação ao caso em comento da Lei 10.259/2001, tendo em vista que o crime pelo qual o réu foi condenado, não se enquadra no conceito de crime de menor potencial ofensivo.

Além do mais, não é de se ter *in casu* a redução da pena fixada em primeiro grau de jurisdição, por, *data venia* de eventual posicionamento em contrário, ter a v. sentença *a quo* observado os critérios estabelecidos nos arts. 59 e 68, do Código Penal.

Não merece, assim, *concessa venia*, ser reformada a v. sentença apelada.

Diante disso, reconheço a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado quanto ao delito descrito no art. 46 da Lei 9.605/1998, e, no mais, nego provimento à apelação.

É o voto.

Quinta Turma

Agravo de Instrumento 10748-77.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)
Agravante: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Agravado: Hypermarcas S/A
Advogada: Dra. Milena Pacce Zammataro
Publicação: e-DJF1 de 09/07/2010, p. 206

Ementa

Processual Civil e Constitucional. Agravo de instrumento. Cancelamento de registro de medicamento. Produtos com nomes similares e princípios ativos analgésicos diferentes. Possibilidade de risco ao consumidor. Prazo insuficiente concedido pela Anvisa para alteração do nome do medicamento que entrou por último no mercado.

I. Se a Lei 6.360/1976, em seu art. 5º, § 3º, concede ao administrado um prazo de 90 dias, contados a partir da publicação do respectivo despacho, para promover a alteração do nome de produtos que apresentem coincidência capaz de induzir ao erro quanto à sua composição ou finalidade, mostra-se insuficiente o prazo de 10 (dez) dias concedido à empresa agravada pela autoridade apontada como coatora.

II. Evidencia-se a existência de risco na comercialização do produto *Atroveran Plus* juntamente com o medicamento *Atroveran Composto*, que já existia no mercado, uma vez que os princípios ativos analgésicos de ambos são diferentes (*Atroveran Plus* = paracetamol e *Atroveran Composto* = dipirona), podendo levar o usuário alérgico a uma das duas substâncias a grandes eventos adversos como hepatite (paracetamol) e hipotensão (dipirona).

III. Agravo de instrumento da Anvisa parcialmente provido, para, reformando, em parte, a decisão agravada, determinar que seja suspensa a comercialização do medicamento *Atroveran Plus*, sem cancelamento do registro do remédio, durante o período em que a empresa agravada providencia a alteração de seu nome e até que a Anvisa repute atendidas todas as exigências por ela formuladas para que se dê continuidade à comercialização do produto no mercado.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento da Anvisa.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 19/05/2010.

Juiz Federal Renato Martins Prates, relator (convocado).

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: — Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Anvisa contra decisão (cópia às fls. 213/214) que, em mandado de segurança impetrado pela Hypermarcas S/A, concedeu, em parte, a liminar pleiteada, determinando fossem suspensos os efeitos do cancelamento do registro do medicamento *Atroveran Plus*, procedido por meio da Resolução – RE 3.286/2009-Anvisa, restituindo à impetrante o prazo previsto na Lei

6.360/1976, para efetuar a alteração determinada pelo Ofício 260/2009-Anvisa (fls. 214).

Entendeu o MM. Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do DF que o prazo de 10 (dez) dias concedido pela Anvisa para que a empresa alterasse o nome do medicamento não observou os parâmetros temporais definidos no § 3º do art. 5º da Lei 6.360/1976, que concede prazo de 90 (noventa) dias para a modificação do nome ou designação do produto, em casos de comprovada colidência de marcas.

Sustenta a agravante, em síntese, que:

a) houve prazo razoável para a alteração da marca, dado que, *entre a reunião inicial entre a impetrante e a publicação do cancelamento, a empresa dispôs de um período de três meses para elaboração de um plano de ação para alteração do nome comercial* (fls. 15);

b) a manutenção do nome do medicamento gera risco sanitário, por induzir os consumidores em erro, levando-os a crer que o produto em questão possui fórmula e indicação terapêutica semelhante à do *Atroveran Composto*, que já é comercializado pela mesma empresa há diversos anos, quando, na verdade, os princípios ativos analgésicos de ambos são diferentes (*Atroveran Plus* = paracetamol e *Atroveran Composto* = dipirona), podendo levar o usuário alérgico a uma das duas substâncias a grandes eventos adversos como hepatite (paracetamol) e hipotensão (dipirona); e

c) *em razão do princípio da precaução, a mera possibilidade de prejuízos patrimoniais por parte da impetrante, passíveis de ressarcimento futuro, não podem constituir motivo para expor a saúde pública a riscos* (fls. 19).

Ao apreciar o feito, em seu limiar, o eminente Juiz Federal Pedro Francisco da Silva concedeu, em parte, o efeito suspensivo, *apenas para determinar que seja suspensa a comercialização do medicamento Atroveran Plus, sem cancelamento do registro do remédio, durante o período em que a empresa agravada providencia a alteração de seu nome e até que a Anvisa repute atendidas todas as exigências por ela formuladas para que se dê continuidade à comercialização do produto no mercado* (fls. 272).

Em sua contraminuta (fls. 277/298), a *Hypermarcas S/A* pugna pela manutenção da decisão agravada, assim como pelo restabelecimento do seu direito de comercializar o produto *Atroveran Plus*, aos seguintes argumentos:

a) não há perigo na comercialização do medicamento em análise, seja porque as embalagens do *Atroveran Composto* e do *Atroveran Plus* são diferenciadas, o que, por si só, afastaria a possibilidade de confusão nos consumidores, seja porque os princípios ativos de ambos (paracetamol e butilbrometo de escopolamina) não causam nenhum risco à saúde;

b) o *Atroveran Plus* é similar ao *Buscopan Plus* que vem sendo comercializado normalmente no mercado interno, sem que haja qualquer alegação de risco à saúde da população devido ao acréscimo da palavra *plus*;

c) *a agravada protocolou, em 2 de março de 2010, o pedido de alteração do nome do Atroveran Plus para Atrolic, perante a Anvisa* (fls. 286);

d) *a sucessão de decisões concernentes ao medicamento Atroveran Plus causam receio nos consumidores quanto à qualidade, segurança e eficácia do produto* (fls. 287).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: — Ao examinar os autos, não verifico a existência de elementos jurídicos válidos em ordem a contrastar com a decisão adotada pelo eminente Juiz Federal Pedro Francisco da Silva, que atribuiu apenas em parte o efeito suspensivo pleiteado.

A propósito, confirmam-se as razões por ele adotadas, *in verbis*:

Tem razão apenas em parte a agravante. Com efeito, se, por um lado, errou a Anvisa ao conceder apenas 10 (dez) dias para que a empresa agravada alterasse o nome do produto *Atroveran Plus*, por outro lado, diante do risco ao qual pode ser exposto o consumidor se não ficar atento aos diferentes princípios ativos analgésicos dos dois produtos, parece-me que a medida mais segura seria reabrir o prazo para alteração do nome do *Atroveran Plus*, suspendendo-se, no entanto, a sua comercialização.

Observe, ainda, que não há como se acolher a alegação da agravante de que a *Hipermarcas S/A* já teria, na realidade, se beneficiado do prazo que veio a Juízo pleitear, pois tal prazo não pode ser contado da data em que ocorreu a reunião inicial entre a empresa agravada e a Anvisa, até porque, conforme se depreende do texto da ata da referida reunião, ocorrida em 11/05/2009 (ver cópia às fls. 60/61 destes autos), naquele momento ainda não lhe fora posta a exigência de alteração do nome do medicamento. Confira-se, a seguir, o teor dos resultados da reunião registrados na referida ata:

“A empresa deverá contraargumentar, enviando, no prazo de 10 dias, documentação que demonstre ausência de confusão entre as marcas.

A empresa se propõe a efetuar ampla divulgação na mídia sobre a diferença entre os produtos.

A documentação deverá ser protocolada como aditamento ao processo e a empresa deverá, tão logo peticione a documentação, informar a GTFAR o do expediente via e-mail.” (fls. 61)

Assim sendo, concedo em parte o efeito suspensivo pleiteado, apenas para determinar que seja suspensa a comercialização do medicamento *Atroveran Plus*, sem cancelamento do registro do remédio, durante o período em que a empresa

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado).

agravada providencia a alteração de seu nome e até que a Anvisa repute atendidas todas as exigências por ela formuladas para que se dê continuidade à comercialização do produto no mercado.

Com efeito, como bem observou o Juízo de 1º grau, ao tratar sobre o prazo para alteração do nome de produtos que apresentem coincidência capaz de induzir ao erro quanto à sua composição ou finalidade, a Lei 6.360/1976, em seu art. 5º, § 3º, concede ao administrado um prazo de 90 dias, contados a partir da publicação do respectivo despacho, para promover dita modificação. Mostra-se, portanto, insuficiente, o prazo de 10 (dez) dias concedido à empresa agravada pela autoridade apontada como coatora.

De outro lado, o risco na comercialização do produto *Atroveran Plus* juntamente com o medicamento *Atroveran Composto*, que já existia no mercado, reside no fato de que os princípios ativos analgésicos de ambos são diferentes (*Atroveran Plus* = paracetamol e *Atroveran Composto* = dipirona), podendo levar o usuário alérgico a uma das duas substâncias a grandes eventos adversos como hepatite (paracetamol) e hipotensão (dipirona). Assim sendo, a despeito de serem eles comercializados em embalagens diferentes, existe a possibilidade de o consumidor ser levado a crer que possuem ambos a mesma composição.

Assim sendo, a potencial periculosidade gerada pelo medicamento não diz respeito à toxicidade de sua

fórmula, nem, por certo, ao acréscimo da palavra *plus* em seu nome.

Também não socorre a agravada a comparação entre seu produto e o *Buscopan Plus*, pois o fato de estar este último sendo comercializado regularmente no mercado interno não tem o condão de afastar a possibilidade de confusão do consumidor entre os produtos *Atroveran Composto* e *Atroveran Plus*. Ainda que a mesma situação ocorresse com o medicamento *Buscopan* e ficasse provado nos autos que existem no mercado um *Buscopan Plus* e um *Buscopan Composto*, cada um deles com um princípio analgésico diferente e capaz de causar reações alérgicas no usuário, o que não ocorreu, tal prova somente geraria a obrigação da Anvisa de suspender a comercialização de um deles. Isso porque o erro não gera direito.

Ante o exposto, e com apoio na fundamentação ora desenvolvida, dou parcial provimento ao agravo de instrumento da Anvisa, para, reformando, em parte, a decisão agravada, determinar que seja *suspensa* a comercialização do medicamento *Atroveran Plus*, sem cancelamento do registro do remédio, durante o período em que a empresa agravada providencia a alteração de seu nome e até que a Anvisa repute atendidas todas as exigências por ela formuladas para que se dê continuidade à comercialização do produto no mercado.

É o meu voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0000087-732000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.000088-4/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Apelante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – Usiminas S/A
Advogados: Dr. Custódio da Piedade U. Miranda e outros
Apelante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Procurador: Dr. Frederico de Carvalho Paiva
Apelados: Os mesmos
Publicação: e-DJF1 de 26/07/2010, p. 123

Ementa

Administrativo. Cade. Processo administrativo. Imposição de multas e publicação em jornais do extrato da decisão. Lei 8.884/1994. Paralelismo de conduta. Cartel. Acordo de preços. Enganosidade.

I. A Companhia Siderúrgica Nacional, a Cosipa e a Usiminas, as três únicas empresas produtoras de aço plano comum no mercado nacional, após mais de um ano sem alteração nos preços de seus produtos, decidiram, em meados de 1996, elevá-los em patamares e condições de pagamento semelhantes e datas próximas. À época não havia causa determinante para a continuidade do exercício da atividade econômica desenvolvida pelas empresas

que impedisse a manutenção, por mais algum tempo, dos preços que vinham sendo por ela praticados, como o aumento dos custos de produção ou alteração significativa na demanda. Esta decisão contemporânea das três empresas não foi independente, conforme resulta dos fatos e circunstâncias apurados pela Secretaria de Direito Econômico no trâmite do procedimento administrativo; houve comunicação entre elas na fase de negociação dos preços – cujo aumento já fora anunciado aos clientes, mas ainda não efetivado.

II. O paralelismo de conduta não é ilícito desde que haja autonomia entre as condutas de cada empresa. O que a lei veda é o acordo entre as empresas (formal ou informal, expresso ou velado) a respeito de preços e condições de pagamento, na medida em que tal conduta impede a normalidade da atuação das forças de mercado, prejudicando a posição do consumidor, o qual tem dificultada ou mesmo impedida a negociação em busca de condições a ele mais vantajosas.

III. Comprovada no processo administrativo, após regular tramitação, a prática de cartel, com prejuízo potencial ao princípio da concorrência. A infração administrativa tipificada no art. 20, inciso I, c/c art. 21, I, ambos da Lei 8.884/1994, prescinde de elemento subjetivo e de resultado material, já que são puníveis, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, dentre outros efeitos, o de prejudicar a livre a concorrência, ainda que não sejam alcançados.

IV. A sanção prevista art. 26 da Lei 8.884/1994, segundo o qual “a recusa, omissão, enganiosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária (...)” somente se configura em caso de requisição formal para apresentação de informações e/ou documentos, não se enquadrando no tipo legal a apresentação de alegações enganosas em peças de defesa produzidas no processo administrativo.

V. Hipótese, ademais, em que o fato negado nas manifestações de defesa no processo administrativo – e, depois, admitido diante de requisição formal de esclarecimentos pelo relator – não dizia respeito às transações comerciais das empresas envolvidas e nem a documentos internos relacionados à formação dos preços, mas à presença em reunião ocorrida dentro de um dos órgãos públicos do sistema de defesa da concorrência (SEAE). A exigência, sob pena de multa diária, de que estas confessassem fato que elas próprias viam como prejudicial a sua defesa – fato este passível de comprovação por outros meios – não se compadece com o devido processo legal substantivo.

VI. Agravo retido da autora não conhecido. Apelação da autora não provida.

VII. Apelação do Cade e remessa oficial parcialmente providas para restabelecer o fundamento integral da decisão administrativa, ou seja, infração à ordem econômica com adequação da conduta da autora ao disposto no art. 20, I, c/c art. 21, I, ambos da Lei 8.884/1994, ficando invalidada apenas a multa imposta com fundamento no art. 26, da Lei 8.884/1994.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer do agravo retido da autora; negar provimento à apelação da autora, e dar parcial provimento à apelação do Cade e à remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 14/06/2010.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Trata-se de remessa e apelações interpostas de sentença proferida em ação ordinária ajuizada pela Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa) visando a invalidar processo administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

A 7ª Turma deste Tribunal, vencido o relator Juiz Federal convocado Francisco Renato Codevila Pinheiro

Filho, declinou da competência para uma das Turmas da 3ª Seção, considerando precedente da Corte Especial no Conflito de Competência 2008.01.00.004367-8/DF (fls. 1013/1016), vindo-me os autos em redistribuição por dependência com a AC 1999.34.00.03785-0 em 15/01/2009 (fls. 1229).

Adoto o minucioso relatório constante do voto do Juiz Federal convocado Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (fls. 965/1.010), *in verbis*:

Companhia Siderúrgica Paulista – Cosipa ajuizou ação ordinária em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade objetivando a declaração de nulidade do Processo Administrativo 08000.015337/94-48, ao final do qual fora reconhecida a prática de conduta subsumida ao art. 20, I, c/c art. 21, I, da Lei 8.884/1994, restando aplicada a penalidade de multa e determinação para publicação do extrato da decisão administrativa no primeiro caderno de jornal de grande circulação no Estado da autora.

