

Consulta da Movimentação Número : 108

PROCESSO 0000270-40.2012.4.03.6125

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 07/11/2014 p/ Sentença

*** Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Tipo : D - Penal condenatória/Absolutória/rejeição da queixa ou denúncia Livro : 5
Reg.: 449/2015 Folha(s) : 157

Vistos em Inspeção.

1. Relatório

XXXXXXXX XXXXXX XXXXXX, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso no artigo 317, caput, c.c. artigo 327, ambos do Código Penal.

Consta da denúncia, em síntese, que no dia 25 de agosto de 2011, neste município de Ourinhos/SP, o denunciado, advogado militante nesta Subseção, solicitou para si, a XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, a quem fora nomeado advogado dativo, vantagem indevida consistente em 20% do valor que XXXX recebera por conta de sentença favorável, proferida em ação previdenciária movida contra o INSS, registrada neste mesmo Juízo sob o nº 0004403-14.2001.403.6125.

Segundo ainda a peça acusatória:

"... o denunciado fora nomeado defensor dativo de XXXX do Amaral em setembro de 1999, por conta de Convênio havido entre o Estado de São Paulo, a Procuradoria-Geral do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo.

Assim é que, enquanto defensor dativo de XXXX do Amaral, patrocinou seus interesses na ação previdenciária acima cita.

Ao final da ação, entretanto, quando XXXX recebera os valores decorrentes da condenação do INSS, o denunciado XXXXXXXX, embora tivesse atuado na condição de advogado dativo e, inclusive, recebido honorários sucumbenciais, solicitou a XXXX que lhe pagasse 20% do que recebera, supostamente a título de honorários advocatícios.

De registrar-se que o advogado dativo exerce verdadeiro múnus público, subsumindo-se, portanto, ao conceito de funcionário público, por conta do que dispõe o art. 327, do Código Penal.

E ao solicitar vantagem indevida para ato que deveria praticar independentemente de cobrança, posto já remunerado para tanto, praticou o denunciado o delito de corrupção passiva.(...)"

Do inquérito policial constam o Ofício de fls. 03/04, cópia de Termo de Declaração de fls. 05 e verso, cópias de documentos extraídas dos autos do processo nº 0004403-14.2001.403.6125 (fls. 06/14), Termo de Declarações do denunciado (fls. 19/20), Termos de Declarações (fls. 25/28), requerimento pra arquivamento do inquérito (fls. 35/36), indeferimento do pedido de arquivamento do inquérito (fls. 38/39), cópia de documentos extraídos dos autos da Ação Previdenciária nº 0000545-57.2010.403.6125 (fls. 41/55), decisão da Procuradoria Geral da República (fls. 60/63), cópia de Termo de Depoimento (fls. 65/66).

A denúncia foi recebida em 17/04/2013 (fls. 77/78).

A acusação apresentou resposta às fls. 97/106, com rol de testemunhas e com documentos às fls. 107/130, requerendo, de início a absolvição sumária do acusado, afirmando, em síntese, que não funcionou como advogado dativo junto à Justiça Federal; que a sua nomeação no âmbito da Justiça Estadual, ocorrida por força de antigo Convênio entre a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a OAB cessou em 2001, por ocasião da instalação da Justiça Federal em Ourinhos; que nunca foi nomeado como advogado dativo pela Justiça Federal para atuar no processo previdenciário envolvido na denúncia; que a Resolução nº 558/2007, editada pelo CJF, sobre a qual se amparou a decisão do magistrado e provocou a instauração do inquérito policial, com a culminação do ajuizamento da presente ação penal, não deve ser aplicada, devido à irretroatividade da lei, não estando, portanto, naquela época, sujeito aos ditames de precitada resolução.

Deliberação de fls. 131/132, não verificando a existência manifesta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, deixou de absolver sumariamente o acusado, confirmou o recebimento da denúncia e determinou o regular seguimento do feito, designando audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e defesa, e para interrogatório do acusado.

O acusado interpôs embargos de declaração dessa decisão (fls. 134/136), sob a alegação de que foi omissa quanto matérias defensivas aduzidas na resposta à acusação.

A decisão de fls. 138/139 conheceu dos embargos interpostos e, no mérito, rejeitou-os.

As testemunhas arroladas pelas partes foram ouvidas neste Juízo, por meio áudio visual (fls. 153/155 e 168/175), com cópias do Inquérito 0188/2012 juntada aos autos em audiência (fls. 156/167). Na ocasião, determinada a expedição de carta precatória para oitiva da testemunha Adalgisa Marsilio Guanaes Simões, razão pela qual não foi realizado o interrogatório do acusado (fl. 154).

O acusado desistiu da oitiva da testemunha Adalgisa (fl. 209).

Interrogatório do acusado realizado neste Juízo (fls. 241/243).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal afirmou que a materialidade e a autoria estão devidamente comprovadas, razão pela qual pediu a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 245/249).

A defesa do réu apresentou alegações finais às fls. 254/270, sustentando, preliminarmente, em síntese, incompetência material da Justiça Federal e, consequentemente, incompetência funcional do Parquet Federal, eis que inexistente interesse da União em relação ao convênio firmado na esfera do Estado de São Paulo. No mérito, alega a impossibilidade de se considerar o réu como sujeito ativo do crime de corrupção passiva, pois advogado dativo não se equipara a funcionário público, além do fato de que o acusado nunca foi nomeado advogado dativo pela Justiça Federal, sendo que o convênio estadual extinguiu-se em 2001. Ainda, defende a inexistência de materialidade, já que em momento algum restou configurada a solicitação de vantagem indevida com preavalecimento da função de advogado dativo para efeito de subsunção ao tipo do delito do art. 317 c.c. art. 327, do Código Penal, e a escolha do profissional da advocacia foi uma opção pessoal do constituinte. Ao final, pelas razões expostas, requer a rejeição da denúncia com a absolvição do réu com fundamento no artigo 386, incisos I, II, III, IV e VII.

Acerca da preliminar arguida, manifestou-se o Ministério Público Federal às fls. 275/276, pelo seu afastamento e normal prosseguimento do feito.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e Decido.

2. Das Preliminares apresentadas pela Defesa

Alega o denunciado, com base na inicial, que foi nomeado defensor dativo de XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX em setembro de 1999, por força de convênio celebrado entre o Estado de São Paulo, a Procuradoria-Geral do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil, e que, assim, a Justiça Federal seria incompetente para o processamento e julgamento do presente feito.

A ação ordinária previdenciária referida na inicial, proposta por XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX em face do INSS (autarquia federal), teve início perante a Justiça Estadual, local onde o acusado foi nomeado defensor dativo do autor pela assistência judiciária gratuita. Veja-se que posteriormente os autos da referida demanda foram redistribuídos a esta Justiça Federal em 22/07/2001 e aqui permaneceu até execução do julgado.

O fato da nomeação do acusado como defensor dativo ter se dado quando o processo tramitava na Justiça Estadual, em razão de delegação constitucional, deu-se porque à época do ajuizamento não havia Justiça Federal instalada na cidade. Por força do artigo 109, 3º, da CF/88, os atos praticados pelo Juiz de Direito na demanda ordinária previdenciária são equiparados a atos de Juiz Federal, pois exercidos no âmbito de competência federal delegada, de acordo com o artigo 109, inciso I combinado com o parágrafo 3º, da Constituição da República.

Por outro lado, o artigo 109, inciso IV, da Constituição da República prevê que:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: ...IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

A competência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a causa é certa, porque se imputa ao denunciado a prática de infração penal diretamente relacionada ao exercício da função de funcionário público como defensor assistencial ou dativo (voluntário), em substituição ao defensor público com atribuição para a defesa dos jurisdicionados hipossuficientes em processos judiciais da competência da Justiça Federal (ou naqueles de competência constitucional delegada, cf artigo 109, 3º, CF/88), o que atrai a incidência da hipótese descrita no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Sobre o conceito de funcionário público, dispõe o artigo 327 do Código Penal:

"Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público."

Conforme se observa, o Código Penal adotou a teoria extensiva. A propósito, confira-se a lição de José Henrique Pierangeli (Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 2: Parte Especial. Arts. 121 a 361. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 799):

Nosso Código Penal adotou a teoria extensiva, dando ao conceito de funcionário público matizes que não são encontradas no direito administrativo, dando-lhe maior elasticidade e pondo cabo às discussões acerca de qual seria o melhor conceito de funcionário público para o direito penal. Para este, aliás, não se exige nem mesmo o exercício profissional ou permanente da função pública. Adverte Hungria que para o art. 327 não é propriamente a qualidade de funcionário que caracteriza o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou per accidens (...).

No caso dos autos, o acusado estabeleceu vínculo com o Poder Público, conveniando-se como advogado voluntário para suprir deficiências da Defensoria Pública, órgão incumbido de promover o acesso dos carentes de recursos financeiros à Justiça - função esta atribuída nos termos do artigo 134 da CF. No caso, apesar do convênio ter sido firmado entre a OAB e a Procuradoria do Estado, mantêm-se tal condição porque a ação previdenciária se insere no rol das ações de competência delegada.

Aliás, sobre o funcionamento do referido convênio atualmente, bem explicou a testemunha de defesa Fernando Alves de Moura (fl. 175).

A despeito de não ostentar a condição de servidor e não receber remuneração resta claro que o advogado dativo ou assistencial (voluntário) exerce relevante função pública, de auxiliar da Justiça. Logo, pode o defensor assistencial ser enquadrado como agente público, na condição de particular que atua em colaboração com Estado. Sobre o tema, colhe-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2002, p. 426/427):

"Particulares em colaboração com o Poder Público - Nessa categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo sob títulos diversos, que compreendem: (...) 2. mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes; é o que se dá com jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho, etc.; também não têm vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração; (...)"

Por sua vez, nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública da União, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, possui a incumbência de defender os necessitados em juízo e, portanto, exerce atividade eminentemente pública, pois destinada a garantir a ampla defesa constitucionalmente prevista em favor de todos os jurisdicionados hipossuficientes que a requeira ou que estejam desassistidos por advogado constituído, pois a intervenção do advogado é essencial para o acesso à Justiça e sua concretização.