2 – Em síntese, sustentou a autora que: (a) em 12 de junho de 1997, por despacho do secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, fora instaurado processo administrativo em face da autora e outras duas empresas do setor siderúrgico (a CSN e a Usiminas), a fim de que fosse apurada possível infração à ordem econômica, consistente no reajuste combinado de preços relativos ao produto “aço plano comum”; (b) ao final do processo administrativo, a autora fora condenada no pagamento de multa no valor de R\$ 13.150.000,00, por se haver detectado infração à ordem econômica (cartelização na fixação de percentuais de reajuste de preços), além do pagamento da multa de R\$ 3.487.000,00, a teor do disposto no art. 26 da Lei 8.884/1994 (enganosidade na prestação de informações ou documentos solicitados pelos órgãos de defesa econômica); (c) é nula a decisão administrativa, porquanto esta teria se baseado em fato diverso dos considerados na denúncia administrativa e salientados preliminarmente pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça, ou seja, enquanto a acusação teria levado em conta a reunião realizada entre o Instituto Brasileiro de Siderurgia – IBS e a SEAE, na qual, com a presença dos representantes das três empresas, fora manifestada a intenção de promoverem o reajuste de preços, a partir de 1º de agosto de 1996, e ainda, a reunião realizada em 3 de março de 1997, entre os órgãos de defesa da concorrência – Cade, SDE e SEAE – e o IBS, na qual as três empresas confirmaram a decisão de promoverem o reajuste de preços, enquanto a acusação relata estes dois fatos e a defesa sobre eles se atem, a decisão administrativa teria se baseado em um terceiro fato, não relatado na acusação, a saber, possível comunicação ocorrida entre as três empresas, antes da reunião na SEAE; (d) a decisão administrativa deixou de apreciar todos os argumentos e provas produzidas pela autora (documentos, testemunhos e perícia), para apegar-se a um indício, sequer considerado na peça acusatória; (e) é nulo o despacho de instauração do processo administrativo, porquanto deixara de ser assinado pela autoridade competente, além de carecer de fundamentação, nos termos do art. 32 da Lei 8.884/1994; (f) do aludido despacho constara, apenas, referência ao enquadramento da conduta da autora nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, sem, contudo, haver descrição da conduta que, em tese, se adequaria ao tipo legal, o que teria inviabilizado o direito de defesa; (g) não fora observado o

disposto no art. 30 da Lei 8.884/1994, o qual determina a prévia instauração de procedimento para averiguações preliminares, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração imediata do processo administrativo; (h) não fora observado o disposto no art. 26 da Portaria 753/1998, do Ministério da Justiça, segundo o qual, após a fase de instrução, deve-se produzir um relatório com posterior notificação do representado para apresentação de alegações finais; (i) o disposto no art. 20 da Lei 8.884/1994, na parte em que diz que a configuração da infração à ordem econômica independe de culpa, violaria o disposto no art. 173, § 4º, da CF, do qual seria possível inferir a necessidade de demonstração da intenção dos agentes na produção dos resultados lesivos à ordem econômica; (j) o disposto no inciso I do art. 20 da Lei 8.884/1994, no sentido de caracterizar como infração à ordem econômica “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” teria extrapolado o comando do art. 173, § 4º, da CF, o qual, no que interessa, refere-se, apenas, à “eliminação da concorrência”; (k) não houve prova de que a autora tivesse combinado com as outras empresas no sentido de proceder ao reajuste dos preços no intuito de promoverem a eliminação da concorrência, não sendo possível extrair tais conclusões, por simples suposição, das reuniões ocorridas na SEAE; (l) o parecer técnico juntado ao processo administrativo demonstrou haver uma tendência à similitude nos preços dos produtos homogêneos de mercados oligopolizados, em virtude do que é de se ter por razoável o chamado paralelismo de condutas dos agentes de mercado, o que, entretanto, não pode ser confundido com a intencional e combinada conduta de reajustar preços de produtos com intuito de eliminar a concorrência ou auferir lucros arbitrários; (m) não há prova da combinação de preços, ao contrário, existe farta prova no sentido de que os preços foram negociados com os clientes, além de haver racional explicação para o fato de os preços, em um mercado dominado por poucas empresas, seguirem os comandos de um líder ou daquele que em primeiro lugar tomar a iniciativa de promover o reajuste de preços, o que é chamado de “paralelismo de conduta”, (n) não houve a prática da conduta enganosa prevista no art. 26 da Lei 8.884/1994, por parte da autora, porquanto a negativa à presença na reunião realizada na SEAE está relacionada ao fato de que não comparecera à aludida reunião qualquer representante da empresa com poderes para ali tomar qualquer decisão em nome da empresa, somente um diretor comercial, não expressamente autorizado, e por conta própria, apenas para atender a um chamado rotineiro do IBS; (o) não é razoável a contagem da multa diária entre a apresentação da defesa prévia, primeira oportunidade em que o fato teria sido negado (16/07/1997), e a apresentação da informação solicitada (1º/07/1999), porquanto a morosidade no andamento do processo somente pode ser atribuída à própria Administração.

3 – Em contestação, sustentou o Cade que: (a) o despacho do secretário de Direito Econômico que determinou a instauração do processo administrativo encontra-se suficientemente fundamentado, tanto que permitiu às partes interessadas a mais ampla discussão; (b) a decisão atacada está carregada de fundamentação sobre a conduta da autora, sobre os requisitos legais para a configuração da infração à ordem econômica, bem como não se esquivou de apreciar todas as provas produzidas nos autos; (c) o princípio do livre convencimento do julgador permite a valoração das provas, segundo a convicção de cada um dos membros do Cade; (d) a conclusão no sentido de que houve conluio entre as empresas processadas não adveio de presunção, mas de um conjunto de fortes indícios, capitaneados pelo fato de as empresas terem se reunido com as autoridades responsáveis pela defesa da ordem econômica, justamente, para anunciar o reajuste de preços, além de haverem informado seus clientes de que, a partir de 1º de agosto de 1997, novos preços estariam em vigor; (e) a multa pela infração à ordem econômica foi aplicada considerando-se o mínimo legal permitido, ou seja, 1% do faturamento bruto do último exercício, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.884/1994, não sendo, por tal razão, cabível a alegação de desproporcionalidade na fixação da mesma; (f) a multa aplicada pela enganiosidade, em conformidade com o disposto no art. 26 da Lei 8.884/1994, deve-se ao fato de a autora, juntamente com a empresa Usiminas, haverem negado o comparecimento à reunião realizada na SEAE; (g) a questão da constitucionalidade do art. 20 da Lei 8.884/1994, fora examinada pelo e. STF, no julgamento da ADI 1.094, na qual fora, por unanimidade, indeferido o pedido de liminar.

4 – O pedido de produção de prova testemunhal, requerido pela autora restou indeferido, o que ensejou a interposição de agravo retido, às fls. 667/679.

5 – O MPF solicitou o ingresso no feito, na condição de fiscal da lei, às fls. 795/796, o que fora deferido.

6 – Processado o feito, o M.M. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, no sentido de excluir da fundamentação da decisão administrativa a adequação da conduta da autora ao art. 21, I, da Lei 8.884/1994 (fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços), bem como, para afastar a multa aplicada com fundamento no art. 26 da Lei 8.884/1994 (A recusa, omissão, enganiosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de cinco mil Ufir, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator). Por considerar a sucumbência mínima por parte do

Cade, condenou-se a autora nas custas e verba honorária equivalente a R\$ 10.000,00. Em síntese, concluiu a r. sentença não ter havido demonstração efetiva do acerto prévio de preços entre a autora e as demais siderúrgicas, em que pese a proximidade de datas e percentuais dos reajustes. Por outro lado, considerou ser a produção dos resultados descritos no art. 20, I, da Lei 8.884/1988 (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa), suficiente para a manutenção da condenação pelo cometimento de infração à ordem econômica, mesmo tendo havido a descaracterização da conduta descrita no art. 21, I, da Lei 8.884/1994.

7 – Os embargos declaratórios da autora foram rejeitados.

8 – Apela a autora sustentando a nulidade da r. sentença, por violação aos arts. 128 e 460, CPC, porquanto teria o M.M. Juízo *a quo* desbordado os limites do pedido inicial. Argumenta a autora, em sua defesa, que o pedido tinha por objeto a nulidade do processo administrativo, entre outros aspectos, porque não caracterizada a infração prevista no art. 21, I, c/c 20, I, da Lei 8.884/1994. Dessa forma, não poderia a r. sentença reclassificar a conduta da autora, mantendo a caracterização da infração à ordem econômica pela simples constatação dos efeitos descritos no art. 20, I, da Lei 8.884/1994, mesmo porque, segundo alega, somente se materializa a infração à ordem econômica quando houver a conjugação das condutas descritas no art. 21 com os efeitos previstos no art. 20 da Lei 8.884/1994. Assim, se a r. sentença afastou a tipificação do art. 21, I, não há que se falar em manutenção da condenação pelo art. 20, I, da Lei 8.884/1994, que descreve, apenas, resultados. Dessa forma, ao acolher a fundamentação da inicial no sentido de que não houvera a combinação de preços, a única solução possível seria no sentido da procedência do pedido, ao invés da improcedência, neste aspecto, em razão da manutenção da condenação administrativa com base no art. 20, I, da Lei 8.884/1994. A autora alega, também, violação aos arts. 2º e 5º, LV, da Constituição Federal, na medida em que, mantida a condenação administrativa, pela simples ocorrência dos efeitos descritos no art. 20, I, da Lei 8.884/1994, na verdade, teria o MM. julgador criado um novo tipo delituoso (o paralelismo de conduta), não capitulado na Lei 8.884/1994, e em relação ao qual a autora não teve a oportunidade de se defender. Sustenta, ainda, a autora, reavivando argumentos já expostos em sua petição, não ser possível a configuração de infração à ordem econômica pela simples materialização de um dos efeitos previstos no art. 20, sendo necessário que tais efeitos decorram de alguma das condutas descritas no art. 21 da Lei 8.884/1994. Segundo se alega, na medida em que a r. sentença concluiu não restar caracterizada a prévia combinação de preços, afastando a incidência do art. 21, I, não poderia subsistir a condenação pela verificação dos efeitos descritos no art. 20, I, da Lei 8.884/1994,

vez que, nesse caso, a autora seria condenada pelo simples “paralelismo de conduta”, o que, de acordo com o próprio Cade, não caracterizaria, por si só, infração à ordem econômica. Com efeito, afastada a configuração da conduta descrita no art. 21, I, fora a condenação administrativa da autora mantida pelo simples reajuste não diferenciado de preços, o que, no entender da autora, não se admite.

9 – Também apela o Cade, pleiteando o restabelecimento da integral fundamentação da condenação administrativa, por entender que restara configurada a conduta prevista no art. 21, I, da Lei 8.884/1994. Sustenta que o julgamento proferido por aquela autarquia não se baseou, apenas, na reunião realizada na SEAE, mas em outros aspectos pertinentes à teoria econômica dos oligopólios, e que a aludida reunião servira, apenas, como ponto de partida para suas investigações, além de possibilitar algumas conclusões lógicas. Alega que o fenômeno da “liderança de preços”, defendido pela autora, não teria, de fato, ocorrido, porquanto, no ano de 1996, o reajustamento do preço fora puxado pela CSN, enquanto que, em 1997, a Usiminas teria iniciado o processo de reajustamento dos preços, aspecto que inviabiliza a identificação do fenômeno da liderança de preços, o qual requer a estabilidade na figura do líder, ao invés da alternância constatada. Diz, também, que, em um mercado competitivo, ainda que sujeito à liderança de preços, é normal, após a divulgação dos novos preços reajustados, seguir-se uma fase de negociação com os clientes, o que não ocorrerá; ao contrário, o que se verificou foi a imposição quase linear do reajuste em patamares e condições de pagamento similares, excetuando-se, apenas, as montadoras de automóveis. Outro aspecto a robustecer a prévia combinação de preços, segundo o Cade, é o fato de que, à época da conduta investigada, a Usiminas detinha 49,7% do capital social da Cosipa; a CSN detinha o controle acionário da Vale do Rio Doce, a qual, por sua vez, detinha expressiva participação acionária da Usiminas e uma participação menor na Cosipa. Outra evidência no sentido da eliminação da concorrência seria o fato de que, ao longo dos seis anos anteriores ao julgamento administrativo, não houvera alteração na participação de cada uma das três empresas no mercado relevante considerado. Em relação à multa prevista no art. 26 da Lei 8.884/1998, afastada pela r. sentença, defende que a autora insistiu na conduta de negar a sua participação na reunião ocorrida na SEAE, em julho de 1996, a qual, como dito, fora o ponto de partida das investigações. Dessa forma, ou seja, por correta a aplicação da aludida multa, em patamar mínimo, impõe-se o seu restabelecimento neste momento.

10 – Em contrarrazões, a autora suscita preliminar de não conhecimento do apelo do Cade, porquanto não houve correta identificação da empresa recorrida no teor da petição, bem como, porque não há pedido expresso no apelo em relação à multa por enganiosidade (art. 26 da Lei

8.884/1994), afastada na r. sentença. No mais, pede o não provimento do apelo.

11 – Também em contrarrazões, o Cade suscita preliminar de não conhecimento do apelo, por ausência de preparo, bem como, defende a inexistência de pedido pela reforma do valor da multa aplicada. No mérito, pede o não provimento do apelo.

12 – Neste Tribunal, em 3 de fevereiro de 2004, os apelos foram distribuídos por dependência, em relação ao Processo 2001.01.00.000509-3, ao Des. Federal Tourinho Neto, à época, integrante desta Turma.

13 – Em 17 de abril de 2007, o Cade peticionou requerendo a remessa dos autos ao gabinete do Des. Federal Antônio Ezequiel, por ser este o relator do processo mais antigo, envolvendo a discussão da condenação administrativa pelo Cade imposta à autora e às empresas CSN e Usiminas (Agravo de Instrumento 2001.01.00.012156-0).

14 – Em 3 de junho de 2008, a autora requereu o adiamento do julgamento dos apelos, por uma sessão, o que fora atendido.

Após a redistribuição, a Usiminas noticiou haver incorporado a autora, sua subsidiária integral Cosipa, requerendo a alteração do polo ativo (fls. 1.233/1.236).

Foram os autos ao Ministério Público Federal que, em parecer do Procurador Regional da República Nicolau Dino Neto, opinou pelo desprovimento da apelação da Cosipa e pelo provimento da apelação do Cade (fls. 1.312/1.317).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Preliminarmente, aceito a competência da 3ª Seção, considerando, além do decidido pela Corte Especial no Conflito de Competência 2008.01.00.004367-8/DF, em relação ao qual guardo reserva, que, no processo administrativo impugnado, foi imposta não apenas a penalidade de multa (Regimento Interno, art. 8º, §, inciso), mas também ordenada a publicação, às expensas da apelante, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno, do extrato da decisão condenatória, o que pode justificar a incidência do inciso do art. 7º do Regimento Interno.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Moreira Alves e Daniel Paes Ribeiro.

Defiro a alteração do polo ativo requerida às fls. 1.233/1.236.

Quanto aos pressupostos de conhecimento dos recursos, também me valho dos fundamentos do voto do Juiz Federal convocado Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho:

13 – Preliminares de não conhecimento dos apelos: a autora suscita preliminar de não conhecimento do apelo do Cade, porquanto não houve a correta identificação da empresa recorrida no teor da petição, bem como, porque não há pedido expresso no apelo em relação à multa por enganiosidade (art. 26, da Lei 8.884/1994), afastada na r. sentença. De fato, as razões recursais do Cade padecem dos vícios declinados pela autora. Contudo, não vislumbro qualquer mácula capaz de obstar o exercício da defesa pela autora ou a correta apreensão da matéria em debate pelo órgão julgador. Quanto à alegação de inexistência de pedido expresso em relação à multa por enganiosidade, saliento que o Cade abriu tópico específico sobre o tema em suas razões recursais e, ao final, deduziu o seguinte pedido: “seja julgado procedente o apelo para declarar a legalidade do enquadramento da conduta no artigo 20, inciso I, da Lei 8.884/1994, subsistindo a multa aplicada e sua respectiva fundamentação.” Ora, se a multa principal aplicada à autora foi confirmada na r. sentença, somente é possível crer que, em seu pedido, o Cade faça referência à multa que fora afastada na r. sentença, ou seja, a multa pela enganiosidade, cuja fundamentação respectiva encontra-se nas razões recursais da autarquia.

14 – O Cade, da mesma forma, requer o não conhecimento do apelo da autora, por ausência de preparo, e pela inexistência de pedido quanto ao valor da multa aplicada. Quanto ao preparo recursal, verifica-se que, juntamente com as razões recursais, a autora protocolou petição (fls. 870) em que esclarece o fato de, naquele momento, deixar de promover o recolhimento do preparo do apelo, o que decorreu do fato de, no momento do ajuizamento da inicial, já haver promovido o recolhimento total das custas devidas em primeira e segunda instâncias (fls. 432), o que restou demonstrado. Sobre a ausência de pedido acerca da redução da multa aplicada, tal situação não induz ao não conhecimento do apelo, pelo simples fato de que tal questão não fora posta pela autora em sua apelação.

15 – Quanto ao agravo retido interposto pela autora, dele não conheço, ante a ausência de reafirmação do seu exame no apelo.

Acrescento apenas que a recorrida (Cosipa) teve seu nome corretamente grafado na petição de interposição do recurso do Cade (fls. 890), havendo, apenas, equívoco de digitação nas razões respectivas à fls. 892, consistente na menção do nome de outra

das empresas punidas no mesmo ato pela autarquia (CSN), erro material este que em nada prejudicou a compreensão das razões de apelação.

Igualmente reporto-me aos fundamentos do voto do Juiz Federal convocado Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho para apreciar o mérito dos recursos:

17 - Mérito dos recursos: A autora, juntamente com a Usiminas e a CSN, fora condenada pelo Cade por se haver detectado a ocorrência de infração à ordem econômica, caracterizada pela prévia combinação de reajuste de preços, entre as referidas empresas, para o produto aço plano comum. Eis o teor da ementa do acórdão, *verbis*:

“Processo Administrativo 08000.015337/97-48

Representante: SDE *ex-officio*

Representadas: Cia. Siderúrgica Nacional–CSN, Cia. Siderúrgica Paulista–Cosipa, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A–Usiminas.

Ementa: Processo administrativo.

1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço comum.

2. Infração prevista no art. 20, I c/c art. 21, I da Lei 8.884/1994.

3. Preliminar de enganiosidade: Cosipa e Usiminas negaram participação em reunião na SEAE em 30/07/1996. Aplicação de multa por enganiosidade à Usiminas e Cosipa, prevista no art. 26 da Lei 8.884/1994, no valor de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais) e, de 3.570.000 UFIR, equivalente a R\$ 3.487.890,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais), respectivamente.