Embora os defensores dativos e assistenciais não sejam servidores públicos propriamente dito, porque não são membros da Defensoria Pública, quando nomeados para exercer a defesa dos direitos de um jurisdicionado, fazendo as vezes dos membros da Defensoria Pública, devem ser considerados funcionários públicos para fins penais, nos termos do artigo 327 do Código Penal, supra descrito.

Portanto, o advogado dativo, assistencial ou voluntário, porque atua na defesa do jurisdicionado sem qualquer contrato com o assistido, no exercício da função pública de assistência judiciária ao necessitado, em decorrência de convênio

celebrado com o Poder Público, não importando se o cadastramento inicial se deu perante a Justiça Federal ou não, é remunerado apenas no caso de eventuais honorários de sucumbência, na forma do artigo 22 e seu 1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) ou na forma em que estiver estipulado em convênio com o Poder Público.

No sentido de que existe o enquadramento do defensor assistencial ou dativo como funcionário público, destaco precedente do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO (ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL). DEFENSOR DATIVO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESEMPENHO DE FUNÇÃO PÚBLICA. ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 327 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.1. De acordo com o artigo 134 da Constituição Federal, a defesa em juízo das pessoas necessitadas é incumbência da Defensoria Pública, considerada instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Trata-se, portanto, de função eminentemente pública, pois destinada à garantir a ampla defesa constitucionalmente prevista em favor de todos os acusados em processo penal, independentemente da capacidade financeira de contratação de um profissional habilitado.2. Embora não sejam servidores públicos propriamente ditos, pois não são membros da Defensoria Pública, os advogados dativos, nomeados para exercer a defesa de acusado necessitado nos locais onde o referido órgão não se encontra instituído, são considerados funcionários públicos para fins penais, nos termos do artigo 327 do Código Penal Doutrina.3. Tendo o recorrente, na qualidade de advogado dativo, exigido para si vantagem indevida da vítima, impossível considerar a sua conduta atípica como pretendido no reclamo.4. A simples ausência de juntada aos autos da nota promissória que comprovaria a exigência indevida feita pelo recorrente não conduz à falta de justa causa para a persecução criminal, uma vez que o referido documento pode ser anexado ao processo até a conclusão da instrução criminal, sem prejuízo de que a materialidade delitiva seja comprovada por outros meios de prova admitidos.5. Recurso improvido. (RHC 33.133/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 05/06/2013)

Por outro lado, a nomeação do acusado nos autos da ação previdenciária referida na denúncia (fls. 12/14) quando ela ainda tramitava na Justiça Estadual continuou a gerar efeitos mesmo após a vinda dos autos a esta Justiça Federal. A condição de defensor dativo anterior permaneceu íntegra após a migração dos autos para esta Vara. A única coisa que mudou foi o responsável pelo pagamento da remuneração do defensor dativo: após a migração dos autos para a Justiça Federal, os pagamentos seriam feitos pela própria Justiça Federal. Aliás, tanto nos processos migrados da Justiça Estadual para a Justiça Federal quanto nos processos que tramitam na Justiça Estadual em competência delegada, o pagamento dos advogados vinculados à assistência judiciária gratuita passou à exclusiva responsabilidade da segunda por conta da cessação do convênio entre OAB e Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (convênio OAB/PGE).

Dessa forma, tem-se evidente que a conduta indicada na denúncia atinge interesse da União Federal, posto que esta é a responsável pela prestação da assistência judiciária gratuita a todos os jurisdicionados que dela necessitem para defender direitos e interesses perante os processos de competência do Poder Judiciário Federal, seja nas ações que tramitam perante a Justiça Federal, seja nas ações que tramitam na Justiça Estadual por força da competência delegada. Assim, eventual prática de ato ilícito por advogado conveniado no curso da assistência judiciária gratuita aos necessitados enquadra-se no conceito do art. 327 do CP, podendo, assim, figurar como sujeito ativo do delito de corrupção passiva, sendo a competência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a causa.

Ante o exposto, rejeito as preliminares.

3. Quanto ao mérito

O acusado XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX foi denunciado pela prática de corrupção passiva no exercício da advocacia, conforme artigo 317 do Código Penal, que possui a seguinte redação:

"Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:"

Trata-se de crime de mão própria, vale dizer, que somente pode ser praticado por funcionário público ou por quem, ainda que transitoriamente, exerce função pública. Essa é a orientação da doutrina, que não discrepa da jurisprudência.

Consta dos autos que o réu teria efetuado a cobrança indevida de honorários em causa na qual foi nomeado como advogado dativo de XXXX do Amaral.

Já vimos anteriormente que a atividade de advogado voluntário, assistencial ou defensor dativo se legitima para os casos de inexistência ou deficiência da Defensoria Pública, tanto do Estado quanto da União. A partir da nomeação para o múnus publico, a atuação do nomeado constitui função pública. Acrescento apenas que pela atuação como advogados assistenciais ou dativos (voluntários) não farão jus a qualquer tipo de remuneração por parte do jurisdicionado assistido, com exceção de eventuais honorários de sucumbência ou ao pagamento de honorários pelo próprio Estado ou União Federal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RAZÕES DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ENUNCIADO Nº 182/STJ. ADOGADO DATIVO. PEDIDO DE HONORÁRIOS. RESOLUÇÃO 558-CNJ. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Inviável agravo regimental cujas razões estão dissociadas dos fundamentos da decisão agravada. 2. A parte agravante deve infirmar todos os fundamentos da decisão impugnada, mostrando-se inadmissível o recurso que não se insurge contra todos eles (verbete sumular n. 182/STJ). 3. No âmbito da Justiça Federal a assistência judiciária aos beneficiários da gratuidade de justiça será realizada pela Defensoria Pública da União. 4. A atuação dos advogados voluntários e dativos, necessariamente nessa ordem, só se legitima para os casos de inexistência ou deficiência da Defensoria Pública da União, lembrando-se, ainda, que os advogados voluntários não farão jus a qualquer remuneração. 5. O juiz da causa possui todos os elementos necessários para justificar a atuação dos defensores voluntários e dativos, devendo, portanto, apreciar eventual pleito de honorários. 6. Agravo regimental não conhecido. (STJ - AgRg no HC: 141659 ES 2009/0134595-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/09/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2012)"

Assim, quanto à alegação da defesa de que o acusado não pode ser considerado como sujeito ativo do crime de corrupção passiva, pois advogado dativo não se equipara a funcionário público, ela já foi suficientemente analisada acima e afastada.

Com isso, pass à análise da denúncia sobre a existência de solicitação de vantagem indevida com prevalecimento da função de advogado dativo para efeito de subsunção ao tipo do delito do artigo 317 c.c. o artigo 327, ambos do Código Penal.

A conduta típica do crime, como se vê, consiste no ato do funcionário público (em conformidade com a extensão legal de seu alcance) solicitar ou receber a vantagem ou aceitar a promessa de recebê-la. Esta solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem deve ser feita pelo funcionário público em razão do exercício da função, ainda que fora dela. A vantagem, por sua vez, pode ser patrimonial ou moral, mas é necessário que seja indevida.

Ao contrário do que alegado pela defesa, a materialidade delitiva se encontra comprovada pelos documentos extraídos dos autos do processo nº 0004403-14.2001.403.6125 (fls. 05/14), que tramitou perante esta 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP, bem como pelo Termo de Declarações do autor daquela ação previdenciária, XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, afirmando que lhe foi solicitado o pagamento de honorários advocatícios (fls. 25/26) e do Termo de Declarações da filha do então autor (fls. 27/28).

Referido jurisdicionado, quando esteve neste Juízo em 25 de agosto de 2011, às 15.40min, acompanhado de sua filha (Carmen), denunciou o fato do acusado ter exigido o pagamento de honorários advocatícios por ter patrocinado a sua causa previdenciária e declarou ao Juiz Federal oficiante à época que estava aqui para saber se os valores recebidos no processo previdenciário (de R\$ 22.920,35) eram integralmente do autor ou se teria que pagar alguma coisa para o advogado XXXXXXXX. Em seguida, após ser comunicado da desnecessidade de pagamento a advogado dativo, XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX narrou que:

"(...) foi com sua filha até o escritório do Dr. XXXXXXXX para buscar a carteira profissional que acreditavam que estaria lá; que o Dr. XXXXXXXX que recebeu ambos pessoalmente e lhes falou que eles teriam que pagar 20% de honorários advocatícios sobre o crédito levantado no processo; que diante da cobrança de honorários, o autor e a filha vieram até a Justiça Federal para verificar se isso seria mesmo devido, já que o próprio Dr. XXXXXXXX disse-lhe que não fazia mais parte da assistência judiciária gratuita; que em nenhum momento o Dr. XXXXXXXX falou-lhes de assinar um contrato, mas cobrou-lhes o valor de 20% a título de honorários advocatícios, inclusive sob a afirmação de que "não teria recebido nada nesse processo".

Quando da oitiva de testemunhas neste Juízo, já sob o manto do contraditório e da ampla defesa, a filha do jurisdicionado assistido pelo acusado, Carmen Silvia Bruder Carmargo confirmou que acompanhou seu pai até a Justiça Federal para receber os valores que eram devidos a ele por força de uma ação.

Confirmou referida testemunha de acusação que depois foram ao escritório do acusado com o propósito de reaver a carteira profissional de XXXX, oportunidade que foram recebidos pelo próprio advogado. Que durante as conversas, quando já se despediam, XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX acabou advertindo Carmen e XXXX de que deveriam retornar ao escritório em outra ocasião para acertar seus honorários advocatícios, na ordem de 20%. O acusado os orientou a se dirigirem no vamente ao fórum local para obter uma cópia da sentença, já que ele não dispunha de documentos na ocasião para informar de pronto qual o valor devido. Desta feita, quando retornaram ao Fórum Federal local uma das funcionárias do órgão lhes mostrou o processo e, após conversar com alguns de seus colegas, encaminhou os dois à presença do Juiz titular da Vara Federal à época, que colheu o depoimento, tanto seu quanto de seu pai. Afirmou ainda que o trabalho de XXXXXXXX na defesa dos direitos previdenciários do pai se daria na condição de advogado dativo e que, portanto, entendia que não deveriam pagar-lhe qualquer importância. Aduziu que até aquela oportunidade em que estivera com seu pai no escritório do causídico, ele nunca havia dito a ela ou ao seu pai sobre a necessidade de modificar a relação profissional existente entre ele e também nunca havia mencionado a cobrança de

honorários, ou que a mudança do processo para a justiça federal levaria à necessidade de readequação das condições de trabalho (fl. 175).