4. Conduta de cartel configurada: paralelismo de conduta sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preços.

5. Imposição de multa mínima de 1% do valor do faturamento no ano de 1996 das representadas CSN, Usiminas e Cosipa, nos termos do art. 23, inciso I e observado o disposto no art. 11 da Lei 9.021/1995, nos valores de R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais), R\$ 16.180.000,00 (dezesseis milhões e cento e oitenta mil reais) e R\$ 13.150.000,00 (treze milhões e cento e cinquenta mil reais), respectivamente.

6. Determinação de publicação pelas representadas, às suas expensas, de extrato da decisão condenatória, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada, em meio página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal.

7. Remessa de cópia da íntegra dos autos ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar

a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra as representantes legais da CSN, Usiminas e Cosipa.

8. Envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promove averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S/A.”

18 – Pois bem, preliminarmente, sustenta a autora, em seu apelo, violação aos arts. 128 e 460, CPC, e, conseqüentemente, a nulidade da sentença recorrida. Argumenta a autora, em sua defesa, que o pedido inicial tinha por objeto a nulidade do processo administrativo, entre outros aspectos, porque não caracterizada a infração prevista no art. 21, I, c/c 20, I, da Lei 8.884/1994. Dessa forma, não poderia a r. sentença reclassificar a conduta da autora, mantendo a caracterização da infração à ordem econômica pela simples constatação dos efeitos descritos no art. 20, I, da Lei 8.884/1994, mesmo porque, segundo alega, somente se materializa a infração à ordem econômica quando há a conjugação das condutas descritas no art. 21, com os efeitos previstos no art. 20 da Lei 8.884/1994. Assim, se a r. sentença afastou a tipificação do art. 21, I, não há que se falar em manutenção da condenação pelo art. 20, I, da Lei 8.884/1994, que descreve, apenas, resultados. Dessa forma, ao acolher a fundamentação da inicial no sentido de que não houvera a combinação de preços, a única solução possível seria no sentido da procedência do pedido, ao invés da improcedência, neste aspecto, em razão da manutenção da condenação administrativa com base no art. 20, I, da Lei 8.884/1994.

19 – Contudo, não me parece haver qualquer nulidade na sentença recorrida. A autora parte do princípio de que os resultados descritos no art. 20, somente configuram infração à ordem econômica se decorrentes das condutas previstas no art. 21 da Lei 8.884/1994, o que, d.v., não traduz a melhor interpretação sobre a matéria. O art. 20 descreve, de forma muito clara, o que considera por infração à ordem econômica, *verbis*:

art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

20 – Vê-se, portanto, que, qualquer conduta que leve a um dos resultados descritos no art. 20 da Lei 8.884/1994, é considerada infração à ordem econômica, passível de punição. Não há qualquer referência, no art. 20, sobre a necessidade de a

conduta do agente econômico enquadrar-se em uma das previstas no art. 21.

21 – O mesmo não ocorre, entretanto, em relação ao art. 21, posto que, este sim, de forma expressa, exige, para a caracterização das infrações, a produção dos resultados inscritos no art. 20, *verbis*:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; (...)

22 – É possível, portanto, haver infração à ordem econômica pela simples caracterização dos resultados descritos no art. 20 da Lei 8.884/1994. O que não pode, e nesse caso a lei é expressa, é configurar-se a infração à ordem econômica pelo simples cometimento de alguma das condutas previstas no art. 21. Este, isoladamente, não sobrevive; por outro lado, o art. 20, é capaz de sobreviver, ou seja, produzir os efeitos desejados pela norma, sem precisar do art. 21.

23 - A respeito da independência do art. 20 da Lei 8.884/1994, cito trecho da obra *Os fundamentos do antitruste*, de autoria da professora Paula A. Forgioni, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, *verbis*:

Tomando como ponto cardeal o objeto ou efeito da prática analisada, o art. 20 da Lei 8.884, de 1994, refere-se aos ‘atos, sob qualquer forma manifestados’, englobando, a um só tempo, os acordos e as concentrações entre empresas, o domínio de mercado e o abuso de posição dominante. (p. 138)

Para efeitos da composição do suporte fático previsto no art. 20 da Lei Antitruste, pouco importará a forma como se reveste o ato analisado, uma vez que o próprio texto normativo determina a vedação de ‘atos’, sendo estes ‘sob qualquer forma manifestados’.

Mais uma vez, bastará a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para comprovar a existência da prática: Simples trocas de informações, cartas de intenção ou mesmo acordo de cavalheiros (*gentleman’s agreements*) podem caracterizar-se como atentatórios à ordem econômica, se acarretaram a incidência do art. 20. (p. 148)

É perfeitamente possível, pois, dentro do sistema estabelecido pela Lei 8.884, de 1994, que se verifique algum acordo previsto no art. 21 sem que haja infração à ordem econômica. Basta, para tanto, que não se dê a incidência de qualquer dos incisos do art. 20. Da mesma forma, um ato não tipificado no referido art. 21 poderá ser ilícito se tiver por objeto ou produzir efeito previsto no art. 20.

É, por exemplo, o típico caso de agentes econômicos que se unem em conluio, sob o manto

da 'associação de classe', ou 'associações buscando a qualidade do produto'. Como é cediço, nada há de ilícito na associação de agentes econômicos, sendo essa prática, inclusive, assegurada pela Constituição Federal. Não obstante, a partir do momento em que a associação é um instrumento (ou um disfarce) adotado pelos agentes econômicos para viabilizar uma prática anticompetitiva (ou seja, desde que haja a incidência de qualquer dos incisos do art. 20), esta haverá de ser considerada abusiva. (p. 328.) (Grifamos.)

24 – Como se vê, não há qualquer mácula ou contradição lógica na r. sentença, pelo fato de se haver afastado a conduta descrita no art. 21, I, da Lei 8.884/1994, e, mesmo assim, restar mantida a condenação pelos resultados do art. 20, posto que este, como dito, basta a si mesmo, não dependendo da configuração das condutas previstas no art. 21. Incoerente, além de equivocada, seria a sentença confirmar os efeitos do art. 20, como de fato o fizera, e afastar a aplicação da penalidade.

25 – Da mesma forma, e com a mesma argumentação, afasto a alegação de violação aos arts. 2º e 5º, LV, da CF. Segundo a autora, a sentença teria, com a sua conclusão, engendrado uma nova conduta delituosa, não prevista em lei, posto considerar o *paralelismo de conduta*, em si, infração à ordem econômica. Entretanto, como já salientado, nada mais fez a r. sentença do que considerar os resultados previstos no art. 20, I, da Lei 8.884/1994, como suficientes à configuração da infração, em que pese haver concluído pela não demonstração do conluio entre as empresas, ou seja, haver afastado a aplicação do disposto no art. 21, I, da Lei 8.884/1994.

26 – Pois bem, esclarecida a conclusão e os efeitos da r. sentença, impõe-se, agora, a análise dos fundamentos da decisão administrativa.

27 – O fato que despertou a atenção das autoridades competentes para a repressão às infrações à ordem econômica foi a reunião ocorrida na SEAE, em 30/07/1996, por solicitação do Instituto Brasileiro de Siderurgia – IBS, com a presença de representantes das três empresas (Cosipa, Usiminas e CSN), a qual teve por objetivo informar às autoridades que, a partir de 1º de agosto daquele mesmo ano, novos preços de mercado passariam a vigorar, em razão do reajuste aplicado. Àquela altura, inclusive, as empresas já haviam comunicado suas clientes deste mesmo reajuste.

28 – No dia 31/07/1996, ou seja, no dia seguinte ao da reunião, a SEAE encaminhou, via fax, comunicação às empresas, salientando a possível prática de conduta infracional, caracterizada pela combinação de preços e consequente formação de cartel.

29 – Posteriormente, em 12 de junho de 1997, o Secretário de Direito Econômico determinou a instauração de processo administrativo contra as três empresas, no curso do qual restaram

demonstradas a infração à ordem econômica pela prévia combinação de reajuste de preços em relação ao produto aço plano comum, como se passa a demonstrar.

30 – De fato, o chamado *paralelismo de condutas*, isoladamente, não induz infração à ordem econômica, como, inclusive, reconhecido pelo próprio Cade. Contudo, não foi o que se verificou no caso das três empresas. As investigações e análises empreendidas demonstraram que a conduta das empresas não foi compatível com o simples paralelismo, como reação ao reajustamento de preços operado pela empresa líder do seguimento. O fenômeno da liderança de preços e do paralelismo de condutas são tidos como próprios de mercados oligopolizados de produtos homogêneos. A empresa líder resolve reajustar os preços dos seus produtos, contudo, o faz sem a concordância das concorrentes. Estas esperam a reação do mercado ao novo preço e, caso verifiquem ter havido assimilação, então, e só então, passam a adotar a mesma conduta, seguindo o rumo da líder. Isso é o paralelismo de condutas, algo muito distinto da concertação de condutas, em que as empresas de um mesmo mercado relevante, antes de promoverem o reajuste, combinam o seu percentual, de forma a evitar disparidade de preços, inviabilizando a concorrência e o exercício do direito à preferência por parte dos adquirentes do produto.

31 – O Cade, em sua decisão, foi enfático em afirmar que o mero paralelismo de condutas não caracteriza infração à ordem econômica. Por outro lado, também enfatizou a ocorrência de outros aspectos que, estes, sim, somados à reunião realizada a pedido da entidade que representa os interesses das três empresas, demonstrariam a infração. Destaco do voto do relator do processo administrativo, para melhor compreensão, os seguintes trechos, *verbis*:

“Aceito o argumento de que num oligopólio de produto homogêneo, como o de aços planos comuns, existem forças de mercado que fazem com que os preços praticados pelas firmas, mesmo na ausência de acordo explícito entre os concorrentes, sejam bastante próximos. O reconhecimento da interdependência nas decisões das firmas num oligopólio pode e frequentemente produz tal resultado no mercado. Assim, preços semelhantes e reajustes de preços próximos nos percentuais e no tempo podem não ser fruto da formação de cartel. Para demonstrar a formação de cartel num mercado oligopolizado é preciso algo mais além disso. (...)

Também aceito o argumento de que o paralelismo de conduta não se constitui, por si só, em infração à ordem econômica, sendo fruto frequentemente do que os economistas costumam chamar de interdependência oligopolista. Assim, as firmas que atuam em mercados oligopolizados procuram estabelecer regras comuns para a fixação dos seus preços e, principalmente, para seus reajustes. Tais regras tendem a se tornar prática aceita no mercado, tal como o processo conhecido

como liderança de preços. Quando isso ocorre, uma firma tradicionalmente inicia o processo de recuperação de preços e repasse de custos, sendo seguida pelos demais concorrentes. Ressalto que a liderança de preços não pode ser confundida com a liderança de mercado. Embora seja mais comum a líder de mercado (isto é, a empresa com maior participação de mercado) assumir o processo de reajuste de preços (assumir a liderança de preços), é possível que essa tarefa seja empreendida por uma empresa sem a liderança nas vendas, através dos usos e costumes do mercado. Nesse caso, a empresa líder de mercado aceita outra empresa como líder de preços em respeito a uma regra que garante estabilidade no processo de fixação de preços, evitando guerras de preços desnecessárias.

Porém, chama a atenção o fato de que no mercado de aços planos comuns no Brasil, tanto a liderança de mercado quanto a liderança de preços são sistematicamente negadas e transferidas para concorrentes. Para a CSN, a líder do mercado seria a Usiminas/Cosipa, que atuariam como apenas uma empresa. Para Usiminas e Cosipa, entretanto, a liderança de mercado seria da CSN. Assim, a possível líder de mercado CSN, em julho de 1996, teria aumentado seus preços, não de forma *temerária*, como ela mesmo afirmou, mas no pleno exercício da liderança de mercado e da liderança de preços, assumindo a responsabilidade pelo início do processo de reajuste de preços do setor. Essa hipótese, entretanto, em vez de esclarecedora, confunde qualquer analista, uma vez que, transcorridos apenas alguns meses, no primeiro semestre de 1997, a liderada Usiminas reajustou seus preços (em 27/06/1997) antes que a líder de preços(?) CSN o fizesse (em 1º/07/1997).

Assim, muito embora seja certo que a liderança de preços é uma justificativa economicamente racional do processo de reajuste de preços num oligopólio, (quase sempre próximos no percentual e no tempo), tal sistemática na indústria de aços planos comuns do Brasil não obedeceu a descrição do processo apresentado pelas próprias defesas. A cada rodada o processo se modifica. Não há padrão, o passado não se repete, o costume não é observado. Talvez porque não seja importante para o processo de reajuste de preços qual empresa deverá iniciá-lo, diante da certeza de que será seguida.(....)

A liderança de preços é um conjunto de praxes na indústria segundo a qual as mudanças de preços são anunciadas pela firma aceita como líder pelas outras, que lhe seguem nas suas decisões de reajustes. É usual distinguir três tipos de liderança de preços: liderança da firma dominante, liderança colusiva e liderança barométrica. A liderança de preços da firma claramente dominante não envolve exatamente questões de interdependência, uma vez que ela decide sem considerar os demais participantes do mercado, cada qual pequeno demais para exercer influência perceptível no mercado através de suas ações individuais. Nessa

estrutura de mercado, as pequenas firmas tomam o preço da líder como dado e se ajustam. Não se aplica ao presente caso, em que todos os participantes são grandes empresas com elevada participação de mercado.

A liderança colusiva, por sua vez, ocorre nos oligopólios compostos por firmas de tamanho menos díspares, onde todas reconhecem o interesse comum por atitudes cooperativas em vez de comportamentos absolutamente independentes. De acordo com Markham, a liderança colusiva de preços ocorre quando a indústria é fortemente oligopolizada (altamente concentrada), os produtos são fortemente substitutos, os custos de produção são semelhantes, há elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, e a demanda pelo produto da indústria é relativamente inelástica – características do mercado brasileiro de aços planos comuns.

O tamanho da firma no mercado é a variável que mais frequentemente distingue a líder de preços, mas outras circunstâncias também desempenham algum papel nessa definição. Circunstâncias históricas, como o fato de ter sido a primeira a introduzir um novo produto podem permitir que uma firma menor no mercado assuma a liderança de preços. A firma com os custos mais baixos também pode chamar para si essa responsabilidade, uma vez que tem menor incentivo para seguir as firmas de custos mais elevados nos reajustes. Sejam quais forem os motivos de aceitação de uma firma como líder de preços, sua liderança deve ser seguida sistemática e unanimemente, para a coordenação resultar em melhor desempenho para os vendedores num mercado. A liderança colusiva de preços é, assim, um processo de comunicação, que deve ser suficientemente claro para não passar uma mensagem dúbia ou equivocada que possa resultar em reação não cooperativa no interior da indústria.

Desse modo, diante de alterações nas condições de demanda ou de custos, o processo de reajuste de preços se dá a partir de critérios já identificados e aceitos por todos. Supondo uma elevação lenta e gradual de custos, a indústria aceita a redução de suas margens até um certo ponto. A partir dali torna-se necessário um reajuste de preços. O risco de uma firma reajustar sua tabela de preços consiste em não ser seguida pelas demais, que visariam com isso obter fatias do mercado da rival. Mas o risco maior para o conjunto das firmas, é que esse temor implique inércia e ausência de reajuste, comprometendo seriamente suas margens de lucro. Assim, a primeira firma a reajustar seus preços o faz com a convicção de que será seguida. Com a repetição do processo, fica compreendido no interior da indústria o momento e a forma de reajuste de preços.

Os riscos da recusa a seguir a líder, principalmente diante de elevações de custos já incorridas, são ilustrados por Sherer com a experiência da indústria de latas de conserva no final dos anos 1950, nos EUA. Após a empresa líder elevar

seus preços em 6%, seu maior concorrente reajustou sua tabela em apenas 3%. A líder entendeu a ação da rival como a deflagração de uma guerra de preços, voltou atrás no seu reajuste e ainda reduziu seus preços em até 5% abaixo do nível inicial. O processo de competição por preços acirrou-se, no ano de 1959, a indústria conviveu com preços 10% mais baixos do que no ano anterior.

Sherer destaca alguns aspectos do processo de liderança colusiva de preços. A firma líder não anuncia mudanças nas tabelas de preços com demasiada frequência. Isso porque cada gesto comporta um risco de que a mudança seja mal interpretada ou incompreendida. Assim, os empresários parecem inclinados a abster-se de modestos aumentos de lucros associados a ajustes de preços diante de reduzidos aumentos de custos ou alterações na demanda, a fim de reduzir o risco de falhas de comunicação e descoordenação. Diante disso, o líder só anunciará mudanças em respostas a alterações significativas nas condições de custos e demanda, reconhecidas por toda a indústria. O líder também busca preparar o espírito dos concorrentes para a necessidade do reajuste, valendo-se de declarações de executivos, entrevistas em jornais e revistas, etc. O uso dessa técnica levou Sherer a comentar que esse seria um processo de *colusão através da imprensa*. Finalmente, a firma líder anuncia preços que reflitam o desejo de toda a indústria, e não seu próprio desejo.

Por último a liderança barométrica de preços ocorre quando a empresa líder age como um barômetro das condições de mercado. Sherer observa ser difícil diferenciar os casos reais de liderança barométrica e colusiva e que essa distinção apóia-se em critérios de conduta e desempenho. No domínio do desempenho a liderança é chamada de colusiva quando facilita a obtenção de preços monopolísticos, enquanto é barométrica se não atua nesse sentido. Entretanto, o autor ressalta que essa distinção não é muito útil e pode ter utilidade negativa quando empregada irrefletidamente para estereotipar práticas de mercado *boas* ou *más*.

A liderança de preços barométrica também exige certas características comportamentais não encontradas no caso exclusivamente colusivo. Em primeiro lugar, a liderança pode mudar, sendo o processo de reajuste de preços iniciado por firmas diferentes, exatamente como ocorreu nos reajustes de preços das usinas siderúrgicas brasileiras em 1996 e 1997. Em segundo lugar, a iniciativa de iniciar um processo de reajuste não são sempre seguidas. Ou, nas palavras de Sherer (*op. cit.*, p. 70) *se são seguidos, a aceitação pode ser retardada enquanto outras firmas põem em prática uma estratégia de esperar para ver o que acontece*. Em terceiro lugar, tais iniciativas podem ser rejeitadas pelo conjunto da indústria, o que significa que pode ocorrer um reajuste quanto ao preço pretendido pelo líder. Essas duas últimas características, conforme demonstrou a SDE nos autos e ressaltou no seu parecer, não se observa

no mercado sob análise no presente P.A. Assim, fica evidenciado que o processo de liderança de preços no mercado relevante em questão é do tipo colusiva, e não barométrica. (...)

No Brasil o paralelismo de conduta também não é considerado, isoladamente, infração à ordem econômica. Como nos EUA, a violação à lei de defesa da concorrência fica caracterizada quando existe alguma coisa além do comportamento paralelo. Assim, na ausência de outra evidência, se a teoria econômica é capaz de apresentar explicação para um reajuste de preços de uma indústria, ou seja, se a conduta da indústria é racional do ponto de vista econômico, esta é considerada legal. (...)

No presente caso, entretanto, chama a atenção a dificuldade encontrada pelas Representadas em explicar a racionalidade econômica de suas condutas. Todas as defesas sustentam-se sobre a tese de que o processo de reajuste de preços em oligopólio sob o patrocínio da liderança de preços reflete a interdependência oligopolista e a necessidade de regras estáveis sobre as quais se apóiam as decisões empresariais, reduzindo substancialmente a imprevisibilidade nos mercados. Usiminas e Cosipa nas suas defesas foram enfáticas em ressaltar o papel desempenhado pela CSN como líder no processo de reajuste de preços. Entretanto, num curto espaço de tempo as regras de reajustes foram modificadas, alternando-se CSN e Usiminas na iniciativa de líder em um novo processo de repasse de custos e reajuste de preços. No reajuste de 1996, a CSN anunciou primeiro sua intenção de reajuste e marcou data para efetivá-lo. Sua concorrente Usiminas seguiu o anúncio e marcou a mesma data para a sua efetivação – sem saber se a líder de fato reajustaria seus preços e em que montante. Em 1997, novamente a CSN anunciou sua intenção de reajuste e foi seguida nisso pela Usiminas. Entretanto, Usiminas marcou seu reajuste para antes do reajuste da CSN. Ou seja, sem esperar para tomar ciência de quanto seria o ajuste efetivamente praticado pela CSN, líder de preços, anunciou e praticou seus novos preços. Isso não guarda nenhum sentido com toda as explicações apresentadas pelas defesas, nem com a teoria econômica disponível. Usiminas não seguiu líder algum. Não houve processo de liderança de preços a partir da CSN. Usiminas liderou de fato o reajuste de 1997, uma vez que teoricamente não poderia saber de quanto seria o reajuste negociado pela CSN com seus clientes – ou já sabia? Para seguir a líder, só poderia ter efetivado seu reajuste após efetivado o reajuste da líder de preços CSN.

Aqui é importante observar que, conforme proposição de Markham (*op. cit.*) bastante utilizada pelos economistas, as características da indústria brasileira de aços planos comuns apontam para um esquema de liderança colusiva de preços, seja porque se trata de um oligopólio de produtos homogêneos altamente concentrado, com elevadas barreiras à entrada, custos praticamente idênticos e demanda inelástica (características estruturais), seja

porque não há notícia de reajustes de preços que não foram imediatamente seguidos pelo conjunto dos produtores (característica comportamental), conforme ressaltado pela SDE. Dessa forma, a troca de líderes, possível sob condições bastante restritas num oligopólio com liderança barométrica de preços, não seria de se esperar num oligopólio com liderança colusiva de preços, como é o da indústria brasileira de aços planos comuns. Dessa maneira, a troca de líderes de preços só poderia ocorrer diante da certeza de que os demais concorrentes já estariam preparados para acompanhar os reajustes.

Por outro lado, é preciso analisar a tese das Representadas de que as mudanças nas tabelas de preços são anunciadas com vários dias de antecedência pela líder como forma de se assegurar que será acompanhada pelas demais. Se suas concorrentes não anunciarem mudanças também nas suas tabelas, a líder recuará de seu reajuste sem perda de mercado. Porém, como a SDE ressaltou, em 1997 Usiminas comunicou seu aumento à General Motors apenas dois dias depois da CSN comunicar seu aumento à mesma cliente, aumentando seus preços antes mesmo que ela. Ou seja, não esperou para ver se a outra iria efetivamente aumentar seus preços, segundo o comportamento alegadamente tradicional no mercado. É sempre possível, principalmente quando o cliente é uma grande empresa com poder de negociação e que pode trocar de fornecedor, que o reajuste pretendido não seja obtido, total ou parcialmente. Assim, não há como concluir de que modo a Usiminas teve a certeza de que seu reajuste seria também praticado pela CSN.

As representadas ressaltam nas suas defesas que as usinas decidiriam por reajustes de preços com base num processo tradicional de liderança de preços, que requer estabilidade e repetição, para evitar a emissão de sinais dúbios ou equivocados e a probabilidade de descoordenação. Como já foi mencionado, liderança de preços é diferente de liderança de mercado. Nem sempre o líder de mercado é líder de preços, mas essa possibilidade exige estabilidade nos usos e costumes, sob pena de se tornar um processo descoordenado, que dificulta a racionalidade das decisões empresariais. Para a líder do mercado aceitar que outra firma que não ela comande o processo de reajuste de preços, é preciso que esta seja uma prática aceita por todo o mercado e que não vale a pena ser modificada. No presente caso observa-se uma troca rápida e pouco clara das regras de liderança de preços, com ausência de sinais e procedimentos claros.

Desse modo, os processos de reajustes de preços observados em 1996 e 1997 na indústria brasileira de aços planos comuns não seriam adequadamente explicados pela teoria da liderança de preços, nem apresentariam racionalidade econômica. Se esses fatos não demonstram cabalmente a ausência de competição na indústria e a existência de acordo explícito entre

as Representadas, certamente abrem uma nova fronteira para a pesquisa empírica e teórica de Organização Industrial. Repito que aceito a tese de que se há outra explicação econômica para o paralelismo de conduta que não o cartel, a infração à ordem econômica não fica configurada. Faço notar, entretanto, que no presente caso as explicações no campo econômico invocadas pelas representadas são frágeis e insuficientes para explicar o processo de reajuste de preços ocorrido em 1996 no mercado relevante.(...)

Nos mercados onde o consumidor conta com alternativas de suprimento, a negociação com os diversos vendedores conduz o reajuste de preços efetivamente praticado para níveis inferiores àqueles anunciados pelos vendedores. O anúncio do reajuste é apenas um primeiro passo na negociação, refletindo em desejo do vendedor, uma primeira base para a discussão. A negociação, quando livre, implica reajuste diferenciado entre clientes do mesmo tipo. Somente uma empresa com extraordinário poder de mercado, o monopolista ou a indústria cartelizada é capaz de aplicar integralmente o reajuste pretendido. Nesses casos não há negociação, há imposição unilateral, há abuso de poder de mercado, com transferência de renda compulsória do comprador para o vendedor.

De todo modo, é importante ressaltar que na fase de negociações, após o anúncio da pretensão de reajuste e antes da efetivação do preço que surgirá do choque entre as forças do mercado, é fundamental para que essas forças atuem que os vendedores não façam contato, não entrem em acordo quanto ao limite das negociações. Se o fizerem, o que seria uma mera tentativa de preço ou preço básico, na terminologia utilizada pelas representadas, torna-se desde logo o preço efetivo. Isto é, se entre a comunicação do desejo de reajuste de preços e sua efetivação os vendedores conversam sobre o processo de reajuste, as negociações no mercado são inúteis, uma vez que os compradores perdem a alternativa de ameaçar o vendedor com a troca de fornecedor. Inúteis porque os vendedores sabem, desde logo, que tal ameaça não redundará na obtenção de melhores condições de venda com o concorrente, que já está operando em conluio.

No presente caso, ficou claramente estabelecida a imposição de preços por parte das usinas para os clientes que não contam com poder de barganha similar ao das montadoras de automóveis. Para aqueles, a instrução da SDE e seu parecer técnico demonstraram cabalmente a forma praticamente única dos reajustes efetuados, tanto em 1996, de uma só vez, integral, sem parcelamento, quanto em 1997, integral com número fixo de parcelas para todos. Mais uma vez resalto que o reajuste de 1997 está sendo citado apenas como exemplo do procedimento das representadas, uma vez que a denúncia aqui investigada diz respeito ao reajuste de preços de agosto de 1996. Não houve de fato negociação, como as defesas querem fazer crer.

Como acreditar em negociações se os percentuais de aumentos foram os mesmos e o reajuste imediato em apenas uma parcela, também para todos. Ou pelo menos para a ampla e esmagadora maioria dos clientes que não detêm poder de barganha.

O que chama a atenção para o processo de reajuste de preços de agosto de 1996 é justamente o fato de que na data da reunião com a SEAE – solicitada pelo setor através do IBS, da qual participaram os diretores comerciais das representadas – os preços ainda não haviam entrado efetivamente em vigor. O preços estavam sendo negociados no mercado, caso a caso, individualmente. Dessa forma, os responsáveis pelas políticas comerciais das três usinas siderúrgicas brasileiras de aços planos comuns, sob o patrocínio ou não do IBS, não importa, entraram em contato para conversar sobre um reajuste de preços em andamento. Acertaram ir na SEAE explicar o aumento de preços, a necessidade do repasse de custos incorridos. Ao manterem contato direto para tratar do reajuste dos preços – não importa se sob o patrocínio do IBS ou não, repito – os responsáveis pela política comercial das três únicas fornecedoras do mercado suprimiram dos clientes as alternativas de mercado, impondo-se em bloco.

Foram conversar na SEAE sobre preços, num momento em que os preços ainda não haviam se efetivado e, dessa maneira, não haveria como uma empresa saber que reajustes estavam sendo obtidos pelas outras no tal processo de negociação, se este tivesse ocorrido. Como então expor aos técnicos da SEAE qual seria o reajuste efetivado, como necessidade de reposição de custos, se este estava sendo negociado ‘cliente a cliente’ conforme a expressão das representadas. O fato dos reajustes terem sido lineares para todos os clientes, conforme demonstrado pela SDE apenas torna evidente que eles não foram negociados. Mas o fundamental é que os concorrentes foram em comissão comunicar um reajuste de preços que tecnicamente ainda não havia ocorrido de fato, muito embora depois tenha sido. A certeza do reajuste é demonstração inequívoca do acerto. A combinação entre concorrentes para marcar um encontro com o governo, sob o patrocínio do órgão de classe ou não, com o objetivo de comunicar um reajuste de preços que ainda não havia sido efetivado é uma demonstração inequívoca do acerto.(....)

Considero que ficou demonstrada a formação de cartel por parte dos produtores brasileiros de aços planos comuns. Ressalto que para a caracterização do ilícito administrativo contribuiu o fato de que estão presentes nesse mercado as características estruturais para a formação do cartel, além da existência do chamado paralelismo de conduta. Essas, entretanto, são condições necessárias, mas não suficientes. Também contribuiu para a caracterização do acordo o fato de que as explicações apresentadas pelas defesas (com base, inclusive, na teoria econômica) para o processo de reajuste de preços no setor revelaram-se pouco convincentes,

além de empírica e teoricamente desamparadas. Não vejo racionalidade nos processos de reajuste de preços ocorrido nos anos de 1996 e 1997, como já mencionado anteriormente, o que representa claro indício da conduta infrativa.” (grifamos)

32 – Em síntese, eis os fatos que alicerçaram a conclusão do Cade:

1) No dia 30 de julho de 1996, por solicitação do IBS – Instituto Brasileiro de Siderurgia, entidade que congrega as empresas Cosipa, Usiminas e CSN, e com a presença dos representantes destas empresas, realizou-se, na SEAE, reunião para que as autoridades de defesa da ordem econômica fossem informadas do reajuste a ser aplicado sobre o preço do produto aço plano comum, o qual passaria a vigorar a partir de 1º de agosto daquele mesmo ano;

2) No dia seguinte, por comunicação via fax, a SEAE advertiu as três empresas quanto à possibilidade de que a conduta por elas adotada pudesse configurar infração à ordem econômica;

3) No curso das investigações próprias da via administrativa, foram detectados os seguintes aspectos estruturais do mercado relevante: 3.1) as três empresas, juntas, dominam o mercado de aço plano comum no Brasil; 3.2) a possibilidade de que nova empresa, além delas, venha a ingressar neste mercado é muito remota, devido aos custos envolvidos pela verticalização do processo industrial; 3.3) a CSN, sozinha, detém 39% do mercado relevante, enquanto que Usiminas e Cosipa, juntas, possuem 61%; 3.4) à época do reajuste de preços, a Usiminas detinha 49,7% do capital social da Cosipa, a CSN detinha o controle acionário da Vale do Rio Doce, e esta, detinha expressiva participação acionária da Usiminas, além de uma menor participação na Cosipa (participação acionária cruzada);

4) Aspectos que traduzem a inexistência do fenômeno do paralelismo de condutas – além da reunião realizada na SEAE, a pedido do IBS – e que, conseqüentemente, esvaziavam a defesa da Cosipa: 4.1) inexistência de estabilização na posição de líder para a fixação do percentual de reajuste, posto que em cada processo de majoração de preços um líder diferente se apresentou; 4.2) inexistência de uma fase de inquietação e incerteza quanto à reação do mercado, após o anúncio do reajuste, tanto por parte da suposta líder, como das lideradas, uma vez que o reajuste se deu de forma quase linear e simultânea entre as empresas, com distinção, apenas, para as montadoras de automóveis; 4.3) os percentuais de reajuste foram, para LQ (laminados a quente): Usiminas, 4,09%, CSN, 3,63% e Cosipa, 3,59%, e, para LF (laminados a frio): Usiminas, 4,48%, CSN, 4,34% e Cosipa, 4,31%; 4.4) os reajustes passaram a vigorar a partir de: 1º/08/1996, para a CSN; 05/08/1996, para a Cosipa, e 08/08/1996, para a Usiminas; 4.5) os reajustes operaram segundo o seguinte padrão: integral e sem parcelamento, em 1996, e integral e parcelado em 1997, com exceção das montadoras de veículos, devido ao poder de barganha destas.

33 - O paralelismo de conduta, em suma, é uma reação pensada, maturada e racionalizada dos agentes econômicos que atuam em um mercado oligopolizado, à atitude de uma empresa líder que, de forma isolada, resolve reajustar seus preços, o que em tudo se diferencia da colusão de preços, pois que, na colusão, inexistente uma reação de mercado, mas uma combinação prévia entre agentes que atuam nesse mesmo mercado e que inviabilizam, com a sua conduta, a concorrência e os benefícios que esta oferece ao consumidor, evidentemente, do ponto de vista da lógica capitalista, hoje em vigor em quase todo o mundo, inclusive no Brasil. O certo é que as três empresas, incluindo a autora (Cosipa), optaram pelo reajuste de preços e o fizeram de forma a não se submeterem às consequências danosas que tal atitude poderia acarretar se a mesma medida tivesse se dado sem o ajustamento das condutas.

Compartilho inteiramente do entendimento acima transcrito.

O paralelismo de conduta não é ilícito desde que as decisões de cada empresa sejam tomadas de forma independente, autônoma. O que a lei veda é o acordo entre as empresas (formal ou informal, expresso, velado ou mesmo tácito) a respeito de preços e condições de pagamento, na medida em que tal conduta impede a normalidade da atuação das forças de mercado, prejudicando a posição do consumidor, o qual tem dificultada ou mesmo impedida a negociação em busca de condições a ele mais vantajosas.

No caso em exame, conforme enfatizou a sentença apelada

as três únicas empresas produtoras de aço plano comum no mercado nacional, após mais de um ano sem alteração nos preços dos produtos, decidem elevar os preços em patamares semelhantes e datas próximas. À época não havia causa determinante para a continuidade do exercício da atividade econômica desenvolvida pelas empresas que impedisse a manutenção dos preços que vinham sendo por elas praticados por mais tempo, como o aumento dos insumos dos produtos ou dos custos de produção. Logo, a conduta das empresas importa prejuízo à livre concorrência, na medida em que impossibilita ao consumidor a opção de comprar o produto de um outro fornecedor que não tenha praticado reajuste de preço.