Ouvido também em juízo sob o manto do contraditório e sob as penas do falso testemunho, a vítima, XXXX, confirmou o teor das declarações que havia prestado ao Juiz Federal Mauro Spalding quando aqui esteve para ver a questão da cobrança dos honorários. Confirmou que XXXXXXXX exigiu 20% de honorários sobre os valores que recebeu nos autos da ação previdenciária, a título de pagamento de honorários, sendo que não havia, até aquele momento, exigido esse tipo de pagamento. Sobre sua relação com o acusado, XXXX afirmou que ela se mantivera a mesma desde o início do processo até o dia em que o acusado lhe exigiu o pagamento de 20% a título de honorários, ou seja, ele era advogado indicado pela OAB e não teria que remunerá-lo pelos serviços prestados em face de sua hipossuficiência econômica declarada de próprio punho, desde o início, conforme documento de fl. 14 (fl. 175)

Também arrolada como testemunha de acusação Ademir de Souza Reis, outro jurisdicionado que em demanda similar havia sido assistido pelo acusado, que declarou ter sofrido cobrança de mesma natureza. Apesar de não saber sobre os fatos ocorridos em relação a XXXX, seu depoimento demonstrou que o acusado efetuou outras cobranças de honorários em processos judiciais em que havia prestado serviço advocatício na condição de advogado assistencial (fl. 175).

Em relação às testemunhas arroladas pela defesa, suas declarações em nada auxiliaram a defesa do acusado ou a tese sustentada por ele nas declarações prestadas perante a autoridade policial (de que não havia cobrado qualquer valor a título de honorários, porque sabia de sua obrigação como advogado assistencial) ou as explicações apresentadas em seu interrogatório judicial.

Entre as testemunhas de defesa estava o atual Presidente da Subseção local da OAB, Dr. Fernando Alves de Moura, que outrora prestou serviços como estagiário deste Juízo. Esclareceu referida testemunha que os advogados assistenciais que foram nomeados na Justiça Estadual nos processos previdenciários mantiveram esta condição quando os processos migraram para a Justiça Federal por conta da instalação da Vara Federal. Disse lembrar que em alguns processos havia a manutenção da condição de advogado dativo por despacho do Juiz oficiante à época. Por outro lado, também esclareceu o funcionamento do convênio entre a OAB e a Procuradoria Geral do estado para a assistência judiciária gratuita (fl. 175).

Também foi ouvido o Juiz Federal Mauro Spalding como testemunha de defesa, responsável pela colheita das declarações prestadas pela vítima e sua filha, encaminhando-as para apuração. Em seu depoimento como testemunha de defesa esclareceu em que circunstâncias se deu a colheita das declarações do jurisdicionado XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX e sua filha. Informou, também, sobre a forma que funciona a assistência judiciária gratuita na Justiça Federal (fl. 175).

Falando sobre o dia em o jurisdicionado XXXX e sua filha estiveram neste Juízo para saberem informações sobre a necessidade de pagamento de honorários advocatícios ao acusado, foi ouvida a servidora da Justiça Federal, Rachel Novo Campos. Referida servidora descreveu o contato que manteve com o segurado e sua filha, e a forma como se deu a colheita das declarações pelo juiz federal, esclarecendo inclusive que permaneceu na sala enquanto tal colheita se efetivou (fl. 175).

Por fim, também foi ouvido como testemunha o servidor desta Justiça Federal, Ubiratan Martins, que nada soube dizer sobre os fatos narrados na denúncia. Entretanto, apresentou boas referências em relação ao acusado, bem como esclareceu que nos processos que migraram da Justiça Estadual para a Justiça

Federal, e que continham nomeações de advogados assistenciais por força de convênio entre OAB/SP e PGE, foram essas últimas mantidas pelo Juiz Federal da época da migração. Informou, também, que ao que se lembrava, as nomeações foram mantidas sem despacho de ratificação (fl. 175).

Do conjunto probatório, não há dúvida de que o acusado patrocinou a demanda previdenciária de XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, desde o início na função de "defensor dativo ou assistencial", em substituição à atuação do próprio Estado, tanto que ele foi indicado para o múnus público por força de antigo convênio vigente à época entre OAB e a Procuradoria do Estado (fls. 12/14), essa última detentora da obrigação constitucional de fornecer ao necessitado amplo acesso à Justiça.

Observe-se que os autos, apesar de tramitarem na Justiça Estadual, envolvia feito de competência delegada. Migrando os autos à Justiça Federal, não se descaracterizou a natureza do trabalho advocatício prestado pelo acusado, que se manteve na defesa assistencial do segurado previdenciário e autor da ação previdenciária que deu causa à presente demanda.

Não é a vontade do advogado que define se sua atuação se dará na condição de advogado assistencial ou de advogado contratado. É a necessidade do assistido que fixa a natureza do relacionamento. E no caso do narrado na inicial, o advogado era assistencial e assim permaneceu após a vinda dos autos ao Juízo Federal.