Essa decisão contemporânea das três empresas não foi independente, conforme resulta dos fatos e circunstâncias apurados pela SDE no trâmite do procedimento administrativo; houve comunicação entre elas na fase de negociação dos preços – cujo aumento já fora anunciado aos clientes, mas ainda não efetivado.

O fato de tal comunicação ter se dado na presença de autoridade pública, a quem, por meio de entidade de classe, foi requerida audiência para tratar exatamente do assunto *preços* não descaracteriza o ilícito previsto no art. 21, inciso I, da Lei 8.884/1994. Neste ponto, anoto que é fato incontroverso que o assunto da reunião foi matéria *preços*, tendo o encontro tido por escopo dar satisfações à autoridade de preços, sobre o reajuste que já haviam anunciado, anteriormente, a seus clientes, as três empresas. A prática de cartel está demonstrada não apenas pela reunião, mas pelos fatos que se seguiram, notadamente a concretização do reajuste em épocas e percentuais próximos e sem parcelamento, ao qual tiveram que se submeter seus clientes, salvo as montadoras de automóveis, ramo da indústria com maior poder de barganha. A circunstância de estas terem conseguido alguma margem de negociação não significa que a negociação tenha sido imune às influências do conserto entre as empresas, sem o qual poderiam ter obtido condições ainda melhores. Neste ponto, observo que o art. 20, I, não exige sequer que a atitude da empresa tenha alcançado a finalidade a que se destinava; basta que se trate de atos, *sob qualquer forma manifestados*, que *possam produzir* efeitos prejudiciais à livre concorrência, ainda que não sejam alcançados. Assim, mesmo que os clientes consigam negociar condições melhores do que as pretendidas pelo cartel, como ocorreu com as montadoras de automóveis, tal circunstância não elimina a ilicitude da conduta.

Igualmente, não exige o art. 20, I, elemento subjetivo algum do agente econômico para a configuração da infração administrativa. Ao contrário, nele está expressamente previsto que tais atos *sob qualquer forma manifestados* configuram infração da ordem econômica *independentemente de culpa*, desde que *possam produzir* efeitos prejudiciais à livre concorrência, *ainda que não sejam alcançados*.

Frise-se que não se cuida, aqui, de imputação de crime contra a ordem econômica (Lei 8.137/1990, art. 4º, I), mas de mera punição por infração administrativa, cuja tipificação legal é objetiva e não depende da obtenção do resultado lesivo à concorrência, opção legislativa este que tem o óbvio escopo de alcançar proteção mais eficiente para o mercado.

A alegação de que o paralelismo de conduta, no caso, não teria decorrido de acordo ilícito, mas de liderança de mercado e de preços da empresa CSN igualmente não aproveita às autoras, pois no ano seguinte, 1997, meses após o aumento ocorrido em 1996, a primeira empresa a efetivamente reajustar seus

preços foi a supostamente liderada Usiminas. A posição de *líder de preços* pressupõe certa estabilidade, para que possa ser reconhecida pelos demais integrantes do mercado fornecedor.

Não tem procedência a alegação de que teria ocorrido a chamada *liderança barométrica* de preços, a qual seria compatível com a alternância da figura do líder.

Com efeito, a liderança barométrica de preços ocorre quando a empresa líder age como um barômetro das condições de mercado. Ocorre que o aumento de preços anunciado em julho e consumado em agosto de 1996 não teve as características inerentes a tal tipo de liderança, seja porque não se seguiu a súbito evento de alteração de preços de insumos, custos de produção, condições de demanda, ou outro fator de mercado, que inviabilizasse a continuidade da atividade econômica nos preços que vinham sendo praticados há mais de um ano, seja porque, segundo demonstrado pela SDE, houve aceitação unânime e paralela dos novos níveis de preço pelas demais empresas dominantes do mercado de ação plano (as outras representadas), sem a estratégia de aceitação retardada, na qual algumas firmas *põem em prática uma estratégia de esperar para ver o que acontece*.

Os memoriais de renomados economistas juntados aos autos procuram demonstrar que o reajuste de preços praticado em datas e percentuais próximos pelas únicas empresas fornecedoras do mercado nacional de açós planos em 1996 não foi abusivo, era compatível com os preços praticados no mercado internacional, havendo racionalidade econômica para a conduta das empresas, já que o aumento foi por elas identificado como necessário para cobrir os aumentos de custos sofridos no decorrer de mais de um ano pelo setor.

Não houve, todavia, imputação às empresas da prática de preço abusivo. A decisão do Cade frisa que sequer houve investigação a propósito da razoabilidade ou não do aumento de preços em relação aos custos das empresas. Ademais, os dados do mercado internacional também não têm pertinência, porque o mercado relevante do aço plano era o nacional, tendo em vista as notórias barreiras para a entrada do produto vindo do exterior (impostos, transporte, entre outros), o que tornaria o preço do produto importado sem competitividade.

A falta de racionalidade econômica a que alude a decisão administrativa não foi do valor do aumento e nem mesmo da possibilidade, em tese, de paralelismo de conduta lícito em mercados oligopolizados de

produtos homogêneos, premissa aceita como correta pelo Cade. Faltou racionalidade econômica, no sentido de ausência de justificativa por qualquer teoria econômica do alegado paralelismo de conduta não decorrente de conserto ilícito, já que não configurados os pressupostos da liderança da firma dominante do mercado (nenhuma das empresas tinha domínio individual do mercado, todas tinham grande porte) e nem da liderança barométrica (como já exposto acima) e nem tão pouco verificada a ocorrência de circunstância de mercado (aumento dos custos ou alteração da demanda) que fosse simultaneamente perceptível pelas três empresas como impositiva do aumento de preços para que pudessem continuar a desenvolver sua atividade econômica.

Assim, parece-me comprovado o acordo a respeito de preços e condições de pagamento, antes que entrassem efetivamente em vigor, com prejuízo à atuação livre das forças de mercado, devendo ser integralmente restabelecida a fundamentação da decisão administrativa no tocante à multa de 1% do faturamento do ano de 1996, a saber, os arts. 20, I e art. 21, inciso I, da Lei 8.884/1994.

Passo a examinar a questão da multa por enganiosidade, embasada no art. 26 da Lei 8.884/1994, segundo o qual

A recusa, omissão, enganiosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de cinco mil Ufir, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.

O que ensejou a aplicação da penalidade foi a circunstância de a Cosipa e a Usiminas haverem negado, em suas manifestações de defesa no processo administrativo (defesa prévia, alegações finais e memorial apresentado ao relator), sua presença na reunião ocorrida na SEAE em 30/07/1996, reunião esta que foi o ponto de partida para as investigações que resultaram na punição pelo Cade. Somente quando oficial e diretamente indagada pelo relator do processo administrativo, a autora admitiu que um integrante de seus quadros compareceu à reunião, porém, sua presença não foi considerada oficial pela empresa, porquanto desprovido de poderes para proceder a qualquer negociação. Novamente questionada, a autora informou que o funcionário que comparecera à reunião foi o diretor comercial da empresa.

A propósito do assunto, teceu o relator do processo administrativo as seguintes considerações:

Da mesma forma que a Procuradoria do Cade, entendo que Usiminas e Cosipa buscaram intencionalmente enganar a autoridade administrativa, tentando fazer crer que apenas representantes do IBS compareceram à reunião na SEAE. Independentemente disso se constituir ou não em prova de conduta anticoncorrencial por parte das representadas (e a tentativa de ocultar o fato apenas reforça sua importância), o certo é que a enganabilidade ficou claramente configurada.

O argumento de que os diretores comerciais de Usiminas e Cosipa não representavam oficialmente as empresas nessa reunião e estavam desprovidos de poderes para qualquer negociação não descaracteriza a infração administrativa prevista no art. 26 da Lei de Defesa da Concorrência. Mesmo porque fere o bom senso o argumento de que um diretor comercial, responsável pela política de preços, estratégias de venda e ocupação de mercados, setor nevrálgico de qualquer empreendimento empresarial, não represente a empresa. Quem representaria a empresa, então? Constitui-se num atentado à inteligência supor que diretores comerciais das representadas (Usiminas e Cosipa) foram à Brasília participar de reunião, acompanhado por alto funcionário da área comercial de outro concorrente (CSN) de maneira independente e desvinculados dos interesses das empresas. Dessa maneira entendo que, sendo certo que os diretores comerciais de Usiminas e Cosipa estavam presentes na reunião da SEAE, é certo que a reunião foi com o IBS e as representadas.

Penso que a tentativa baldada das empresas de negar sua participação na reunião é prova não apenas do acordo ilícito que havia entre elas, mas, sobretudo, da consciência que tinham da ilegalidade de sua conduta, o que não se poderia presumir diferente, dois anos após a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, especialmente em se tratando de empresas de grande porte econômico, em favor das quais não seria razoável alegar desconhecimento da lei. A esta prova somaram-se as demais evidências colhidas ao longo da instrução do processo administrativo já sumariadas acima.

Diversamente do substancial voto do relator do processo administrativo, o Conselheiro Ruy Santacruz, do entendimento esposado no minucioso voto do Juiz Federal Francisco Renato Codevilla Pinheiro Filho acima transcrito em sua maior parte e também do sustentado no bem lançado parecer do MPF, considero que esta conduta não se enquadra na tipicidade da infração capitulada no art. 26 da Lei 8.884/1994, pois não houve *recusa, omissão, enganabilidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, SEAE*, mas apresentação de defesa concebida de forma a confundir a autoridade administrativa.

A propósito do tema, lembro a análise do referido dispositivo legal feita por Fernando de Magalhães Furlan:

Por fim, cabe analisar a controvérsia quanto à impossibilidade de ser multado agente econômico por enganabilidade em face de manifestações e argumentos contidos em defesa prévia ou em alegações finais. É que a sanção por enganabilidade prevista no art. 26 da Lei 8.884/1994 só poderia ter lugar quando o administrado recebesse requisição formal para apresentação de informações e/ou documentos.

Realmente a hipótese normativa contida no art. 26 não contempla a possibilidade de sanção senão em caso de solicitação de informação ou documentos. Inexiste para as autoridades antitruste autorização legal para aplicar a sanção do art. 26 em situações que não aquelas previstas no corpo do dispositivo.

O comportamento irregular do administrado no transcurso do processo é condenado pelo Estado, tanto que foi editada lei específica para reger o processo administrativo, dela constando art. que trata dos deveres processuais dos administrados. Ocorre que, à míngua de regulamentação do dispositivo legal (Lei 9.784/1999), seu art. 68, que trata das sanções cabíveis, não pode, ainda, ser aplicado.

Portanto, a nosso sentir, a sanção do art. 26 da Lei de Defesa da Concorrência (8.884/1994) somente é de ser aplicada às hipóteses previstas no comando normativo. Isto é, à recusa, omissão, enganabilidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados, e não às alegações finais ou à defesa prévia. (*in Questões polêmicas em Direito Antitruste*, São Paulo: Lex Editora, 2004)

A conduta das empresas, mesmo podendo ser questionada do ponto de vista moral, não se enquadra na tipicidade legal.

Observo, ademais, que o escopo do art. 26 da Lei 8.884/1994, é permitir às autoridades públicas encarregadas da defesa da concorrência ter acesso a documentos internos das empresas, muitas vezes essenciais na apuração de infrações à ordem econômica (cf. *O Direito da Concorrência e o Privilégio contra a Autoincriminação: a experiência da União Europeia e o Brasil*, de André de Carvalho Ramos, artigo incluído na coletânea *Lei Antitruste*, Del Rey, 2005, p. 17). No caso em exame, o fato negado por três vezes nas manifestações de defesa no processo administrativo não dizia respeito às transações comerciais das empresas e nem a documentos internos relacionados à formação dos preços, mas à presença em reunião ocorrida dentro de um dos órgãos públicos do sistema de defesa da concorrência, vale dizer, os registros

sobre os presentes à reunião, os controles de entrada e saída do prédio, eram todos de posse do órgão e não das empresas. A exigência, sob pena de multa diária, de que estas confessassem fato que elas próprias viam como prejudicial a sua defesa – fato este passível de comprovação por outros meios – não se compadece com o devido processo legal.

Conclui-se, portanto, ser jurídica a penalidade aplicada pelo Cade, no valor mínimo previsto em lei, com base no art. 20, I, c/c art. 21, I, ambos da Lei 8.884/1994, mas não a multa imposta com fundamento no art. 26 da Lei 8.884/1994.

Em face do exposto, não conheço do agravo retido da autora; nego provimento ao recurso da autora, e dou parcial provimento à apelação do Cade e à remessa oficial para, reformando em parte a sentença, restabelecer o fundamento integral da decisão administrativa, ou seja, infração à ordem econômica com adequação da conduta da autora ao disposto no art. 20, I, c/c art. 21, I, ambos da Lei 8.884/1994, ficando invalidada apenas a multa imposta com fundamento no art. 26 da Lei 8.884/1994. Mantenho a condenação em relação às verbas de sucumbência, fixada na sentença.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0033305-04.2000.4.01.3300

Apelação Cível 2000.33.00.033308-4/BA

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
 Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dr. Ismar de Oliveira Araújo Filho e outros
 Apelado: Município de Salvador/BA
 Procurador: Dr. Nilson Bispo de Aguiar
 Publicação: e-DJF1 de 02/07/2010, p. 152

Ementa

Tributário. Execução fiscal. IPTU. Embargos da CEF. Ilegitimidade da executada. Não proprietária do imóvel. Locatária.

I. O IPTU tem como fato gerador a propriedade do imóvel, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, sendo contribuinte do imposto o proprietário, o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título (art. 34 do CTN).

II. A comprovação de propriedade do imóvel é essencial para legitimar o executado como contribuinte do IPTU, pois, ainda que locado o imóvel, o locador está obrigado a pagar os impostos e taxas incidentes sobre ele, ressalvada disposição em contrário no contrato de locação.

III. O locatário, em cujo contrato de locação não se determina o recolhimento do IPTU, não está legitimado para o polo passivo de execução fiscal cobrando essa exação.

IV. Apelação provida: embargos procedentes.

V. Peças liberadas pelo Relator, em 22/06/2010, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 22/06/2010.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por inicial protocolizada em 29/11/2000, a Caixa Econômica Federal opôs embargos à EF 2000.33.00.006124-8 (ajuizada em 28/04/2000) que lhe moveu o Município de Salvador/BA para cobrança de IPTU, anos base 1994 a 1996, do imóvel situado à Rua Chile, 31, Subdistrito da Sé, Salvador/BA, no valor de, à época, R\$ 15.493,77, alegando não ser proprietária do imóvel, apenas locatária, sendo que do contrato de locação não consta a obrigação dela recolher o referido imposto, razão de sua ilegitimidade; e que a locação findou-se em outubro/1993, antes do fato gerador da exação.

VC = R\$ 15.493,77.

Na impugnação (fls. 25/8), o Município-embargado sustentou que a CEF é responsável pelo IPTU em razão da presunção de certeza da CDA, pois apurado em PA que o IAPSEB – Montepio dos Funcionários Públicos do Estado da Bahia (proprietário do imóvel) não é mais proprietário do imóvel; consta da Ficha de Cadastro da Secretaria da Fazenda do Município que o imóvel é de propriedade da embargante (fls. 37); há parecer da Procuradoria Especializada Administrativa Fiscal concluindo que o imóvel é de propriedade da CEF (fls. 45/6); e no PA 13798/1991 (fls. 51/60) há ofício da CEF (fls. 52), datado de 24/11/1993, solicitando que os carnês de IPTU das unidades que listou (entre elas, a do imóvel em questão) fossem entregues no endereço que indicou, razão pela qual, ao seu entender, a CEF seria responsável pelo pagamento do tributo.

Cópias do PA 1109/1996 e PA 13798/1991 (fls. 29/60) juntadas.

Por sentença (fls. 72/4) datada de 07/12/2001, a MM. Juíza Federal Cynthia de Araújo Lima Lopes, da 19ª Vara/BA, julgou improcedentes os embargos, porque não ilidida a liquidez e certeza da CDA, à míngua de prova. Condenou a embargante em honorários advocatícios de R\$ 500,00.

A embargante apela (fls. 77/89), aduzindo que o documento referente à entrega das chaves do imóvel (fls. 9), por equívoco seu, reporta-se a outro imóvel, juntando, todavia, o documento correto com a apelação (fls. 90), insistindo, portanto, que o imóvel era alugado e esse contrato findara-se em 20/10/1993, antes do período cobrado.

Em contrarrazões (fls. 97/100), o Município de Salvador redarguiu que o documento juntado com a apelação (fls. 90) é indispensável à propositura da ação, o que exigia a juntada com a inicial, não havendo comprovação da força maior que autoriza sua juntada neste momento processual.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — O Município não traz qualquer certidão ou registro de cartório de imóveis a corroborar sua alegação de que o imóvel é de propriedade da CEF. Nos documentos juntados por ele (PA), fazem-se apenas conjecturas sobre a propriedade do imóvel, concluindo, sem qualquer fundamento lógico, que a CEF seria proprietária do bem.

Já a CEF trouxe aos autos cópia do registro do imóvel em questão no Cartório do 5º Ofício de Imóveis de Salvador/BA (fls. 22), onde consta como proprietária do bem a Associação dos Funcionários Públicos do Estado da Bahia, adquirido em 1977. Consta, ainda, nessa certidão registro de contrato de locação datado de 1985 entre a associação proprietária e a embargante (CEF).