É claro que o advogado assistencial, depois de nomeado, não é obrigado a continuar no patrocínio da causa ad infinitum. Ele tem o direito de abrir mão da ação, comunicando sua decisão nos autos processuais para ser oportunizada nomeação de novo defensor ao assistido, como se dá em inúmeros casos que tramitam na justiça Federal do Brasil, seja em matéria criminal, seja em matéria civil/previdenciária. Nesse caso, poderia requerer o arbitramento de sua remuneração proporcional ao trabalho desenvolvido. E essa circunstância é do pleno conhecimento do acusado, advogado militante há muitos anos em demandas previdenciárias da cidade de Ourinhos.

Com vista a esta situação, cabe transcrever parte das conclusões apresentadas pelo Ministério Público Federal:

"48. Parece pertinente destacar que a essência da ideia de munus público na advocacia dativa é que essa outorga de poderes/deveres ao advogado particular milite para que o acesso à Justiça ocorra da forma mais ampla possível, seja judicialmente, seja extrajudicialmente, com olhos na hipossuficiência econômica da parte assistida.

49. E o acusado sabia disso. Sabia que desde o princípio atuava em favor de XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX como advogado dativo. Logo, não parece razoável que a mudança da demanda para a seara federal, de per si, tenha tido o condão de alterar o animus do causídico. Tanto é que, repita-se, apenas na fase final do feito é que veio a lume a ideia da cobrança de honorários.

50. Aliás, não parece elucubração defender que, se havia dúvida por parte do advogado quanto à natureza de sua atuação perante a justiça federal, ele tinha o dever de renunciar às suas funções se não estava satisfeito com a retribuição que eventualmente receberia com o desfecho da causa ou contentar-se com sua posição.

51. Não parece irrazoável que, ciente da sua condição na origem, tivesse o causídico perquirido se essa condição se mantinha diante da nova realidade."

Com a vinda dos autos da Justiça estadual para este Juízo Federal, como se vê do aqui relatado, o acusado se manteve no patrocínio da causa, não abrindo mão da sua atuação profissional. Mesmo após o encerramento do convênio, o acusado não pediu sua exclusão do feito, permanecendo atuando até o final, sempre na condição de defensor assistencial ou dativo, porque esta foi a natureza do patrocínio desde o início.

A remuneração do trabalho advocatício prestado pelo acusado nunca seria pelo jurisdicionado assistido XXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX, seja na Justiça Estadual quando ainda da vigência do convênio OAB/PAJ, seja na Justiça Federal com ou sem o referido convênio. Isso é claro e era do conhecimento do acusado. Se ele iria receber a contrapartida remuneratória do convênio da OAB/PAJ ou da Justiça Federal é outra questão. Se ele promoveria a cobrança de sua remuneração de um (convênio) ou de outro (Justiça Federal) é outra questão. Se efetivamente cobrou é outra questão. Se o acusado recebeu pelo seu trabalho é outra questão. Todas estas questões são paralelas e fogem dos limites desta ação penal: aqui o que se procura definir é se houve exigência junto a XXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX por parte do acusado, de valores indevidos em violação ao artigo 317, caput, do Código Penal.

Sendo advogado assistencial, não poderia o acusado exigir o pagamento de honorários advocatícios, despesas processuais ou qualquer outra cobrança, pois está ínsita à sua atuação nessa qualidade que a prestação de serviços advocatícios se dá de forma gratuita, sem qualquer cobrança em face do assistido, seja a que título for.

Todas as discussões acima elencadas rechaçando os argumentos da defesa perdem sua relevância quando se verifica que o próprio acusado reconheceu perante a autoridade policial (fls. 19/20) que tinha plena consciência de que sua atuação como advogado de XXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX nos autos da ação previdenciária se dava na condição de defensor dativo. Declarou o acusado que "se recorda de ter sido indicado pela OAB subseção de Ourinhos, para acompanhamento do presente caso; Que por tal indicação nada seria cobrado a título de honorários de XXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX; Que nega ter solicitado ao referido autor da ação quaisquer valores a título de honorários, conforme mencionado pelo mesmo em suas declarações junto à Justiça Federal de Ourinhos (...); a filha de XXXX DO AMARAL, CARMEN SILVIA BRUDER CAMARGO BOTERO, compareceu ao escritório do declarante indagando-lhe se estava tudo certo, isto é, se haveria algum valor a ser pago ao declarante, ocasião em que o mesmo teria afirmado que eventuais valores a que teria direito já seriam pagos separadamente pela própria Justiça Federal; QUE na ocasião CARMEN SILVIA, querendo saber qual seria o valor a ser recebido pelo declarante, solicitou cópia do processo em questão, sendo informada que o processo se encontrava à disposição na Justiça Federal;". Tal declaração demonstra que o acusado tinha consciência do múnus público que exercia nos autos da ação previdenciária.

Já em sua defesa apresentada nos autos (fls. 97/106), o acusado trouxe uma nova versão dos fatos, agora adotando um posicionamento de que a cobrança de honorários se dera de forma legítima, pois quando da migração dos autos da ação previdenciária - da Justiça Estadual para a Justiça Federal - o convênio e nomeação que alicerçavam sua função como advogado dativo já não existiam. Logo, os honorários cobrados seriam justificáveis. Praticamente, ali, reconheceu que efetivamente cobrara o percentual de 20%. Tais argumentos foram repetidos nas alegações finais, sendo que todos eles já foram rechaçados pelos fundamentos acima apresentados.

Em sua terceira manifestação nos autos, agora em sede de interrogatório neste Juízo, o acusado sustenta que já fazia muito tempo entre o início do processo

previdenciário e a data do pagamento dos atrasados, sendo que provavelmente se confundiu quanto ao sr. XXXX ser seu cliente particular e não decorrente da assistência judiciária gratuita. Aduziu, ainda, que a conversa travada com Carmen e XXXX quando eles estiveram em seu escritório se deu no sentido de que eles teriam de verificar se havia contrato de prestação de serviços colacionado aos autos da ação previdenciária e, se houvesse, os honorários devidos seriam aqueles estipulados já estipulados na avença. (fl. 243).

Como bem alertado pelo Ministério Público Federal, "vê-se, assim, inegável contradição nas diversas falas do acusado, ora negando a solicitação, ora tomando-a como justa e, ao fim, condicionando a existência de um suposto contrato, que, como visto nas declarações de Carmen e XXXX, jamais existiu. 46. Por todos esses detalhes, não há como assentir com a hipótese de que, em 25 de agosto de 2011, XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX não tenha feito a solicitação narrada na exordial. Em verdade, essa conclusão extrai-se do reiterado e veemente depoimento das vítimas, que é corroborado pelo depoimento de Ademir de Souza Reis, a quem o causídico fez solicitação semelhante, indicativos estes que são, por sua vez, corroborados pela fala tergiversada do acusado, ora negando, ora admitindo a solicitação."

Em síntese, após o quanto visto acima, temos três pontos centrais.

O primeiro: o acusado era advogado assistencial de XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX desde o início do processo judicial previdenciário onde houve a apontada cobrança de honorários? A resposta é positiva, pois desde o início da demanda previdenciária a atuação do causídico foi assistencial, por força da sua nomeação pelo convênio OAB/PGE, conforme documentos de fls. 12/14 que acompanharam a petição inicial da ação previdenciária. A natureza do trabalho advocatício é automaticamente mantida em qualquer situação, seja pelo término do convênio, seja pela migração dos autos para a Justiça Federal, seja pela morte do causídico, seja pelo seu desinteresse pela causa, pois a natureza da relação causídico/jurisdicionado é fixada no início da atuação e não muda e nem pode mudar no curso da defesa profissional, até porque é direito constitucional do jurisdicionado hipossuficiente ser assistido por defensor público ou, na sua ausência, por profissional remunerado pelo Estado quando declara não ter condições de constituir e pagar aquele de sua confiança.

O segundo: o acusado poderia exigir do jurisdicionado assistido remuneração pelo trabalho assistencial que realizou? A resposta é negativa. A natureza do trabalho para o qual foi nomeado impedia a cobrança, em face de pertencer à assistência judiciária gratuita, por força do próprio Estatuto dos Advogados, conforme a norma do artigo 22, 1º, da Lei nº 8.906/94. Se assim o é, não podia como ainda não pode exigir qualquer pagamento. A remuneração de seu trabalho é feita na forma do convênio, quando há; e quando não há, como ocorre perante a Justiça Federal, tal pagamento deve ser feito pela União Federal, na forma da regulamentação vigente. E nesse ponto, a União Federal delegou ao Conselho da Justiça Federal regular a matéria e também operacionalizar o pagamento da retribuição pecuniária no caso em que as demandas se processam na Justiça Federal ou na Justiça Estadual com competência delegada. Logo, não poderia o acusado exigir de jurisdicionado por ele assistido qualquer remuneração pelo trabalho advocatício que lhe prestou na condição de advogado assistencial, seja aquele prestado perante a Justiça Estadual, seja aquele prestado após a migração dos autos à Justiça Federal. Caso não haja o pagamento da remuneração, cabe ao profissional cobrar do Estado e não do assistido hipossuficiente.

O terceiro: o advogado XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX exigiu valores indevidos do Sr. XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX? Analisando todo o conteúdo dos autos, especialmente os documentos e prova oral acima analisadas, a resposta é positiva.

Há prova nos autos de que o acusado era defensor dativo do jurisdicionado XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, como se vê dos documentos de fls. 12/14 desde 9 de novembro de 1999, ou seja, desde a propositura da ação previdenciária. E em face dos testemunhos colhidos nos autos e das próprias declarações prestadas pelo acusado, há prova nos autos de que ele efetivamente exigiu o pagamento de verba honorária indevida.

Não obstante tudo o que já foi colacionado acima, algumas alegações da defesa merecem, ainda, algumas considerações.

A primeira delas tem a ver com a alegação de que o encerramento do convênio firmado entre a OAB/SP e a Procuradoria Geral do Estado, no ano de 2001, encerrou a participação do acusado como defensor dativo ou assistencial do jurisdicionado XXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, momento em que a relação transmutou-se para contratual. Sem razão, entretanto, a defesa.