A CEF ainda trouxe declaração de recebimento de chaves do imóvel (fls. 90), em 20/10/1993, em razão da rescisão do contrato de aluguel, que, embora juntada apenas com a apelação, reforça os documentos juntados anteriormente e sua alegação de que o imóvel não lhe pertencia. Esse documento, também, corrobora a alegação de que a CEF não mais ocupava o imóvel quando ocorrido o fato gerador do tributo.

Milita, ainda, em favor da embargante, a Lei 8.245/1991 (antiga Lei do Inquilinato), vigente à época dos fatos, que dizia:

Art. 22. O locador é obrigado a:

(...)

VIII – pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato; (grifei).

Não há no contrato locatício qualquer ressalva a essa determinação legal, restando clara a ilegitimidade da CEF para o polo passivo da EF.

Pelo exposto, dou provimento à apelação para, cassando a sentença, julgar procedentes os embargos e extinguir a EF.

Custas isentas por lei. Condeno o Município de Salvador/BA em honorários advocatícios de R\$ 2.000,00.

É como voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e Catão Alves.

Oitava Turma

Numeração única: 0043823-97.2006.4.01.9199

Apelação Cível 2006.01.99.044029-0/GO

Relator: Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado)
 Relator p/ o acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente
 Apelante: Frigorífico São Miguel do Araguaia Ltda.
 Advogados: Dr. Luiz Adriano Artiaga da Rosa e outros
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 23/07/2010, p. 216.

Ementa

Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Penhora insuficiente. Ausência de reforço. Extinção sem resolução do mérito. Descabimento.

I. O entendimento jurisprudencial já pacificado em nossos Tribunais é no sentido de que a penhora de bens em valor inferior ao da dívida, como no caso, não obsta o ajuizamento dos embargos à execução, ante a possibilidade de reforço, nos termos do art. 15, II, da Lei 6.830/1980 e, também, para que não se retire da parte executada a única possibilidade de defesa.

II. Em casos que tais, há de se registrar, ainda, que incumbe à embargante, no caso, a Fazenda Pública, indicar bens para reforço da penhora, não podendo o juízo *a quo*, invertendo a ordem legal estabelecida, tanto no art. 612 do CPC quanto no art. 15, II, da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), impor à empresa executada o ônus de providenciar o aludido reforço da garantia.

III. Apelação provida, para anular a sentença recorrida e determinar o regular prosseguimento do feito perante o juízo de origem.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 11/05/2010.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator p/ o acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes: — Esta apelação foi interposta por Frigorífico São Miguel do Araguaia Ltda. à sentença proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de São Miguel do Araguaia/GO, que extinguiu os embargos à execução fiscal, sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC, ante a ausência de efetivação do reforço de penhora pela embargante, apesar de devidamente intimada para tanto (fls. 294/296).

Sustenta a apelante (fls. 299/303) que a penhora insuficiente para a satisfação do crédito em execução não impede o processamento dos embargos do devedor.

Alega, ainda, que não foi intimada pessoalmente, e que a extinção do processo depende, em qualquer caso, de intimação pessoal das partes, o que não ocorreu no caso em análise.

Contrarrazões às fls. 307/308.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes: — A sentença foi prolatada na vigência do art. 737, I, do CPC, que estabelecia ser indispensável a garantia do juízo por meio de penhora para o conhecimento dos embargos à execução. Não há espaço para discussão sobre as alterações dos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil efetuadas pela Lei 11.382/2006, pois a lei regente do recurso é a que está em vigor na data da publicação da sentença ou decisão (Súmula 26/TRF1ª).

Sem prévia segurança do juízo, são inadmissíveis os embargos do devedor, por ser a penhora requisito essencial e indispensável ao conhecimento dos embargos, a teor do que dispõe o art. 16, § 1º, da LEF.

Não obstante, sendo o caso de penhora de bens que garantam parcialmente o pagamento do débito, deve ser determinado o reforço da penhora, conforme prevê o art. 15, II, da LEF.

Nesse diapasão o seguinte precedente deste Tribunal:

Embargos à Execução Fiscal. Penhora insuficiente: o prazo para oposição dos embargos conta-se da primeira penhora válida.

I. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido do não cabimento de embargos se a penhora não é suficiente para garantir a execução, em face do disposto no § 1º do art. 16 da Lei 6.830/1980. Entretanto, como o prazo para embargos é contado da intimação da primeira penhora, o juiz, verificando que o bem penhorado não é suficiente para garantir a execução, deverá suspender os embargos e determinar que seja efetuado o reforço da penhora, a fim de possibilitar a defesa do executado. Precedentes.

II. Apelação provida.

III. Peças liberadas pelo relator, em 07/04/2009, para publicação do acórdão.

(AC 2002.42.00.000116-5/RR, 7ª Turma, rel. convocado Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, e-DJF1 de 24/04/2009, p.116 — sem grifo no original).

In casu, referida providência foi determinada pelo MM. juiz *a quo*, que, antes de proferir a sentença extintiva, determinou a intimação da embargante para proceder ao reforço da penhora, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do processo (fls. 282). Devidamente intimada, a embargante não cumpriu a determinação.

É de se ressaltar que a prerrogativa da intimação pessoal é facultada pela lei somente ao representante judicial da Fazenda Pública (art. 25, *caput*, da Lei 6.830/1980).

Portanto, correta a sentença ao extinguir os embargos à execução fiscal por falta da indispensável garantia ao pagamento do débito.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Voto-vogal Vencedor

O Exmo Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Com a devida vênia do voto do eminente relator, verifico que, no caso em exame, a parte executada e ora embargante teve os seus bens penhorados nos autos de execução fiscal e, posteriormente a essa penhora, a Fazenda Pública, credora, pediu ao juiz que determinasse o reforço de penhora, porque aqueles bens penhorados são insuficientes para garantir integralmente o crédito exequendo. O douto juízo que preside a execução, nos embargos a essa execução, entendeu que deveria extinguir os embargos sem resolução do mérito, diante da insuficiência da penhora garantidora do crédito em execução. O eminente relator diz expressamente em seu douto voto que:

Nas hipóteses em que penhorados bens insuficientes à integral garantia do débito, devem ser suspensos os embargos à execução, intimado o embargante a reforçar a penhora (art. 15, II, da LEF). *In casu*, embora intimada para tanto, a embargante não providenciou o reforço da penhora. Correta a extinção dos embargos à execução fiscal.

Com a devida vênia desse entendimento do relator, e verificando a letra do art. 15, II, da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, que regula a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, está escrito que:

Art. 15 – Em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz:

II – à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Como se vê, esse dispositivo legal é claríssimo no sentido de afirmar o princípio constante do art. 112 do Código de Processo Civil na determinação de que a execução se realiza no interesse do credor, e, por isso, é ônus do credor diligenciar suficientemente para localizar os bens do devedor passíveis de constrição

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

judicial a fim de proceder-se à garantia integral do crédito exequendo.

A experiência da jurisdição na especialidade de execuções fiscais tem demonstrado, como é do conhecimento dos nobres pares, que, após a penhora e avaliação dos bens penhorados, o juiz abre vistas dos autos ao credor – e, no caso, o credor é a Fazenda Pública – para dizer sobre a adequação da garantia oferecida pela penhora ao montante do crédito em execução. Se a Fazenda Pública credora entender que os bens penhorados são insuficientes para a garantia da execução, deverá requerer o reforço ou a penhora, como no caso em exame, devendo o juiz adotar as medidas necessárias com expedição de mandado de reforço de penhora para que o oficial de justiça possa retornar com suas diligências, visando garantir outros bens penhoráveis do executado para a garantia plena da execução fiscal em referência. Tal procedimento, contudo, não prejudica o direito fundamental da parte executada de ajuizar no prazo legal, a contar da intimação da penhora, os seus embargos à execução fiscal, em caráter incidental, podendo o juiz, neste caso, enquanto define a adequação da penhora ao montante do crédito exequendo, suspender o curso dos embargos, a execução fiscal, mas jamais extinguir o processo sem resolução do mérito, como no caso, prejudicando o direito de defesa do executado embargante; muito menos ainda inverter a ordem legal estabelecida, tanto no art. 612 do CPC quanto no art. 15, inciso II, da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), no sentido de impor à empresa executada e ora embargante o ônus de providenciar o reforço de penhora, quando,

no caso, esse ônus é da Fazenda Pública, posto que, se o oficial de justiça diligenciou e não encontrou outros bens penhoráveis, cabe à Fazenda, credora, diligenciar, no raio de seu interesse, para apontar os bens do executado que devam ser penhorados a título de reforço de penhora para garantia integral da execução. Se, no caso em exame, tal procedimento não foi adotado, não posso entender, com a devida vênia, que o juiz negue a jurisdição, extinguindo os embargos, mas deve, neste caso, intimar a Fazenda Pública para apontar os bens penhoráveis. Se não forem apontados tais bens penhoráveis a título de reforço pela Fazenda Pública, deve o juiz processar os embargos e, se verificar que tais embargos são manifestamente protelatórios, deve rejeitá-los liminarmente. Mas, se esses embargos são consistentes e se trazem elementos bastantes que possam desconstituir o título exequendo, deve o juiz, observados a ampla defesa e o amplo contraditório, julgar os embargos no mérito, concluindo pela procedência ou pela improcedência dos embargos. A questão do reforço da penhora não fica prejudicada, porque a Fazenda Pública, após o julgamento dos embargos, se forem improcedentes tais embargos, ainda poderá perseguir o procedimento de reforço da penhora para a garantia integral de seu crédito exequendo.

Com essas considerações, peço vênia ao eminente relator e dou provimento à apelação para que o juiz que preside a execução fiscal e os embargos incidentais adote o procedimento mais adequado à realização do processo justo.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0029131-06.2010.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Requerido: Juízo Federal da 5ª Vara/MT
Autora: Associação dos Produtores de Soja do Estado de Mato Grosso – Aprosoja/MT
Advogados: Dr. Marcelo Zandonadi e outros
Publicação: e-DJF1 08/07/2010, p. 61

Despacho

1. A União (Fazenda Nacional) requer a suspensão dos efeitos de decisão da 5ª Vara Federal/MT, nos autos da Ação Declaratória 2010.36.00.002155-7/MT, da autoria da Associação dos Produtores de Soja do Estado de Mato Grosso/Aprosoja/MT, antecipando os efeitos da tutela para suspender a exigibilidade das contribuições previstas nos arts. 25 da Lei 8.212, de 24/07/1991, e 25 da Lei 8.870, 15/04/1994, incidentes sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural dos produtores rurais pessoas físicas empregadores e pessoas jurídicas associados à Aprosoja/MT.

A decisão divisoou a presença da verossimilhança das alegações da autora, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista decisão do STF, no RE 363.852/MG, de 03/02/2010, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540, de 22/12/1992 — que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei 8.212, de 24/07/1991, com redação atualizada até a Lei 9.528, de 10/12/1997 — por instituir contribuição previdenciária incidente sobre base de cálculo já utilizada pela Cofins, bem como por instituir tratamento desfavorável aos contribuintes produtores rurais em relação aos não rurais, que contribuem apenas sobre as fontes previstas nas alíneas do art. 195, I, da Constituição Federal. (Cf. decisão de fls. 19/20.)

Sustenta-se que a decisão ofendeu inequivocamente a ordem jurídica; que “possibilitou reais e graves prejuízos à economia pública decorrentes tanto da repercussão financeira de seu *decisum* em si considerado (concedido em ação coletiva e encerrando suspensão e de exigibilidade de tributo de valor expressivo), como do ‘efeito multiplicador’ do provimento jurisdicional deferido (de interesse para toda a categoria de produtores rurais)”; que não há fundamentos legais ou constitucionais para a supressão da exação em tela; e que inexistente entendimento do STF acerca da disciplina da Lei 10.256, de 09/07/2001, no RE 393.852.

Destaca-se que não há efeitos vinculantes do resultado daquele recurso extraordinário; que não há jurisprudência formada ou processo definitivamente julgado pelo STF que tenha abordado a integralidade das questões jurídicas pertinentes ao tema; que o próprio STF fez ressalva de que legislação posterior à EC 20, de 15/12/1998, poderia vir a validamente constituir a exação; que, no recurso extraordinário em questão, discutiu-se a constitucionalidade das exações em cotejo com a legislação vigente à época da propositura da ação, isto é, em 1998, não tendo sido consideradas, portanto, as alterações constitucionais e legislativas posteriores; e que não há necessidade de edição de lei complementar para a instituição e cobrança dessas exações, as quais não podem ser consideradas novas fontes de custeio da Previdência Social, na forma do § 4º do art. 195 da CF de 1988.

Por fim, afirma-se que a decisão suprime parcela expressiva de arrecadação tributária, impedindo o regular andamento dos serviços públicos, com conseqüente mácula aos princípios da legalidade e efetividade da Administração Pública; que a declaração da inconstitucionalidade da técnica de cobrança levará a uma perda de receita na ordem de R\$ 2,8 bilhões por ano, segundo dados repassados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil; e que, considerando-se o prazo prescricional para a repetição de indébitos referentes aos anos de 2005 a 2010, chega-se a uma perda imediata da ordem de 11,25 bilhões de reais.

2. O pedido de suspensão dos efeitos de antecipação de tutela em questão está previsto no art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, nos seguintes termos:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento

do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Tratando-se de pedido de suspensão de segurança, em face da execução de liminar ou de sentença, via excepcional de revisão temporária do ato judicial, seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se *evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas* (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009), não cabendo, portanto, em regra, o exame das questões de mérito envolvidas no processo de fundo. Não cabe a discussão sobre o acerto ou o desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve tratada nas vias recursais ordinárias.

Admite-se apenas, em nível de deliberação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido — um juízo mínimo de deliberação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal¹. A discussão deve limitar-se aos pressupostos específicos da contracautela, do manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, no objetivo de evitar *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*. (Cf. Lei 8.437, de 30/06/1992 – art. 4º e § 1º; e art. 15 e §§ da Lei 12.016, de 07/08/2009.)

Nessa perspectiva — aptidão para causar danos graves à ordem² e à economia públicas, e com efeito multiplicador geométrico —, a decisão impugnada deve ser sustada na sua eficácia. Os tributos respondem em grande parte pela formação das receitas públicas, de modo que a perda de parcela significativa desse capital implica severo prejuízo à União. A execução da liminar, que beneficia cerca de 2.200 (dois mil e duzentos) associados à Aprosoja/MT com a desoneração tributária, poderá acarretar grave lesão à economia pública, já que, segundo as projeções da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a *declaração da inconstitucionalidade da técnica de cobrança de contribuições sobre a produção rural levará a uma perda de receita na ordem de R\$ 2,8 bilhões por ano.*” (Cf. informação de fls. 14.)

Não se pode olvidar, por outro lado, que corre em favor da requerente a presunção de solvabilidade, sendo certo que, em caso de procedência da ação ajuizada, os supostos valores pagos indevidamente poderão ser repetidos, sem nenhum risco de dano irreparável. A suspensão de exigibilidade de tributos, sob a pecha de suposta inconstitucionalidade, deve ser precedida de análise cuidadosa. As leis, diz a doutrina clássica, têm a seu favor a presunção de constitucionalidade.

3. No plano da plausibilidade jurídica, a decisão tem por premissa o precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 363.852/MG, cujo dispositivo do voto condutor do acórdão está assim redigido:

(...)

Ante esses aspectos, conheço e provejo o recurso interposto para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuições social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a “receita bruta proveniente da comercialização da produção rural” de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/1991, com redação atualizada até a Lei 9.528/1997, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional 20/1998, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência.

Mas, com a devida vênia, não se procedeu às devidas distinções nem se atentou para as circunstâncias do julgado. O RE tinha por fundamento o fato de a Constituição, antes da EC 20, de 15/12/1998, não prever o núcleo *receita* no art. 195, I, que trata do financiamento da seguridade social por toda a sociedade. Em face dessa moldura constitucional/legal, a criação da contribuição (“... da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do recolhimento por sub-rogação sobre a ‘receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, ...’”) somente poderia ocorrer por lei

1 STF – SS 846 – AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29/05/1996), e SS 1.272 – AgR, rel. Min. Carlos Velloso (DJ 18/05/2001).

2 Por ordem pública “entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.” (Cf. E SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico, Forense, 2004.) O conceito tem similitude com o de “sociedade bem-organizada! de John Rawls — aquela “em que todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e cujas instituições sociais básicas satisfazem esses princípios, sendo esse fato publicamente reconhecido.” (Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, Martins Fontes, 2002, p. 504.)

complementar, nos termos do art. 195, § 4º – CF, como está muito claro no voto do relator no STF, que foi o condutor do acórdão. E daí o provimento do recurso.

Mas o quadro mudou radicalmente com a EC 20, de 15/12/1998, que alterou a redação do art. 195 da Carta Política, para prever as contribuições sociais *do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, na forma da lei, incidentes sobre b) a receita e o faturamento*; Na nova moldura, já prevendo a Constituição a contribuição social sobre a receita, a lei a que se refere o *caput* do art. 195 (... “nos termos da lei” ...), ela não mais seria uma nova fonte de custeio destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social (art. 195, § 4º) e, portanto, a sua cobrança não mais exigiria, de forma imprescindível, lei complementar, senão lei ordinária, com base na EC 20/1998, como ressaltou o precedente do STF, no RE 363.852/MG, no final do voto do relator e acórdão, ao afirmar que declarara a inconstitucionalidade “até que legislação nova, arimada na Emenda Constitucional 20/1998, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial.”

Já na constância da EC 20/1998, veio a lume a Lei 10.256, de 09/07/2001, alterada pela Lei 10.993, de 14/12/2004, que modificou a redação do art. 25 da Lei 8.212, de 24/07/1991, justamente para corrigir o vício de inconstitucionalidade detectado na lei anterior. *Legem habemus*, portanto, e sobre ela não se manifestou o STF, em que pese já ter vigência por longos anos antes da data do julgamento, que é de 03/02/2010. A mais disso, a decisão suspendeu a exação prevista no art. 25 da Lei 8.212, de 24/07/1991, e no art. 25 da Lei 8.870, de 15/04/1994, incidentes sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, não só dos produtores rurais pessoas físicas empregadores, como no precedente adotado, mas também das pessoas jurídicas, das quais não tratou o precedente.

4. Em face do exposto, defiro o pedido e suspendo a eficácia da decisão do Juízo da 5ª Vara Federal – MT. Intimem-se. Publique-se. Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 7 de junho de 2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*.

Presidente.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0040290-43.2010.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
 Requerente: Município de Macapá
 Procuradora: Dra. Queila Rodrigues da Silva
 Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara/AP
 Autora: Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Amapá
 Publicação: e-DJF1 de 21/07/2010, p. 6

Decisão

1. O Município de Macapá requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, a suspensão dos efeitos da liminar deferida, em 08/09/2009, pelo juízo federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Macapá nos autos da Ação Civil Pública 2008.31.00002204-0, cujo dispositivo está assim redigido (fls. 42/47):

(...)

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para determinar ao Município de Macapá que, observando sua Lei Orgânica, nomeie para os cargos de chefia das Procuradorias Especializadas e para as Assessorias Jurídicas Setoriais os advogados municipais de seu quadro efetivo, exonerando-se, em consequência, os advogados que não pertencem ao quadro efetivo de procuradores e advogados municipais, ficando estipulado o *prazo de trinta dias* para o cumprimento desta determinação.

Caso o número de advogados municipais do quadro efetivo não seja suficiente para o preenchimento das vagas, fica o Município de Macapá autorizado a prover provisoriamente, por advogados não pertencentes ao seu quadro efetivo, os cargos vagos após a nomeação dos advogados municipais efetivos, ficando fixado, entretanto, o *prazo de um ano* para que promova a realização de concurso público para provimento dos cargos vagos de procurador e advogado municipal, tal como manda sua Lei Orgânica.

Fixo multa diária no valor de R\$1.000,00 (mil reais) para o caso de não cumprimento desta decisão nos prazos acima assinados.

Retifique-se a autuação para incluir no polo passivo os litisconsortes passivos necessários relacionados às fls. 1737-1739.

(....)

Relata o requerente que a ação civil pública foi proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Amapá, imputando ao Município de Macapá, ao seu prefeito municipal (mandato 2005/2008) e a outras pessoas indicadas como réis a prática de atos de improbidade administrativa, pleiteando, em síntese: a) a exoneração dos advogados que, quando do ajuizamento da ação, ocupavam os cargos em comissão de procuradores-chefes das Procuradorias Especializadas e assessores jurídicos setoriais, todos vinculados à Procuradoria-Geral do Município de Macapá; b) o provimento destes cargos exclusivamente pelos advogados que integram o quadro de servidores efetivos do Município de Macapá; e c) a aplicação das penas previstas nos arts. 10 e 11 da Lei 8.429, de 02/06/1992.

Assevera que a decisão liminar foi impugnada por meio de agravo de instrumento, porém foi negado o efeito suspensivo postulado, e o cumprimento da liminar foi finalizado há pouco mais de um mês pelo prefeito municipal, eleito para o período de 2009/2010.

Alega que vem experimentando lesões à ordem administrativa em decorrência da liminar, que obrigou a nomeação de pessoas para cargos em comissão que não gozam da confiança do chefe do Poder Executivo Municipal, vulnerando a separação e a independência dos Poderes; que a Câmara Municipal e o prefeito vêm sendo pressionados por analistas de administração pública, especialidade advogado, a concordar com uma nova proposta de emenda à LOMM, dando ao cargo a nomenclatura de procurador do município; que se lança insegurança sobre as manifestações dos servidores nomeados para os citados cargos em comissão, cujos pareceres jurídicos em processos administrativos e judiciais podem vir a ser acoimados de nulidade, já que nulas são suas nomeações para os *cargos em comissão* mencionados; que se está subvertendo a ordem administrativa municipal e aniquilando o poder discricionário do prefeito em prol de interesses particulares de 16 (dezesseis) servidores públicos, os quais buscam transformar os cargos que ocupam em cargos de procuradores do Município, que exigem concurso; e que tal situação dificulta tanto a representação judicial como a assessoria jurídica do prefeito.

Sustenta que a EC 2/2008 à LOMM, na qual se fundou a decisão, é formalmente inconstitucional porque não foi proposta pelo prefeito do município e porque, ao estabelecer que os cargos em comissão em tela passem a ser privativos de analistas de administração pública, autorizou o provimento de cargo de *Advogado do Município* sem prévio concurso público. Aduz que a ADI 2.682/AP, que também fundamentou a decisão, retrata situação completamente distinta daquela em que se encontra o Município de Macapá.

2. O pedido de suspensão dos efeitos de antecipação de tutela em questão está previsto no art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, nos seguintes termos:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Embora o legislador não tenha estabelecido prazo para ajuizamento do pedido de suspensão de segurança, entende-se que o requerimento deve ser ajuizado antes da execução do ato judicial. Com efeito, como o instituto se presta a uma tutela preventiva, a atribuição de efeito suspensivo não tem eficácia retroativa nem poderia, porque a suspensão de segurança não visa corrigir eventual *error in procedendo* ou *error in iudicando*, mas, tão somente, suspender, provisoriamente, os efeitos da liminar, a fim de evitar que da sua execução decorra grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Marcelo Rodrigues Abelha, ao analisar a questão, assinalou que os atos anteriores à suspensão de que trata o art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992

devem ser reputados como válidos, até porque a finalidade da medida é suspender a execução, com função preventiva do dano, não possuindo qualquer natureza corretiva para permitir o *status quo ante*. Não fosse assim o instituto

não seria de simples suspensão ou paralisação ou meio de se impedir a execução, mas sim corrigir a execução já realizada, anulando os atos já praticados. Essa não é sua natureza e nem é para isso que serve o instituto *in baila*³.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a amplitude do efeito suspensivo, também manifestou entendimento de que a suspensão de liminar, que não se confunde com recurso, tem efeito *ex nunc* e de que conferir efeito retroativo à decisão suspensiva implicaria violação ao princípio da segurança jurídica, *pois os pressupostos autorizadores da medida anteriormente deferida, não deixaram de existir, apenas foram afastados para dar lugar, no caso específico, à supremacia do interesse público*⁴.

Na hipótese, como assinala o próprio requerente, a liminar foi cumprida há mais de um mês, operando-se o esvaziamento da suspensão da liminar, porquanto nada mais resta a ser suspenso nesta sede excepcional.

Pelo exposto, indefiro o pedido formulado pelo Município de Macapá. Intimem-se. Publique-se. Arquivem-se.
Brasília, 12/07/2010.

Desembargador Federal Olindo Menezes.

Presidente.

³ Marcelo Rodrigues Abelha, *Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*, pp. 229.

⁴ AgRg na SS 1.485/ES, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, DJ 05/11/2007, p. 214 e AgRg na SS 162, rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 1º/08/2006, pp. 293.

Numeração única: 46564-06.2009.4.01.3800

Recurso 2009.38.00.715865-2/MG

Relatora: Juíza Federal Sônia Diniz Viana
Recorrente: Emerita Xavier dos Santos
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Publicação: e-DJF1 de 22/07/2010, p. 651

Ementa/Voto*

Juizados Especiais Federais. Constitucional. Competência. Art. 109. Constituição Federal. Competência da Justiça Federal. Recurso provido.

I. Trata-se de recurso contra decisão que, baseada em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, declarou, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para processamento e julgamento de causa visando o reconhecimento de união estável e a concessão de pensão por morte à suposta companheira, determinando a remessa dos autos à Comarca de Araçuaí/MG. Alega a recorrente que o julgamento da causa compete à Justiça Federal.

II. O art. 109 da Constituição Federal estabelece que aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Desta forma, é competência da Justiça Federal solucionar conflitos de interesse relacionados aos entes federais elencados, sendo incompetente apenas quando se tratar de lide falimentar, acidentária, eleitoral e trabalhista.

III. As causas que visem ao reconhecimento de união estável para fins previdenciários não se encontram entre as exceções capazes de afastar a competência da Justiça Federal quando presente interesse de ente federal.

IV. *"Constitucional. Previdenciário. Agravo regimental no recurso extraordinário. Reconhecimento de união estável. INSS como parte ou possuidor de interesse na causa. Competência da Justiça Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que, quando o INSS figurar como parte ou tiver interesse na matéria, a competência é da Justiça Federal. Precedente. Agravo regimental improvido". (RE 545199 AgR/RJ – Min. Ellen Gracie – DJe-237 18/12/2009)*

V. Recurso provido para declarar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa em questão, uma vez que deve prevalecer a competência constitucionalmente estabelecida.

VI. Oficie-se o juízo prolator da decisão.

VII. Sem condenação em custas e honorários advocatícios.

VIII. Oportunamente, archive-se.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Primeira Turma de Minas Gerais, 3 de maio de 2010.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, relatora.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares e Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa.

Numeração única: 805-39.2010.4.01.3200

Recurso: 2010.32.00.700094-6/AM

Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza
Recorrentes: Agripina Ricardo dos Santos e outros
Recorridos: União Federal e outros
Publicação: e-DJF1 de 05/07/2010, p. 310

Ementa/Voto*

Administrativo. Civil. Vale do Javari. Funai. União Federal. Danos morais e materiais. Competência dos Juizados Especiais Federais. Legitimidade ad causam da União. Abalo psicológico. Prejuízos materiais. Indenização cabível. Prescrição. Ausência.

I. Não merece acolhimento a preliminar de incompetência dos Juizados Especiais Federais por não ser esta demanda voltada à tutela dos direitos difusos, mas sim à defesa de interesse individual autonomamente invocado.

II. Há que ser superada a preliminar de ilegitimidade passiva da União, pois não se pode olvidar que a este Ente Federal foi atribuída constitucionalmente a competência para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231 da Constituição Federal).

III. A alegação de prescrição quinquenal há que ser rechaçada no presente caso, visto que as terras do Vale do Javari somente foram reconhecidas como área de posse permanente dos índios nacionais por intermédio da Portaria 818, publicada em 14/12/1998. Por conseguinte, a prejudicial de mérito apenas sobreviria em 14/12/2003, época em que a presente ação já estava ajuizada.

IV. Reconhecimento, ante a comprovação por meio de depoimentos e documentos acostados aos autos, que a parte autora foi retirada do Vale do Javari sem qualquer apoio por parte do Poder Público, tendo deixado casa e demais benfeitorias construídas. Dessa forma, cabem os danos moral e material.

V. O *quantum* da indenização, segundo critérios do bom senso e da razoabilidade, merece ser majorado, visto que não é admissível que um Estado, norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, deixe à própria sorte, pessoas que de boa-fé construíram seu lar e desenvolveram suas raízes culturais no interior da Amazônia.

VI. Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, aplica-se a taxa de juros de 6% ao ano. Com o advento deste passou-se a aplicar, com fulcro no art. 406 do Código Civil de 2002, a Taxa Selic a partir de janeiro de 2003.

VII. Sem condenação em honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca.

VIII. Recurso da parte autora conhecido e improvido. Recurso da União/Funai conhecido e improvido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, conhecer e negar provimento aos recursos interpostos pela União/Funai e pela parte autora. Sem condenação em honorários advocatícios.

Turma Recursal do Amazonas, 21/05/2010.

Juíza Federal *Maria Lúcia Gomes de Sousa*, relatora.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Jaiza Maria Pinto Fraxe e Márcio Luiz Coelho de Freitas.

Numeração única: 0035286-69.2008.4.01.3500

Recurso Inominado 2008.35.00.902473-5/GO

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araújo
Recorrente: Antônio Gonçalves de Linos
Advogada: Dra. Maria Laura Bauer Oliveira
Recorrida: UFG – Universidade Federal de Goiás
Advogado: Dr. Tomaz Antônio Adorno de La Cruz
Publicação: e-DJF1 de 09/07/2010, p. 1.571

Ementa/Voto*

Civil. Plano de saúde. Hospital das Clínicas. Ausência de comunicação acerca da invalidade do título. Prescrição. Inocorrência. Ressarcimento de valores pagos à UFG. Notas promissórias. Taxa Selic. Recurso provido.

I. Cuida-se de recurso interposto pela parte reclamante contra sentença que extinguiu o processo com o julgamento do mérito, reconhecendo a ocorrência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

II. O recorrente sustenta que não foi fixado prazo para implantação do plano de saúde para que pudesse compelir a UFG a fazê-lo, de modo que não foi fixado o *dies a quo*.

III. Trata-se de ação de cobrança na qual o autor alega que pagou integralmente todas as parcelas exigidas pela UFG para ser admitido como sócio beneficiário do Hospital das Clínicas. Sustenta que o serviço de atendimento de saúde aos sócios beneficiários nunca foi posto em funcionamento bem como que não houve comunicação acerca da não implantação do plano nem das importâncias pagas. Requer o atendimento médico para ele e sua esposa nas mesmas condições dos servidores da UFG ou que lhe sejam restituídos os valores referentes às contribuições pagas.

IV. Verifico que a UFG vendeu os títulos de sócio garantindo cobertura total de saúde, até mesmo dizendo que iria dividir o Hospital das Clínicas em duas áreas, uma para sócios e outra para não sócios.

V. Tempos depois a UFG conclui pela invalidade destes títulos, mas não notificou o autor desta decisão.

VI. Mesmo sendo realmente inválidos os referidos títulos vendidos pela UFG, tal conclusão não autoriza o enriquecimento ilícito da autarquia, que colocou em circulação títulos ilegais, dos quais não pode agora dizer-se não responsável.

VII. Assim, se não pode fazer cumprir o contratado, oferecendo serviços de saúde – que foram efetivamente prometidos – cabe restituir aquilo que recebeu pela promessa não cumprida.

VIII. Reforça-se esta assertiva quando se constata que a própria UFG divulgou em panfletos (junto aos autos) que mesmo que o sócio e seus familiares tivessem *saúde de ferro*, ainda assim teriam lucro com a valorização dos títulos.

IX. Também tenho por não ocorrente a prescrição, uma vez que os títulos prometiam a participação como sócio em plano de saúde, relação continuada que somente poderia se desfazer por rescisão ou resilição, nunca por ato unilateral. Já a nulidade, deveras existente *in casu*, somente pode surtir efeitos em relação ao autor após a sua notificação, inocorrente no caso concreto.

X. O fato de ser notória a não prestação dos serviços de saúde é irrelevante, já que o interesse do comprador ou sócio poderia muito bem se limitar à valorização dos títulos, como ardilmente propagandeado pela própria vendedora ora ré.

XI. Ante o exposto, dou provimento ao recurso reformando a sentença para julgar procedente o pedido inicial e condenar a UFG a *ressarcir os valores pagos* pelo recorrente para aquisição do título de sócio beneficiário 001565 do

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Paulo Ernane Moreira Barros e Fernando Cléber de Araújo Gomes.

Hospital das Clínicas e Instituto de pesquisas e industrialização farmacêutica da UFG, conforme notas promissórias juntadas na documentação inicial, *devidamente corrigidos segundo Manual de Cálculos da Justiça Federal* e acrescidos de juros de mora a partir da citação de 1% ao mês.

Determino o pagamento dos honorários advocatícios à advogada dativa nomeada no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) a serem pagos pela Seção Judiciária.

É o voto.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Turma Recursal de Goiás, 18/06/2010.

Juiz Federal *Warney Paulo Nery Araújo*, 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 e regimental. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Adequação das cobranças dos serviços de telefonia fixa à lei e ao contrato de concessão. Competência da Terceira Seção. Regimento Interno, art. 8º, 3º, inciso III.

I. A discussão acerca da adequação das cobranças pelos serviços de telefonia fixa à lei e ao contrato de concessão de serviço público, com maior detalhamento das faturas telefônicas, diz respeito precipuamente a cumprimento de cláusula contratual, para cuja apreciação a competência é da Terceira Seção, consoante disposto no art. 6º, inciso III, combinado com o art. 8º, § 3º, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal.

II. Conflito conhecido e julgado precedente, para declarar a competência da Terceira Seção, suscitada.

Numeração única: 0001336-70.2003.4.01.4300

Conflito de Competência 2003.43.00.001314-1/TO

Relator : Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 21/06/2010, p. 159

Processual Civil. Administrativo. Ação rescisória. Art. 485, inciso V, do CPC. Violação a literal disposição de lei. Inocorrência. Anulação de ato de demissão. Denúncia anônima. Possibilidade. Demissão ancorada no procedimento administrativo disciplinar. Reexame da causa. Impossibilidade. Pedido julgado improcedente.