Como visto acima, essa circunstância não tem qualquer reflexo para o deslinde desta demanda. Isto porque a natureza de sua nomeação permaneceu hígida mesmo após a migração dos autos para esta Justiça Federal e também após a cessação da vigência do convênio. Embora tenha sido indicado pela OAB para assumir o múnus público de defensor dativo do jurisdicionado hipossuficiente, tal se deu em substituição à figura do Defensor Público Estadual (porque a atuação seria perante a Justiça Estadual), que à época era exercido pela Procuradoria Estadual de Assistência Judiciária, denominada PAJ, sendo que a vinda dos autos à Justiça Federal não modificou a natureza dessa atuação, não se fazendo necessária qualquer regularização da representação processual, que continuava hígida, ou ainda a ratificação dos atos praticados na Justiça Estadual, pois eles foram praticados por Juiz que detinha competência constitucional à época.

Nesse ponto, como bem sustentado pelo Ministério Público Federal, "os atos praticados na justiça estadual com base nessa delegação não dependem de ratificação na Justiça Federal, simplesmente porque são praticados no uso legítimo da competência constitucionalmente outorgada. É dizer, a Justiça Estadual, quando atua com base nessa delegação exerce competência constitucional, portanto, legítima. Não há que se falar em ratificação."

De outra feita, não tem relevância penal o fato do acusado não ter regularizado seu cadastro junto à Assistência Judiciária Gratuita da Justiça Federal, para possibilitar o pagamento dos honorários advocatícios após o término do processo previdenciário onde atuou como defensor dativo. Isso porque, o pagamento dos honorários pela assistência judiciária gratuita é outro momento da relação entre os defensores e a Justiça Federal. E tal pagamento, por força de regulamentação do Conselho da Justiça Federal pode deixar de ser pago quando o sucumbente na sentença transitada em julgado paga os honorários desse defensor. É o caso destes autos.

Também sem relevância penal o fato de ter o segurado primeiro passado pelo escritório do advogado antes de pedir a assistência judiciária gratuita, como alegado pelo acusado. Ao contrário, isso reforça ainda mais a certeza de que era do pleno conhecimento do acusado o fato do seu cliente estar fazendo uso da assistência judiciária gratuita mediante convênio, em processo com competência delegada federal, vez que, se o jurisdicionado tivesse condições de pagar seus honorários, não teria sido necessário encaminhá-lo para o convênio da OAB/PGE. Logo, ainda que comprovado que XXXX do Amaral tivesse primeiro contado o acusado e depois pedido a assistência judiciária gratuita, não desvirtua o fato de que XXXXXXXX era seu defensor dativo pois nomeado para tanto, exercendo, efetivamente, um múnus público. E por exercer esta função não poderia cobrar valores "extras" de seu assistido.

Diante de tudo quanto fundamentado acima, restaram demonstradas tanto a materialidade quanto a autoria, sendo de rigor a condenação do acusado XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXX nas penas do artigo 317 a.c. artigo 327, ambos do Código Penal.

4. Dosimetria da Pena

No exame da culpabilidade, considerada como o juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito, verifico que sua intensidade manteve-se nos lindes normais ao tipo. No tocante aos antecedentes, conduta social e personalidade do acusado, consta dos autos a existência de outro inquérito policial para apuração de fatos similares aos narrados na denúncia, o que indica condição negativa em seu desfavor. Já os motivos e circunstâncias do crime não saíram da normalidade. As conseqüências do delito são inerentes ao tipo. Não há outras circunstâncias referenciadas nos autos passíveis de influenciar na mensuração da reprimenda penal. Dessa forma fixo a pena-base no mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Inexistem atenuantes ou agravantes. Não há ainda causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno definitiva a pena para o réu XXXXXXXX em 2 (dois) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Ante a falta de informações quanto a situação econômica do acusado, considerando tratar-se de advogado atuante, estabeleço o valor unitário do dia-multa em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente em agosto de 2011.

O regime inicial de cumprimento da pena fixada ao réu será o aberto, pois não há notícias de que seja reincidente (artigo 33, 2º, alínea "c", Código Penal).

No tocante à substituição da pena, estão presentes os requisitos dos incisos I, II e III, do artigo 44, do Código Penal, razão pela qual, com fundamento no 2º do mesmo artigo, substituo as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito consistentes em a) prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, nos moldes do artigo 43, inciso IV, e artigo 46, "caput" e parágrafos, do Código Penal, pelo tempo da pena privativa de liberdade substituída, à razão de uma hora por dia de condenação, devendo a definição das tarefas a ser executadas, bem como da entidade em favor da qual dar-se-ão estas últimas, ocorrer na fase de execução; e b) prestação pecuniária, nos moldes do artigos 43, inciso I, e 45, 1º e 2º, do Código Penal, consistente no pagamento de 24 (vinte e quatro) salários mínimos em favor de entidade pública ou privada com destinação social a ser definida quando da execução.

5. Dispositivo

Diante do exposto JULGO PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR o réu XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXX pelo crime descrito no artigo 317, caput, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 24 (vinte e quatro) dias-multa, em regime inicial aberto, substituídas as penas por duas restritivas de direito, conforme acima explicitado.

O réu poderá apelar em liberdade uma vez que não estão presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, preponderando o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República), além do fato de não terem sido presos, por este processo, durante toda a instrução.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais.

Após o trânsito em julgado lance a Secretaria os nomes dos réus no rol dos culpados, oficie-se ao departamento competente para fins de estatísticas e antecedentes criminais e remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Disponibilização D.Eletrônico de sentença em 20/07/2015 ,pag 250