I. Nos termos do art. 485, V, do CPC, a ação rescisória pode ser manejada em face de violação a literal disposição de lei, assim entendido quando a decisão de mérito (sentença ou acórdão) deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional pelo STF, ou aplica uma lei que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional.

II. Não é cabível a rescisão do julgado, com base em violação literal a disposição de lei (art. 485, V, do CPC), quando se observa apenas a inconformidade da parte com a interpretação dada aos fatos e com a apreciação da prova produzida.

III. Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima. Precedentes do STJ.

IV. O v. acórdão rescindendo proferido pela Primeira Turma desta Corte analisou os documentos juntados aos autos, tendo consignado, após a análise das provas colhidas, que restaram comprovadas sucessivas infrações do ora autor, no curso da relação estatutária funcional, e que o ato demissório está ancorado em procedimento administrativo válido.

V. A pretexto da ocorrência de violação a literal disposição de lei, prevista no inciso V do art. 485 do CPC, o autor pretende, na verdade, a reapreciação do entendimento ventilado no acórdão rescindendo, o que não se afigura cabível, eis que o juízo rescindendo não possui o caráter de reexame ou revisão.

VI. A ação rescisória não serve para o amplo reexame da causa e de seus eventuais incidentes processuais. (STF, Tribunal Pleno, AR 1500/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 27/08/2009, p. 142).

VII. Condenação no pagamento da multa prevista no art. 488, II, do Código de Processo Civil, bem como dos honorários de sucumbência, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa rescisória.

VIII. Ação rescisória improcedente.

Numeração única: 0032483-40.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.034039-9/RO

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 13/07/2010, p. 69

Processual Penal e Penal. Conflito negativo de competência. Caixa Econômica Federal. Saque fraudulento em conta corrente, por meio da internet. Configuração de furto qualificado mediante fraude. Art. 155, § 4º, II, do Código Penal. Consumação no local onde se localiza a agência da conta lesada. Art. 70 do CPP. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região.

I. A jurisprudência do egrégio STJ e do TRF 1ª Região consolidou-se no sentido de que de que a movimentação fraudulenta de valores entre contas bancárias, via *internet*, configura a conduta típica de furto qualificado mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP), devendo ser aplicado o art. 70 do CPP para a fixação da competência.

II. "A fraude do furto não se confunde com a do estelionato, posto que, no primeiro, ela tem por escopo a redução da vigilância da vítima para que ela não compreenda estar sendo desapossada, enquanto que, no segundo, ela visa fazer a vítima incidir em erro, entregando o bem de forma espontânea ao agente. Logo, o saque fraudulento em conta corrente por meio de *internet* configura o delito de furto mediante fraude, mas não o de estelionato. O crime de furto mediante fraude se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, isto é, quando o bem sai da esfera de disponibilidade da vítima, o que ocorreu no local em que se situa a agência bancária que abriga a conta corrente fraudulentamente atingida. Precedentes." (AgRg no CC 74.225/SP, rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG), 3ª Seção do STJ, unânime, DJe de 04/08/2008).

III. O furto qualificado mediante fraude consuma-se quando o valor é retirado da esfera de disponibilidade da vítima, sendo competente o Juízo da localidade onde se situa a agência bancária à qual está vinculada a conta da qual o valor foi subtraído, não importando, portanto, o local em que o saque indevido ocorreu. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região.

IV. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Caxias/MA, o suscitado.

Numeração única: 0054138-34.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.055669-0/MA

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 05/07/2010, p. 10

Processual Civil. Sentença confirmada, por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento.

I. Não se admitem embargos infringentes quando o acórdão impugnado, embora não unânime, não haja reformado a sentença de mérito, quanto à matéria objeto da divergência, tendo em vista o disposto no art. 530 do Código de Processo Civil, na redação que lhe foi dada pela Lei 10.352/2001.

II. Embargos infringentes não conhecidos.

Numeração única: 0012348-51.2006.4.01.3500

Embargos infringentes 2006.35.00.012371-4/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 05/07/2010, p. 16

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Preliminares afastadas. IPI. Creditamento. Princípio da não cumulatividade. Matéria-prima e insumo isentos ou sujeitos à alíquota zero. Produto final onerável. Operações realizadas com empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade. Pedido rescisório improcedente.

I. É possível identificar na inicial os fatos, os fundamentos jurídicos e o pedido, sendo que a presente ação rescisória é via adequada para rescindir sentença de mérito que denegou a segurança vindicada para o creditamento do IPI. Preliminares afastadas.

II. Consoante o entendimento firmado pelo STF, a não cumulatividade (art. 153, inciso II, § 3º, da CF/1988) não enseja direito de crédito do IPI para o adquirente de insumo isento, não tributado ou sujeito à alíquota zero, cujo produto final industrializado é tributado. Precedentes do STF com repercussão geral reconhecida e desta Corte.

III. Inviável a pretensão da autora de crédito do IPI sobre operações realizadas com empresas optantes pelo Simples, em razão do impedimento previsto no art. 5º, § 5º, da Lei 9.317/1996 e art. 149 do Decreto 2.637/1998. Mais ainda, a adesão ao referido benefício fiscal obriga a empresa optante a recolher o imposto mensalmente em conjunto com demais impostos e contribuições. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

IV. Pedido rescisório improcedente. Condenação da autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios de R\$ 2.000,00, bem como reversão do depósito a favor da ré, após o trânsito em julgado.

Numeração única: 0008576-75.2004.4.01.0000

Ação Rescisória 200401000085533/MG

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado) – 4ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 02/08/2010, p. 11

Previdenciário e Administrativo. Servidor público estatutário ex-celetista. Reconhecimento de tempo de serviço especial. Médico. Preliminar de carência de ação rejeitada. Preliminar de ilegitimidade da união rejeitada. Recursos e remessa oficial desprovidos.

I. Demanda em que o autor pretende o reconhecimento judicial de tempo de serviço especial como médico do extinto INPS e do INAMPS, sob o regime da CLT, tendo se aposentado proporcionalmente quando era servidor do Ministério da Saúde. Pretende a conversão para alcançar a integralidade da aposentadoria.

II. O INSS e a União são partes legítimas, pois o tempo especial de trabalho no regime geral previdenciário, a cargo do INSS, afetará o regime estatutário federal a cargo da União, onde o autor se aposentou.

III. Há interesse de agir. A ampla resistência à pretensão do autor restou caracterizada pelas duas contestações e recursos dos réus. A pretensão resistida deve ser resolvida pelo Judiciário para que não paire no seio social.

IV. A jurisprudência consolidou-se no sentido de que o servidor público ex-celetista tem direito adquirido à contagem do tempo de serviço prestado em condições especiais na forma da legislação vigente à época da prestação do serviço, com o acréscimo previsto na legislação de regência. Precedentes deste Tribunal, do STJ e do STF.

V. No caso, em função do período laborado (de 1º/03/1968 a 12/12/1990), aplica-se os Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979, que exigiam apenas o enquadramento da categoria profissional à condição especial para a concessão do benefício.

VI. O autor era médico do INSS e do INAMPS, situação que se encaixa no item 2.1.3 do Anexo II, do Decreto 83.080/1979. Inegável a exposição do profissional de saúde aos agentes patogênicos (bactérias, vírus e fungos), além do que normalmente há nos materiais infecto contagiantes nos ambientes de trabalho (item 1.3.2, do quadro anexo ao art. 2º, do Decreto 53.831/1964), situação que conduz ao reconhecimento do tempo de serviço em condições especiais do autor, que recebia adicional de insalubridade, a ser multiplicado pelo fator 1.4.

VII. Não há violação a ato jurídico perfeito. O autor se aposentou conforme o exame dos fatos e aplicação da legislação que a União entendeu cabível, mas isso não afasta o exame judicial do direito aplicável e sem as amarras próprias da administração, interpretação que perpassa pelos dois regimes, como já dito, e que não foi possível no âmbito administrativo.

VIII. Não provimento aos recursos do INSS, da União e à remessa oficial.

Numeração única: 0002953-15.2000.4.01.3801

Apelação/Reexame Necessário 2000.38.01.002900-5/MG

Relator: Juiz Federal Reginaldo Márcio Pereira (convocado) – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 27/07/2010, p. 5

Administrativo. Servidor público. Incorporação de quintos ou décimos. Exoneração do cargo, a pedido do servidor. Quebra do vínculo funcional. Reincorporação da parcela no retorno posterior ao serviço público, em outro cargo de provimento efetivo, quando já se achavam revogadas as normas legais de que decorria o direito à incorporação.

I. A ruptura do vínculo funcional, no caso em exame por iniciativa do servidor, faz cessar o direito à percepção das parcelas remuneratórias pertinentes ao cargo de que era titular, inclusive quanto a *quintos* ou *décimos* incorporados,

não fazendo ele jus, por ocasião de seu retorno ao serviço público, em outro cargo de provimento efetivo, ao restabelecimento da vantagem incorporada, na medida em que já se encontravam, então, revogadas as normas legais que cuidavam do instituto da incorporação.

II. Recurso de apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá provimento.

Numeração única: 0030932-92.2003.4.01.3300

Apelação Cível 2003.33.00.030916-1/BA

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – 2ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 1º/07/2010, p. 91

Penal. Crime de dano qualificado. Art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal. Prejuízo patrimonial de pequena monta. Possibilidade de ressarcimento do dano, na esfera cível, e de eventual responsabilização administrativa do réu, condutor da motocicleta oficial. Caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. Princípio da insignificância. Aplicabilidade.

I. Em se tratando de crime contra o patrimônio – como é o caso do delito de dano qualificado (dano contra o patrimônio público), previsto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal –, não se pode considerar típica a destruição ou deterioração que acarrete irrisório prejuízo, por ser insuficiente para ferir, de maneira significativa, o Erário nacional, máxime levando-se em consideração a possibilidade de ressarcimento do respectivo valor, na esfera cível. Ainda que se pondere sobre a especial finalidade de agir do agente, em relação à *res publica*, não há como não inseri-la entre os crimes de bagatela, de maneira a excluir a tipicidade penal, desde que sem prejuízo da indenização e da sanção (se o caso), nas esferas civil e administrativa.

II. No caso, embora se trate de delito de dano a bem público, aplica-se o princípio da insignificância, em virtude do prejuízo patrimonial de pequena monta e da natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando outros ramos do Direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. No caso presente, há possibilidade de ressarcimento do dano, na esfera cível, e de eventual responsabilização do condutor da motocicleta oficial, na via administrativa.

III. Apelação improvida.

Numeração única: 0037569-74.2008.4.01.3400

Apelação Criminal 200834000381003/DF

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães – 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 20/07/2010, p. 80

Penal. Processual Penal. Falsificação e uso do documento falso pelo próprio falsificador. Post factum impunível. Estabelecimento particular de ensino superior. Interesse da União. Não ocorrência. Incompetência da Justiça Federal. Apelação prejudicada.

I. O uso de documento falso, pelo próprio autor da falsificação, configura, na hipótese, um só crime, qual seja, o do art. 298, do Código Penal (falsificação de documento particular), constituindo o uso do documento falsificado, pelo próprio falsificador, apenas uma fase de exaurimento do primeiro crime. Precedentes jurisprudenciais dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

II. Considerando que a segunda conduta delituosa perpetrada pela ré, qual seja o uso de documento por ela falsificado, constitui-se em *post factum* impunível, verifica-se que o conhecimento e julgamento da matéria em discussão é de competência da Justiça Estadual, uma vez que, pela conduta subsistente – falsificação de documento particular –, não se vislumbra ofensa a bens, serviços ou interesse da União, ou de qualquer dos entes públicos mencionados no art. 109, IV, da Constituição Federal a ensejar a competência da Justiça Federal.

III. O fato de o falso ter sido praticado em face de faculdade particular, que atua mediante delegação do Poder Público Federal, não tem o condão de atrair a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da presente ação penal, devendo ser aplicado, à espécie, o que dispõe a Súmula 104, do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

IV. Incompetência da Justiça Federal. Anulação de todos os atos decisórios do processo.

V. Apelação prejudicada.

Numeração única: 0006901-54.2003.4.01.3802

Apelação Criminal 2003.38.02.006838-2/MG

Relator: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 08/07/2010, p. 69

Direito Internacional e Processual Civil. Busca e apreensão de menores. Pai italiano e mãe brasileira. Crianças retidas pela mãe, no Brasil. Repatriação. Processo extinto, sem exame do mérito. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Decreto 3.413/2000. Legitimidade ativa do genitor. Sentença anulada.

I. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada, no Brasil, pelo Decreto 3.413/2000, dispõe que *cada Estado contratante designará uma autoridade central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela presente convenção*, a qual deverá *dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita* (arts. 6º, caput e 7º, letra f).

II. De acordo com o Decreto 3.951/2001, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça foi designada como autoridade central no Brasil, a quem compete *representar o interesse do Estado brasileiro na proteção das crianças e dos adolescentes dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícita* (arts. 1º e 2º, inciso I).

III. Dispõe o Decreto 3.413/2000, também, que a Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados contratantes (art. 29).

IV. Conclui-se, portanto, que há co-legitimidade entre a autoridade central brasileira, que compõe a estrutura da União, e, no caso, o pai dos menores, para dar início ao processo judicial ou administrativo que tenha por escopo o retorno de criança retida no país por violação do direito de guarda.

V. Nessa perspectiva, deveria o juiz de 1º grau, ao invés de extinguir o processo, sem exame do mérito, ter determinado o chamamento da União para integrar a lide, de acordo com a legislação supracitada.

VI. Apelação do requerente a que se dá provimento, para anular a sentença e determinar a devolução dos autos ao Juízo de 1º grau, a fim de que dê prosseguimento ao feito, determinando o chamamento da União ao processo e a citação da requerida.

Numeração única: 0011498-23.2009.4.01.3813

Apelação Cível 2009.38.13.007095-0/MG

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado) – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 09/07/2010, p. 205

Constitucional. Usucapião constitucional urbano. Art. 183/CF. Requisitos preenchidos. BR 354. Faixa de domínio da União. Exclusão da área litigiosa da posse do autor.

I. Prescreve o art. 183 da Constituição Federal que aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Contudo os imóveis públicos não são adquiridos por usucapião.

II. O autor preenche todos os requisitos exigidos pela Carta Magna, pois a área ocupada é inferior a 250 m² e testemunhas afirmaram que ele tinha, quando do ajuizamento da ação, a posse mansa e pacífica do imóvel, há, pelo menos, seis anos (fls. 43/45), o qual é utilizado para sua moradia.

III. A União não faz prova de seu domínio, porém, o autor reconhece a invasão da faixa de domínio da BR 354 e requer que a extensão de cinco metros (85m²), seja excluída do pedido. Nos termos do art. 334, II, do CPC, não dependem

de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, restando o domínio da União sobre a área litigiosa comprovado.

IV. Deve-se reconhecer o domínio da parte da área ocupada, por usucapião, sendo, porém, excluída a extensão de cinco metros (85m²) referente ao domínio da União e que confronta com os limites da BR 354.

V. Apelação a que se dá parcial provimento.

Numeração única: 0019290-02.2001.4.01.0000

Apelação Cível 2001.01.00.020893-0/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/7/2010, p. 124

Administrativo. Ordem dos Músicos do Brasil. Registro de músicos profissionais, independentemente do nível de escolaridade. Pagamento de anuidades. Exigência legal. Lei 3.857/1960. Segurança denegada.

I. A função da Ordem dos Músicos do Brasil é fiscalizar a atividade profissional do músico. Consequentemente, todos que a exercem, independentemente do nível de escolaridade, serão obrigados a inscrever-se no órgão e a pagar-lhe anuidades, que decorrem da condição de inscrito. (Lei 3.857/1960).

II. Apelação provida.

III. Remessa oficial prejudicada.

IV. Sentença reformada.

V. Segurança denegada.

Numeração única: 17862-05.2008.4.01.3600

Apelação Cível 2008.36.00.017862-1/MT

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 16/07/2010, p. 80

Tributário e Constitucional. Embargos à execução. Autarquia. IPTU. Imunidade tributária recíproca. Art. 150, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

I. O envio ao endereço do contribuinte do carnê de pagamento do imposto predial e territorial urbano (IPTU) é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário, cabendo ao contribuinte as provas de que não recebeu o carnê de cobrança e aquelas para afastar a presunção de certeza e liquidez do título.

II. Todos os bens das autarquias sujeitam-se à finalidade pública (presunção *juris tantum*), salvo quando houver desafetação.

III. Para que o Município cobre o IPTU sobre bens de autarquia, é imprescindível a demonstração de que os bens efetivamente não estão destinados às suas finalidades essenciais, ou sejam delas decorrentes, nos termos do art. 150, § 2º, da Constituição Federal.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0030224-65.2001.4.01.3800

Apelação Cível 2001.38.00.030310-5/MG

Relator: Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 16/07/2010, p. 199

- ★ 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.

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos 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 nas seções *Artigos Doutrinários* e *Tópicos Jurídicos* 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 e tópicos jurídicos

- 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 preferencialmente 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 15 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 dez e no máximo 30 laudas e da seção *Tópicos Jurídicos* entre duas e dez 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.

